

**CONCLUSIONES SEMINARIO PROPIEDAD HORIZONTAL.  
MADRID 23-24 Y 25 DE MARZO DE 2011.**

**TEMA 1 ELEMENTOS COMUNES. CONCEPTO .SUPUESTOS DIVERSOS UTILIZACION. SU USO PRIVATIVO.POSIBLE DESAFECCION DE ESTOS ELEMENTOS PARA SU CONVERSION EN PRIVATIVOS.**

1) ¿ES ELEMENTO COMÚN UNA CALLE PARTICULAR?

Ver sentencias del Tribunal Supremo de 14/11/1985, 15/2/1988, 5/12/1989, 31/3/1995, 19/11/1996 y 6/4/2006,16/7/2009.

Aud. Prov. Madrid de 2/12/2010.

El concepto de “calle particular” no aparece en los textos legales, pero por oposición al de “calle pública” puede considerarse como aquella vía destinada a la circulación, tanto personal como viaria, de quienes son propietarios de un inmueble en propiedad horizontal, lo cual, de conformidad con el art. 396 del Código Civil, en relación con el 3 de la LPH y título constitutivo, constituye a dicha calle particular en un elemento común del edificio. Las diversas sentencias se dictan con ocasión de acuerdos comunitarios que limitan el acceso a tales calles particulares mediante la colocación de verjas, puertas móviles u otros cerramientos. Tales actuaciones no constituyen alteración del título constitutivo y por ello los acuerdos adoptados en tal sentido no requieren de unanimidad. Se califican como simples regulaciones del uso de tales calles particulares o de sus aparcamientos, sin que estime que se produzca perjuicios a titulares de locales por cuanto el derecho de uso del elemento común corresponde a los copropietarios y no a los potenciales clientes de locales allí instalados que, en todo caso, siempre podrán usar los accesos peatonales. Siempre, naturalmente que se respeten los derechos que adquirieron los dueños de los locales establecidos, durante las horas en que estos locales puedan permanecer abiertos al público, según las normas legales y reglamentarias que regulen esta materia, pues en caso contrario si cabría hablar de acuerdos que alteran el título o que perjudican a un concreto propietario.

2) ¿CUAL ES LA NATURALEZA DE LAS PLAZAS DE APARCAMIENTO? ¿PUEDE HACERSE ALGUNA MODIFICACION EN UNA PLAZA DE APARCAMIENTO?

Ver sentencias del Tribunal Supremo de 24/12/1990, 25/1/1993, 28/7/1999,30/6/2003, 7/6/2006, 10/1/2008.

A.Prov. Murcia 3/1/2006,

A.Prov. Barcelona 23/11/2006,

A. Prov. Las Palmas 14/12/2006,

A. Prov. de Zaragoza de 2/6/2009

En la antigua redacción del art. 396 del Código Civil los sótanos tenían la consideración de elementos comunes por naturaleza, pero ello fue objeto de supresión en la modificación operada por la Ley de 21 de julio de 1960 sobre Propiedad Horizontal, de modo que la naturaleza jurídica del garaje queda en manos del negocio jurídico que constituye el concreto régimen de propiedad horizontal, admitiendo varias formulas: elemento común o elemento privativo, y dentro de este último con división de la planta en distintas fincas registrales – tantas como plazas de garaje – o con mantenimiento de la planta como elemento privativo indiviso, de titularidad en régimen de comunidad de bienes de tipo romano – por cuotas ideales- del art. 392 del Código Civil.

En algunas ocasiones nos encontramos con que el garaje está incorporado a un edificio destinado a viviendas que, a su vez, funciona en régimen de propiedad horizontal, y cuya planta destinada a uso de aparcamiento o plazas de garaje, se ha configurado como un elemento común del edificio, en cuyo

supuesto todos los propietarios del mismo tienen derecho indistintamente al uso y disfrute a los fines de aparcamiento de sus vehículos.

En otras correspondiendo físicamente el local al edificio se desprende, a efectos dominicales en relación con su uso y disfrute con fines de aparcamiento, de la Comunidad de Propietarios Horizontal que afecta al edificio y se regula de forma independiente, constituyendo una Comunidad de Propietarios del departamento privativo denominado garaje, de tal manera que los copropietarios funcionan como una Subcomunidad de Propietarios autónoma cuyos cotitulares pueden ser asimismo de los pisos que componen el edificio o terceros.

En otras ocasiones, con absoluta desconexión de un edificio puede existir una nave construida en un solar al efecto y cuyo régimen de explotación sea con esa finalidad de aparcamiento, en donde los usuarios sean, su vez, copropietarios en los distintos huecos o espacios asignados a cada plaza.

Siempre nos encontramos con su caracterización como superficie plana, con acceso directo a la vía pública y generalmente con una serie de señales rectilíneas o rayas perfectamente delimitadas o delineadas que dividen la superficie en tantos números de espacios susceptibles de un aprovechamiento separado e independiente en ocasiones especificado como elemento independiente de titularidad dominical de concreta persona y en otras como plaza numerada como la de derecho de uso exclusivo por el propietario de una cuota indivisa del garaje.

Precisamente buena parte de los litigios se producen como consecuencia de alteraciones del pintado delimitador de las plazas siendo preciso, para resolverlos, acudir a los planos redactados en su día por los técnicos que intervinieron en el proyecto y dirección de la obra.

Asimismo la jurisprudencia del TS ha considerado factible la división de la comunidad sobre local cuyo uso estaba destinado a garaje, condenando a los demandados titulares de cuotas sobre dicho local, a realizar la división mediante la atribución a cada uno de ellos de la propiedad plena y exclusiva de concretas plazas de garaje así como a delimitar espacios comunes, todo ello en virtud de lo dispuesto en los arts. 401.2 y 396 del Código Civil.

En relación a modificaciones en plazas de garaje tales como cerramientos, habrá que estar a los Estatutos y pueden leerse supuestos de admisión de tales obras con autorización expresa o consentimiento tácito por la ejecución de la obra no clandestina y muy lejana en el tiempo. No obstante esta cuestión se trata más en profundidad en la siguiente pregunta.

### 3) ¿ES POSIBLE HACER ALGUNA INSTALACION DENTRO DE UNA PLAZA DE GARAJE?

Ver sentencia del Tribunal Supremo de 17/2/2010

Aud.Prov. de Málaga de 27/9/2004

Aud.Prov. de Granada de 13/4/2005

Aud. Prov León 26/4/2006

Aud. Prov Madrid 19/10/2006

Aud. Prov. de Pontevedra de 13/6/2007 y 5/12/2007

Aud. Prov. de Cádiz de 24/3/2008

Una plaza de aparcamiento es, por su propia definición, un espacio destinado al estacionamiento de vehículos ( con o sin motor ), remolques o similares. El uso de su vuelo es, ciertamente, privativo y, aunque sea poco usual, debe admitirse su posible utilización para otros fines ( conjuntamente con el uso de aparcamiento, pero no exclusivamente para otros usos distintos ), ya sea usando el espacio situado sobre el techo del vehículo ( así lo que se sitúe o almacene sobre una baca ), ya soporte en el suelo, en el techo o en las paredes ( acaso bicicletas o triciclos, siempre que califiquemos el uso de elementos comunes delimitadores como inocuo ). Atendido lo anterior se declaran ilegales obras consistentes en colocación en el techo de determinado aparcamiento de cajones de los que salen determinados tubos que atraviesan el forjado y que, además de afectar a un elemento común cual es el forjado, impedirían o dificultarían el disfrute del derecho de vuelo. Sin embargo una sentencia de A. Provincial declara legal

una obra de instalación de ascensor que suponía rebajar el forjado dos cm. sobre las plazas de aparcamiento por entender que no la hacía inservible ni mermaba su uso.

La regla sobre los cerramientos es que tales obras de cerramiento individualmente adoptadas sobre plazas de garaje, en su inicio abiertas y meramente delimitadas con señalización horizontal y numeración correlativa, vulneran la prohibición del art. 5 y 7 LPH por constituir una extralimitación de las facultades de cada propietario aisladamente considerado y si se permitiera sin acuerdo de la Comunidad un cerramiento se variaría la configuración de la construcción y se impediría en buena manera una correcta utilización y un adecuado desarrollo de la finalidad de estacionamiento de los vehículos, dificultando maniobras. Por ello se declaran expresamente ilegales obras de cerramiento construyendo una especie de jaula con varios puntales metálicos y una cadena.

Nuevamente en lo relativo a la ejecución de obras de cerramiento con puertas o delimitación lateral con barras...se admiten atendiendo a las normas estatutarias o a la tolerancia de la ejecución de obras análogas, pues la declaración de ilegalidad quebraría con el principio de igualdad. Recordando el criterio mayoritario de las Audiencias sobre la necesidad de atender a la realidad fáctica relativa a la coexistencia previa y admitida ( expresa o tácitamente ) de obras, construcciones o cerramientos similares, todo ello para evitar agravios comparativos o discriminación o desigualdad de trato que supondría obligar a la demolición a determinados propietarios mientras que se permite que otros sigan disfrutando de las obras. Se destaca el posible conflicto que puede existir entre normas o decisiones comunitarias que autorizan cerramiento de plazas de estacionamiento inicialmente abiertas y las normas administrativas de obligado cumplimiento en materias tales como incendios, evacuación de aire ..., así como las consecuencias que tales actuaciones pudieran tener, en caso de siniestro, en la denegación de cobertura de seguro por agravación de riesgos.

4 ) ¿ PUEDE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS ADOPTAR ALGUNA MEDIDA EN LA QUE SE RESTRINJA LA UTILIZACION DE UNA PLAZA DE APARCAMIENTO A SU DUEÑO? ¿ Y LA RESTRICCIÓN A DUEÑOS EXCLUSIVAMENTE DE GARAJES DE OTROS ELEMENTOS COMUNES TALES COMO ASCENSOR, PISCINA...?

Ver sentencias del Tribunal Supremo de 4/10/1994, 29/5/2003, 2/2/2006, 17/7/2009. Aud. Prov. de Barcelona de 28/2/1994

Puede leerse algún comentario doctrinal ( Revista Sepín octubre de 1995 ) según el cual las decisiones que adopte una Comunidad de Garaje, como no utilizar las plazas de aparcamiento para más de un vehículo, no pueden perjudicar a un propietario que compró una plaza más grande que las restantes, precisamente para aparcar dos coches, pues según el art. 399 del C. Civil todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte, pudiendo cederla, venderla... de ahí que tampoco quepa condicionar al dueño de la misma a que exclusivamente aparque su coche y que no puede dejarla a un pariente, amigo..., pues se trata de propiedad privada y no de cosa común. Según tal tesis cabría aparcar más un vehículo en una plaza de aparcamiento, siempre y cuando lo fuera sin salirse del límite de la misma ni perjudicar a los colindantes.

Sobre esta cuestión, en todo caso habrá que estar al contenido de los Estatutos y a las propias normas urbanísticas vigentes que establezcan el número de vehículos a estacionar atendidas las dimensiones del local o de las concretas plazas, por cuanto los Comuneros deben cumplir no solo con las normas de la Comunidad, sino el comportamiento civiliter de adecuación a las normas reglamentarias de carácter urbanístico, siendo precisamente la infracción de las mismas lo que llevó a una sentencia a prohibir el aparcamiento de más de un vehículo en concreta plaza pese a ser físicamente posible.

Pueden leerse sentencias que declaran nulos, por vulneración de ley y Estatutos, acuerdos que privaban de acceso por patios y ascensores a los titulares de las plazas de garaje exclusivamente, por reputarlos partícipes de los elementos comunes, según su cuota de participación ; y otras, mayoritarias que declaran la validez de acuerdos prohibitivos análogos en la medida que en los propios Estatutos preveían acceso a los garajes por puerta y rampa distinta a la del portal principal, lo que conllevaba, además una distinta participación en los gastos del mantenimiento del inmueble. Se concluye que este acuerdo sería aplicable a aquellos que solo tienen derecho de uso de plaza de garaje por haberla alquilado a quien era titular de piso y garaje.

A destacar la declaración de validez de un acuerdo que impedía el uso de piscina a quien era exclusivamente propietario de plaza de garaje y ello por cuanto el uso de la piscina comunitaria ha de entenderse, por pura lógica, como para el uso y disfrute de los titulares de las viviendas de la comunidad ; y el dueño de una plaza de garaje que no es titular de una vivienda, nunca puede utilizar un elemento común que nada tiene que ver ni sirve para una mejor utilización de una plaza de garaje.

5) ¿CASO DE CONTINUAS NEGATIVAS A CUMPLIR LOS ACUERDOS DE DESALOJAR ESPACIOS COMUNES EN GARAJES POR PARTE DE VEHICULOS DE COMUNEROS U OTROS, PUEDE ACUDIRSE A LOS SERVICIOS DE LA GRÚA POR PARTE DE LA COMUNIDAD PARA QUE SE RETIREN A LA VIA PÚBLICA?

Ver Comentario Boletín de Propiedad y Derechos reales publicado en de marzo de 2008 sobre metodología a seguir para evitar el aparcamiento de vehículos en plazas de garaje que no les corresponden.

Nos enfrentamos ante el problema de la conducta de miembros de la Comunidad que no cumplen con las normas sobre atribución de elementos privativos, como sucede con plazas de parking de otros comuneros o con la invasión de algunos elementos comunes.

Nuestro Ordenamiento jurídico prohíbe la realización arbitraria del propio derecho, tipificando el Código Penal, como delito, la conducta de quien para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas. Por ello ante la situación planteada no sería posible la retirada del vehículo por actuación unilateral de la comunidad o del comunero, ya por los propios medios, ya acudiendo a la petición de grúa privada.

Difícilmente se podría conseguir que una grúa municipal accediera al interior del recinto privado y retirara un vehículo que se le afirma está indebidamente estacionado

Será necesario, por lo tanto, acudir al auxilio judicial, aludiéndose a diversas vías posibles.

Sería factible el ejercicio de acción penal con inmediata petición de tutela de los intereses del comunero.

Sería factible el ejercicio de acciones posesorias

Sería factible el ejercicio de acción de cesación de la LPH, previos los trámites previstos por la norma para su ejercicio.

Sería factible el ejercicio de acción civil condenatoria a no hacer y a la retirada del vehículo. De prosperar la demanda y ya en vía de ejecución procedería recabar los servicios de grúa privada que retirara el vehículo a costa del comunero o tercero incumplidor, surgiendo el problema de donde dejar el vehículo, en la vía pública o depositado en poder de tercero. Podría aplicarse la norma que califica como abandonados los bienes que quedan en inmueble desalojado. ( art. 703 LEC )

En todo caso cabría reclamar daños y perjuicios por la privación del derecho a utilización de la plaza de parking por su propietario o legítimo poseedor.

Es polémica la respuesta a la pregunta de si esa actuación faculta al comunero perjudicado a colocar un cepo o cadena que impida aparcar a terceros, debiendo estar a este respecto a lo dicho en preguntas anteriores relativas a obras o instalaciones en plazas de garaje.

Si tras una sentencia civil firme condenatoria a no aparcar en determinada plaza el condenado persiste en su actuación procederá apercibirle de poder incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial.

6) ¿ES POSIBLE EL CAMBIO DE GARAJE A TRASTERO O DEPARTAMENTO HABITABLE O DE LOCAL O TRASTERO A VIVIENDA.

Ver sentencia el Tribunal Supremo de 7/2/1989, 5/3/1990, 21/12/1993, 20/4/1998, 15/3/2000, 30/12/2010.

Sent. Aud. Prov Vizcaya 31/1/2001

Sent. Aud. Prov. Avila 10/7/2002

Sent. Aud. Prov. Coruña 20/9/2002

Sent. Audiencia Provincial de Barcelona de 24/10/2008

Boletín de Propiedad horizontal número 44 publicado en septiembre de 2004 . La transformación de locales de negocio en viviendas: los límites de la propiedad privada en las relaciones de vecindad.

Es un tema cada vez más habitual tal transformación de locales en viviendas ( encarecimiento del precio de viviendas, pasividad municipal desde el punto de vista de la intervención sobre usos y actuaciones urbanísticas )

Debe tenerse en cuenta el art. 396 el CC, según el cual ningún propietario podrá variar, esencialmente, el destino o la estructura de su piso, sin previo acuerdo de la mayoría de los interesados. Y el art.7.2 de la LPH sobre prohibición al propietario u ocupante de un elemento privativo de desarrollar en el actividades prohibidas por los Estatutos, por lo que deberá estarse a lo establecido por los Estatutos sobre los cambios de destino en elementos privativos, que deberán interpretarse restrictivamente en la medida que limitan el derecho de propiedad

Si en la escritura de propiedad horizontal consta como plaza de garaje, no cabe su conversión jurídica en trastero y venderlo con esta nueva denominación. Siendo cuestión distinta que físicamente se construya un tabique y se ocupe con este concepto, lo que facultaría a los titulares de las demás plazas para impedirlo por vulneración del art. 7 de la LPH y 397 CC ( alteración de estética general o dificultad de impedimento de aparcamiento en plazas colindantes )

En un supuesto de espacio destinado a garaje que se había transformado en espacio habitable con instalación de cocina, cuarto de estar... se estima que nos encontramos ante una transformación del departamento que implica alteración del título constitutivo, por lo que no resulta ajustado a derecho.

En un supuesto el Tribunal Supremo estimó que la transformación llevaba como consecuencia la alteración de cuotas de participación por el cambio de destino a vivienda con las instalaciones y servicios adecuados a este nuevo fin, no siendo posible tal innovación en el régimen del inmueble por decisión unilateral de un comunero.

Otras sent. del Tribunal Supremo estiman que la descripción del destino no vincula en exclusiva a determinada actividad, siendo posibles otros usos. Cabe leer sentencias de Audiencias contradictorias en lo relativo a la posibilidad de transformación o conversión de trasteros en viviendas

La última sentencia mencionada del Tribunal Supremo, partiendo del art. 33 de la Constitución, admite la transformación de local en vivienda, por la ausencia, en el caso concreto, de estatutos prohibitivos de tal transformación y por que serán posibles tales actuaciones siempre y cuando no estén legalmente prohibidas o el cambio de destino esté limitado por el título constitutivo o los estatutos, debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad para, de ser oponibles a terceros.

## 7) ¿ES POSIBLE CONSTRUIR NUEVAS PLANTAS EN UN EDIFICIO?

Ver sentencia Tribunal Supremo de 21/1/1992, 10/5/1999, 15/11/1999, 10/7/2003, 16/3/2007, 23/10/2007 Y 27/5/2009.

Aud. Prov de Albacete de 31/1/2003.

Aud. Prov de La Coruña de 2/9/2005.

Aud. Prov. Almería de 8/11/2005.

Aud. Prov. de Toledo de 20/6/2007

Aud. Prov. Madrid de 29/6/2007.

Aud. Prov de Baleares de 12/11/2007.

Aud. Prov Las Palmas de de 14/7/2008 y 3/11/2009 .

Aud. Provincial de Orense de 17/3/2010.

El Derecho de vuelo. Diario de Jurisprudencia el Derecho número 1121 publicado en enero de 2000

Boletín de Propiedad Horizontal del Derecho número 23 publicado en octubre de 2002

El vuelo es el espacio aéreo que en proyección vertical está por encima de la edificación sometida al régimen de propiedad horizontal, de modo que se puede imaginar tal derecho como aquel que habilita para construir nuevas plantas sobre las ya edificadas o proyectadas, siendo derecho susceptible de tráfico jurídico y de inscripción en el Registro de la Propiedad, conforme a lo dispuesto en el art. 16 del Reglamento Hipotecario con el siguiente tenor : " el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio ...haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserva el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a tercero. En la inscripción se hará constar las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos o gastos comunes o las normas para su establecimiento y las normas de régimen de comunidad, si se señalaren,

para el caso de hacer la construcción. ( los requisitos establecidos en reforma introducida por RD 1867/1998 según el cual - debe fijarse un plazo para el ejercicio del derecho que no podrá exceder de 10 años, así como el número máximo de plantas a construir – fueron declaradas nulas por sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24/2/200 y 31/1/2001.

El Tribunal Supremo en una sentencia aislada estimó la imposibilidad de que el ejercicio del derecho de vuelo lo fuera por quien no resulta titular de la totalidad del edificio y declaró nulo el derecho de vuelo constituido por el promotor del edificio a su favor, ya que afecta a los elementos comunes de la propiedad horizontal, que por derecho necesario son cotitularidad de todos los propietarios y serían afectados por el derecho de vuelo que define configurado ilegalmente en el título constitutivo e inscrito en el Registro de la Propiedad.

Pero en la mayoría de los supuestos el Tribunal Supremo se ha inclinado por una posición más matizada, que declara la invalidez del derecho solo cuando al constituirse por el propietario del edificio no se fijan límites razonables al derecho, de tal forma que los adquirentes de los pisos en propiedad horizontal no pueden conocer el verdadero alcance de ese derecho, añadiendo que su inclusión en el título constitutivo o en los Estatutos hacía innecesario adoptar acuerdo alguno de la Comunidad de Propietarios que facilite su ejercicio posterior por parte del titular del derecho, puesto que no se modifica el Título desde el momento en que la facultad de llevarla a término, por sí solo, está claramente atribuida al mismo. Añade que al ser un derecho limitativo del dominio consistente en la facultad de levantar nuevas construcciones en el edificio, excluye que pueda configurarse con absoluta generalidad. Añade que la inscripción registral debe permitir el conocimiento de la exacta determinación de su naturaleza y extensión, no siendo válido cuando se conforma en términos tales que los terceros no pueden tener conocimiento preciso de las condiciones en que se va a llevar a cabo, dejando a la Comunidad en situación de absoluta provisionalidad en cuanto a la futura configuración del inmueble, o en aspectos tan sustanciales como las cuotas de participación, mantenimiento de servicios o ejercicio de sus derechos dominicales, lo cual lo hace incompatible con el régimen jurídico de propiedad horizontal.

Tal Derecho se extingue por el perecimiento por ruina del edificio sobre el que la parte tenía un derecho de vuelo o sobre elevación.

En los supuestos en que no hubiera existido tal reserva del derecho de vuelo o sobre edificación este corresponde a todos los condueños del edificio, al consistir en una facultad derivada del dominio, con lo que siendo copropietarios del suelo, lo han de ser asimismo del espacio aéreo. La construcción de tales nuevas plantas afectan al Título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo, ajustándose al procedimiento del art. 12 de la LPH según el cual “ la construcción de nuevas plantas...afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo, que no es otro que el art. 17.1 de la LPH que exige el acuerdo unánime de todos los propietarios reunidos en la Junta

El Tribunal Supremo en un supuesto en que al tiempo de construir en régimen de propiedad horizontal se reservó a favor de los propietarios de determinado elemento destinado a cine, la facultad de edificar viviendas sobre el vuelo del vestíbulo del cine, con asignación de cuotas detrayéndolas de la actual cuota del cine, estimó que no se había extinguido el régimen de propiedad horizontal por el hecho de haber sido necesario demoler el departamento cine y ello por cuanto no concurría ninguna de las causas del art. 21 de la LPH.

Se estima que debe examinarse el tenor de estas cláusulas a la luz de la normativa protectora de los consumidores y usuarios y analizar si concurre el supuesto de imposición de cláusulas abusivas no negociadas o desequilibradas.

#### 8) ¿ES NECESARIA AUTORIZACION DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS PARA EJERCITAR EL DERECHO DE VUELO?

Debe darse por reproducida la contestación de la anterior pregunta.

Habrán supuestos en que el promotor se reservó válidamente el derecho de vuelo o sobre elevación en la escritura de constitución en régimen de propiedad horizontal y podrá ejercitar el derecho por sí-

Habrán supuestos de no reserva a favor del promotor o propietarios que lo sea de determinado departamento en cuyo caso se trata de un derecho común de todos los copropietarios a ejercitar con acuerdo unánime.

En los frecuentes supuestos de que los titulares de plantas ático invaden elementos comunes como terrazas o sobrelevan, la obra deberá ser declarada ilegal de no haber contado con el acuerdo unánime de la Comunidad de Propietarios.

9) ¿ES POSIBLE CONSTRUIR SOBRE EL VUELO DEL PATIO?

Ver sentencias del Tribunal Supremo de 23/2/1993, 18/3/2000, 30/4/2008, 11/2/2009,  
Aud. Prov. Valencia 7/2/2007  
Aud. Prov Valencia 14/5/2007  
Aud. Prov Albacete 28/12/2007  
Aud. Prov Córdoba 5/6/2009  
Aud. Prov Valladolid 23/6/2009  
Aud. Prov. La Coruña 13/1/2010,  
Aud. Prov Albacete 22/2/2010

La delimitación que de los elementos comunes hace el art. 396 del CC no tiene carácter imperativo, pudiendo ser privativos ( TS 23/5/1984 y 31/1/1985 ).

Por ello es posible que nos encontremos ante terrazas de patios de luces a las que en el título constitutivo se les haya atribuido naturaleza privativa y asimismo otras con naturaleza común, ya sin atribución de uso a concreto comunero, ya con atribución de uso y disfrute exclusivo a favor de concreto propietario de determinado departamento. Pero incluso en el supuesto de patio privativo tendrán la consideración de elemento común las paredes que lo delimitan y el vuelo o espacio aéreo del patio de luces

La finalidad esencial para la que sirve y es construido este elemento común es la debida aireación y luminosidad de las distintas dependencias que lo conforman, no para servir de almacén o depósito de materiales, ni para que sustente otras estructuras u obras que las originales o las que en su caso expresa y concretamente sean autorizadas por la Comunidad de Propietarios. Por ello el cierre o cubrición de espacios diáfanos como los que se forman a nivel del suelo del patio de luces ...suponen realización de obras que precisan del consentimiento unánime adoptado en Junta

Se admite la instalación por la Comunidad de ascensor, en patio de luces de edificio regido por la LPH y considerado elemento común con tácita autorización para su utilización por los titulares de un piso de planta baja, atendida tal naturaleza común y la limitación del uso del patio lo estrictamente necesario para tal instalación.

Se declaran ilegales obras diversas en patio de luces ( construcción de cocinas, cobertizos, marquesinas de protección de un toldo ) entre otros motivos por afectar al vuelo del edificio como elemento común, afectar a la configuración externa del edificio y estar autorizadas.

10) ¿QUE REQUISITOS SON NECESARIOS PARA LA DESAFECCION Y VENTA DE UN PISO DE PORTERIA?

Ver sentencias Tribunal Supremo de 16/7/1992, 26/2/1996, 30/7/1998, 30/3/2007, 15/6/2007 .  
Aud. Prov. Madrid de 5/7/2006  
Aud.Prov. Cádiz de 27/9/2006  
Aud. Prov. Burgos de 24/1/2007  
Aud. Prov. Barcelona de 19/7/2007  
Aud. Prov. Barcelona de 1/12/2009

La desafección de elementos comunes no esenciales es posible en la medida que el art. 396 CC no es en su totalidad de " ius cogens ", sino de " ius dispositivum ", lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo unánime de la Comunidad de Propietarios ( según art. 17 regla 1ªLPH ) pueda atribuirse carácter de privativos ( desafección) a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las

cimentaciones, los muros, las escaleras...lo sean por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, los pisos de porteros...

Debe distinguirse el concepto portería como servicio y el concepto portería como elemento físico del edificio aptos para destinarse o dedicarse al expresado servicio ( art. 396 CC ).

Para la supresión del servicio de portería y su sustitución por portero automático, video portero se precisaría acuerdo de tres quintos ( art. 17 regla 1ª ) ; para la determinación de cómo prestar el servicio ( en lugar de portero a plena dedicación que resida en el piso portería, conserje a tiempo parcial ) basta con el acuerdo mayoritario, por no existir disposición sobre elementos comunes, concepto en el que no cabe incluir la mera forma de prestar un servicio común y sin que la simple desocupación de la vivienda asignada al portero entrañe desafección. Sin embargo para los actos de disposición sobre el elemento común desafección para su venta o incorporación a otro elemento privativo del inmueble, arrendamiento o dar cualquier otro destino si es preciso el acuerdo unánime. Naturalmente tal desafección implicará una redistribución de cuotas comunitarias. Una vez desafectado por unanimidad, para el arriendo de este elemento bastará con el acuerdo de tres quintos.

El departamento portería o la portería como vivienda aparecen recogidas en el art. 396 CC como elemento común y si para usucapir en diez años un derecho reconocido a favor de todos los copropietarios es precisa la posesión en concepto de dueño, con buena fe y justo título ( que no equivale a la intención subjetiva de poseer en este concepto si ello no se apoya en título apto y suficiente ), no puede ser objeto de usucapión a favor de algunos de los copropietarios en régimen de propiedad horizontal que han poseído por mera tolerancia de la Comunidad.

#### 11) ¿CONDICIONA LA EXISTENCIA DE INSTALACIONES ANTERIORES A LA HORA DE PEDIR O NO PERMISO A LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS?

Ver sentencias del Tribunal Supremo de 31/10/1990, 14/7/1992, 13/7/1994, 5/7/1995, 6/2/2003, 23/10/2003, 15/2/2006, 3/3/2010.

Aud.Prov Tarragona 23/3/1999

Aud. Prov Sevilla 14/7/2000

Aud. Prov. Barcelona 25/4/2004

Aud. Prov Cádiz de 24/3/2008 y 22/9/2008

Aud. Prov. Badajoz 20/10/2008

Aud. Prov. Murcia 7/1/2009

Aud. Prov León 3/4/2009

Aud. Prov. Cádiz de 15/4/2009

Aud.Prov. La Coruña 1/3/2010

Aud. Prov Madrid 30/4/2010

Un comunero no puede ampararse en una supuesta autorización de la Comunidad ni siquiera tácita, por consentimiento de cerramientos anteriores. En estos supuestos, lo que le es exigible al propietario afectado es solicitar la autorización de la junta de propietarios invocando la existencia de obras iguales a las pretendidas por él y en caso de no aceptación, podrá impugnar el acuerdo en la vía judicial para que se reconozca su derecho de igualdad frente a otros propietarios a los que se les ha consentido las obras. Pero lo que no se puede en modo alguno es amparar la ley de la selva en el ámbito de la comunidad de propietarios, de tal forma que la obra realizada sin consentimiento de la comunidad o aprobación judicial ha de reputarse ilícita.

La jurisprudencia de los tribunales no admite el trato discriminatorio entre los comuneros carente de suficiente justificación. En ocasiones se alcanza la misma conclusión por la vía de la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos y por la de la prohibición del ejercicio antisocial de los derechos y de la interdicción del abuso del abuso de derecho. Aunque se ha predicado, en general, el uso limitado y prudente de esta institución, especialmente en los casos relacionados con la propiedad horizontal, la teoría del abuso de derecho ha servido para ponderar los intereses en juego. Por ello debe evaluarse la ejecución de obras exteriores de pisos y locales de un concreto edificio, en atención a la realidad de la



coexistencia previa y admitida, expresa o tácitamente, de otras obras, construcciones o cerramientos similares y ello por cuanto el concepto de la configuración o estado exteriores de un edificio que contiene el art. 7 LPH, no tiene un carácter absoluto, sino contornos flexibles en función de las circunstancias de cada caso concreto, debiendo estarse a su importancia o trascendencia, así como a la situación o estado exterior de cada inmueble, no siendo admisibles aplicaciones automáticas de la ley desconectadas del espíritu de los artículos 3 y 7 del CC.

Para que pueda hablarse de trato desigual es preciso que se acredite la existencia de supuestos fácticos coincidentes y tratados de diferente modo, incumbiendo al que alega el trato desigual la prueba del agravio comparativo ( art. 217.3 LEC ).

Los supuestos de reclamación contra un comunero y tolerancia respecto de otros constituyen indicios claros de la falta de una voluntad clara y permanente de la Comunidad como tal de conservar inalterados los elementos comunes afectados por las obras realizadas, de modo que no es creíble que la demanda se dirija a defender la inalterabilidad de los elementos comunes por cuanto aún de prosperar la acción continuaría la alteración.

No puede considerarse no permitida determinada obra ( generalmente cerramientos de terrazas privativas ) cuando los demás comuneros, o la mayoría, ya la han ejecutado, porque lo obra no tiende a alterar la configuración, sino a igualarla o a continuar la situación precedente y ordenar su derribo sería contrario al principio constitucional de igualdad contenido en el art.14 de la Constitución Española que impide aplicar a un comunero un trato distinto al seguido con otros, ni una desigualdad injustificada de trato entre los distintos comuneros.

## 12) ¿EL RUIDO PROVOCADO POR EL USO DE UN AIRE ACONDICIONADO INSTALADO PUEDE DAR LUGAR A SU DESINSTALACION?

Ver sentencia Tribunal Supremo de 31/5/2007, 20/10/2008.

Sent Trib. Constitucional 119/2001

Aud. Prov. Lleida 14/6/2006

Aud. Prov. Barcelona de 21/3/2007

Aud. Prov. León 11/5/2007

Aud. Prov Madrid 16/1/2008

Aud. Prov Valencia 4/11/2009

Con carácter previo a la contestación, propiamente dicha, de la pregunta y por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial sobre la instalación de aparatos de aire acondicionado:

Un sector de las Audiencias Provinciales y diversas sentencias del Tribunal Supremo consideran que la instalación de aparatos de aire acondicionado, desde el momento en que determina la ocupación de una parte de la fachada del edificio sobre la que se asienta el aparato de aire acondicionado, e implica la correspondiente instalación de anclajes sobre la pared común, supone la modificación de elementos comunes que con arreglo al art. 7 LPH exigirá la correspondiente autorización comunitaria, existiendo dentro de esta corriente discrepancia acerca de si es preciso el consentimiento unánime o mayoritario.

Otro sector entiende que la norma ha de ser interpretada con arreglo a la realidad social, tal y como establece el art. 3 del CC, siendo tales instrumentos un avance tecnológico que mejora la calidad de la vida humana y de existencia habitual y normal en las viviendas y locales de negocio, de tal manera que su instalación se tratará de una simple manifestación de la posesión de tales elementos privativos y un uso inocuo de elemento común autorizado por el art. 394 CC, señalándose un triple requisito para entender viable la instalación de tales aparatos: que no se instalen en la fachada principal, que no sean de tamaño desmedido y que no generen molestias a los vecinos. Por ello esta jurisprudencia menor permite su colocación, aún cuando no haya sido previamente autorizada si se cumplen tales requisitos.

Supuesto distinto será aquel en que existas normas estatutarias o de régimen interior o acuerdos comunitarios consentidos que de forma expresa establezcan normas a las que han de ajustarse la instalación de aires acondicionados, las cuales son de obligada observancia

En los supuestos de vecino que alega molestias generada por una instalación de aire acondicionado con encontramos ante un supuesto en que debe ponderarse el derecho de los vecinos enfrentados . Por un lado el de una mejor calidad de vida que el molestado considera afectada por los ruidos, vibraciones y calor que dice soportar y por otro lado el del vecino que instaló el aire acondicionado para disfrutar en su vivienda de una temperatura más agradable.

Son frecuentes los supuestos en que se alega el exceso de ruido. El ruido, en la sociedad de nuestros días puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, que ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas ( deficiencias auditivas, dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis...), así como sobre su conducta social ( reducción de comportamientos solidarios, incremento de tendencias agresivas). Por ello se recuerda la incidencia del ruido sobre la integridad real y efectiva de los derechos humanos.

No basta con la alegación de la molestia, sino que será precisa la prueba de la misma, la cual incumbe a quien sustenta la ilegalidad de la instalación. Lógicamente son admisibles a tales efectos todos los medios admitidos en derecho : denuncias previas ante las autoridades municipales, testificales de vecinos ... Pero no cabe duda que atendido lo subjetivo del concepto molestia lo adecuado es la comprobación de las alegadas molestias a través de medios objetivos o informes técnicos con mediciones acústicas, de temperatura, de vibraciones... y comparación de los resultados con los estándares aprobados por las normas estatales, autonómicas o locales reguladoras de las diversas inmisiones que pueden provocar los aparatos de aire acondicionado.

El procedimiento más adecuado para obtener la retirada de la instalación molesta será la el ejercicio de acción de cesación del art. 7.2 de la LPH, a través de procedimiento ordinario, que impone: determinar en primer lugar la existencia de una actividad o instalación calificable de molesta ; requerir previamente de cese a aquel responsable de la molestia, sea propietario, sea usuario ; finalmente ejercitar la comunidad previo acuerdo de la Junta la acción de cesación o ejercicio por el comunero que se estime perjudicado.

### 13) ¿LA OBTENCION DE LICENCIA ADMINISTRATIVA PARA LA INSTALACION DE AIRE ACONDICIONADO AFECTA O VINCULA A LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS ?

Ver sentencia del Tribunal Supremo de 30/5/2007

Aud. Prov. Castellón 31/3/2006

Aud. Prov. Madrid de 25/4/2007

Aud. Prov. Cádiz de 10/11/2008

Aud. Prov. Alicante 13/5/2009

Aud. Prov. Madrid 22/9/2009

Las licencias municipales significan que la instalación, cuya autorización se ha pretendido, se ajusta a las ordenanzas municipales, pero se conceden sin perjuicio de tercero y no autorizan la ejecución de la instalación más que en el ámbito administrativo, pero no vinculan a una posterior autorización de la comunidad, ni convalidan actuaciones, pues no cabe confundir lo que es la reglamentación administrativa con la autorización de la comunidad, titular de los elementos comunes. La Junta de Propietarios, como órgano de gobierno de la Comunidad, tiene la facultad para conocer y decidir en los asuntos de interés general para la Comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común ; y estos acuerdos, si están válidamente adoptados son obligatorios para todos los comuneros. Por ello una licencia municipal de un proyecto de instalación de aire acondicionado en fachada común no faculta al propietario para la ejecución sin autorización o contraviniendo los acuerdos comunitarios sobre la materia.

14) ¿PUEDE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, VIA ARTICULO 6 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL , RESTRINGIR EL USO O LA UBICACIÓN DE APARATOS INSTALADOS EN LA FACHADA?

Aud. Prov. de Zaragoza de 8/5/2009

Establece el mencionado precepto ( art. 6 LPH ) que “ para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, y dentro de los límites establecidos por la ley y los estatutos, el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior que obligarán también a todo titular mientras no sean modificadas en la forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración “  
En la medida de que son válidos los acuerdos comunitarios, adoptados en Junta, que aprueban reglamentos internos estableciendo disposiciones relativas a las ubicaciones permitidas y prohibidas de aires acondicionados, es posible que se restrinja la ubicación de tales aparatos en fachadas exteriores, limitándolos a las interiores, terrazas...

15 ) ¿ES POSIBLE ALQUILAR O VENDER COMO ESTUDIO, APARTAMENTO O VIVIENDA LO QUE ORIGINARIAMENTE ERA UN TRASTERO ANEJO A UNA VIVIENDA?

Ver sentencias del Tribunal Supremo de 15/3/2000, 3/6/2003 y 22/7/2009 .

Aún reconociendo las facultades de cada propietario para modificar los elementos de aquello que le pertenece exclusivamente dentro de la comunidad en que está integrado con otros, ello no es posible si se produce una alteración de las cuotas obligando a la fijación de nuevas, lo que se produciría en el supuesto de un cambio de destino de trastero ( con el uso de los elementos que le son propios ) a vivienda ( con las instalaciones y servicios adecuados a este nuevo fin y nueva cuota de participación. Tal alteración excede de lo permitido por el art. 3 y en lo autorizado por el art. 7 de la LPH y, entra de lleno en las exigencias de los arts. 11 y 17. Regido el régimen de la propiedad horizontal por el sistema de unanimidad o mayoría, según los supuestos, no es admisible la pretensión de innovación del régimen del inmueble por la sola voluntad de un comunero que pretende transformar un trastero en vivienda.

El alquiler o venta de cuartos trasteros como apartamentos independientes de la vivienda de que son anejos, no solo supone una modificación unilateral del destino para los mismos establecido en el Título Constitutivo que establece los concretos destinos de los departamentos, sino que es actividad contraria a la ley ( art. 7.2 LPH y al más elemental respeto de las normas de buena vecindad y hasta a las ordenanzas municipales prohibitivas de tales transformaciones

Por ello en un supuesto de venta de trastero que se afirmaba actualmente destinado a vivienda y que incluso disponía de agua, electricidad, vertido... se declaró la nulidad de la venta, por vicio de consentimiento en el comprador al no servir la cosa para el destino para el que se adquirió ( servir de morada sin impedimento alguno) por cuanto la simple habitabilidad física de un local no lleva inherente su habitabilidad legal o jurídica, siendo imposible la legalización del nuevo destino ( en atención a la normativa urbanística ) y no acomodándose a las normas reguladoras de la propiedad horizontal.

16) ¿PUEDEN ACTUAR SOBRE LA FACHADA COMUN LOS PROPIETARIOS DE LOS LOCALES DE NEGOCIO?.

Ver sentencias del Tribunal Supremo de 10/4/1995, 27/6/1996, 6/4/2006,15/10/2009, 28/10/2009, 11/11/2009 y 11/2/2010.

Aud. Prov Castellón de 18/11/2009

Partiendo de la regla de la obligación de mantener incólume la fachada, como elemento común, integrada por los elementos estructurales y cerramientos cuya modificación alteran la configuración externa del edificio, en la aplicación del art. 7 de la LPH no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, con fundamento en que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye un situación arquitectónica más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, a veces elemental, rudimentario y sin división alguna, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales, siempre mudable y susceptible de transformaciones de destino surgidas por iniciativa de los iniciales titulares o de sus sucesores pues es distinta la conformación para una cafetería, un supermercado, una oficina bancaria... y la necesidad de facilitar el conocimiento de la existencia de la actividad, publicitarla y hacerla atractiva para los clientes, de modo que la realidad operativa exige alteraciones esenciales para el fin perseguido, que a veces afectarán a la fachada, siempre que no existan prohibiciones o limitaciones estatutarias expresamente establecidas, lo sea en términos adecuados a la configuración general del edificio, no se perjudique a otros copropietarios y la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de comuneros . Por ello la instalación de anuncios o carteles es inherente a cualquier actividad negocial y constituye un uso lícito de los elementos comunes en cuanto no se perjudiquen los derechos de los demás propietarios ni alteren el decoro arquitectónico del inmueble.

Un supuesto específico es aquel en el que los estatutos de la comunidad permiten la subdivisión de locales, facultad de cuyo ejercicio resultan unos elementos independientes que deben ser susceptibles de utilización y que conlleva reconocer al propietario el derecho de aperturar una puerta que le permita el acceso directo al local.

#### 17) ¿SON LOS SOTANOS ELEMENTOS COMUNES POR NATURALEZA?

Ver sentencia del Tribunal Supremo de 10/5/1965, 9/6/1967, 5/5/1986 y 30/6/2003, 22/6/2009.

Para determinar el carácter común o privativo del sótano habrá de estarse en primer y preferente lugar a lo establecido en el título constitutivo, que generalmente se encuentra integrado en la escritura de división y constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal. En la primitiva redacción del Código Civil en el artículo 396 se incluía a los sótanos como elemento común, pero fue objeto de supresión por la modificación operada por la Ley de 21 de julio de 1960, sobre Propiedad Horizontal, que los excluyó, y su calificación conceptual como elemento del edificio es privativa cuando no figura en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal; es decir, los sótanos no tienen la consideración de elemento común por sí mismos y sí la de anejo de las partes privativas, mas sin que ello implique imposibilidad de que los mismos puedan merecer la consideración de "elemento común", dado que ni el artículo 396 del Código Civil, ni el 3 de la Ley de Propiedad Horizontal hacen una descripción cerrada y por lo tanto exclusiva de ellos en este régimen y sí meramente enunciativa, por lo cual puede perfectamente ser modificada por la voluntad de los propietarios de cada inmueble, siempre que el acuerdo se adopte por unanimidad.

Por ello se atribuye naturaleza privativa a un sótano construido al amparo de determinada licencia municipal de obras distinta y posterior de aquella otra al amparo de la cual se construyó el edificio y se declaró la obra nueva , no figurando el sótano como elemento común en el título constitutivo.

#### 18) CONCEPTO DE ELEMENTO COMÚN.

Ver sentencia del Tribunal Supremo de 23/5/1984, 31/1/1985, 15/3/1985, 27/2/1987 17/6/1988, 5/6/1989, 18/7/1989 y 10/2/1992  
Aud. Prov Madrid 6/11/2009

Debemos partir de la literalidad del art. 396 del Código Civil que enumera una serie de elementos que considera comunes. Asimismo del art. 5 de la LPH del que se desprende la naturaleza común de todos aquellos bienes que en el título constitutivo no se definen como privativos ( describe el elemento en su conjunto y cada piso o local privativo ). Y finalmente mencionar la jurisprudencia según la cual la descripción no es de numerus clausus sino enunciativa y tampoco es en la totalidad del enunciado de derecho necesario sino de derecho dispositivo 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, adoptado unánimemente ( art. 16.1 LPH ) pueda atribuirse carácter de privativos ( desafección ) a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales ( suelo, cimentaciones, muros, escaleras... ) lo sean por destino o accesorios ( patios interiores, terrazas a nivel, cubiertas de parte del edificio. Pero mientras no se produzca la desafección en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime ha de mantenerse la calificación legal de elemento común tanto para los elementos de la primera clase como para los de la segunda.

## TEMA 2 OBLIGACIONES DE LOS COPROPIETARIOS

### 1 ) LA OBLIGACION DE PERMITIR LA ENTRADA EN ELEMENTOS PRIVATIVOS ¿TIENE ALGUN LIMITE?

Atendida la existencia de numerosas cuestiones relacionadas con la obligación de permitir el comunero la entrada en su elemento privativo, en determinados supuestos, se mencionarán en primer lugar las sentencias que tratan el tema en general, el cual será objeto de un análisis global, sin perjuicio de la concreta contestación a cada una de las cuestiones suscitadas.

Ver sentencias del Tribunal Supremo de 13/12/2001, 28/10/2005

Aud. Prov. Palma de Mallorca de 28/3/1992

Aud. Prov Toledo de 15/3/2002

Aud. Prov de Salamanca de 9/6/2003

Aud. Prov Ávila 2/2/2006

Aud. Prov Cádiz de 25/9/2006

Aud. Prov Sevilla 3/10/2006

Aud. Prov. Madrid de 22/10/2004, 30/3/2006, 18/4/2006, 28/3/2007, 14/10/2008, 19/6/2009

El artículo 9 de la LPH establece una serie de obligaciones de cada propietario ( respeto de instalaciones generales, mantenimiento en buen estado de conservación su propio elemento e instalaciones privativas, consentir en su elemento privativo las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en el servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general, con derecho a ser resarcido de daños y perjuicios y permitir la entrada en su piso o local a los efectos arriba mencionados.

Las obligaciones del art. 9 de la LPH impuestas al propietario de un piso o local sujeto al régimen de propiedad horizontal, vienen a ser los límites específicos que sufren sus facultades dominicales al tener que conciliarse los intereses particulares de cada propietario con los generales de la Comunidad. Tal norma establece limitaciones y modula el dominio dentro de un campo especialmente proclive a los contrapesos y cesiones en el uso privativo de elementos y partes de un todo que a su vez constituye un edificio común. Se alude incluso a que cada propietario tiene una o varias servidumbres, como predio sirviente, en relación a la Comunidad, predio dominante. Se habla asimismo de solidaridad entre comuneros, de relaciones de vecindad o de interdependencia propia de este régimen en el que los pisos y locales disfrutan de elementos privativos y comunes, los primeros muchas veces sujetos a los comunes, los cuales están instalados o pasan por espacios privativos.

Se afirma que tal obligación impuesta a todo propietario u ocupante de piso o local de permitir la entrada a los efectos previstos por la norma no atenta al principio de inviolabilidad del domicilio regulado en el art. 18.2 de la Constitución como derecho a no penetrar en el interior de un domicilio contra la voluntad de su titular, pues se trata de un derecho limitado y relativo, pues la propia Constitución autoriza su restricción en determinados supuestos. En caso de local o vivienda ocupada por persona distinta a su propietario se estima mayoritariamente que la demanda debería dirigirse contra propietario y ocupante conjuntamente,

para constituir así válidamente la relación jurídico procesal, pues de no ser así los ocupantes no estarían obligados a consentir un acceso respecto del que no habían sido oídos.

Aquí el concepto de necesario se considera no solo lo forzoso, obligado o impuesto sino lo conveniente para conseguir el fin útil, aunque existan otros medios si estos son radicalmente complejos o desproporcionadamente costosos. Lo que se excluye en todo caso es lo que pueda calificarse como meramente caprichoso o superfluo.

Aunque la norma habla del deber de consentir en su piso las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él la constitución de servidumbres requeridas para la creación de servicios comunes de interés general y la petición de entrada no lo sea para supuestos que encajen perfectamente en la literalidad ( tenían que permitir el acceso a través de las viviendas a las terrazas para instalar cuellos de andamios para reparar fachadas y posteriormente retirarlos ) se han de conceder el acceso si se ajusta con el espíritu y finalidad de la norma ( art. 3.1 CC ) pues debe entenderse que existe una obligación de los propietarios de consentir la entrada en su piso, por ser el medio más idóneo, para instalar los sistemas mediante los cuales se van a ejecutar obras en elementos comunes.

La obligación es clara y es un deber a cargo de una persona por su conexión jurídica o titularidad sobre una cosa ( obligación “ ob rem “ ) y debe cumplirse en bien de los servicios generales . La actitud de oposición infundada se considera contraria a la buena fe y abusiva, de tal manera que cuando el propietario se niegue a facilitar la entrada para poder llevar a cabo las reparaciones necesarias, la Comunidad puede imponer tal entrada acudiendo al auxilio judicial contra el propietario que lo impide pudiendo solicitar incluso la Comunidad o el copropietario indemnización de daños y perjuicios con cargo al propietario renuente ( agravación de daños, sobre coste de ejecución ). En el caso de inactividad de la Comunidad dicha acción judicial podrá ejercitarla un comunero, sea en beneficio de la Comunidad, sea por estarse viendo perjudicado.

Como contrapeso de la obligación de permitir el acceso se encuentra el derecho a ser indemnizado de los perjuicios que se sufran y acrediten por las molestias por el no uso del inmueble y necesidad de alojarse en otro lugar, por traslado y guardería de muebles de haber sido preciso, por gastos de limpieza, por pérdida de ingresos de rentas por suspensión de contratos de arrendamiento... y ello aunque la obra genere asimismo un beneficio en el comunero afectado que no le priva del derecho a ser resarcido de los perjuicios sufridos.

Se afirma que debe facilitar dicho acceso al menos a los órganos directivos de la comunidad y a los técnicos y operarios indispensables, con el máximo respeto de los derechos y facultades del afectado ( entre ellos su intimidad ) y en momentos y circunstancias que menos perjuicio cause, procurando que la afeción sea lo más leve y breve posible. No puede pretenderse la entrada en cualquier momento, intempestivamente, en ausencia del propietario. Es de curiosa lectura una sentencia en el que, tras afirmar que el paso obligado lo es por el hogar que constituye la sede de la vida doméstica y el más sagrado reducto de la intimidad personal, se niega que el derecho de acceso pueda extenderse a un operario con el que el propietario del piso está especialmente enemistado, debiendo acudir a la contratación de otro operario sea en el mismo pueblo, sea en zonas limítrofes sin obligar a grandes desplazamientos que pudieran encarecer desproporcionadamente la obra.

No se admitió por el TS que los propietarios condicionaran el acceso a su piso a la autorización de determinadas obras, limitación de obligaciones de pagos de determinados gastos de conservación... por calificarla de abusiva al pretender aprovecharse de la presión que para la Comunidad implicaba la paralización de las obras.

2) ¿PUEDE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS SOLICITAR LA ENTRADA EN VIVIENDA PARA MEDIR SU SUPERFICIE Y A SU VEZ ACUMULAR ACCION PARA LA MODIFICACION DE CUOTAS? ¿CUAL SERIA EL PROCEDIMIENTO ADECUADO?

Ver revista Sepin de enero de 2001

El supuesto no está expresamente previsto en el art. 9, pero ya antes nos hemos referido a la jurisprudencia que lo extendían otros supuestos. Habrá que partir de la existencia de un acuerdo comunitario válido por la existencia de dudas sobre la corrección de tales superficies . El procedimiento adecuado sería el ordinario al que se remite el art. 249. 1. 8º de la LEC. Es discutible si nos encontramos ante un supuesto típico de solicitud de entrada amparado en el art 9 o ante una diligencia probatoria dentro de un procedimiento, con encaje en el art. 345 LEC, pues es de suponer que se trataría de prueba

pericial En todo caso debe tenerse en cuenta que el art. 5.2 de la LPH no solo se refiere al criterio de la superficie a la hora de asignación de cuota de participación, sino a otros criterios tales como su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presume racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes.

### 3 ) LA NEGATIVA DEL PROPIETARIO A PERMITIR LA ENTRADA EN SU VIVIENDA ¿PUEDE DAR LUGAR A EXIGIR DAÑOS Y PERJUICIOS?

Aud. Prov Madrid 18/6/1996, 20/1/1997

Aud. Prov Zaragoza de 9/7/1997

Aud. Prov Bilbao 9/11/1999

La obligación es clara y es un deber a cargo de una persona por su conexión jurídica o titularidad sobre una cosa ( obligación “ ob rem “) y debe cumplirse en bien de los servicios generales . La actitud de oposición infundada se considera contraria a la buena fe y abusiva, de tal manera que cuando el propietario se niegue a facilitar la entrada para poder llevar a cabo las reparaciones necesarias, la Comunidad puede imponer tal entrada acudiendo al auxilio judicial contra el propietario que lo impide pudiendo solicitar incluso la Comunidad o el copropietario perjudicado indemnización de daños y perjuicios con cargo al propietario renuente ( agravación de daños, sobre coste de ejecución ). En el caso de inactividad de la Comunidad dicha acción judicial podrá ejercitarla un comunero, sea en beneficio de la Comunidad, sea por estarse viendo perjudicado.

En cuanto al título de atribución de responsabilidad al comunero renuente al acceso se menciona la infracción de una obligación legal y los preceptos 1101 y ss. y 1902 y ss. CC.. Lógicamente deberá probarse la entidad y alcance de los daños y la relación de causa a efecto entre la conducta obstativa del propietario y los daños.

### 4) EL ACCESO A LA VIVIENDA PRIVATIVA ¿DA DERECHO PER SE A INDEMNIZACIÓN?

Como contrapeso de la obligación de permitir el acceso se encuentra el derecho a ser indemnizado de los perjuicios que se sufran y acrediten por las molestias por el no uso del inmueble o por la mayor disponibilidad de permanencia en el mismo, necesidad de alojarse en otro lugar, por traslado y guardería de muebles de haber sido preciso, por gastos de limpieza, por pérdida de ingresos de rentas por suspensión de contratos de arrendamiento... y ello aunque la obra genere asimismo un beneficio en el comunero afectado que no le priva del derecho a ser resarcido de los perjuicios sufridos.

Para que se tenga derecho deberá acreditarse la realidad de los daños y perjuicios indemnizables.

### 5) ¿ CABE LA POSIBILIDAD DE AUTORIZAR POR RAZONES DE URGENCIA, LA ENTRADA EN VIVIENDA CUANDO SU TITULAR NO HA SIDO PARTE EN EL PROCEDIMIENTO?

Estimo que salvo que el procedimiento se hubiera seguido contra el ocupante, que sufriría en primera persona la afección en la posesión de la finca, siempre deberá ser llamado el propietario . Sería posible una petición cautelar in audita parte previa o coetánea a la demanda declarativa ( a destacar art. 726.2 LEC sobre medidas cautelares anticipatorias.

### 6) ¿QUIEN ES EL LEGITIMADO PARA SOLICITAR LA ENTRADA Y, EN SU CASO LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS?

La actitud de oposición infundada se considera contraria a la buena fe y abusiva, de tal manera que cuando el propietario se niegue a facilitar la entrada para poder llevar a cabo las reparaciones necesarias, la Comunidad puede imponer tal entrada acudiendo al auxilio judicial contra el propietario que lo impide pudiendo solicitar incluso la Comunidad o el copropietario perjudicado indemnización de daños y perjuicios con cargo al propietario renuente ( agravación de daños, sobre coste de ejecución ). En el caso de inactividad de la Comunidad dicha acción judicial podrá ejercitarla un comunero, sea en beneficio de la Comunidad, sea por estarse viendo perjudicado. Es posible incluso el supuesto de que por estar afectado exclusivamente un propietario ( por ejemplo por filtraciones procedentes de elemento privativo superior ) sea el perjudicado quien directamente accione en defensa de sus particulares intereses en petición de

condena a indemnización de daños sufridos y condena al arreglo con orden de entrada para el caso de ejecución subsidiaria .

7) ¿EXISTE PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA OBTENER, POR RAZONES DE URGENCIA, AUTORIZACION DE ENTRADA? ¿CUAL ES EL QUORUM NECESARIO?

El art. 16.3 de la LAU establece que la citación a Junta Ordinaria se hará cuando menos con seis días de antelación. Sin embargo para las extraordinarias no se establece un plazo mínimo, bastando la citación con la antelación con la que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados. En caso de urgencia se podría acudir a tal junta extraordinaria. En cuanto al quórum para adoptar el acuerdo de petición a un comunero que permita la entrada a su vivienda a los efectos legalmente previstos, se estima un simple acto de administración que requerirá de mayoría.

Fuera del procedimiento civil cautelar arriba mencionado cabe imaginar situaciones de urgencia que precisen la intervención de servicios municipales sometida a la reglamentación administrativa o de la jurisdicción penal que estime procedente tal entrada urgente ( considere que existen indicios de daños dolosos o negligentes ).

8) ¿CUAL SERA EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA EXIGIR LA ENTRADA EN LA VIVIENDA?

Aud. Prov. de Zaragoza de 9/7/1997.

Invocada la prescripción de la acción ejercitada, afirmó que al tratarse de acción del art. 9 de la LPH es de naturaleza personal y al no tener señalado un plazo especial para su prescripción, será aplicable el general de los 15 años del art. 1964 del CC.

9) ¿ CUANDO NACE LA OBLIGACION DE PAGO POR OBRAS REALIZADAS, CUANDO SE APRUEBAN, REALIZAN O CUANDO SE PASAN LOS RECIBOS AL COBRO?

Sent. Tribunal Supremo 7/4/2006

Aud. Prov Lérida de 6/11/2006

Aud. Prov Coruña 14/6/2007

Aud. Prov. Madrid de 17/4/2007, 20/6/2007, 19/12/2007, 12/3/2010

Boletines de Propiedad Horizontal El Derecho publicados en julio de 2007 y en marzo de 2009. Cuestiones sobre obligación de pago de derramas en caso de venta del elemento privativo y ¿Es posible apelar a la existencia de dificultades económicas en base al art. 18.1 c) de la LPH para oponerse un comunero a la aprobación y ejecución de un acuerdo

La obligación reclamada surge de la simple condición de propietario y de la liquidación de la deuda que, en atención a los gastos generales, le sea exigible en proporción a su cuota. De ordinario la cuantía de ésta queda establecida por el acuerdo comunitario que la aprueba y el acatamiento de este por el propietario, siempre que aquel permita conocer el origen preciso del gasto a través del correspondiente soporte documental, por lo común recibos impagados y la aprobación del presupuesto y su reparto conforme a la cuota de participación.

Es correcta la decisión adoptada en Junta, por mayoría, de solicitar una cantidad inicial, como fondo para obras, que no cubre la totalidad del importe, que se exija con arreglo a la cuota de participación y que, posteriormente deberá ser objeto de liquidación, en la que se reajustarán las cuantías, y en la que unos pagarán más y otros menos, en función de la correcta aplicación de las normas de la Comunidad.

En el supuesto de Junta no impugnada que aprueba unas obras y fija el gasto y posterior Junta que acuerda el pago de las cuotas extraordinarias por razón de tales obras, no se admite impugnación de la segunda que es simple ratificación y ejecución del acuerdo anterior por el que se acuerdan las obras que generan el gasto.

Existiendo acuerdos que aprobaron las obras, el gasto y su distribución, no es admisible escudarse en una petición de subvención para no cumplir los acuerdos adoptados válidamente en Junta, cuando es obvio que no puede esperarse a concluir las obras para hacer frente a su pago. El efectivo cumplimiento del acuerdo no puede quedar subordinado a la correlativa ejecución completa de las obras. No se trata de que la Comunidad pueda reclamar únicamente el importe de las obras ejecutadas, pues la Comunidad acciona en base a los acuerdos previamente adoptados exigiendo su cumplimiento y por ello los propietarios no pueden oponer la falta de ejecución de todas las obras.



En un supuesto en que parte de los propietarios decidieron asumir el pago con préstamo a favor de la Comunidad y otros con pago directo, se estimó que la denegación del préstamo comunitario no condicionaba en modo alguno la existencia de la obligación de pago de los comuneros que habían optado por ese sistema de contribución, siendo que la obligación de pago existía desde que se adoptó el acuerdo aprobando la necesidad de acometer obras y su presupuesto, solo que se había suspendido la exigibilidad inmediata del pago prevista en el art. 1113 del CC a la espera de obtener el préstamo y la imposibilidad de cumplimiento del suceso solo lleva consigo que se active el derecho del acreedor a exigir desde luego el cumplimiento de la obligación.

El acuerdo liquidatorio de la deuda por derrama extraordinaria para una reparación en elemento común convalida los defectos de actuación de la Junta previos a la ejecución de la obra, incluida la falta de acuerdo expreso de su acometida.

En el supuesto de aprobación de derramas con anterioridad a la venta de un elemento privativo ( vivienda o local ), pero en el que los recibos se van emitiendo con posterioridad a la venta se estima que el nuevo propietario viene obligado al pago, conforme a lo establecido en el art.9.1 y 21.1 LPH y ello por cuanto el pago de las derramas para pago de una obra corresponden al propietario que lo sea en el momento en que la comunidad las exige por medio del recibo o recibos expedidos al efecto, si se hubiera fraccionado su pago, con independencia de la fecha de adopción del acuerdo en que se establecieron o incluso de que ya hubiera sido ejecutada la obra para las que se acordaron. Siendo cuestión distinta la conveniencia de hacerlo constar para proporcionar al adquirente una mayor información.

Frente a tales acuerdos ejecutivos no cabe oponer la existencia de razones económicas, por cuanto el art. 18 1 c se refiere al supuesto de que el propietario no tenga obligación jurídica de soportar un acuerdo o se haya adoptado con abuso de derecho y la obligación de contribuir a los gastos generales viene impuesta en el art. 9 LPH.

#### 10) ¿DEBE RESPONDER EL NUEVO PROPIETARIO DE LA CANTIDAD A QUE HA SIDO CONDENADA LA COMUNIDAD POR ACTO ANTERIOR?

Ver. Sentencia del Tribunal Supremo de 22/9/2005

Sepin marzo 2000

Se hace interpretación análoga del art. 11.5 LPH conforme al cual “ las derramas para el pago de mejoras realizadas o por realizar en el inmueble serán a cargo de quien sea propietario en el momento de la exigibilidad de las cantidades afectas al pago de dichas mejoras “. Por ello se afirma tal responsabilidad del que sea propietario cuando sea exigido el pago de la cantidad, independientemente de que carezca de cualquier responsabilidad respecto de los actos que motivaron la sentencia condenatoria, sin perjuicio de que puede repetir contra el anterior titular, consiguiéndose así una mayor seguridad para las comunidades, que en caso contrario podrían encontrar dificultades en el pago de las cantidades que se le reclaman.

#### 11) ¿ES POSIBLE Oponerse a unos acuerdos adoptados en Junta sin interponer demanda reconvenicional en tal sentido cuando la comunidad reclama una cuota adeudada?

Sent. Tribunal Supremo de 25/1/2005, 19/10/2005, 20/11/2006

Aud. Prov Alicante de 6/4/2005 y 28/2/2007

Aud. Prov. de Madrid de 14/12/2006 7/2/2008, 26/2/2009, 9/3/2010

Aud. Prov de Badajoz de 1/2/2010

Aud. Prov de Alicante de 19/4/2010

Aud. Prov. de Zaragoza de 2/11/2010

Aud. Prov. Pontevedra de 18/1/2011

La ley de Propiedad Horizontal, a la hora de hacer efectiva la obligación, que el art. 9.d impone a los copropietarios, de contribuir al sostenimiento de los gastos generales, parte de la base de que la única manera de evitar la efectividad de la misma es la impugnación de los acuerdos que hayan aprobado esas deudas. Lo cual, siendo necesario, tampoco sería suficiente, por cuanto para ello sería preciso obtener la medida cautelar de suspensión de dicho acuerdo. Ello impide al copropietario que ha sido declarado

deudor y liquidada su deuda en un Junta, aprovechar la reclamación judicial para impugnar tanto la existencia de la deuda como su liquidación acordada en Junta, una vez transcurridos los plazos de caducidad del art. 18.3 de la LPH, debiendo tenerse en cuenta la diferencia entre los acuerdos viciados de nulidad radical por infringir norma imperativa o prohibitiva, en cuyo caso basta su alegación, de aquellos otros susceptibles de anulación y que se sanan por el transcurso del tiempo ( tres meses ) sin impugnación. De no ser así quedaría vacío de contenido el art. 16 y se incurriría en el riesgo de crear un amplio y recusable margen de inseguridad jurídica. Por ello en un supuesto de hallarse en plazo de impugnación se afirmó que conocidas las cuotas de participación atribuidas, la impugnación habría de hacerse mediante el ejercicio de la pertinente acción, lo que no se hace al no haberse formulado reconvencción.

Por ello en un procedimiento ordinario de reclamación de cuotas extraordinarias derivadas de acuerdos ejecutivos ( art. 18.4 LPH ) al no aparecer impugnados, en los que la Junta de Propietarios, como órgano supremo de la comunidad, emitió acuerdo de liquidación frente al comunero moroso que le fue debidamente notificado, no cabe calificar si las obras eran necesarias o innovaciones y mejoras. En estos supuestos solo la defensa del deudor se limitará a las condiciones extrínsecas del título, a hechos extintivos como el pago y la compensación o a hechos impeditivos como la prescripción, pluspetición, pacto de no pedir.

Además conforme a lo dispuesto en el art. 18.2 de la LPH para impugnar los acuerdos de la Junta el propietario debe estar al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a la consignación judicial de las mismas, lo cual constituye: para algunas audiencias un presupuesto esencial de admisibilidad o procedibilidad, subsanable en lo que se refiere a la acreditación del pago o consignación, pero insubsanable en cuanto a su falta, que debe ser examinado y apreciado de oficio, bien a limite litis, con el consiguiente sobreseimiento del proceso o bien durante la sustanciación del procedimiento ; para otras un supuesto de falta de legitimación que se resuelve en sentencia .

Se destacó la dificultad de aplicar la exigencia de consignación en supuestos de Comunidades en los que no estaba prefijado un plazo para el pago de las cuotas comunitarias y en las que tampoco se giraban recibos, sino que los vecinos acudían a pagar a la oficina del administrador .

12) SI UN PROPIETARIO REALIZA REPARACIONES EN LA FACHADA, SIN COMUNICARLO A LA COMUNIDAD, ¿TIENE DERECHO A QUE SE LE ABONEN LOS GASTOS ¿

Ver sentencia el Tribunal Supremo de 15/96/1986

Revista Sepin 2001

El precepto aplicable es el art. 7.1 de la LPH conforme al cual el propietario...en el resto del inmueble ( fuera de su elemento privativo ) no podrá realizar alteración alguna y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador. En principio cabría argumentar que si un propietario ha hecho reparaciones en la fachada para evitar filtraciones o humedades en su vivienda, no habría cumplido con el precepto, pero la ausencia de tal requisito formal no parece que impida la razonable petición de que se le abonen los gastos ocasionados, si bien para una solución más ajustada habría que valorar el importe real de las obras y no reembolsar gastos que pudieran calificarse como innecesarios o desproporcionados según precios de mercado

La sentencia mencionada no trató un supuesto de pago efectuado por comunero en beneficio de la comunidad, sino de pago efectuado por tercero por consumo eléctrico imprescindible para el funcionamiento de un elemento común accediendo a la pretensiones sobre la base de la acción de reembolso del art. 1158 del CC por no estar acreditado que el pago se hubiera efectuado contra la expresa voluntad del deudor, única circunstancia contemplada por el mencionado precepto como impeditiva de la prosperabilidad de la pretensión ejercitada.

13 ¿ES NECESARIO QUE EN EL ACTA DE LA JUNTA SE REFLEJE INDIVIDUALMENTE EL IMPORTE QUE DEBE SATISFACER CADA COMUNERO POR LAS OBRAS EFECTUADAS, O BASTA QUE SE REFLEJE EL IMPORTE TOTAL DE AQUELLAS?

Aud. Prov Málaga 16/7/1999

Aud. Prov Oviedo de 28/9/2000

Aud. Prov Madrid de 18/6/2001

Aud. Prov Asturias 23/9/2005, 18/1/2008

Aud. Prov Sevilla 21/1/2010

El art. 14 LPH se refiere a que corresponde a la Junta de propietarios la aprobación del plan de gastos e ingresos previsible y las cuentas correspondientes. El plan de ingresos y gastos está mirando al futuro, a las necesidades para el adecuado sostenimiento del inmueble y cuya obligación de pago se distribuye entre los copropietarios en proporción a las cuotas de participación fijadas en el título constitutivo o a lo especialmente establecido. Por su parte las cuentas miran al pasado y constituyen control del gasto y someten al criterio de la Junta la aprobación de los ingresos y gastos producidos en el ejercicio anterior.

Lo normal es la aprobación de los planes de ingresos y gastos con la correspondiente fijación del importe de cuotas a abonar por cada propietario. Es más, una buena llevanza de la administración y una adecuada rendición de cuentas conllevan la liquidación individualizada de los ingresos y gastos de cada propietario, pero el que no sea así no supone, sin más, infracción de los derechos del comunero, ni defectuoso balance.

En un supuesto en que se reclamaban cantidades sobre la base de obras extraordinarias aprobadas en Juntas no impugnadas, se afirmó que no podía servir de excusa la ausencia de individualización en la medida que en las actas se refleja el importe global de las obras, derivando la deuda de cada comunero de la aplicación del coeficiente correspondiente que no se cuestiona se haya efectuado incorrectamente.

#### 14) ¿TIENE QUE COINCIDIR LA CUOTA DE GASTOS CON LA CUOTA DE PARTICIPACION?

Ver sentencias del Tribunal Supremo de 28/12/1984, 3/3/1994, 20/3/1997, 26/5/2008, 17/12/2009, 30/4/2010, 15/6/2010.

Aud. Prov de Zaragoza de 23/5/2006.

Aud. Prov Madrid de 13/7/2006, 11/1/2008.

Aud. Prov de Barcelona de 26/9/2008.

Aud. Prov Asturias de 30/1/2009.

Aud. Prov. Madrid de 16/10/2009.

Dispone el art. 9.1 c LPH como obligación de cada propietario la de contribuir a los gastos generales para el sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades, que no sean susceptibles de individualización, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido. La LPH, en términos generales estatuye normas de derecho necesario, pero ello no impide que contenga otras modificables por la voluntad de los particulares y con respecto a las cuales rige el principio de autonomía de la voluntad ( art. 1255 CC ). De ordinario la contribución a gastos lo es conforme a la cuota establecida en los estatutos, pero pueden acordarse distribuciones conforme a módulos distintos, siempre y cuando ello se efectúe con el acuerdo unánime de los comuneros, como impone el art. 17 de la LPH ( por ejemplo contribución a calefacción común según el número de elementos de radiadores de que disponga la vivienda o local). Tal acuerdo puede consistir en una modificación del título constitutivo con constancia registral o en un simple acuerdo unánime para determinado ejercicio.

Es posible que sea exigible un acuerdo de contribución a gastos diversa a la establecida en el título constitutivo no adoptada por unanimidad sino por mayoría y ausencia de impugnación en plazo, por cuanto el acuerdo sería meramente anulable atendida la jurisprudencia que estima tales los acuerdos que vulneran algún precepto de la LPH o de los estatutos y reserva la declaración de nulidad radical o absoluta para los que infringen cualquier otra norma imperativa o prohibitiva que no tengan establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o al orden público o por implicar un fraude de ley ( art. 6.3 CC ), supuestos en que el tiempo no los subsanaría.

Puede darse la situación de que se haya venido aplicando un sistema de contribución diversa a la establecida en el título, pero sin acuerdo unánime al efecto. No es admisible que de una forma arbitraria, caprichosa o por simple comodidad o inercia se altere el sistema de contribución formalmente establecido. En estos supuestos bastaría el acuerdo mayoritario que no solo no pretende la modificación del título, sino precisamente la aplicación del mismo.

Debe distinguirse entre la mayoría exigible para la aprobación de unas obras y la exigible para fijar la contribución a las mismas. Las obras pueden precisar mayoría o 3/5, pero la determinación de una obligación de contribuir diferente a la establecida en el Título Constitutivo precisa de unanimidad.

15) ¿TIENEN OBLIGACION DE CONTRIBUIR AL PAGO DEL TRIBUTOS DERIVADO DE LA EXISTENCIA DEL VADO, LOS PROPIETARIOS DE TRASTEROS EXISTENTES EN EL GARAJE?

Aud. Prov de Burgos de 6/9/2007.

Aud. Prov Madrid 12/3/2010

Revista Sepin marzo 2001

La regla derivada del art. 9 LPH es la obligación de contribuir los propietarios, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo específicamente establecido, sin que el no uso o utilización de determinados elementos o servicios comunes les exima de abonar el coste repercutible derivado de su cuidado, mantenimiento o reparación.

Habrán que estar al contenido de los Estatutos que han podido establecer, como se lee en una de las sentencias mencionadas, que los gastos de vado se sufragan por los propietarios de plazas de garaje que se sirvieran de tales elementos, lo que implícitamente estaría excluyendo a propietarios de trasteros...

Si nada se dice en los Estatutos deberemos partir de que los sótanos aparecen generalmente calificados como elementos independientes con determinada cuota en el total del edificio y divididos a su vez en garajes y trasteros, o en otros casos como un departamento en que se ubican tales elementos descritos y con cuota de participación asignada, por lo que a los gastos de mantenimiento de los que podemos denominar gastos comunes de tal Subcomunidad de sótano, han de contribuir tanto los propietarios de garajes, como los de trasteros según las concretas cuotas de participación de tales elementos o lo especialmente establecido.

16) ¿SE PUEDE EXIMIR LA PROMOTORA, TITULAR REGISTRAL, DEL PAGO DE LOS GASTOS COMUNES? ¿CUAL SERÍA EL PROCEDIMIENTO A UTILIZAR POR LA COMUNIDAD?

Ver sentencias del Tribunal Supremo de 14/12/2005, 26/3/2008, 11/12/2009, 29/4/2010

Aud. Prov de Santa Cruz Tenerife de 27/3/1999

Aud. Prov Valencia de 27/5/2008

Aud. Prov de Málaga de 5/2/2009

Aud Prov de Alicante de 4/2/2010

Primera cuestión es la relativa al momento límite para que la promotora pueda otorgar, por si, la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal, con determinación de los Estatutos que deban regir la comunidad.

Lo habitual es que el otorgamiento de escritura pública, como título constitutivo de la propiedad horizontal se lleve a cabo cuando el edificio esté ya terminado, pero nada impide que se otorgue cuando no lo esté, pues es lícita y está permitida por la Ley hipotecaria la constitución y subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad del régimen de propiedad horizontal de un edificio en construcción. Es la situación que se ha llamado de pre horizontalidad

Asimismo se admite la validez de la cláusula en contratos privados de compraventa en los que el promotor se reservaba la facultad de otorgar unilateralmente la escritura de constitución y modificación de propiedad horizontal sin recabar la previa autorización de los compradores y ello por cuanto la entrega de llaves no tenía lugar a la firma del contrato y la formalización del contrato privado no genera tradición instrumental y no acredita la efectiva transmisión patrimonial, de manera que al ser el promotor el único propietario del edificio en el momento de constitución de la propiedad horizontal estaba amparado por el ordenamiento jurídico para llevar a cabo la modificación del título constitutivo.

En la sentencia de Valencia puede leerse que tal posibilidad antes mencionada no puede entenderse ni admitirse que le otorgue carta blanca para apropiarse de las facultades de gobierno y control en términos tales que impliquen que tras la incorporación de otros copropietarios estos carezcan ya desde el principio de las facultades inherentes al régimen de propiedad horizontal. Afirma que la norma del art. 9.5 de la LPH de contribución conforme a la cuota de participación es imperativa y es nula la cláusula de exoneración que estableció la promotora mientras mantuviera sin vender locales, viviendas y garajes por pretender trasladar a los adquirentes de las viviendas el resultado de su actividad empresarial de manera que si no las vende no sean una carga onerosa para la promotora, lo cual constituye un privilegio exorbitante, que causa desequilibrio de prestaciones en tanto que nunca los copropietarios podrían alegar

la desocupación de sus viviendas para no contribuir a los gastos comunes o hacerlo en menor medida. Análogamente en la de Málaga.

En un supuesto en que el Registrador de la Propiedad denegó la inscripción de preceptos de la escritura de obra nueva que exoneraban parcialmente a la promotora de contribuir a gastos mientras mantuviera sin vender pisos, locales o garajes, por estimar la norma contraria a los arts. 5, 9.5 de la LPH y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la que la Audiencia Provincial había declarado la nulidad de tales normas Estatutarias, el Tribunal Supremo mantuvo la sentencia de la Audiencia. No obstante recordó diversas sentencias que establecían que es factible la integración de cláusulas de exoneración en el título constitutivo, pero por tratarse de una excepción a la regla general que marca una cuota de propiedad para cargas y beneficios tal situación debe interpretarse restrictivamente y para su validez han de estar inscritas en el Registro de la Propiedad pues si eso se incumple los futuros propietarios no están obligados a la observancia de algo en cuya elaboración no han participado y que no figura reflejado en la publicidad registral.

En otro supuesto anterior al arriba mencionado, en que la sentencia de instancia había denegado la pretensión de nulidad de determinada cláusula de exoneración y la Audiencia la había declarado, el Tribunal Supremo casó la sentencia y tras estudiar el pacto Estatutario en el que, con determinados requisitos formales, mientras las viviendas estuvieran desocupadas, la constructora se exoneraba en un 75% de los gastos comunes ( y si no cumplía tales requisitos debía contribuir en un 100% , afirmó que no era abusiva , ni suponía desequilibrio grave y permanente entre las partes de la contienda judicial, debiendo atenerse la Comunidad a tal sistema hasta que se modifique con acuerdo unánime.

El procedimiento para ventilar la cuestión sería el ordinario.

#### 17) EL NO HABER OBTENIDO LA CEDULA DE HABITABILIDAD, ¿EXIME AL PROPIETARIO DE CONTRIBUIR AL PAGO DE LOS GASTOS GENERALES?

Aud. Prov de Madrid de 22/7/2008

Aud. Prov de Las Palmas de 4/11/2008

Sepin octubre 2000

El art. 9.1 LPH determina la obligación de todo propietario de contribuir, de acuerdo a su cuota de participación a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades no susceptibles de individualización. Por lo tanto el que no se haya obtenido la cédula de habitabilidad, o se esté pendiente de cumplimiento de otros requisitos administrativos, no exime a ningún propietario, desde que ostenta tal condición de la obligación mencionada y si no paga voluntariamente se le podrán reclamar judicialmente.

Una de las sentencias mencionadas transcribe norma estatutaria por la que los gastos generales pasaban a corresponder a los comuneros, en proporción a su cuota, desde la fecha de expedición de la cédula de habitabilidad o toma de posesión de las viviendas. . Y la otra en un supuesto de ocupación de vivienda, conocida la ausencia de cédula de habitabilidad y en la que se alude a obligación de pago de cuotas comunitarias.

#### 18) ¿SE PUEDE EXIMIR EL PROPIETARIO DEL PAGO DE LOS GASTOS COMUNES POR EL HECHO DE QUE DISFRUTE DE LA VIVIENDA SU CONYUGE?

Aud. Prov de Madrid de 22/4/2008

Aud. Prov de Gerona de 30/4/2008

Diario de Jurisprudencia del Derecho publicado en octubre de 2000. La contribución a los gastos comunitarios ¿cuánto y quien debe pagar?

Proliferan, en la práctica, los supuestos en que como consecuencia de la crisis matrimonial se atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y al cónyuge custodio de los mismos, fijándose que los gastos de Comunidad serán a cargo del cónyuge que la ocupe. El problema se agudiza cuando el piso es privativo del cónyuge que se ve desposeído del mismo. La obligación de pago de los gastos comunes es del propietario de la vivienda y éste será contra quien se dirija la Comunidad en caso de impago por parte del ocupante, pudiendo a su vez el propietario no poseedor repercutir al ocupante el importe de lo pagado.

En un supuesto de convenio regulador de crisis matrimonial que estableció la obligación de pagar las cuotas de comunidad a cargo del cónyuge que disfrutaba el uso de la vivienda, de titularidad común, se afirmó que tal pacto no vulnera el art. 9 de la LPH por aprobarse el convenio en el ámbito de una separación matrimonial en que las partes son los miembros del matrimonio y los terceros no intervinientes ( comunidad de propietarios ) no se verán afectados por la sentencia que se dicte. Tal convenio difunde sus efectos sobre los esposos litigantes y en su ámbito interno pero sin afectar a la Comunidad de Propietarios frente a la que persistirán las obligaciones derivadas de la titularidad sobre la finca .

En el supuesto de ausencia en el convenio regulador de previsión sobre atribución de gastos de comunidad, ambos cotitulares responderán frente a la comunidad, pero en el ámbito interno se hará aplicación de los arts. 500 y ss. del CC que diferencian entre gastos ordinarios y extraordinarios, asumiendo el usuario los ordinarios y siendo comunes los extraordinarios.

19) ¿SUBSISTENCIA DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA CONDICION DE PROPIETARIO, EN CASO DE CESION DE ESTOS VÍA ARRIENDO? ¿SUBSISTE POR EJEMPLO EL DERECHO A SERVIRSE DE LOS ELEMENTOS COMUNES, TALES COMO PISCINA O ZONA RECREATIVA?

Ver sents. Trib. Supremo de 7/3/1987 y 30/5/1994

Durante la vigencia del contrato de arrendamiento, el arrendatario tiene derecho no solo al disfrute del elemento privativo, sino al de todos los elementos accesorios a fin de que pueda destinar la cosa arrendada al uso pactado y de tal uso queda privado el propietario quien entre sus obligaciones tiene la de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa por todo el tiempo del contrato. Lo anterior podría alterarse vía pacto, en aplicación del art. 1255 CC, pero no cabe imponer a la Comunidad dos disfrutes, a salvo que lo propios Estatutos permitiesen lo contrario.

20) ¿SON RESPONSABLES LOS PROPIETARIOS POR LAS OBRAS EJECUTADAS POR LOS INQUILINOS?

Ver sentencia del Tribunal Supremo de 18/2/2009

Aud. Prov. Alicante de 13/7/2004

Aud. Prov Cantabria de 29/6/2005

Aud.Prov. Asturias 6/9/2005

Aud. Prov Baleares de 22/12/2005

Aud. Prov Málaga de 13/3/2006

Aud. Prov Coruña de 29/9/2006

Aud. Prov. Las Palmas 13/3/2008

Aud. Prov. Sevilla de 28/3/2008

Las obligaciones contenidas en el artículo 9 van dirigidas a los propietarios en general de viviendas y locales sujetos al régimen de la Propiedad Horizontal y lo que determina la responsabilidad establecida en el apartado 1 g) no es más que una reafirmación de los restantes apartados del artículo, incluido el apartado 1 a), de respetar con la diligencia debida las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los propietarios, y de responder frente al resto de los titulares de las "infracciones cometidas y de los daños causados". Se trata de una obligación general que se impone única y exclusivamente al propietario. Pretender extraer de la reforma un cambio sustancial del régimen normativo anterior, supone desconocer el contenido y el alcance de la misma. Eliminar de la norma la referencia al ocupante de la vivienda o local supone adaptarla a su contenido teniendo en cuenta que el artículo se refiere a las obligaciones de cada propietario y no de terceros que pudieran ocupar el piso a quienes no alcanza la responsabilidad por hechos contemplados en la misma, salvo en sus relaciones con el titular, de tal forma que las consecuencias de los actos de los inquilinos u ocupantes pueden hacerse repercutir en los dueños en virtud del carácter real o "propter rem", que tienen todas las obligaciones del artículo 9 de la Ley, y no en el infractor. Supone, por tanto, que el sujeto responsable frente a la Comunidad del cumplimiento de las obligaciones que establece el artículo 9 será siempre el dueño del piso o local, por más que la relación jurídico procesal pueda integrarse con el autor material de las obras, por ser a aquel y no a este a quien corresponde realizar las obras de reposición, si el infractor no lo hace o deja de ocupar el piso o local, respondiendo a la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa con el fin de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y

de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias. Aunque la obra se hubiera realizado por el inquilino, el propietario es considerado causante jurídico del acto perturbador .

No obstante se destaca : que no es cuestión pacífica la de si el inquilino está legitimado pasivamente o no en el supuesto planteado, conjuntamente con el propietario o exclusivamente; que el Tribunal podrá notificarle la existencia del procedimiento vía art. 150.2 LEC ; y que su traída al proceso evita problemas de ejecución frente al poseedor de una vivienda que no ha sido llamado a juicio, ni condenado.

#### 21) DIVISION DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Ver sentencias del Tribunal Supremo 20/12/1989, 28/5/1990, 11/11/1995, 27/6/1996, 7/7/1997, 30/5/2002./

Aud. Prov. de Barcelona de 24/5/2005.

Aud. Prov Burgos de 2/5/2006

Aud. Prov Cantabria de 5/5/2006

Aud. Prov Rioja de 17/1/2007.

Aud. Prov. 26/3/2007.

Aud. Prov. de Guipúzcoa de 20/10/2008.

Aud. Prov Madrid de 1/6/2009, 26/11/2009

Son disposiciones de la LPH aplicables a la materia las siguientes:

Art. 7 El propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquel cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad.. En el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna...

Art. 8 Los pisos o locales y sus anejos podrán ser objeto de división material, para formar otros más reducidos e independientes, y aumentados por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o disminuidos por segregación de alguna parte. En tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la Junta de Propietarios, a la que incumbe la fijación de nuevas cuotas de participación para los pisos reformados con sujeción a lo dispuesto en el art. 5, sin alteración de las cuotas de los restantes.

En primer lugar debe estarse al contenido de los Estatutos, no siendo infrecuentes redacciones del estilo de la siguiente: " todo propietario podrá dividir, segregar o agrupar su departamento privativo constitutivo de finca registral independientemente incluso asignando nuevas cuotas siempre que la suma de las divididas, segregadas o agrupadas sea igual a la de la finca de que proceden, sin necesidad de consentimiento de la comunidad de propietarios. Con un precepto de tal naturaleza se estimó que el dueño podía per se dividir o segregar locales ampliando en su altura las puertas en la fachada, necesarias para el acceso a los nuevos locales resultantes, lo que califica como ejercicio de facultades dominicales, que no alteran el título constitutivo, no requieren el consentimiento de los demás condueños, al no tratarse de ninguna actividad prohibida, ni ser contraria a la ley, ni incidir en los derechos dominicales del resto de los propietarios. Y otra sentencia permitió la apertura de una puerta nueva inexistente a fin de poder utilizar la parte de local resultante de una división permitida por los estatutos, sin alterar su constitución ni funcionamiento.

De no existir tal previsión estatutaria se precisará la aprobación en Junta pudiendo leerse sentencias que resuelven afirmando expresamente que no precisaban acudir a argumentar si era necesaria unanimidad o bastaba con mayoría. Alguna sentencia sostiene que la autorización comunitaria debe serlo por unanimidad, apoyándose en sentencias del Tribunal Supremo que imponen tal unanimidad para unir diversos pisos o locales de plantas distintas por cuanto el suelo es inequívocamente elemento común y es estructura ( parte básica del inmueble, forjado ). Otras estiman que bastaría con la mayoría en los supuestos en que para la división o agregación no se necesitaban alterar elementos comunes, ya por precisarse simplemente la separación de dos pisos con un tabique medianero accediéndose a cada uno de los mismos por una de las dos puertas que tenía el primitivo, alterándose solo la cuota de participación del piso que se divide, pero no la de los restantes.

Es preciso distinguir entre lo autorizado ( realmente innecesario ) para una modificación de tabiquería de la vivienda para alquilarla mejor ( art. 7.1 de la LPH ) y lo finalmente ejecutado que fue una segregación material regulada en el art. 8 LPH, dividiendo una vivienda en varios espacios individualizados, con sus

propias cocinas para su ocupación por diversas familias y el hecho de que se mantengan las mismas puertas de entrada y acometidas de agua y luz y todavía pertenezcan al mismo dueño no impiden la aplicación del precepto que establece para tal segregación o división el cumplimiento de determinados requisitos. Sin embargo alguna sentencia aislada del Tribunal Supremo afirmó que siendo cierto que el art. 8.2 requiere aprobación de la Junta para la división material de los pisos, ello solo será necesario cuando por atribuirse a los pisos resultantes de la división a propietarios diferentes se produzca una alteración de las cuotas de participación para los pisos reformados, pero no cuando las divisiones quedaron en manos de los mismos propietarios lo que hace innecesaria la fijación de nuevas cuotas y no permite atribuir al incumplimiento del requisito de la aprobación de la junta el carácter antijurídico pretendido.

Cabe leer algún supuesto en que se estima consentida la división tácitamente en supuestos en que conocida la división tratado en Junta sin autorizar, pero sin accionar judicialmente durante más de seis años, se habían iniciado las actividades de los nuevos locales resultante y se habían girado cuotas de participación en los gastos comunes de forma separada e independiente a cada uno de los locales resultantes. Afirmaba que la voluntad de la Comunidad expresada a través del correspondiente acuerdo puede en cualquier momento ser modificada por otro acuerdo de sentido contrario o incluso sin formalidades legales, a través de actos reveladores del cambio de criterio originario. Lo decisivo para resolver dicha cuestión es la situación real, concreta, respetada y consentida durante años, base para poder aplicar la doctrina de los actos propios y las normas de la buena fe. Se trata del efecto de una situación largamente consentida y su valoración como consentimiento tácito, debiendo determinarse para poder apreciar su concurrencia si ha existido: conocimiento el hecho, falta de oposición al mismo y transcurso del tiempo acompañándose de una solución reveladora de todo ello y expresiva de la aquiescencia integradora de un verdadero e inequívoco acto propio sobre un efecto jurídico previsto en el art. 8 de la LPH.

No resulta tolerable denegar la autorización de división a un propietario tras haberla concedido a otros. Se afirmaba que la negativa de la comunidad a autorizar a uno de sus vecinos a dividir su piso en dos apartamento, aparenta ser una actuación correcta con amparo en la LPH, sin embargo se constata que esa negativa lo es solo para determinado propietario, no para los demás, que pueden dividir los pisos en las condiciones impuestas. No hay en la denegación a un concreto propietario una finalidad seria y legítima, por lo que el derecho a no conceder la autorización de dividir debe merecer el calificativo de ejercitado con extralimitación y abuso de derecho.

### TEMA 3 OBLIGACIONES DE LA PROPIA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

1 ¿TIENE DERECHO DE REPETICION EL COPROPIETARIO QUE ACTÚA ANTE LA DESIDIA DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.?

Ver sent. Tribunal Supremo de 4/7/1981, 9/5/1983, 9/1/1984, 24/2/1986

Aud Prov de Madrid de 9/3/1993 y 10/3/1993

Aud. Prov Barcelona de 21/5/1998 y 22/12/2009

Aud. Prov. Huelva 19/1/2000

Aud. Prov de Pontevedra de 22/3/2000

Aud. Prov León de 29/9/2004

Aud. Prov Cádiz 5/6/2007

Aud. Prov. Valladolid 6/11/2007

Aud. Prov de Zaragoza de 9/2/2009.

En un supuesto en que se había aprobado la necesidad de obras de impermeabilización, pero optó por negociar con la promotora y el vecino perjudicado advirtió de la necesidad de reparación urgente por caída de falso techo, advirtiendo que de no ejecutarse en determinado plazo las ejecutaría motu proprio, como efectivamente realizó y luego las reclama a la Comunidad, se estima la pretensión del comunero, partiendo de la naturaleza urgente de las obras, de haber redundado las mismas en beneficio de la



comunidad, sin que la redacción del art. 7.1 de la LPH impida la ejecución de obras por un propietario, en elemento común, en determinados supuestos ( urgencia por causar importantes molestias a las personas que viven en el piso afectado que se deteriora, comunicación previa a la comunidad y pasividad de la Comunidad ), debiendo abonarlas la Comunidad para evitar un enriquecimiento injusto y con fundamento en la obligación de mantenimiento de elementos comunes del art. 10 de la LPH . Se advierte que el art. 7.1 no aclara que es lo que debe hacer el propietario diligente que, habiendo advertido a los órganos rectores de la Comunidad la necesidad de reparaciones urgentes en un elemento común, se encuentra con que ni el administrador, ni la Junta actúan con la diligencia que requiere el asunto.

Se concede derecho de repetición en un supuesto de obras urgentes ( por fallos estructurales ) ejecutadas antes de la convocatoria de Junta visto que ni el administrador, ni la presidente ni el resto de propietarios adoptaron medida alguna necesaria para garantizar la seguridad del edificio aún antes de ser acordadas en Junta

Se concede el derecho en un supuesto en que se hizo ver al presidente el estado de los pilares de carga de un local y se acredita que en el transcurso de un lapso de tiempo normal nada hizo la Comunidad, como se acredita por la ausencia de convocatoria

En un supuesto de copropietario que aprovecha la reforma que efectúa en elementos privativos para ejecutar obras en elementos comunes ( forjado de rollizos, parte de la cubierta del tejado ) sin notificación a los demás comuneros, se le deniega el derecho de repetición de la parte alicuota que pretendía al amparo del art. 9.1 e) LPH y ello por entender que llevó a cabo las obras por decisión unilateral, sin conocimiento ni consentimiento de los copropietarios, que se vieron impedidos de poder adoptar ninguna decisión o intervención al respecto sobre la necesidad de las obras, modo de llevarlas a cabo, coste..., conculcándose el art. 7. 1 LPH que no permite a un propietario alterar elementos comunes, debiendo comunicar al administrador la necesidad de reparaciones urgentes. La obligación de los copropietarios es la de contribuir a gastos generales de mantenimiento aprobados por la comunidad, lo que no concurre en el supuesto.

## 2) ¿LA OBTENCION DE LICENCIA ADMINISTRATIVA JUSTIFICA LA LEGALIDAD CIVIL DE LA OBRA?

Ver sentencias del Tribunal Supremo de 14/7/1992, 18/7/1997,22/11/201, 30/5/2007,27/6/2007, 28/5/2009  
Sent. Trib. Const. de 21/10/1993, 8/3/1999  
Aud. Prov de Madrid de 2/2/2009 y 22/9/2009

En un supuesto en que la legislación urbanística permitía la construcción de dos chalets en una parcela, pero los estatutos comunitarios admitían solo uno, se afirmó que las limitaciones legales del dominio en la esfera civil son perfectamente compatibles con la plena vigencia de la planificación urbanística y con las previsiones constitucionales y civiles sobre la regulación de usos del suelo y del derecho a la vivienda vinculada al régimen propio de la comunidad de propietarios regida por la LPH. La necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares, al margen del carácter restrictivo a que deba sujetarse cualquier interpretación que suponga menoscabo el derecho de propiedad. El orden administrativo regula aspectos diferentes del civil siendo ambos compatibles, de tal manera que la construcción de las obras aún cuando cuenten con licencia obtenida al amparo de las normas urbanísticas, pueden ser impedidas por los tribunales del orden civil a instancias de los titulares de un derecho como el de propiedad, a los que eventualmente puedan afectar.

Las licencias municipales no convalidan actuaciones, por cuanto no se puede confundir lo que es la reglamentación administrativa con la autorización de la Comunidad, titular de los elementos comunes. La licencia de obra municipal significa que el proyecto se ajusta a la ordenación urbanística y se emite sin perjuicio de terceros, pero ello no autoriza a realizar la obra si no hay autorización de la Comunidad.

Tampoco una autorización administrativa para instalar un negocio lleva consigo la facultad de obligar a la Comunidad de propietarios a permitir o realizar las obras necesarias para tal instalación..

Se prohíbe la instalación de antena de radioaficionado regulada en determinada normativa (RD 2623/1986 de 21 de noviembre ) por ser necesario el consentimiento de los demás componentes de la

comunidad para la realización de una instalación susceptible de causar daños a un elemento común básico, cual es la cubierta del edificio, para una finalidad de carácter estrictamente privado. Se ordena retirar la obra de cubrición de una terraza ejecutada con licencia administrativa para hacerlo por cuanto ello no priva a la jurisdicción civil de entender de la cuestión suscitada entre el propietario autorizado y la Comunidad, ya que tal licencia es operante a otros fines pero no sirve para dirimir conflictos de naturaleza comunitaria.

### 3) ¿QUIÉN NO UTILIZA UN DETERMINADO ELEMENTO COMÚN ESTÁ OBLIGADO A PARTICIPAR EN SU REPARACION/ SUSTITUCION?

Ver sents. Tribunal Supremo de 14/3/2000, 13/11/2006, 3/5/2007, 29/5/2009

Aud. Prov de Burgos de 30/11/2006 y 30/6/2009

Aud. Prov. Madrid de 19/9/2007

Aud. Prov. Girona de 31/10/2007

Aud. Prov Jaén de 6/6/2008

Aud. Prov. Valencia de 26/5/2009

Aud. Prov Baleares de 1/12/2009

Aud. Prov. Asturias 14/12/2009

Acuerdos o clausulas sobre exoneración, por no utilización de gastos de mantenimiento de servicios comunes, ¿se extiende a gastos de sustitución y reparaciones importantes?. Boletín de Propiedad Horizontal El Derecho publicado en mayo de 2005

Debe partirse de la regla genérica del art. 9.5 LPH que obliga a los copropietarios a contribuir, según la cuota de participación o lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado funcionamiento del inmueble, sus servicios y demás que el precepto señala. El concepto de gastos es amplio y comprende tanto los ordinarios ( fijos, periódicos no fijos, variables según consumos..., así como también los extraordinarios ocasionados por algún acontecimiento que determina su procedencia ( reparaciones y similares ). No obstante el precepto citado permite la existencia de gastos individualizables y que permite al propietario de un piso o local determinado no abonar concretos gastos. Pero para que se produzca tal privilegio contributivo, es preciso que en el Título Constitutivo aparezca la exclusión o, en su caso, en los Estatutos Comunitarios y también cabe que se decida en Junta de Propietarios mediante acuerdo tomado por unanimidad ( autonomía de la voluntad ), en razón a la concordancia entre los arts. 5 y 17 LPH. El mero hecho de la no utilización de determinados elementos comunes o de disponer el local de acceso independizado, no exime del deber de abonar los gastos y ello por cuanto entre los criterios para determinar las cuotas de participación en el total inmueble se encuentra asimismo la de uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes. ( art. 5 LPH El Reglamento de Régimen interior a que se refiere el art. 6, constituye un documento para fijar unas normas de mero funcionamiento de los servicios y elementos comunes, cuya rectificación o reforma es posible verificarla por cada Junta de la Comunidad, mediante su determinación en el Orden del Día, para concretar o modificar los sistemas de prestación de los mismos y los comportamientos exigidos a los propietarios, pero dicho instrumento no puede modificar la ley ni los estatutos y carece de valor para regular la norma de contribución a los gastos comunes o sus exoneraciones, pues estas cuestiones están fuera del Reglamento y solo pueden ser reguladas en los Estatutos.

Los propietarios de locales comerciales integrados en determinada Comunidad de Propietarios tienen que contribuir en los gastos extraordinarios ocasionados por la instalación del ascensor en proporción a su cuota de participación en la copropiedad de los edificios, pues el título constitutivo no los excluye de la misma al ser una instalación obligada y no un gasto de mero mantenimiento, conservación o funcionamiento. Y ello aunque no existiera ab initio tal instalación, por cuanto por ese preciso motivo no podría existir causa de exclusión a la contribución a tal gasto. Siendo otro de los argumentos utilizados el de la revalorización de la finca en su conjunto Y lo dicho para la instalación resulta asimismo aplicable a los supuestos de sustitución obligada de los ascensores. Existiendo sentencias discrepantes en lo relativa a si deben asumir asimismo el coste de adaptaciones importantes impuestas por la Administración.

Esta obligación de contribuir a sustituciones necesarias de elementos comunes cabe leerla asimismo en supuesto de : sustitución del sistema de calefacción existente en un supuesto en que existía exoneración

de gastos de conservación, mantenimiento y reparación, que no podía hacerse extensivo a los gastos de sustitución ; sustitución de las tuberías comunitarias aunque existieran departamentos con red propia de agua.

El servicio central de calefacción tiene la consideración de elemento común y la norma estatutaria por la que el gasto de calefacción se satisface en proporción al número de radiadores que tenga cada propietario no puede interpretarse en el sentido de que el propietario que prescindiera o desconectara el número de radiadores del servicio común de calefacción pueda excluirse de los gastos que origine dicho servicio, no costando autorización de la Junta para realizar actuaciones sobre los elementos comunes.

#### 4) LOS GASTOS A LOS QUE SE REFIERE EL ART. 10.5 LPH ¿TIENE LA CONSIDERACION DE GASTOS GENERALES?

Comentario de D. Carlos Gómez de la Escalera ( Letrado del Tribunal Constitucional) La obligación de contribuir a los gastos generales en la LPH tras la ley 8/1999.

Establece dicho precepto en redacción dada por Ley 51/2003 de 2 diciembre 2003 que “ al pago de los gastos derivados de la realización de las obras de conservación y accesibilidad a que se refiere el presente artículo estará afecto el piso o local en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el art. 9 para los gastos generales. “

Es indudable que el coste de tales obras de conservación y accesibilidad deben considerarse gastos generales del art. 9 de la LPH, pese a lo cual el art. 10.5 parece querer distinguir entre gastos generales y gastos derivados de realización de obras de conservación y accesibilidad, cuando dispone la afectación en los mismos términos que lo dispuesto para los gastos generales. Pese a lo desafortunado del precepto deben identificarse ambos gastos y someterse al mismo régimen que no es otro que el del art. 9.1 f de la LPH y por consiguiente en ambos supuestos la Comunidad gozará no solo de la afectación real del art. 10.5, sino también de la preferencia de crédito del art. 9.1 ), pues donde la ley comprende lo más ( afectación real ) también debe estar incluido lo menos ( la preferencia ).

#### 5) ¿ESTA LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS OBLIGADA A PERMITIR UNAS OBRAS PORQUE AL COMUNERO SE LAS EXIGE LA ADMINISTRACION PARA EL EJERCICIO DE DETERMINADA ACTIVIDAD COMERCIAL?

Ver sent. Tribunal Supremo de 27/4/1994, 22/11/2001

Aud. Prov Madrid de 15/4/2008, 14/5/2008, 13/10/2008

Aud Prov de Pontevedra de 20/1/2010

La regla sobre la materia es que una autorización administrativa para instalar un negocio no lleva consigo la facultad de obligar a la Comunidad de propietarios a permitir o realizar las obras necesarias para tal instalación. Tampoco la imposición administrativa de ejecutar obras que impliquen alteración de elementos comunes permite al propietario afectado acometer la obra sin la preceptiva autorización de la Comunidad de Propietarios, que de ninguna manera queda vinculada por los imperativos de la Administración Pública. El acto administrativo singular, ya se trate de licencia, ya de pronunciamiento ordenando obras en un local comercial, se emiten sin perjuicio de los derechos de tercero y por lo tanto sin perjuicio del derecho de la Comunidad a autorizar o denegar la alteración o modificación de elementos comunes.

Por ello no puede vincular a la Comunidad de Propietarios el destino que la demandante haya dado al local adquirido, siendo esta la que conociendo o pudiendo conocer la actividad a que iba a dedicarlo el arrendatario debió cerciorarse de que reunía los requisitos necesarios, incluyendo los que exigía la normativa administrativa en materia de riesgos, que son creados por la actividad a que se destina y no por la negativa de la Comunidad a una salida de emergencia abierta a elementos comunes cuya utilización quedaba mermada.

En supuestos en que ya en el título constitutivo se preveía el uso comercial del local comercial o industrial se estimó indebida la denegación de autorización para la apertura de una puerta de emergencia, solo en caso de incendio, a través de un tabique común del inmueble por cuanto: a) era exigencia de las ordenanzas municipales como requisito ineludible para la licencia de apertura del local a

la actividad prevista en el título ; b) la negativa de la comunidad es contraria a la buena fe atendido lo anterior y la intrascendencia de la obra para el derecho de los demás.

Otras sentencias dan un paso más y afirman que tratándose de locales comerciales la posibilidad de realización de obras debe ser más amplia, pues la finalidad comercial de los locales comporta la necesidad de presentar una configuración adecuada a su carácter, de tal manera que dicha modificación puede considerarse implícita en dicha finalidad comercial, salvo prohibición o limitación estatutaria. Lo trascendental no es que la modificación venga impuesta por la Administración, pues se trata de materia que está fuera de su competencia, por afectar a elementos comunes, sino que se impone para que se continúe el uso que le es propio a uno de los elementos del edificio, cuyo destino comercial constaba en los estatutos y vincula a los futuros adquirentes, pero sin que ello implique que la comunidad haya de consentir siempre y en cualquier caso modificaciones en elementos comunes, pero sí las imprescindibles para el destino previsto.

Análogamente en un supuesto en que el Ayuntamiento apercibió de clausura de un garaje en funcionamiento si no obtenía la correspondiente licencia de funcionamiento que imponía la realización de determinadas obras ( chimeneas de extracción de humos, salida de peatones ) estimó que tales obras no constituyen alteración o modificación en elemento común, ni extralimitación de las facultades del Título constitutivo, en cuanto a la posibilidad de destinar el local a garaje o aparcamiento, lo que deberá hacer conforme a la legalidad, no pudiendo impedir la Comunidad el cumplimiento de la normativa legal en estas cuestiones, por lo que la instalación en la fachada de una tubería de extracción de gases no puede considerarse obra ilegal, como tampoco lo es con la amplitud del pasaje peatonal, añadiendo que la pequeña ocupación que el mismo hace en la escalera es un perjuicio insignificante si se pone en relación con la obligación de la comunidad de permitir y actuar para que las cocheras sean destinadas al uso que le son objeto mediante la ejecución de las obras impuestas por la Administración que, de no realizarse supondrían el cese de la actividad. Todo ello sin menoscabar las atribuciones que la ley reconoce a la Comunidad, en otros casos respecto a obras inconsonantes.

6) ¿QUE MAYORIA SE EXIJE EN JUNTA PARA APROBAR EL ACUERDO DE REALIZACION DE OBRAS NECESARIAS A LAS QUE SE REFIERE EL ARTICULO 10?

Ver sentencia Tribunal Supremo de 9/10/2008, 21/10/2008

Aud. Prov. Pontevedra de 8/11/2007

Aud. Prov. Burgos de 30/4/2008

Aud. Prov. León 1/10/2008

Aud. Prov. Madrid 6/2/2009

El artículo 10 se refiere : a) en el primero de sus párrafos a la obligación de la Comunidad de realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios ; b) en el párrafo segundo a la realización de obras de accesibilidad necesarias para un uso adecuado de los elementos comunes por parte de personas con discapacidad o mayores de setenta años o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes.

Dicho precepto debe complementarse con el art. 17 que establece mayorías diversas según supuestos y cuya literalidad debe darse por íntegramente reproducida.

La regla residual es la del art. 17 regla cuarta según la cual para la validez de los demás acuerdos para los que no se ha establecido otras mayorías bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. Bastando en segunda convocatoria con el voto favorable de la mayoría de los asistentes, siempre que representen más de la mitad de las cuotas de los presentes. Tal será la aplicable a los supuestos que podemos denominar simples obras de conservación

Concretos supuestos de obras

Para la sustitución de una red de agua potable , necesaria por tener más de 40 años de antigüedad y que había provocado fugas y filtraciones bastaría con la regla residual del acuerdo mayoritario, por tratarse de obra impuesta para subsanar las deficiencias de la red . Pero en un supuesto en que dichas actuaciones implicaban modificación de elementos comunes impuso la mayoría de los 3/5 del total de propietarios

que, a su vez representen las 3/5 partes de las cuotas de participación, así como el consentimiento del propietario directamente afectado, si lo hubiere ( regla primera párrafo 2 del art. 17 LPH )

En un supuesto en que la Comunidad aprobó sin unanimidad la ejecución de una piscina en zona común el Tribunal Supremo declaró nulo el acuerdo y argumentó que tal instalación no supone un servicio en interés general, sino una alteración de elemento común y, por lo tanto modificación del título constitutivo, para lo que se requiere unanimidad, añadiendo que la norma primera del art. 17 flexibiliza el régimen de mayorías en una serie de supuestos que nada tienen que ver con el esparcimiento, recreo o actividades recreativas y si con servicios vinculados al progreso o puesta al día de la Comunidad.

En materia de instalación de ascensor vinculado a la existencia de personas con discapacidad, se trata de un servicio común orientado a la supresión de barreras arquitectónicas que dificultan el acceso o movilidad de personas con minusvalía y por lo tanto es de los requeridos para la adecuada habitabilidad del inmueble. Acordada su instalación con el voto favorable de la mayoría de propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación, el acuerdo obliga a todos los propietarios . No siendo innovación inexigible que exima al disidente de contribuir cuando la cuota de instalación exceda del importe de tres mensualidades. Todos tiene que contribuir, pero si se pretende que lo sea en proporción distinta a la establecida en el título constitutivo ello no puede ampararse en la mayoría exigible para acordar la instalación, sino que será precisa unanimidad.

7) ¿ES APLICABLE LA PREVISION DEL PARRAFO CUARTO EL ART. 10 DE LA LPH A LAS OBRAS NECESARIAS DE MANTENIMIENTO O A LAS DE ACCESIBILIDAD, O EN SU CASO A AMBAS?

Aud. Prov Navarra 8/5/2003

Aud. Prov Guipúzcoa de 19/9/2003

Aud. Prov Barcelona 29/12/2004

Dicho precepto establece que en caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar resolverá lo procedente la Junta de propietarios. También podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la ley.

Por sistemática se estima que dicha discrepancia se refiere a la totalidad de obras mencionadas en los anteriores párrafos del precepto, es decir las necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación y las de accesibilidad.

La calificación de la naturaleza de la obra afecta a las mayorías exigibles para aprobar su ejecución por lo que el acuerdo comunitario determinando la naturaleza de las obras está sometido al correspondiente control judicial que podría declarar la nulidad de un acuerdo sobre la base de que por una inadecuada calificación de la naturaleza de la obra se ha aprobado con mayoría insuficiente.

8) ¿ES VALIDA UNA ESTIPULACION ESTATUTARIA DE EXONERACION DE GASTOS DE CONSERVACION? ¿COMO HA DE INTERPRETARSE?

Ver sentencias Tribunal Supremo de 25/6/1984,14/3/2000,19/5/2003, 9/6/2006, 18/12/2008, 18/11/2009 .

Aud. Prov Navarra de 29/2/2008

Aud. Prov. de Asturias de 6/4/2009

Aud. Prov. Teruel de 7/7/2009.

Aud. Prov. Asturias de 14/12/2009.

La regla general del art. 9 e) de la LPH es la obligación de todos los comuneros de contribuir a los gastos generales, sin que el no uso o no acceso directo a diversas instalaciones o servicios comunes sea motivo de exoneración a la contribución para el mantenimiento del servicio o instalación .

Es posible que en los Estatutos se excluya a determinados comuneros de la obligación de contribuir a determinados gastos, lo que es conforme al principio de autonomía de la voluntad imperante en las relaciones privadas y a los arts. 5.3 y 9 de la LPH y al art. 396 párrafo cuarto del Código Civil. En la interpretación del contenido de los Estatutos se ha de estar a las normas de interpretación de los contratos recogidas en los arts. 1281 y ss. del Código Civil, toda vez que los Estatutos son un acuerdo entre los propietarios para la gestión de la cosa común. En todo caso las cláusulas de exoneración deben interpretarse restrictivamente.

Asimismo es posible que tal exoneración no recogida en los Estatutos sea acordada en Junta de propietarios por unanimidad.

Además deben distinguirse entre gastos de uso y conservación y gastos de nueva instalación o de sustitución, de suerte que si la exención solo se predica en los Estatutos respecto de los primeros gastos no cabe extenderla a los segundos y ello no solo o no tanto porque deba hacerse una interpretación restrictiva de las causas de exoneración, sino por una aplicación estricta, atendida la regla general del deber de contribución.

9) ¿ES POSIBLE EXIGIR UNA DERRAMA EXTRAORDINARIA SIN ACUERDO PREVIO DE LA JUNTA POR RAZONES DE URGENCIA?

Sent. Aud Prov de Jaén de 5/10/2006

Revista Sepín junio 1998.

En principio cabría sostener que nadie está obligado a pagar una derrama sin previo acuerdo en Junta, la cual puede convocarse con urgencia sin necesidad de esperar el plazo de seis días entre citación y celebración a que se refiere el art. 16.3 LPH que solo es aplicable a las Juntas Ordinarias, pero no a las urgentes y extraordinarias respecto a las que basta con la antelación que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados. No obstante nos encontraríamos ante un problema formal, pues es de suponer que de haberse realizado el gasto urgente por el Propietario, como representante de la Comunidad ( art. 13.3 LPH ), en beneficio de la Comunidad la siguiente Junta ratificaría la actuación y le daría cobertura.

Pero la sentencia mencionada se refiere a un supuesto en que era necesaria y urgente la reparación de una depuradora de la piscina que se encontraba en la cubierta del edificio y que estaba provocando daños y el Presidente por si solo decidió acometer la obra. Sostiene que existen obras que no precisan la autorización de la Junta para su ejecución, cuales son las urgentes a que se refiere el art. 20. c) LPH, para evitar un daño inminente o incluso una incomodidad grave y que acuerda el administrador dando cuenta al Presidente o, en su caso, a los propietarios, con la particularidad de que no existiendo administrador el art. 13.5 LH dispone que sus funciones se ejercerán por el Presidente. La sentencia da por buena tal actuación y la dación posterior de cuentas ( aún después de haber girado los recibos ) que contó con el respaldo de los vecinos que abonaron la cuota extraordinaria derivada de las obras urgentes acometidas.

10) ¿A QUIEN CORRESPONDE EL PAGO POR LOS SERVICIOS PRESTADOS PARA APAGAR UN INCENDIO?

TS 23/11/2003

Aud. Prov de Málaga de 14/6/2006

Aud. Prov de Guipúzcoa de 9/2/2007.

Aud. Prov de Madrid de 21/6/2007

Aud. Prov de Pontevedra de 30/7/2007.

Aud. Prov de Alicante de 18/3/2008.

En primer lugar centrar que esta pregunta va orientada a conocer el responsable último de la obligación de pago y no a aquel a quien puede dirigirse el servicio de bomberos por haber solicitado la intervención. La contestación a priori es sencilla. El coste de los servicios de extinción de incendios es un perjuicio más derivado del incendio, por lo que, al igual que el resto de daños y perjuicios, deberán ser costeados por el responsable del incendio.

Precisamente el problema surge en la delimitación de quien sea el responsable del incendio.

En general lo que se exige es la prueba del incendio causante del daño, pero no la prueba de la causa concreta que causó el incendio, es decir se debe acreditar la relación de causalidad entre el incendio y el daño causado, no la causa eficiente. En un supuesto en que estaba acreditado que el origen del incendio se hallaba en determinado local, se le hizo responder al propietario, de todos los daños, en aplicación de la teoría objetiva del riesgo, presumiendo su imputabilidad salvo prueba en contrario, es decir salvo prueba de haber actuado con toda la diligencia para evitar la producción del evento dañoso, la cual no se logró por cuanto la instalación eléctrica se encontraba en mal estado, siendo posible causa del incendio.

En un supuesto de incendio en contadores de una comunidad ( elemento común ) ubicados en armarios cerrados con llaves que estaban solo a disposición de la empresa suministradora de energía eléctrica se declaró la responsabilidad de la suministradora por tener el dominio del hecho.

En el supuesto de acreditarse el concreto origen del incendio en una defectuosa instalación eléctrica u otra en elemento privativo será responsable el titular del mismo.

En el repetido supuesto de incendio en un vehículo estacionado en el garaje de una Comunidad de Propietarios, extendiéndose las llamas a otro vehículo, se afirma que la inversión de la carga de la prueba no puede extenderse a todos los supuestos de daños por culpa extracontractual, máxime cuando no quepa predicar peligrosa o arriesga la actividad de estacionamiento de un vehículo. Deberá indagarse la causa del incendio, que en ocasiones será por un fallo del mismo ( derrame de combustible, por mal estado de algún manguito, en partes calientes del motor ; cortocircuito en los cables de la batería o defecto del alternador ; sobrecalentamiento en el motor del electro ventilador por quedarse enganchado... ) o por actuación lesiva de tercero. De acreditarse fallo del vehículo la responsabilidad sería de su dueño . De no acreditarse tal fallo acabará respondiendo la Comunidad en cuyo garaje se ubicaba el vehículo incendiado.

11) ¿A QUIEN DEBE RECONOCERSE LA CONDICIÓN DE MINUSVÁLIDO A LOS EFECTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 17. DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL?

Ver sentencia Tribunal Supremo de 28/9/2006, 18/12/2008

Aud. Prov Madrid de 12/7/2007

Aud. Prov. La Coruña de 19/2/2009.

Aud. Prov. Madrid de 22/12/2009.

Aud. Prov. Barcelona de /11/3/2010.

El artículo 47 de la Constitución Española consagra el derecho de disfrutar de una vivienda digna y adecuada y el art. 49 establece, como uno de los principios que han de regir la política social y económica de los poderes públicos, el de llevar a cabo una política de integración de las personas con discapacidad, a quienes habrá de amparar especialmente para el disfrute de los derechos constitucionalmente reconocidos. En aplicación de lo anterior se dictaron normas como la ley 3/1990 de 21 de junio, que modifica la LPH de 1960, suavizando el régimen de adopción de acuerdos por las Juntas de Propietarios para la realización de obras de supresión de barreras arquitectónicas ; la ley 13/1982 de 7 de abril de integración social de los minusválidos, que se ocupa de la movilidad y las barreras arquitectónicas ; la ley 15/1995 de 30 de mayo reguladora de los límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a personas con discapacidad ; la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad Deberán tenerse en cuenta, asimismo, las diversas normas autonómicas tuteladoras de los minusválidos.

La última norma citada afirma que ostentan la condición de minusválido quienes tienen reconocido administrativamente tal condición, con disminución permanente para andar, subir escaleras o salvar barreras arquitectónicas, se precise o no el uso de prótesis o de sillas de ruedas y asimismo los mayores de 70 años.

La doctrina jurisprudencial ha asimilado a los minusválidos a los ancianos o personas con enfermedades que dificulten de manera importante la subida de escaleras del inmueble o para salvar barreras arquitectónicas, precisen o no de sillas de ruedas, por cuanto se trata de un concepto funcional, según la dificultad del interesado y la barrera o limitación de que se trate de salvar y que puede afectar incluso a menores de 70 años, pues el concepto el art. 1.2 de la Ley 51/2003 de dos de diciembre ( reconocimiento del grado de minusvalía igual o superior al 33% ) debe considerarse un precepto de mínimos.

Lógicamente será preciso acreditar la condición de minusválido o situación asimilable con las correspondientes certificaciones administrativas del reconocimiento del grado de minusvalía, certificados médicos, certificados de nacimiento...

12) ¿CUAL ES EL OBJETO Y CUANTÍA DEL FONDO DE RESERVA EXIGIDO POR LA LEY?

Aud. Prov de Santa Cruz de Tenerife de 17/5/2002

Aud. Prov de Guadalajara de 16/2/2005

Aud. Prov de Las Palmas de 6/7/2006.

Aud. Prov de Madrid de 15/1/2007.

Aud. Prov Barcelona de 26/9/2008.

Problemas relativos a la constitución de fondo de reserva de la Propiedad horizontal. Boletín de Propiedad horizontal El Derecho Octubre 2001

En relación al fondo de reserva ¿se refiere la LPH a una alternatividad para diferir a un contrato de seguro la materia de daños y a un contrato de mantenimiento las obras de conservación y reparación del inmueble? Foro abierto. Boletín de Propiedad Horizontal y Derechos Reales El Derecho. Febrero de 2007 Establece el art. 9.1 f de la Ley de Propiedad horizontal, dentro de las obligaciones de los propietarios la de “ Contribuir, con arreglo a su respectiva cuota de participación, a la dotación del fondo de reserva que existirá en la comunidad de propietarios para atender las obras de conservación y reparación de la finca. El fondo de reserva, cuya titularidad corresponde a todos los efectos a la comunidad, estará dotado con una cantidad que en ningún caso podrá ser inferior al 5 por 100 de su último presupuesto ordinario. Con cargo al fondo de reserva la comunidad podrá suscribir un contrato de seguro que cubra los daños causados en la finca o bien concluir un contrato de mantenimiento permanente del inmueble y sus instalaciones generales .

Por su parte la Disposición Adicional de la LPH : “ 1. Sin perjuicio de las disposiciones que en uso de sus competencias adopten las Comunidades Autónomas, la constitución del fondo de reserva regulado en el art. 9.1.f) se ajustará a las siguientes reglas:

- a) El fondo deberá constituirse en el momento de aprobarse por la Junta de propietarios el presupuesto ordinario de la comunidad correspondiente al ejercicio anual inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la presente disposición. Las nuevas comunidades de propietarios constituirán el fondo de reserva al aprobar su primer presupuesto ordinario.
- b) En el momento de su constitución el fondo estará dotado con una cantidad no inferior al 2,5 por 100 del presupuesto ordinario de la comunidad. A tal efecto, los propietarios deberán efectuar previamente las aportaciones necesarias en función de su respectiva cuota de participación.
- c) Al aprobarse el presupuesto ordinario correspondiente al ejercicio anual inmediatamente posterior a aquel en que se constituya el fondo de reserva, la dotación del mismo deberá alcanzar la cuantía mínima establecida en el art. 9.

2. La dotación del fondo de reserva no podrá ser inferior, en ningún momento del ejercicio presupuestario, al mínimo legal establecido. Las cantidades detruidas del fondo durante el ejercicio presupuestario para atender los gastos de conservación y reparación de la finca permitidos por la presente Ley se computarán como parte integrante del mismo a efectos del cálculo de su cuantía mínima. Al inicio del siguiente ejercicio presupuestario se efectuarán las aportaciones necesarias para cubrir las cantidades detruidas del fondo de reserva conforme a lo señalado en el párrafo anterior. “

El fondo de reserva regulado ex novo por la ley 49/1960, en su modificación operada por norma de 6/4/1999, viene regulado en el art. 9.1 e) de la LPH. Su constitución tiene carácter imperativo y tiende al mejor desenvolvimiento de la institución de la propiedad horizontal que viene caracterizada por la conjunción de los elementos comunes y privativos. Su finalidad u objeto principal es su aplicación alternativa o complementaria en un seguro de daños o en un contrato de mantenimiento permanente del inmueble y sus instalaciones. Es una partida nueva que se introduce en el régimen comunitario de forma análoga a su tratamiento societario que, con frecuencia, inspira su normativa, aunque, naturalmente, despojada de su finalidad de lucro o contemplación de beneficios, pero manteniendo su objeto común de garantía que, en la comunidad, está referida a la atención de obras de conservación y reparación de la finca.

Pero tal imperatividad de su constitución no significa que un acuerdo mayoritario aprobando el presupuesto de un determinado ejercicio pueda ser nulo por el hecho de que no se haya contemplado la constitución del fondo de reserva.

Algún autor sostiene que en la medida de que la constitución de tal fondo es un deber legal la decisión de la Junta de no constituirlo debe ser sancionable pues no solo existe un interés privado de los propietarios, sino un interés general pues conviene que los particulares adopten las medidas preventivas adecuadas para conservar el inmueble en condiciones de seguridad, salubridad y ornato y evitar que se afecte a la seguridad pública y el edificio se arruine, recordando que la competencia sobre vivienda corresponde a



las Comunidades Autónomas y la competencia sobre seguridad a los Ayuntamientos que serían los competentes para, de oficio o a instancia de parte incoar procedimiento sancionador.

La cuantía del 5% del presupuesto ordinario se estima que es el porcentaje mínimo, por lo que la Junta de Propietarios pueden acordar mayoritariamente una mayor aportación. La Disposición adicional establece la posibilidad de que la dotación del fondo no se realice en su integridad, sino que en el año de su constitución se dote con un 2,5% mínimo y el resto se aplaze para la siguiente en la que el fondo ya alcance el porcentaje legalmente establecido

La suscripción de un contrato de seguro o de uno de mantenimiento no es un mandato imperativo y de la inexistencia de contratación no cabe derivar responsabilidad por incumplimiento de norma. Se trata de contratos diferentes e independientes. La Comunidad podrá suscribir uno o ambos contratos, pero de suscribir ambos solo uno de ellos podrá serlo con cargo al fondo de reserva y el otro deberá serlo con cargo a al presupuesto ordinario de la comunidad.

Atendido el objeto para el que se constituye se estima contrario a derecho el acuerdo de alteración del fin a que se destina y su destino a provisionar de fondos a Abogados y Procuradores para emprender acciones legales contra los vecinos

13) ¿ES LICITO QUE LOS PROPIETARIOS PUEDAN PACTAR O ESTABLECER UN CRITERIO DE CONTRIBUCIÓN AL FONDO DE RESERVA DISTINTO DEL QUE DERIVA DE LA CUOTA DE PARTICIPACIÓN QUE ESTÉ FIJADA PARA CADA PISO O LOCAL EN EL TÍTULO CONSTITUTIVO?

Aud. Prov de Madrid de 15/1/2007

Aud. Prov de Barcelona de 26/9/2008

El art. 9. 1 e) establece la obligación de contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble... Por su parte el art. 9.1 f) alude a la obligación de contribuir a la dotación del fondo de reserva, con arreglo a la cuota de participación.

Para alguna Audiencia la omisión de la referencia a " lo especialmente establecido " carece de relevancia y declara válido el acuerdo que estableció la obligación de contribuir al fondo de reserva sin ajustarse a las cuotas de participación, sobre la base de estimar que las normas legales permiten que se fije por las comunidades sistemas de pago distintos a la estricta sujeción a coeficiente y de que tal acuerdo no había sido objeto de impugnación en plazo.

Sin embargo otros estimar que la omisión es relevante y demuestra la voluntad del legislador de que, imperativamente la aportación al fondo de reserva lo sea únicamente en proporción a las cuotas de participación, no siendo admisible ni los acuerdos de exclusión a algún condueño del deber legal de contribuir al fondo

14) ¿EL CREDITO QUE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS OSTENTE CONTRA EL PROPIETARIO A FIN DE QUE ÉSTE CONTRIBUYA A LA DOTACION DEL FONDO DE RESERVA ESTÁ GARANTIZADO CON LA PREFERENCIA DE CREDITO O CON LA AFECCIÓN REAL QUE SE ESTABLECEN EN EL ART. 9.1 E DE LA LPH ?

Aud. Prov. Palma de Mallorca de 7/3/2003

Aud. Prov Barcelona de 22/5/2006

La obligación de contribuir a la dotación del fondo de reserva que se establece en la LPH, tras la Ley 8/1999 de 6 de abril. Autor Carlos Gómez de la Escalera. Revista Spin noviembre de 2000.

Problemas relativos a la constitución de fondo de reserva de la Propiedad horizontal. Boletín de Propiedad horizontal El Derecho Octubre 2001

Según el primer estudio el silencio del art. 9.1 F de la LPH sobre las garantías de la obligación de contribuir a la dotación del fondo de reserva, a diferencia de lo que sucede con la obligación de contribuir a los gastos generales, que se asegura con la prelación de créditos y con la afección real, plantea el problema de si estas garantías se aplican también al crédito de la Comunidad para exigir la contribución al fondo de reserva. Estima que la respuesta debe ser negativa : a) por la propia redacción de la norma y necesidad de observar el principio de legalidad aunque la solución no sea satisfactoria ; b) por la voluntad de la misma de distinguir entre la obligación de contribución a gastos generales y la de contribución a

fondo de reserva y el tratamiento diversos que da a las garantías ; c ) porque de la lectura de la tramitación parlamentaria se desprende que no fue un lapsus del legislador

Según el segundo estudio la Junta determina el tiempo y forma en que se realizará el pago y el incumplimiento faculta para la reclamación judicial vía proceso monitorio o declarativo correspondiente. Debe interpretarse, con el art. 9.2 LPH, que para el comunero se trata de pagar un gasto general, en tanto que no imputable a uno o varios pisos o locales lo cual conlleva: a) estimar que el crédito de la Comunidad contra el que no aportó es un crédito que goza del privilegio del art. 9.1 e) 2º ; b) ante la eventualidad de venta del piso por aquel comunero que no pagó de la aportación inicial al fondo o la aportación para reintegrarlo a su cuantía mínima el crédito estaría garantizado mediante la afección real que grava el piso o local a que se refiere el art. 9.1 e) 3 LPH., de modo que el adquirente soportaría la ejecución sobre el bien ante el impago del transmitente y a falta de realización del pago por el deudor, sin perjuicio de su derecho a repetir. Las sentencias mencionadas se muestran favorables a la doble garantía.

15) PODRÍA LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CONSIDERAR ABONADA LA DEUDA DE UN COPROPIETARIO DEVENGADA POR INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 9 IMPUTANDO TAL PAGO POR LO ABONADO POR ESTE AL FONDO DE RESERVA

La respuesta adecuada es la negativa, atendido el objeto del fondo de reserva antes mencionado.

16) ¿CUÁL ES EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CONTRIBUIR A LA DOTACIÓN DEL FONDO DE RESERVA? ¿CABE LA APLICACIÓN DEL ART. 1966.3ª DEL C.C?

Aud. Prov Valencia de 29/11/2006

Aud. Prov Málaga de 13/12/2006

Aud. Prov Madrid de 15/12/2008

Aud. Prov Navarra de 5/10/2009

La obligación de contribuir a la dotación del fondo de reserva que se establece en la LPH, tras la Ley 8/1999 de 6 de abril. Autor Carlos Gómez de la Escalera. Revista Sepin noviembre de 2000.

¿Cuál es el plazo de prescripción de la acción de reclamación de gastos comunes, cinco o quince años ¿. Boletín de Propiedad horizontal y Derechos reales El Derecho. Marzo de 2008

La tesis mayoritaria, en relación a la prescripción de la acción para reclamación de los gastos generales, pero no del concreto supuesto de la aportación al fondo de reserva, viene a manifestar que el instituto de la prescripción no se asienta en una idea de justicia intrínseca y si de limitación en el ejercicio de los derechos en aras del principio de seguridad jurídica conectado a una cierta dejación y abandono de aquellos derechos por su titular, lo que hace que deba ser objeto de trato cauteloso e interpretación restrictiva. Ante la falta de previsión legal específica sobre el plazo de prescripción, no puede resultar de aplicación el plazo de cinco años contemplado en el art. 1966 CC, debiendo acudir al plazo general de las acciones personales, que como explica el art. 1964 CC solo puede ser inaplicable si existe una previsión específica, que no es el caso. Por ello la acción para reclamar las cuotas comunitarias de cualquier clase que sean, nace de la obligación legal de sostenimiento del inmueble y prescribe a los 15 años . La prestación es única, el fraccionamiento se acuerda por conveniencia, sin que cada desembolso mensual, trimestral... responda a pagos que han de hacerse en ese preciso periodo temporal.

Algún autor sostiene que el fondo de reserva es un capital formado por aportaciones dinerarias cuya dotación ( nunca inferior al 5% del último presupuesto ) está siempre referida al periodo anual y por ello considera que la obligación debe cumplirse en plazos anuales o inferiores y que resultaba aplicable el plazo de los 5 años el art. 1966.3 CC.

17) ¿ES EMBARGABLE ESTE FONDO?

El fondo de reserva es un patrimonio afecto a los gastos de conservación y reparación, planteándose si se configura como un núcleo patrimonial independiente y aislado a diferencia del resto de patrimonio de la Comunidad. Conforme al art. 22.1 “ la comunidad responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor “, de modo que el capital del fondo de reserva puede ser embargado por los acreedores de la Comunidad.

## 18) LIMITACIONES DE ACTIVIDADES POR PARTE DE LA COMUNIDAD

Ver sent. Tribunal Supremo de 20/9/2007, 20/10/2008

Aud. Prov. Segovia de 21/10/2005

Aud. Prov. Asturias de 27/6/2006

Aud. Prov. León de 11/1/2007

Aud. Prov de Tenerife de 11/7/2008

Aud. Prov de Madrid de 10/10/2008, 27/11/2009

Aud. Prov. Valencia de 23/12/2008

Aud. Prov de Tarragona de 23/12/2009

La transformación de locales de negocio en viviendas: los límites al uso de la propiedad privada en las relaciones de vecindad. Boletín de Propiedad Horizontal El Derecho, septiembre de 2004.

Establecido en el título constitutivo un uso determinado para elementos privativos ¿es posible modificar dicho destino? Foro abierto. Boletín de Propiedad Horizontal el Derecho enero de 2005.

Tenencia de animales en el ámbito doméstico como actividad prohibida, molesta o ilícita: análisis normativo y jurisprudencial. Boletín de Propiedad Horizontal y Derechos reales de diciembre de 2007.

La doctrina constitucional entiende que el art. 33 de la Constitución Española de 1978 reconoce al derecho a la propiedad privada un núcleo esencial, de manera que el régimen de los bienes, es decir, las facultades del propietario, no puede privarle de la efectiva utilidad económica, ni de la autonomía de la voluntad para usar, gozar y disponer de ellos. Si bien es cierto que los estatutos de una determinada comunidad constituida en régimen de propiedad horizontal pueden contener cláusulas prohibitivas o limitativas de determinadas actividades, éstas deben estar establecidas en atención al interés general de la propia comunidad. Para garantizar su eficacia frente a terceros y a posteriores adquirentes, estas limitaciones deben constar inscritas en el Registro de la Propiedad.

La concepción del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, no sujeta a otras limitaciones que las expresamente previstas en las leyes y las que convencionalmente se establezcan, así como la inexistencia en el título constitutivo de una prohibición expresa del cambio de uso o destino de los locales comerciales del edificio (...) implica que las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo

Respecto a la interpretación del valor de la simple descripción del destino de los pisos, tal mera descripción no supone limitación del uso o de las facultades dominicales, pues para ello deviene necesaria una cláusula o regla precisa y concreta, con obligación para los comuneros de su cumplimiento (...) y a ninguno de ellos se le puede privar de la utilización de su derecho de propiedad como considere oportuno, siempre que el destino elegido no esté prohibido singularmente en aquellos documentos

En un supuesto de ejercicio en un piso-vivienda de una actividad médica se admite y se afirma que en la división horizontal, donde consta destino de los pisos, no se dice «exclusivamente», u otra expresión análoga, se dedicarán a viviendas, sino sólo se describen lo que se denominan «pisos-viviendas». Deducir de ello la exclusividad implicaría una limitación de facultades dominicales, que ni puede presumirse ni interpretar las que existan de modo extensivo.

En un supuesto de transformación de local de negocio en vivienda se admite sobre la misma base de ausencia de prohibición estatutaria, valor de la descripción del uso, que no puede entenderse como prohibición de otro, todo ello sin perjuicio de que los departamentos transformados en vivienda reúnan las correspondientes condiciones técnicas y de la obtención de la licencia administrativa, lo que constituye una cuestión ajena a la Comunidad y no le vincula, ya que el permiso de los organismos oficiales no incide en favor o en contra de los acuerdos autónomos e independientes de índole civil, adoptados por la Junta de Propietarios.

Respecto al uso de barbacoas, de obra o portátiles, que no esté expresamente prohibida en los estatutos, se admite, por tratarse de instalación de uso generalizado y socialmente aceptado en viviendas con espacios abiertos, en los que el empleo del fuego o la producción de humos para esporádicas funciones

de asado y en una apreciación realizada conforme a criterios de razonabilidad y de buena vecindad, no aparece ni puede ser reputado como actividad molesta, incómoda, insalubre, ni peligrosa.

En lo relativo a la tenencia de animales en elementos privativos de edificios sometidos a régimen de propiedad horizontal poner de manifiesto que inciden sobre la cuestión tanto normas administrativas como civiles. La primeras estatales, autonómicas o locales regulan el uso y actividad de tenencia de animales, estableciendo controles, registros, permisos, autorizaciones administrativas..., destacando la regulación sobre animales potencialmente peligrosos, la normativa protectora de animales, las ordenanzas que regulan supuestos diversos entre los que se pueden leer : que el uso de ascensores por personas acompañadas de perros debe hacerse de manera que no se coincida en la utilización del aparato con otras personas si éstas así lo requieren ; la prohibición de circulación de animales es piscinas de utilización general ; la prohibición de tenencia de animales de cría y de corral en domicilios particulares, terrazas, azoteas, desvanes, garajes, trasteros, bodegas, patios ...Respecto a la normativa civil la regla en la no posibilidad de prohibición completa en los estatutos de la comunidad ( por contrario al art. 348 CC ), ni es los reglamentos de régimen interno por estimar que carecen de sentido aquellas restricciones que supongan una anulación o intromisión injustificada en las facultades de uso y aprovechamiento que integran el derecho de propiedad singular sobre los espacios privativos, cuando, además, no tienen ninguna incidencia en el adecuado uso y disfrute de la finca que corresponde a los restantes comuneros, todo ello, naturalmente, sin perjuicio de las medidas a adoptar en supuestos de animales abandonados, molestos o insalubres ( ladridos, olores de excrementos , alimentación de palomas que provoca la afluencia continua de las mismas, cría de animales...) y sin perjuicio asimismo de acudir a la vía de la defensa frente a inmisiones dañosas

#### 19) TRATAMIENTO DE LA EJECUCIÓN CONTRA LOS COMUNEROS DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS A LA COMUNIDAD.

Ver sent. Tribunal Supremo de 13/2/2001

Aud. Prov de Zaragoza de 6/5/1997

Ejecución de sentencia condenatoria de la Comunidad sobre el patrimonio de los copropietarios. Foro abierto. Boletín de Propiedad horizontal El derecho de noviembre de 2004.

La responsabilidad por deudas comunes. El art. 22 LPH. Boletín de Propiedad horizontal el derecho de mayo de 2006.

La demanda se formuló contra la Comunidad de Propietarios ..., que resultó condenada en el litigio seguido, en el que intervino representada por su presidente, y en la ejecución de esa sentencia se pretendía vincular individualmente a los copropietarios que forman parte de la misma y que no han sido parte en el litigio reseñado. Si bien es cierto que la condena al pago de una cantidad determinada a una comunidad de propietarios implica la condena de los copropietarios que forman parte de la misma, esa deuda solo puede hacerse efectiva a través de la propia comunidad ya sea directamente sobre bienes de la misma, ya sea mediante el correspondiente mecanismo de atribución de gastos y responsabilidades a los comuneros, pero para ello deberá seguirse el oportuno procedimiento sin merma alguna de las garantías de intervención y defensa de tales comuneros, que deberán ser llamados personalmente a dicho procedimiento, y no a través de órganos de representación orgánica. No cabe por tanto, proceder a la ejecución de la sentencia en su día dictada, sobre los bienes de los copropietarios que forman parte de la comunidad condenada al pago, ya que los mismos no han sido demandados individualmente en el litigio seguido, y tal ejecución equivaldría a su condena sin haber sido oídos en el pleito, quebrantando así los derechos de defensa y tutela judicial efectiva.

A destacar el art. 544 LEC que establece no será de aplicación a las comunidades de propietarios de inmuebles en régimen de propiedad horizontal el párrafo anterior en el que se establece que en caso de títulos ejecutivos frente a entidades sin personalidad que actúen en el tráfico jurídico como sujetos diferenciados, podrá despacharse ejecución frente a los socios, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico jurídico en nombre de la entidad, siempre que se acredite cumplidamente a juicio del Tribunal, la condición de socio, miembro o gestor y la actuación ante terceros en nombre de la entidad.

Debe tenerse en cuenta el art. 22 LPH en su redacción por ley 8/1999 . Establece que :

1. La comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor. Subsidiariamente y previo requerimiento de pago al propietario respectivo, el acreedor podrá dirigirse contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho.

2. Cualquier propietario podrá oponerse a la ejecución si acredita que se encuentra al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad en el momento de formularse el requerimiento a que se refiere el apartado anterior.

Si el deudor pagase en el acto de requerimiento, serán de su cargo las costas causadas hasta ese momento en la parte proporcional que le corresponda.

Este precepto se interpreta:

Es la Comunidad la que debe responder de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor, es decir : saldos bancarios, dinero metálico en poder de los órganos unipersonales, fondo de reserva, retención de lo que a la comunidad deben los comuneros, créditos de la comunidad frente a terceros.

Al no referirse a bienes se excluyen los elementos comunes no esenciales susceptibles de desafección Subsidiariamente cabe reclamarse la deuda a los distintos copropietarios pero para ello será preciso ; que no existan fondos y créditos a favor de la comunidad ; que el propietario haya sido parte en el proceso ; que se requiera individualmente al propietario respectivo ; que el requerimiento lo sea por la cuota que le corresponde en el importe insatisfecho ; el propietario puede oponerse acreditando estar al corriente en el pago de cuotas comunitarias vencidas y también alegando que se le reclama por encima de la cuota que le corresponde en el importe insatisfecho o señalando bienes de la comunidad de propietarios sobre los que no se haya realizado ejecución.

#### **TEMA 4 . RELACIONES CONTRACTUALES USUALES EN LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS.**

1 ) ¿COMO PUEDE DELIMITARSE LA EXISTENCIA DE LA NULIDAD DE LA CLAUSULA DE DURACIÓN EN CONTRATO DE MANTENIMIENTO DE ASCENSORES?

Aud. Prov de Cádiz de 23/6/2008

Aud. Prov de Ciudad Real de 15/1/2009.

Aud. Prov. de Navarra de 12/3/2009.

Aud. Prov. Sevilla de 19/3/2009.

Aud. Prov. de Alicante de 17/9/2009.

Aud. Prov. de Lleida de 11/2/2010.

Aud. Prov. León de 4/3/2010.

Aud. Prov de Murcia de 5/4/2010.

Existen diversas posturas de la jurisprudencia menor sobre la materia, con la correspondiente inseguridad jurídica y necesidad de adaptarse al criterio sostenido por la Audiencia correspondiente.

1.- Postura favorable a la validez de las cláusulas contractuales y al derecho de la indemnización de la mercantil encargada del mantenimiento de los ascensores. Esta corriente se ampara fundamentalmente en la normativa general del Código Civil , entendiendo que se trata de cláusulas negociadas y autorizadas por la autonomía de la voluntad, que no pueden considerarse en modo alguno desproporcionadas ni rompen la igualdad en el contrato entre las partes; suelen afirmar la inexistencia de un derecho unilateral al desistimiento del contrato, por lo que la resolución sin causa no está amparada en el artículo 1124 del Código Civil y genera el derecho a la indemnización por incumplimiento contractual; consideran igualmente que la larga duración pactada (entre 5 y 10 años en la mayoría de los contratos) está justificada por el tipo de servicio prestado por el arrendador y la necesidad de éste de proceder a la provisión de los medios técnicos y humanos necesarios para la prestación de dicho servicio, desarrollándose dicho servicio en marco de libre competencia y no de monopolio; finalmente entiende que existe equilibrio en las prestaciones pues la larga duración contractual supone beneficios para la comunidad de propietarios, al tener una evidente estabilidad en el precio y ser éste más ajustado en función de la mayor duración del contrato.

2.- Posturas contrarias a la validez de dichas cláusulas contractuales y que declaran su nulidad. Esta corriente se ampara fundamentalmente en la normativa de protección de los consumidores y en el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en que basa su pretensión la mantenedora de ascensores

. Entienden se trata de contratos de adhesión sin género alguno de dudas, en los que se limitan los derechos de los consumidores a contratar en mejores condiciones por el largo periodo de duración y la cláusula indemnizatoria prevista, generando un desequilibrio de las prestaciones a favor del empresario y en contra del consumidor que no está justificado objetivamente en la naturaleza del servicio contratado; igualmente consideran que la indemnización prevista es onerosa y desproporcionada, distorsionando la finalidad del contrato para los demandados y que no responde a daños reales que pueda sufrir la arrendadora de servicios de mantenimiento de ascensores.

3.- Posición intermedia. Es la última de las corrientes de la jurisprudencia menor en las que se reconoce un cierto derecho de indemnización a favor de la arrendadora de servicios. Parten del hecho, común con la postura anterior, de que estamos en presencia de un contrato de adhesión y que las cláusulas contractuales que se discuten son contrarias a la buena fe, desproporcionadas y no equitativas, por lo que suelen declarar la nulidad de las mismas por abusivas por aplicación de la normativa de protección del consumidor. Sin embargo entienden que una resolución unilateral podría dar lugar a situaciones de abuso de derecho por parte del consumidor, por lo que se reconoce a la arrendadora un derecho mínimo de indemnización, apreciado en atención a las facultades moderadoras del artículo 1103 del Código Civil y alejado del propio contenido contractual.

La normativa actualmente vigente en materia protectora de consumidores es el RD Legislativo 1/2007 de 30 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que debe entenderse directamente aplicable a los supuestos de contratos de tracto sucesivo, con una duración de diez años, de tal manera que las modificaciones legales que puedan producirse durante su vigencia, deben ser aplicables a los periodos posteriores a la entrada en vigor de la norma, y más si se tiene en cuenta que estamos en presencia de una normativa de protección al consumidor en la que, como señala el artículo 59.2 TR, debe de respetarse siempre el nivel mínimo de protección señalado en el citado RD Legislativo 1/2007, lo que implica la necesidad de adaptar el contrato de tracto sucesivo a las nuevas exigencias de protección del consumidor derivadas de dicha norma, lo que lógicamente autoriza la aplicación de la nueva norma, sin que ello suponga en modo alguno la vulneración del principio de irretroactividad de las normas, pues no se modifica el contenido contractual sino que se adapta al momento en el que se aplica dicho contrato, una vez que la norma ha entrado en vigor. En atención a lo anterior resulta aplicable la previsión del artículo 62.3 del RD Legislativo 1/2007, referida específicamente a los contratos de prestación de servicios, en el que se prohíben expresamente cláusulas que fijen plazos de duración excesivos o limitaciones que obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato, reconociéndose dicho derecho de forma expresa en el segundo párrafo del artículo 62.3 e imponiendo dicha norma la imposibilidad de fijar para limitar dicho derecho ningún tipo de sanción o cargas onerosas o desproporcionadas como "...la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Alguna Comunidad Autónoma ha regulado la materia, destacándose el Decreto 44/2008 de 28 de febrero de la Xunta de Galicia, por el que se regulan los requisitos de las empresas conservadoras de ascensores y se desarrollan conceptos relativos al grado de ocupación de las viviendas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia. El artículo 5 del mencionado Decreto se refiere a la libre elección de la empresa mantenedora y para garantizar el derecho establece que " los contratos de mantenimiento que se suscriban entre ambos ( persona titular del ascensor y empresa mantenedora ) deberán tener un plazo de duración inicial que no exceda de un año, y su contenido material se ajustará en todo caso a lo dispuesto en la normativa vigente en materia de defensa de consumidores y usuarios. La persona titular podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de cláusulas penales que se hayan fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

2) ¿QUE REQUISITOS DEBE REUNIR EL ALQUILER DE LA CUBIERTA POR LA COMUNIDAD PARA LA INSTALACION DE UNA ANTENA DE TELEFONÍA? ¿Y EL DE OTROS ELEMENTOS COMUNES?

Aud. Prov. León 11/7/2002

Aud. Prov. Vizcaya 24/10/2002

Aud. Prov. de Huesca de 4/12/2002

Aud. Prov. de Baleares de 2/4/2003

Aud. Prov Madrid de 19/12/2007

Arrendamiento de cubierta para instalación de antena de telefonía móvil. Boletín de Propiedad Horizontal y derechos reales El Derecho octubre de 2006.

Con anterioridad a la Ley 8/1999, de 6 de abril, que modificó la Ley de Propiedad Horizontal, la cuestión relativa al arrendamiento de los elementos comunes o de alguna parte de ellos suscitó diversas interpretaciones y dispares pronunciamientos judiciales, manteniéndose en algunos que al modificar el Título se requería la unanimidad, mientras que en otros, por considerar que se trataba de un acto de mera administración, se estimaba suficiente la simple mayoría

El artículo 17.1, párrafo segundo de la LPH, dice: "El establecimiento o supresión de los servicios ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros vicios comunes de interés general, incluso cuando pongan la modificación del título constitutivo, de los estatutos, requerirá el voto favorable de las quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. El arrendamiento de elementos comunes que no tengan asignado un uso específico del inmueble requerirá igualmente el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, así como el consentimiento del propietario directamente afectado, si lo hubiere".

Parece pues que la reforma ha puesto punto y final a la polémica, pues solo los elementos comunes que no tengan asignado un uso específico en el inmueble pueden ser arrendados con el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. En el supuesto de que el elemento común tenga predeterminado en el título un uso específico, su arrendamiento precisa del previo acuerdo unánime de todos los propietarios, lo que resulta lógico conforme con lo dispuesto en los artículos 5, 12 y 17-1º de la Ley de Propiedad Horizontal ya que afecta y modifica al título mismo.

Por ello en un supuesto de la cubierta del edificio-aparcamiento subterráneo destinada a zona de paseo o zona de juegos, respecto a la que se aprobó por mayoría su cesión onerosa, total o parcial, a un tercero para que la explote como terraza-cafetería y en tanto que modifica radicalmente el destino previsto en el título y priva a los propietarios de su utilización conforme al destino dado al constituirse la propiedad horizontal, se estimó que era precisa la unanimidad y por ello el acuerdo era nulo

Asimismo en un supuesto en que se estimaba que la instalación de antena de telefonía afectaba a la estructura del edificio por el peso de los objetos a instalar, se estimó la necesidad de acuerdo unánime.

El estudio mencionado alude a como, generalmente, bajo la simpleza de un alquiler de elemento común, para la instalación de antena de telefonía, se esconde mucho más: cambio de configuración del edificio, alteración de fachada o cubierta, alteración estética, impacto visual y medio ambiental, construcción de castillete para soportar la antena, colocación de vientos que limitan o hacen intransitable la cubierta, construcción de sala de máquinas, colocación permanente de cableado de gran envergadura..., todo ello, generalmente facultando a la arrendataria a cambios necesarios y continuos para dar el servicio objeto de su actividad económica. Se alude asimismo a los problemas particulares que sufren determinados vecinos, tales como filtraciones procedentes de la cubierta, dificultades de uso de espacios por la presencia del cableado, calor y ruido que emana de la sala de máquinas... cuestiones todas ellas que hacen precisa la unanimidad .

### 3) ¿Y PARA LA INSTALACION DE UN GRAN CARTEL EN LA FACHADA?

Ver sentencia del Tribunal Supremo de 25/11/1992, 6/4/2006

Aud. Prov de La Coruña de 10/1/2007

Aud. Prov de Pontevedra de 13/2/2007

Aud. Prov. de Madrid de 2/3/2007

Aud. Prov. Valencia de 30/12/2008

Aud. Prov de Zaragoza de 26/2/2010

¿Puede ser objeto de inscripción como bien inmueble autónomo la facultad de fijar carteles de carácter indefinido que se reserva el promotor en los Estatutos de la propiedad horizontal del inmueble construido? Foro Abierto. Boletín de contratación inmobiliaria El Derecho mayo 2010.

Son elementos comunes por naturaleza en el régimen de propiedad horizontal las fachadas, como resulta de lo normado en el art. 396 del CC, por consiguiente, en principio, toda afectación relevante de las mismas exige la unanimidad de los propietarios en atención a tal condición jurídica (art. 17 de la LPH).

En ocasiones son los mismos Estatutos por los que se rige la Comunidad los que permiten expresamente la colocación de carteles en determinados espacios. En otras ocasiones existe una autorización ulterior expresa o tácita de la comunidad de propietarios, esta última inferida de su tolerancia por un largo espacio de tiempo o desde el inicio de la comunidad.

Pero en general y en lo que podíamos denominar una "instalación racional de anuncios o carteles" es inherente a cualquier actividad negocial y constituye un uso lícito de los elementos comunes en cuanto no se perjudiquen los derechos de los demás propietarios ni alteren el decoro arquitectónico del inmueble; en tanto no se produzca ese perjuicio a los demás copropietarios o se altere el aspecto arquitectónico del edificio, no se puede prohibir a los propietarios de los locales de negocio, bien sea a ellos mismos o a sus arrendatarios, el uso de los elementos comunes, siempre que la colocación de rótulos o carteles no exceda de los paramentos exteriores del local, es decir se admiten tales carteles, rótulos o anuncios bajo una serie de limitaciones: inexistencia de perjuicios, in alteración del decoro arquitectónico y siempre que no exceda del parámetro exterior del local.

Se declara nulo un acuerdo que imponía un canon a un propietario por la instalación de carteles, afirmando la sentencia que tal canon no se acomoda a los parámetros establecidos en el art. 5, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, ni responde a la obligación impuesta a los copropietarios por el art. 9.5ª de la citada Ley.

En el foro abierto mencionado se menciona la posibilidad, ya tratada en otras preguntas de este seminario, de que la cubierta del edificio se configure como elemento privativo, siendo posible la constitución del derecho a instalar carteles en la terraza como derecho real autónomo, siendo por lo tanto susceptible de inscripción.

#### 4) ¿PUEDE DESPEDIR EL PRESIDENTE POR SÍ SOLO AL PORTERO?

Sent. Aud. Prov de Madrid de 15/11/2005 y 29/1/2008.

Revista Sepin abril de 1995

La Figura del Presidente. Personalidad, caracteres y funciones. Boletín de Propiedad horizontal El Derecho octubre de 2004.

¿Puede el Presidente ejercitar acciones en defensa de los intereses de la Comunidad sin acuerdo previo de la Junta?. Boletín de Propiedad Horizontal y Derechos Reales El derecho octubre de 2006.

La respuesta impone analizar el concepto y naturaleza de la figura del Presidente. Se trata de la persona elegida por los copropietarios, reunidos en Junta y que tiene encomendada la representación de la Comunidad tanto en juicio como fuera de él, valiendo la voluntad del Presidente frente al exterior como voluntad de la Comunidad, sin perjuicio de su responsabilidad por el modo en que ejerza su representación. Quiere ello decir que, como norma no se requiere una autorización expresa por parte de la Junta general de propietarios, lo que tampoco equivale a considerar que el Presidente dispone de un cheque en blanco que le permita dejar e someterse a lo acordado por la Junta de Propietarios. En este sentido pueden leerse sentencias que enjuician supuestos en que se sometió a la consideración de la Junta la decisión de despedir o no al portero, que debe adoptarse por mayoría de propietarios asistentes que, a su vez, representen la mayoría de cuotas de participación. Naturalmente no puede hacer valer el Presidente de la Comunidad la representación orgánica para decidir por sí un despido en contra de la explícita oposición de la Junta.

El que el portero tenga vigente contrato laboral no impide que se le pueda despedir por cualquiera de las causas que establece el Estatuto de los Trabajadores. Si la decisión es del Presidente en solitario en principio el despido es válido por ser el representante legal de la Comunidad, pero luego la Junta puede revocar tal decisión y aceptar la readmisión, o cualquier otro acuerdo al respecto, o bien ratificar al



Presidente y admitir todas las consecuencias del acto, entre ellas el pago de indemnización en caso de ser declarado improcedente.

#### 5) ¿SON VALIDAS LAS CLAUSULAS DE EXONERACION DE LOS GASTOS DE PORTERIA?

Ver sentencias Tribunal Supremo de 25/6/1984, 14/3/2000, 19/5/2003, 9/6/2006, 18/12/2008, 18/11/2009 .

Aud. Prov Navarra de 29/2/2008

Aud. Prov. de Asturias de 6/4/2009

Aud. Prov. Teruel de 7/7/2009.

Aud. Prov. Asturias de 14/12/2009.

Acuerdos o cláusulas sobre exoneración, por no utilización, de gastos de mantenimiento de servicios comunes, ¿se extienden a gastos de sustitución y reparaciones importantes?. Boletín de Propiedad horizontal El Derecho, mayo de 2005.

La regla general del art. 9 e) de la LPH es la obligación de todos los comuneros de contribuir a los gastos generales, sin que el no uso o no acceso directo a diversas instalaciones o servicios comunes sea motivo de exoneración a la contribución para el mantenimiento del servicio o instalación .

Es posible que en los Estatutos se excluya a determinados comuneros de la obligación de contribuir a determinados gastos, lo que es conforme al principio de autonomía de la voluntad imperante en las relaciones privadas y a los arts. 5.3 y 9 de la LPH y al art. 396 párrafo cuarto del Código Civil. En la interpretación del contenido de los Estatutos se ha de estar a las normas de interpretación de los contratos recogidas en los arts. 1281 y ss. del Código Civil, toda vez que los Estatutos son un acuerdo entre los propietarios para la gestión de la cosa común, pero teniendo en cuenta que toda cláusula de exoneración de gastos debe interpretarse restrictivamente por ser excepción de la regla general mencionada en el párrafo anterior.

Asimismo es posible que tal exoneración no recogida en los Estatutos sea acordada en Junta de propietarios por unanimidad.

#### 6) ¿QUE REQUISITOS DEBEN CUMPLIRSE PARA LA COMPRAVENTA DE LA VIVIENDA DESTINADA A PORTERIA, PROPIEDAD DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS?. ¿Y EN EL SUPUESTO DE PORTERIA QUE NO APARECE INSCRITA EN LA ESCRITURA DE DIVISIÓN EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL ?

Ver sentencias Tribunal Supremo de 16/7/1992, 26/2/1996, 30/7/1998, 30/3/2007, 15/6/2007 .

Aud. Prov. Madrid de 24/5/2006, 5/7/2006

Aud. Prov. Cádiz de 27/9/2006

Aud. Prov. Burgos de 24/1/2007

Aud. Prov. Barcelona de 19/7/2007

Aud. Prov. Barcelona de 1/12/2009

Revista Sepin noviembre de 2000

El acuerdo de supresión del servicio comunitario de portería, cuando se puede adoptar por mayoría simple. . Boletín de Propiedad horizontal El Derecho, mayo de 2003.

Cuestiones sobre la desafeción de elemento común en propiedad horizontal para pasar a constituir finca independiente. Boletín de Contratación inmobiliaria El Derecho, julio de 2007.

La desafeción de elementos comunes no esenciales es posible en la medida que el art. 396 CC no es en su totalidad de " ius cogens ", sino de " ius dispositivum ", lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo unánime de la Comunidad de Propietarios ( según art. 16 regla 1ª LPH ) pueda atribuirse carácter de privativos ( desafeción) a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras...lo sean por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, los pisos de porteros...

Debe distinguirse el concepto portería como servicio y el concepto portería como elemento físico del edificio apto para destinarse o dedicarse al expresado servicio ( art. 396 CC ).

Para la supresión del servicio de portería y su sustitución por portero automático, video portero basta con el acuerdo de los 3/5 del art. 17.1ª ; para la determinación de cómo prestar el servicio ( en lugar de portero a plena dedicación que resida en el piso portería, conserje a tiempo parcial ) , se estima bastaría el acuerdo mayoritario . Todo ello por no existir disposición sobre elementos comunes, concepto en el que no cabe incluir la mera forma de prestar un servicio común y sin que la simple desocupación de la vivienda asignada al portero entrañe desafección. Sin embargo para los actos de disposición sobre el elemento común desafección para su venta o incorporación a otro elemento privativo del inmueble, arrendamiento o dar cualquier otro destino si es preciso el acuerdo unánime. Una vez desafeccionado bastará acuerdo de 3/5 para el arrendamiento. Naturalmente tal desafección implicará una redistribución de cuotas comunitarias.

En estos supuestos será preciso acreditar ante el Notario y Registrador, mediante certificación, que existe unanimidad para modificar el Título ( rectificando coeficientes y dando nueva entrada a una nueva finca independiente ). Basta con la existencia de un voto en contra para que no quepa la desafección del elemento común, siendo pues imposible la venta del piso portería.

El supuesto especial mencionado debe seguir la misma tramitación, es decir desafeccionar por unanimidad este elemento común que existe en la realidad, para convertirlo en nueva finca a la que asignar coeficiente, reajustando los demás, para seguir con las cien centésimas a que se refiere el art. 3. b) LPH.

El departamento portería o la portería como vivienda aparecen recogidas en el art. 396 CC como elemento común y si para usucapir en diez años un derecho reconocido a favor de todos los copropietarios es precisa la posesión en concepto de dueño, con buena fe y justo título ( que no equivale a la intención subjetiva de poseer en este concepto si ello no se apoya en título apto y suficiente ), no puede ser objeto de usucapición a favor de algunos de los copropietarios en régimen de propiedad horizontal que han poseído por mera tolerancia de la Comunidad.

#### 7) ¿CÓMO SE DISTRIBUYEN LOS BENEFICIOS POR EL ALQUILER DE LA VIVIENDA DESTINADA ANTERIORMENTE A PORTERÍA?

Revista Sepín diciembre de 1997

Mientras el título no diga nada en contra o se acuerde por unanimidad, tanto los beneficios como las cargas, deben ser repartidas a tenor del coeficiente de participación ( art. 9.1 e) 5 LPH.

#### 8) ¿PUEDE CEDERSE UN PISO DE NATURALEZA COMÚN, DESTINADO A PORTERÍA, A CAMBIO DE LA LIMPIEZA DE LA FINCA ?

Ver sentencia de la Aud. Prov. de Sevilla de 29/2/2000

Revista Sepín febrero de 2000

En la revista mencionada se sostuvo que la cesión de la vivienda gratuita, a cambio de que se haga la limpieza de la finca, es un claro fraude de ley, pues de hecho se ha formalizado contrato a un portero, aunque sea a tiempo parcial, calificación profesional que, sin duda, dará la autoridad administrativa o judicial, caso de que esa persona formule denuncia. Se impone la regularización de la situación, formalizando el correspondiente contrato laboral .

En la sentencia mencionada se conoció un supuesto de estimación en primera instancia de desahucio a precario y se revocó la sentencia por cuanto estaba acreditado que se habían venido realizando trabajos de portería incardinables en una relación laboral, sin que el hecho de que no exista un contrato desvirtúe que la vivienda se ocupa como contraprestación a los trabajos que la demandada realizaba, como retribución en especie, por lo que no puede entenderse que exista una situación de precario.

#### 9) ¿ES VÁLIDO EL ACUERDO DE LA JUNTA EN VIRTUD DEL CUAL SE OBLIGA A LOS PROPIETARIOS A LA LIMPIEZA DE LA FINCA ?

Ver sent. Aud. Prov. de Barcelona de 2/6/1987

Revista Sepin febrero de 1999

En la revista mencionada se sostuvo que a los propietarios de un edificio se les puede exigir provisión de fondos y pago de los gastos, pero de ninguna manera prestaciones personales, así que si en la Junta se

decide que las zonas comunes sean limpiadas por los vecinos, no hay forma legal de obligar a quien no resida o no lo quiera realizar, por lo que de acordarse en tal sentido, lo mejor es pactar con el disidente que su turno lo supla con una tercera persona o con un vecino, corriendo el disidente con los gastos.

La sentencia mencionada señaló que era válido el acuerdo de que el propietario que no limpie la escalera en la forma y sistema indicados, deberá pagar determinada multa, que no tiene el concepto de pena en el sentido penal, sino en el civil de una prestación para el caso de que el obligado no cumpla lo que le incumbe o que, al cumplirlo, lo contravenga, con una finalidad única de asegurar aquel cumplimiento. Afirma que la licitud se sostiene, entre otros motivos, porque la obligación principal se encuadre a su vez, dentro de las normas de régimen interno pensadas para la buena administración y disfrute de las cosas comunes.

#### 10) ¿QUÉ MAYORÍA SE PRECISA PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SOBRE ZONAS COMUNES?

Ver sent. Aud. Prov de Alicante de 15/3/2006

Ver sent. Aud. Prov. Las Palmas de 13/2/2008

Presupuesto para la adopción del acuerdo es que concurra alguna de las causas resolutorias del contrato o que llegado el vencimiento del plazo se discuta sobre la procedencia o no de continuar la relación arrendaticia. La primera de las sentencias referenciadas señala que la actual regulación del quórum exigible para los acuerdos comunitarios, contenida en el art. 17.1 LPH es la aplicable al acuerdo de no renovación del arrendamiento. Es decir se defiende una misma mayoría para arrendar que para resolver y que será la de tres quintos del total de los propietarios que a su vez representen 3/5 de las cuotas, siempre que se trate de arriendo de elementos que no tengan uso o servicio asignado en beneficio del inmueble.

### **TEMA 5. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRATUAL DE COMUNIDAD DE PROPIETARIOS: FRENTE AL COPROPIETARIO Y FRENTE A TERCEROS.**

#### 5.1) ¿INCURRE EN RESPONSABILIDAD UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS POR FILTRACIONES PROVENIENTES DE LA TERRAZA DEL INMUEBLE DE USO PRIVATIVO?

Ver sentencia del Tribunal Supremo de 17/2/1993, 18/1/2007, 13/3/2007

Aud.Prov de Orense de 11/5/2007

Aud.Prov de Barcelona de 2/7/2007

Aud. Prov de Santa Cruz de 17/10/2007

Aud. Prov de La Coruña de 16/5/2008

Aud. Prov de Lleida de 30/5/2008

Aud. Prov de Cantabria de 13/5/2009

Aud. Prov de Murcia de 9/12/2009

Tratándose de terrazas que sean cubierta de todo o parte del inmueble, es doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el art. 396 CC, al mencionar entre ellos a las cubiertas, si bien la enumeración que el precepto hace de los elementos comunes es de derecho dispositivo, lo que permite que, bien en el originario título constitutivo de la propiedad horizontal, o bien por acuerdo posterior de la junta de propietarios adoptado de manera unánime, pueda atribuirse el carácter privativo a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales (suelo, cimentaciones, escaleras comunes, ascensor), lo sean en función de su destino o accesoriadad como los patios interiores y las terrazas a nivel o cubiertas de todo o parte del edificio.

Lo determinante a la hora de resolver quien debe asumir el coste de las reparaciones, no es la titularidad, privativa o común de la terraza, sino la naturaleza de los gastos a satisfacer, que está en relación, a su vez, con la índole de la reparación a efectuar, de forma que, si son ordinarios o normales, de conservación o uso, corresponderán a los usuarios de la terraza, y si son extraordinarios y el elemento a

reparar cumplía función estructural de elemento de cubrición, actuando en la práctica en beneficio común, todos deben contribuir a costear la reparación y, por tanto, serán de cargo de la comunidad.

Lo relevante será, por tanto, si en los daños o desperfectos de la terraza domina el elemento privativo o común, y, en todo caso, para qué sean exigibles al propietario que usa la terraza en exclusiva, deberá probarse que dichos daños se deban a una actuación suya dolosa o negligente.

Existen por lo tanto dos criterios complementarios a fin de determinar quién ha de asumir el coste de las reparaciones y quien debe responder de los daños causados por no haberse reparado : lo determinante para resolverlo no es la titularidad privativa o común de la terraza sino la naturaleza de los gastos que se deben satisfacer, lo que se conecta con la índole de la reparación; si se trata de gastos ordinarios o normales, de conservación o uso, serán de cargo de los usuarios de la terraza; si son extraordinarios y afectan a la terraza como elemento común en cuanto la terraza cumple función estructural de elemento de cubrición, todos deben contribuir a costear la reparación, que será de cargo de la comunidad.

Por ello el titular de la vivienda ha de hacerse cargo de los gastos surgidos de las obras necesarias para su aprovechamiento como terrazas, por afectar a su superficie o pavimento, y la comunidad de propietarios las precisas para mantenerlas en buen estado como cubiertas, como serían los casos de impermeabilización, cambios de desagües y similares salvo que tales daños sean causados por dolo o culpa del titular del piso a cuyo nivel se encuentran.

Y así no es responsable el titular del departamento en que se ubica la terraza de uso privativo, en supuestos en que se acredita ausencia de conducta negligente por su parte por obedecer las filtraciones a vicio constructivo por defectuosa inclinación de la terraza que provocaba que el agua de lluvia no discurra y no sea evacuada de forma natural de la terraza del ático, sino que se produzcan estancamientos en dicha terraza y entrada de agua en la vivienda inferior.

Existen supuestos en que se distribuye la responsabilidad a partes iguales o en otra proporción entre el propietario que ostenta el uso privativo de la terraza y la Comunidad, por acreditarse que la causa de las filtraciones se encontraba en la falta de mantenimiento general de la terraza de carácter común pero de uso privativo del demandado y en la caducidad de los materiales de estanqueidad.

Incluso en un supuesto en que la terraza como tal era de propiedad privativa se afirmó que no cabe entender que la propiedad exclusiva de la terraza y su espacio suponga la del forjado mismo, que es un elemento común por naturaleza y que no se puede desafectar, ni su impermeabilización que, por definición no sirve al propietario de la terraza, sino al piso inferior del que esta es cubierta, pues tiene una función de protección para lograr la estanqueidad del inmueble en ese punto y que por imperativo legal debe ser conservado por la Comunidad de Propietarios

## 5.2) ¿Y POR ROTURA DE CAÑERÍA SECUNDARIA ENTRE LA LLAVE DE PASO Y ANTES DE INSERTARSE EN LA CONDUCCIÓN GENERAL? .

Aud. Prov. de Valladolid de 27/5/2005

Aud. Prov de Madrid de 28/3/2007, 17/7/2007, 28/1/2008, 8/5/2008,

Aud. Prov.Castellón 18/2/2009

Aud. Prov. de Segovia de 25/2/2010

Dos son los preceptos que entran en juego:

El artículo 396 del CC en su redacción dada por Ley 8/1999 de 6 abril 1999 que establece que los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como ...; ...; las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad...; las de agua caliente sanitaria, calefacción ...; ...; ..., todas ellas hasta la entrada al espacio privativo.

El artículo 3 de la Ley de Propiedad horizontal que establece que en el régimen de propiedad establecido en el art. 396 CC corresponde al dueño de cada piso o local: a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado . ;

b) La copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes ...

Existen dos criterios en las resoluciones judiciales dictadas por las Audiencias Provinciales a la hora de fijar o determinar cuándo una tubería o conducción de agua es un elemento común o por el contrario es un elemento privativo.

Así existen resoluciones judiciales que entienden que ese tramo o tubería es un elemento común del inmueble, puesto que solo puede entenderse como elemento privativo desde el momento que pase por el contador individual instalado en cada vivienda, así al entender que la rotura que se produce con anterioridad al contador de la vivienda, en la unión del ramal que surge de la conducción general hasta tal aparato, de lo que se sigue que únicamente podrá considerarse privativa la conducción a partir de tal contador, por la presunción que se deriva del hecho de que la única agua que se paga por el propietario demandado es la que pasa por ese contador. Se argumenta que el exclusivo servicio a que se refiere el art. 3 ha de entenderse como utilidad, lo que a su vez conecta con el concepto de plena disposición del bien de consumo o elemento suministrado. Y hasta que no traspase la frontera de la llave de paso no se puede disponer y en nada le aprovecha aunque esté en el ramal que conecta con la general. Interpreta la expresión del art. 396 del CC más que en sentido literal o exclusivamente físico, en sentido más finalista y jurídico equivalente a esfera de exclusividad o plena disponibilidad con exclusión del resto, lo que no ocurre hasta que el agua supera la llave de paso.

Pero el criterio mayoritario en los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, sobre todo a partir de la reforma y nueva redacción dada al artículo 396 del C. civil por la ley 8/1999 de 6 de abril, es entender que el legislador utiliza dos elementos o criterios esenciales a fin de determinar si un elemento es común o privativo, cual son que dichas conducciones o elementos estén comprendidos dentro de los límites del piso o local, y en segundo lugar que sirva de forma exclusivamente al propietario del correspondiente piso o local. Estas sentencias ajustándose en mayor medida a la dicción literal de los citados preceptos, teniendo en cuenta que el criterio jurisprudencial que mantenía que las instalaciones y servicios generales como las conducciones para el suministro de agua corriente tenían la consideración de elemento común "hasta la entrada al espacio privativo" fue elevado a rango legal tras la reforma del artículo 396 del Código civil por la Ley 8/1999, sostienen que la naturaleza de la conducción cambia en el punto en que penetra en cada uno de los pisos o locales, con independencia de dónde se encuentre el contador particular o la llave de acceso y que la atribución a cada propietario de un derecho singular y exclusivo sobre las instalaciones de todas clases existentes en su vivienda vendrá definida, salvo que el título constitutivo disponga otra cosa, por dos características: que estén comprendidas dentro de los límites de su piso o local; que sirvan exclusivamente a su dueño, lo que implica, a su vez, ambos elementos esenciales, la posibilidad del propietario particular de ejercer su dominio con total accesibilidad, al conllevar la titularidad del elemento privativo en cuestión, el deber de mantenimiento. Dicho de otro modo el carácter de elemento común que el artículo 396 del Código civil confiere a las canalizaciones o conducciones de agua, gas y electricidad debe ser matizado en el sentido de que sí lo son todas las bajantes o conducciones que sean generales, así como las canalizaciones desde el acceso al edificio, enganche o acometida a la red general hasta el punto de empalme o bifurcación al acceso o entrada de dichas canalizaciones a cada vivienda o local, adquiriendo la naturaleza de privativas dichas conducciones desde el momento en que transcurran por el interior de cada vivienda o local y presten servicios exclusivos a las mismas.

5.3) ¿CABE APLICAR LOS ARTICULOS 1907 A 1910 DEL CODIGO CIVIL A LOS SUPUESTOS DE DAÑOS POR ROTURA DE TUBERÍAS?

Aud. Prov de Málaga de 2/2/2006.

Aud. Prov. de Valencia de 28/11/2006.

Aud. Prov. de Guipúzcoa de 9/6/2008.

La jurisprudencia del TS ha declarado que el art.1910 del C.Civil, es claro ejemplo de la denominada responsabilidad objetiva o por riesgo, pues en el mismo se responsabiliza al dueño u ocupante por cualquier título de una casa o vivienda de los daños causados "por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma", dentro de cuya expresión, al no tener carácter de *numerus clausus*, se entienden comprendidas tanto las cosas sólidas como los líquidos que, de una forma u otra caigan de la expresada

vivienda y causen daños a tercero en su persona o en sus cosas, pudiendo alcanzarle la responsabilidad al propietario por incumplimiento de esta obligación, no obstante la dificultad o incluso imposibilidad de prever el daño, atendido que los repetidos artículos 1907 y 1910 del Código Civil, instauran unos claros supuestos de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo, lo cual excluye el caso fortuito.

Insistir por ello que, en supuestos de filtraciones de agua de los pisos superiores el mencionado precepto, establece un sistema de responsabilidad objetiva que cabe aplicar a los casos de filtraciones provenientes de una vivienda situada en planta superior ya sea por haberse dejado los grifos abiertos, ya por causa del mal estado de las tuberías de conducción de aguas. Naturalmente en el supuesto de acreditarse la existencia de rotura debida a defecto de construcción entraría en juego el art. 1908 CC y la correspondiente responsabilidad del constructor de la obra.

#### 5.4) ¿LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS SE EXONERA DE RESPONSABILIDAD POR HABER CONTRATADO A UNA EMPRESA QUE IMPERMEABILIZARA POSIBLES FILTRACIONES? ¿CULPA IN VIGILANDO O IN ELIGENDO CON RESPECTO A LA EMPRESA CONTRATADA?

Aud. Prov Orense 24/4/2002

Aud. Prov. de Asturias de 14/4/2004

Aud. Prov Vizcaya de 13/12/2007

Aud. Prov. Cantabria de 13/5/2009

La responsabilidad extracontractual exige la relación de causalidad entre una conducta activa u omisiva del demandado y el daño, cuya indemnización se pretende. Y por ello mientras el sustento de dicha responsabilidad en el art.1.902 del C.Civil es por actos u omisiones propios, es decir, por " culpa in operando " o " in omittendo", en el art.1.903 del C.Civil se atribuye la responsabilidad en base a la " culpa in eligendo" o " in vigilando" para establecer la responsabilidad por actos de aquellas personas por las que se ha de responder.

Esta responsabilidad por hecho ajeno del art.1.903 del C.Civil pivota en los principios de culpa in eligendo o in vigilando y presupone que la actuación que realiza aquel por el que se ha de responder se halla bajo la esfera de control, sometida a la supervisión y vigilancia del que responde, que se haya reservado las funciones de emitir órdenes al que ejecuta la misma. Por lo que deberá concluirse que cuando se presta un servicio con autonomía y no existe relación jerárquica o de dependencia, no cabe trasladar la responsabilidad al comitente, a menos que se hubiera reservado la supervisión o la posibilidad de impartir.

Por ello pueden leerse sentencias en las que : no se condena a la comunidad por derivar los daños de actuación del contratista especializado a quien se había contratado y que había desarrollado las obras con total autonomía y bajo sus propios criterios; estimando que no existía culpa in vigilando por cuanto el contratista actuaba con plena autonomía y libertad de criterio ; ni in eligendo pues era un profesional del que cabía presumir razonablemente su capacidad, cualificación y conocimiento para la adecuada ejecución de la tarea.

Puede leerse una sentencia que en supuesto con una cierta analogía aplicó el art. 1910 del CC y estableció la responsabilidad objetiva de la Comunidad frente al perjudicado, con independencia de las acciones que le asistan frente a quien ella considera causante exclusivo del daño y al margen de si en su conducta hubo o no culpa, sin que frente al perjudicado pueda exonerarse alegado la culpa de tercero cuando este tercero no puede considerarse propiamente como cabeza de familia en relación con el tejado del edificio por más que estuviera efectuando obran en el mismo. No obstante parece que la razón de la decisión lo fue el hecho de que las obras estaban paralizadas al tiempo de producirse las filtraciones por agua.

#### 5.5) DAÑOS POR ROTURA DE TUBERIA. ES EN TODO CASO RESPONSABLE TODA LA COMUNIDAD O PUEDE RECAER LA RESPONSABILIDAD EN UN DETERMINADO GRUPO DE PROPIETARIOS?

Ver sentencia del Tribunal Supremo de 22/10/2007

Responsabilidad exclusiva de los copropietarios del bloque de un edificio donde estaba la tubería que produjo daños por inmisión en unos locales. Boletín de Propiedad Horizontal y Derechos Reales El Derecho. Noviembre de 2009.

Esta pregunta viene a resolver supuestos de Comunidades integradas por varios portales en los que cada uno de ellos opera de forma autónoma sin relaciones con las otras subcomunidades y la filtración procede de tubería común exclusiva de uno de tales portales.

En primer lugar se niega la concurrencia de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no demandarse a las otras subcomunidades. Para la apreciación de la figura del litisconsorcio pasivo necesario, desarrollada por la jurisprudencia y actualmente incorporada al artículo 12.2 de la LEC, se exige que la resolución que deba dictarse haya de producir efecto de cosa juzgada respecto de los ausentes del proceso y requiere la existencia de un nexo común o comunidad de riesgo procesal entre presentes y ausentes determinada por la existencia de vinculaciones subjetivas resultantes de los derechos deducidos en juicio los cuales se integran, por medio de sus titulares, en la relación jurídica de derecho material que se debate, dado que todos ellos resultan afectados por la resolución. Y cabe admitir el funcionamiento independiente de las subcomunidades en el seno de una comunidad en régimen de propiedad horizontal cuando se halla expresamente previsto en el título constitutivo. En el supuesto concreto el título constitutivo se recoge que los gastos de conservación y reparación de los tejados y cubiertas del edificio, serán de cuenta de los propietarios de los departamentos comprendidos en la proyección vertical de dichas cubiertas, en proporción a la superficie útil de cada uno de ellos, de tal suerte que se ha impuesto una situación de hecho en la que cada portal opera de forma autónoma, y en el acuerdo de constitución de la comunidad interesada no constan precisiones que lleven a sostener la existencia de necesarias relaciones con la otra subcomunidad. La condena a realizar obras en los elementos comunes consistentes en tejados y cubiertas -o reparaciones que tienen su origen en efectos imputables a su falta de conservación- por parte de los integrantes de la subcomunidad a los que corresponde, con independencia de los que forman la otra subcomunidad, hacer frente a los gastos de conservación y reparación no afecta a éstos, pues no forman parte de la relación jurídica que surge de su responsabilidad por la defectuosa conservación de los mismos y, en consecuencia, no están comprendidos en el ámbito de la pretensión deducida en el proceso.

Y por lo argumentado al ser exclusivamente de una de las subcomunidades el incumplimiento de las obligaciones legales de sostenimiento y conservación del inmueble y sus servicios, solo se hace responder a ésta de los daños sufridos por terceros a causa de tal incumplimiento.

#### 5.6) ¿ES RESPONSABLE LA COMUNIDAD POR ACCIDENTE EN ASCENSOR CON CONTRATO DE MANTENIMIENTO?

Ver sentencia del Tribunal Supremo de 25/10/2001, 19/2/2007

Aud. Prov de Madrid de 11/6/2002

Aud. Prov. Toledo de 18/1/2007

Aud. Prov. de Cádiz de 7/5/2007

Aud. Prov de Baleares de 12/5/2009

La exigencia de responsabilidad civil extracontractual a una comunidad de propietarios por lesiones sufridas por el anormal funcionamiento del ascensor instalado en el edificio propiedad de la demandada, no es un caso de los que integran los supuestos legales de responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento jurídico es la excepción y el presente caso no es tal sino un supuesto de aplicación de la regla general que exige para la imposición de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 ) culpa o negligencia en la causación del resultado.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha imputado en determinados casos a la comunidad de propietarios responsabilidad por siniestros lesivos en ascensores del edificio de su propiedad, aun sobre la existencia de un contrato de mantenimiento con una empresa especializada en los casos en que además concorra una conducta omisiva de la comunidad, si bien ha excluido tal responsabilidad del propietario cuando dicha conducta omisiva no ha existido por no haber sido advertida la propiedad de deficiencias por la empresa de mantenimiento y/o desconocer así que era precisa una concreta actuación adicional por su parte para evitar el siniestro, más allá de la general previsión de vigilancia y mantenimiento encomendada a profesionales. Es decir, si la comunidad conocía que el ascensor no

estaba en perfecto estado de funcionamiento y aun así ni lo inmovilizó ni lo reparó, existiera contrato de mantenimiento por profesionales o no habría observado aquella una conducta falta de diligencia, pero si era ignorante de la situación pese a haber contratado con personal especializado y experto para su control, sea porque este último no se lo advirtió o bien no lo constato pese a su profesionalidad, no es una falta de la debida diligencia de la comunidad de propietarios la que ha causado el resultado dañoso.

Por ello no puede atribuirse una falta de diligencia a la Comunidad demandada en el mantenimiento del servicio de ascensores del edificio en cuanto que tenía suscrito un contrato a tal efecto con una empresa especializada, cuya última revisión se realizó veinte días antes del accidente, sin que se detectase ninguna anomalía en las instalaciones, habiendo ocurrido el accidente en cuestión, dentro del periodo mensual de las revisiones que, por el contrato, realizaba la empresa de mantenimiento. Aunque algunos testigos dicen haber observado anomalías en el funcionamiento de los ascensores en días previos al accidente, ninguno de ellos, con olvido de sus deberes para sus convecinos, lo puso en conocimiento del presidente de la Comunidad ni del copropietario que, en esa época, estaba encargado de controlar el servicio de ascensores, a fin de que se procediese a las revisiones o comprobaciones que, en su caso, pudieran detectar cualquier anomalía en los elevadores.

Pueden leerse supuestos en que se atribuye responsabilidad tanto a la mantenedora como a la Comunidad . La empresa de mantenimiento conoció que el ascensor en el que se causaron graves daños a usuarios por desplome de la cabina al foso, no estaba en perfecto estado de funcionamiento y, correctamente, lo comunicó a la Comunidad de propietarios del que es un elemento común e, incorrectamente, no interrumpió el servicio del aparato, como prevé la normativa reguladora de los aparatos elevadores . A su vez, la Comunidad supo, por la comunicación escrita de la anterior, que el ascensor precisaba de unas reformas y ni acordó que se practicaran, ni tampoco impidió su utilización, como prevé la misma normativa. Por tanto, las conductas omisivas de la empresa y de la comunidad han sido las causantes de los daños personales que han sufrido las víctimas, demandantes.

En un supuesto de personas que quedaron atrapadas en el interior se hace responder a la mantenedora por cuanto existiendo servicio de avisos de emergencias, en ninguno de los números que constaban en el interior del ascensor se obtuvo ayuda por cuanto en algunos de ellos nadie contestaba y en otros simplemente se dejaba un mensaje en un contestador que no fue atendido . Aparentemente el número al que efectivamente era preciso llamar para obtener auxilio no constaba en el interior del ascensor.

#### 5.7) ¿ES RESPONSABLE LA COMUNIDAD POR ACCIDENTES DE TRABAJADORES PROPIOS ( PORTEROS ) O DE EMPRESAS POR ELLA CONTRATADAS?

Ver sentencia Tribunal Supremo de 10/7/2005, 3 /4/2006, 18/4/2006, 3/7/2006

En primer lugar y por lo que se refiere a la competencia de los juzgados del orden civil o de los del orden social recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido manteniendo mayoritariamente la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer la responsabilidad civil dimanante de culpa extracontractual del empresario por muerte o lesiones del trabajador sufridas mientras desempeñaba su trabajo, es decir cuando se acciona siempre que la demanda no se funde en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo sino en la culpa extracontractual del art. 1902 del Código Civil, cuya naturaleza no queda alterada por razón de que el hecho dañoso se haya producido durante el tiempo de desarrollo de la prestación laboral o en una determinada conexión con la relación laboral misma, sin perjuicio de que cabe examinar supuestos en que el mismo hecho dañoso pueda originar un supuesto normativo de culpa extracontractual como uno de culpa contractual, lo que determina,, "un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el petitum indemnizatorio". No hay en tales casos incongruencia si el Tribunal funda la decisión en normas de responsabilidad distintas de las invocadas, en base al concepto de "unidad de culpa".

Respecto a los criterios de exigencia de responsabilidad en el caso de accidente de trabajador propio ( portero ), no son pocas las sentencias que han aplicado criterios o tendencias objetivas a la denominada responsabilidad civil del empresario por accidente laboral. Sin embargo frente a esta línea marcada por la objetivación existe otra, representada por un número muy considerable de sentencias, que rechaza aplicabilidad en este ámbito de la responsabilidad por riesgo y exige tanto la prueba del nexo causal como de la culpa del empresario. Este criterio de decisión es el seguido decididamente en las más



recientes sentencias del Tribunal Supremo, las cuales parten de la aplicación del principio de la responsabilidad subjetiva consagrada como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en los arts. 1902 y siguientes del Código Civil, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallan previstas en la ley, con las cuales no deben confundirse los supuestos en que la jurisprudencia atribuye la carga probatoria en mayor o menor medida al causante del evento dañoso por razones derivadas básicamente, más que de una verdadera inversión de la carga probatoria, del principio de facilidad o proximidad probatoria relacionado con circunstancias tales como los especiales deberes de diligencia que impone la creación de riesgos extraordinarios, la producción de daños desproporcionados o inexplicables a la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo.

Como regla una Comunidad de Propietarios no realiza ninguna actividad industrial creadora de riesgo, independientemente de la peligrosidad que pueda comportar el uso de determinados elementos comunes, como pueden ser los ascensores o, en este caso, las calderas de calefacción. En un supuesto en que se fundamentaba la responsabilidad, en la defectuosa ventilación del cuarto en que se ubicaban las calderas, así como en la inexistencia de un sistema de alarmas para detectar la presencia de monóxido de carbono producido por una defectuosa combustión de carbón utilizado, se afirmó que tales defectos no son imputables a la Comunidad de Propietarios codemandada que en ningún momento ha alterado la configuración del cuarto de calderas tal y como fue proyectado y construido en su momento; otro tanto, cabe decir de la inexistencia de un sistema de alarmas para detectar la presencia de monóxido de carbono, teniendo en cuenta que la Comunidad tenía concertado el servicio de mantenimiento de las calderas. No puede imputarse, por tanto, a la Comunidad demandada una conducta imprudente o negligente en el mantenimiento y conservación del edificio y sus instalaciones que sea causante del evento dañoso producido.

Por lo que se refiere a la responsabilidad por accidente de trabajadores de empresas por ella contratada, habrá que estar al criterio de responsabilidad por culpa y discernir los casos en que esta concurra en los empleadores o en la propia comunidad

#### 5.8) ¿ES RESPONSABLE LA COMUNIDAD FRENTE A COMUNERO CONTRA EL QUE SE EJERCITO UNA ACCIÓN QUE FUE DESESTIMADA?

Ver sentencia del Tribunal Supremo de 31/1/1992, 4/12/1996, 29/12/2004, 21/12/2005.

Nos enfrentamos con la cuestión de la posible exigencia de responsabilidad civil frente a quien inicia unas actuaciones judiciales contra otro que, a consecuencia de las mismas sufre un perjuicio, sin que quien reclamó frente a él obtenga una respuesta judicial estimatoria. La fundamentación de tal pretensión se ha hecho recaer en unos casos en la disposición contenida en el artículo 1902 del Código Civil, que define con carácter general la llamada responsabilidad extracontractual o "aquiliana", y en otros en el artículo 7.2 del mismo código, que se refiere al abuso del derecho o al ejercicio antisocial del mismo, bien aisladamente o en conjunción con la invocación del artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual los Juzgados y Tribunales han de rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

El Tribunal Supremo se pronuncia en el sentido de considerar más adecuada la segunda y, por tanto, el ejercicio de la acción en el ámbito del abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo, tesis que encuentra su fundamento esencial en el hecho de que la "acción u omisión" generadora de la culpa aquiliana ha de ser objetivamente ilícita, aunque también en el aspecto subjetivo ha de ir acompañada de la culpa o negligencia de su autor, mientras que en el caso de la iniciación de actuaciones judiciales no cabe hablar de una ilicitud objetiva, si bien la ilicitud puede venir dada por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, según expresa el propio artículo 7.2 del Código Civil

El proceso en sí es ejercicio de un derecho constitucional a la tutela efectiva, que si no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en modo alguno extraer y generalizar que el fracaso o el abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio, por lo que la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal supuestamente abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones con la amenaza de un pleito de responsabilidad civil a quien cree honestamente tener derechos que ejercitar o defender, para que no acuda a la vía jurisdiccional, pues se vulneraría, de otro modo, el derecho fundamental que consagra el artículo 24 de la Constitución Española a la tutela efectiva de los derechos.

En por ello cuestión a ventilar caso a caso .

#### 5.9) ¿ES RESPONSABLE LA COMUNIDAD POR DAÑOS PROVOCADOS POR VICIOS CONSTRUCTIVOS ?

Ver sentencia del Tribunal Supremo de 5/2/2004 y 21/6/2005.

Aud. Prov. Madrid de 27/6/2005.

Aud. Prov. Zaragoza 5/5/2006.

Aud. Prov. La Coruña de 24/3/2006.

Aud. Prov. Madrid de 13/7/2006.

Aud. Prov. de Barcelona de 19/2/2007, 22/12/2009.

Aud. Prov. de Avila de 28/5/2007.

Aud. Prov. Vizcaya de 2/10/2008.

Acreditado el deficiente estado de los elementos comunes de la Comunidad de Propietarios, y la causación de daños procede ( sin entrar a analizar el por qué de esta situación, dejando al margen si ello es debido a defectos en la construcción del edificio o a la falta de mantenimiento y conservación del edificio ) la condena a indemnizar y a reparar especialmente cuando no se ha acreditado que ni la comunidad, ni ningún copropietario hubiera efectuado reclamación alguna al promotor-constructor del edificio o a otros intervinientes en la construcción, al amparo de la ruina funcional del art. 1.591 del Código Civil o del incumplimiento contractual de la obra al amparo de los arts. 1.101 y 1.544 del Código Civil o de la Ley de Ordenación de la Edificación , que hubieran conllevado a la certidumbre de que los defectos apreciados se debieran a "defectos de construcción". Independientemente que las deficiencias tengan su origen en defectos constructivos o no, como los elementos comunitarios están en mal estado y causan daños a la propiedad privativa de un comunero la Comunidad de Propietarios tiene obligación de acometer las reparaciones precisas, por imposición legal del art. 10 de la Ley de Propiedad Horizontal y sin perjuicio de las acciones de repetición o de otra naturaleza que puedan asistirle frente al constructor . Y ello por cuanto es obligación ineludible de la comunidad de vecinos, derivada del precitado art. 10.1 de la LPH EDL , la de ejecutar las obras necesarias en los elementos de comunes a los efectos de garantizar la adecuada habitabilidad del inmueble a los distintos titulares de los pisos y locales en que se divide el mismo, sin perjuicio claro está que la precitada comunidad igualmente reclame los vicios constructivos del inmueble a los técnicos de la construcción a los que considere responsables, tratándose de dos tipos de responsabilidad perfectamente compatibles, lo que impide, por su contenido y sujetos, según se lee en alguna sentencia, el nacimiento de la excepción de litispendencia, sin que se pueda exigir al propietario que accione directamente por la vía del art. 1591 del CC y no lo haga con base en el art. 10 de la LPH , ejercitando un legítimo derecho que le corresponde frente a la comunidad en la que se haya integrado.

En determinado supuesto se niega la responsabilidad de la promotora por vicios constructivos, precisamente por la existencia de un acuerdo con la Comunidad de propietarios que pactó una compensación económica a cambio de asumir la Comunidad la reparación de los defectos conocidos y de los que pudieran aparecer relacionados con las humedades, siendo acuerdo aprobado en Junta de propietarios y no impugnado por el propietario que, posteriormente, reclamó a la promotora.

En otro se niega la responsabilidad de la Comunidad en caso de daños que traen causa en defectos de construcción que en ningún caso serían atribuibles a la comunidad de propietarios demandada por no acreditarse una conducta negligente de la comunidad por falta de mantenimiento y adecuada conservación de elementos comunes.

#### 5.10 ) ¿ES RESPONSABLE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS POR CAÍDAS EN ELEMENTOS COMUNES?

Ver sentencia del Tribunal Supremo de 20/10/2000, 6/6/2002

Aud. Prov Guipúzcoa de 9/5/2006.

Aud. Prov de Tarragona de 14/2/2007

Aud. Prov de Zaragoza de 30/1/2008.

Aud. Prov. de Vizcaya de 13/3/2008

Aud. Prov. de Asturias de 29/5/2008

Aud. Prov. de Baleares de 15/1/2010

Aud. Prov. de León de 8/3/2010

La comunidad de propietarios no tiene por qué soportar una responsabilidad objetiva, debiendo responder sistemáticamente de cualquier siniestro o lesión que se produzca en sus dependencias, sino que debe analizarse, a la luz de la prueba practicada, las circunstancias concretas que constituyan los elementos de imputación de responsabilidad. Y la tendencia objetivadora que apunta en la jurisprudencia sólo resulta aplicable cuando el daño acaece en el marco de una actividad generadora de riesgo para la indemnidad de terceros, actividad que, desde luego, no se da sin más en una comunidad de vecinos. Existirá responsabilidad si se acredita la concurrencia de omisión de medidas de vigilancia, señalización, cuidado o precaución exigibles, pero no si la caída se debe a distracción del perjudicado o se explica en el marco de los riesgos generales de la vida, por ser tratarse de obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad o tiene carácter previsible para la víctima.

Se condena a la Comunidad : en un supuesto en que se produjeron lesiones por caída en un pavimento en mal estado de conservación por cuanto la Comunidad conocía el mal estado de la zona y el peligro serio que entrañaban desde hacía tiempo y no agotó las cautelas que debió haber adoptado ni tomó las precauciones exigibles ; en un supuesto en que tras resbalón por humedad en el patio, con el simple apoyo en la puerta de cristal se produce la rotura de la misma y se provocan daños, estimando que el material de vidrio utilizado no alcanzaba las prestaciones de seguridad necesarias.

En un supuesto de caída por humedad continua y resbaladiza aprecio concurrencia de culpa por estimar negligencia de la comunidad en las medidas de limpieza, advertencia y reparación y descuido del lesionado que era usuario habitual del garaje y serla mancha de humedad perfectamente visible.

Se niega responsabilidad de la Comunidad por: caída en las escaleras de vecina del inmueble conocedora de sus características y sin prueba de proceder negligente en la Comunidad; caída por ligera humedad tras limpieza de escaleras, no mayor que la que podía existir en un día de lluvia, por ser conocedor de las mismas y ser el solado idóneo para el tránsito ;caída en el portal por no existir prueba de que la causa de la caída fuese la inexistencia de la alfombra, ni que el mármol se hallara deslizante, ni que se utilizara cera para su limpieza, durante la realización de obras cercanas que podían afectar al estado de conservación del suelo del portal y de la alfombra que con anterioridad lo cubría.

#### 5.11) RESPONSABILIDAD POR INCENDIO

TS 23/11/2003

Aud. Prov de Málaga de 14/6/2006

Aud. Prov de Guipúzcoa de 9/2/2007.

Aud. Prov de Madrid de 21/6/2007

Aud. Prov de Pontevedra de 30/7/2007.

Aud. Prov de Alicante de 18/3/2008.

La responsabilidad civil de la Comunidad de Propietarios respecto de los llamados elementos comunes. Boletín de Propiedad horizontal y Derechos Reales El Derecho, septiembre de 2009.

En general lo que se exige es la prueba del incendio causante del daño, pero no la prueba de la causa concreta que causó el incendio, es decir se debe acreditar la relación de causalidad entre el incendio y el daño causado, no la causa eficiente . En un supuesto en que estaba acreditado que el origen del incendio se hallaba en determinado local, se le hizo responder al propietario, de todos los daños, en aplicación de la teoría objetiva del riesgo, presumiendo su imputabilidad salvo prueba en contrario, es decir salvo prueba de haber actuado con toda la diligencia para evitar la producción del evento dañoso, la cual no se logró por cuanto la instalación eléctrica se encontraba en mal estado, siendo posible causa del incendio.

En un supuesto de incendio en contadores de una comunidad ( elemento común ) ubicados en armarios cerrados con llaves que estaban solo a disposición de la empresa suministradora de energía eléctrica se declaró la responsabilidad de la suministradora por tener el dominio del hecho.

En el supuesto de acreditarse el concreto origen del incendio en una defectuosa instalación eléctrica u otra en elemento privativo será responsable el titular del mismo.

En el repetido supuesto de incendio en un vehículo estacionado en el garaje de una Comunidad de Propietarios, extendiéndose las llamas a otro vehículo, se afirma que la inversión de la carga de la prueba no puede extenderse a todos los supuestos de daños por culpa extracontractual, máxime cuando no

quepa predicar peligrosa o arriesga la actividad de estacionamiento de un vehículo. Deberá indagarse la causa del incendio, que en ocasiones será por un fallo del mismo ( derrame de combustible, por mal estado de algún manguito, en partes calientes del motor ; cortocircuito en los cables de la batería o defecto del alternador ; sobrecalentamiento en el motor del electro ventilador por quedarse enganchado... ) o por actuación lesiva de tercero. De acreditarse fallo del vehículo la responsabilidad sería de su dueño . De no acreditarse tal fallo acabará respondiendo la Comunidad en cuyo garaje se ubicaba el vehículo incendiado.

5.12) CASO DE SUBROGACIÓN DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA CUANDO INDEMNIZA A SU ASEGURADO, COMUNERO DEL INMUEBLE, ¿QUE PLAZO DE PRESCRIPCIÓN TIENE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN?

Aud.Prov de Barcelona de 23/6/2006

Aud. Prov de Valencia de 22/2/2007

Aud. Prov Santa Cruz de Tenerife de 17/2/2009

Aud. Prov de León de 21/9/2009

Cuando un propietario sufre daños como consecuencia de una actuación culposa de la Comunidad a la que pertenece, por ejemplo por el mal estado de sus elementos comunes, puede ejercitar su acción de reclamación dentro del plazo de un año a contar desde el conocimiento o posibilidad de conocimiento del daño. ( art. 1968.2 CC ).Si el comunero mantenía contrato de seguro con una entidad aseguradora y entre los riesgos asegurados se encontraba el siniestro acaecido, el comunero puede, en virtud de la garantía contractual asumida por la aseguradora, y en los términos pactados, pedir el resarcimiento. La aseguradora, merced al pago de la indemnización se subroga en los derechos que su asegurado tuviera contra los responsables del siniestro, invocando a tales efectos los arts. 43 L.C.S. y 1.902 C.C ., colocándose en la posición jurídica que tenía el acreedor originario, operándose solo una modificación subjetiva en la titularidad de la acción o derecho, pero no en su objeto o contenido., de manera que el plazo e inicio de la prescripción de estas acciones se rige por el régimen jurídico que sea acorde con la respectiva naturaleza de tales acciones, en el caso, la de la culpa extracontractual del art. 1.902, que prescribe por el transcurso de un año contando desde que "lo supo el agraviado" (art. 1.968-2º-C.C .).

## TEMA 6. EL PRESIDENTE.

### 6.1 ¿Ha de ser copropietario?

- El artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, establece taxativamente que los propietarios elegirán de entre ellos un Presidente, que representará en juicio y fuera de él a la Comunidad, en los asuntos que le afecten, tenor claro de la ley que en algunos supuestos ha venido a ser flexibilizado circunstancialmente por la jurisprudencia en salvaguarda de los principios básicos de garantía de los propietarios y terceros, fuera de los cuales se mantiene el carácter imperativo de las disposiciones de la ley y en particular del precepto apuntado, así como la nulidad de los actos contraventores, proclamando la anulabilidad del acuerdo de la Junta en el que resultase nombrado Presidente de la Comunidad persona que no ostente la condición de copropietario, mediante el ejercicio de la correspondiente acción impugnatoria ejercitado en tiempo y forma, cual ha acaecido en el supuesto de autos, en el que no procede hablar de subsanación a través de la aceptación de nombramiento para periodo anterior, ni de aplicación de doctrina de los "actos propios", por la razón antedicha de que las normas que se denuncian como infringidas tienen indudablemente carácter imperativo (Artículo 6,3 Código Civil) y su vulneración conlleva la nulidad de los acuerdos que pudieran adoptarse en contra de las mismas, (Sentencias del T.S. de 10 de octubre de 1.985 y 30 de abril de 1.994)

### 6.2 ¿si no lo es, y pese a ello es nombrado, queda afectada la legitimación de la Comunidad de Propietarios?

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, de 17-12-1999

“La parte apelante como primer motivo del recurso insiste en la falta de legitimación activa del demandante. Fundamenta dicho defecto procesal, en el hecho de que la demanda sea formulada por D. Ferrán, quien dice actuar en calidad de presidente de la comunidad de propietarios del inmueble sito en la calle ..., núm. ... de la localidad de Sabadell, condición de presidente que no puede ostentar dicha persona, ya que según el artículo 13, apartado segundo de la Ley de Propiedad Horizontal, presidente de la comunidad de propietarios sólo puede ser un copropietario, condición que no reúne el Sr. D. Ferrán.

Examinadas las pruebas practicadas, y en particular la documental al folio 53 de los autos consta fotocopia del Registro de la Propiedad, de la que se desprende que el Sr. D. Benito adquirió el piso 1º 4ª del inmueble de autos para la sociedad de gananciales que formaba con su mujer Dª Margarita. Posteriormente, y como consecuencia de la modificación del régimen económico matrimonial, y liquidación de gananciales, dicho piso le fue adjudicado a Dª Margarita. Ahora bien, esa liquidación de gananciales acaecida el 23 de noviembre de 1989, y presentada en el Registro de la Propiedad el 13 de febrero de 1990, no debió conllevar la pérdida de la posesión, hasta el punto de que la comunidad de propietarios le ha seguido considerando como propietario, y designándole presidente.

Lo cierto es que el nombramiento como presidente no fue impugnado por ninguno de los integrantes de la comunidad, de hecho algunos de ellos han comparecido como testigos en estos autos y nada han manifestado al respecto. Por otro lado, el juicio interdictal, dado el carácter especial sumario que posee, no es el marco procesal adecuado para propugnar la nulidad, de dicha designa, lo que hace decaer la pretensión del apelante”.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16-01-1985

PRIMERO.- Que si bien la Ley de propiedad horizontal de 21 de julio de 1960, que regula esta peculiar forma de dominio, no limita ni amplía el margen que a la libertad contractual concede el artículo 1255 del Código Civil (sentencia de 16 de mayo de 1967), ni tampoco, por ende, coarta esa libertad para establecer pactos o condiciones (sentencia de 14 de marzo de 1968), ello se ha de entender, por supuesto, sin merma de la general obediencia no sólo a los límites normales en el ejercicio de los derechos (artículos 7, 1255, 1258, del Código civil), sino a los que la propia ley marca y consigna en su articulado, ya como requisitos de los actos, ora como límites y control de la voluntad colectiva del ente comunitario, límites que, si son expresados con claridad y sin posibilidad de interpretación por su univocidad, han de obrar por ello como presupuestos indeclinables en su cumplimiento por los interesados, sin posibilidad de eludir el mismo, porque entonces esa alusión o incumplimiento obrará como un ataque frontal a la norma que lo prevé y establece y con la natural, lógica y legal consecuencia de la sanción de nulidad del acto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.º, n.º 3 del Código Civil, que así lo hace respecto de " actos contrarios a las normas imperativas... salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

SEGUNDO.- Que, al efecto, ninguna duda puede caber en la expresión legal del artículo 12 de la Ley de 1960 al regular la designación de Presidente de la Comunidad de copropietarios y decir que "los propietarios elegirán de entre ellos un Presidente, que representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten", dicción y voluntad legal expresa que se reafirma cuando en el párrafo tercero del mismo artículo se permite (norma, pues, ésta sí permisiva) que el "administrador o secretario-administrador podrá no pertenecer a la comunidad de propietarios", con lo cual se está diciendo de modo imperativo, pues, que el Presidente deberá ser uno de los propietarios y que si no recae en uno de ellos la designación ésta será nula, por desobediencia a tan claro mandato.

TERCERO.- Que, por lo mismo, dada la única posibilidad que da la ley, sin indicar otro efecto distinto para la contravención, es evidente que se atribuye a ésta el carácter o consecuencia de producir una nulidad de pleno derecho, radical, excluida de convalidación o sanción y, por tanto, según reiterada doctrina, de obligada sanción judicial "ex officio" y susceptible de ser invocada no sólo por los copropietarios en el pertinente proceso, sino por otros interesados a quienes pueda afectar de un modo u otro la eficacia o ineficacia representativa del designado de ese modo ilegal, tales los en el proceso de origen de este recurso demandados por el Presidente de la Comunidad sin ser propietario, según así viene reconocido este hecho en ambas sentencias de instancia, aunque la de la segunda, que es la recurrida, haya salvado esa anomalía, bien que, como se desprende de todo lo expuesto, de un modo no correcto e infringiendo por ello, como se acusa en el motivo segundo, el citado artículo doce de la ley especial, interpretándolo erróneamente.

### **6.3 ¿Puede recaer el nombramiento de presidente en un nudo propietario?**

No hay ningún problema legal al respecto, es más, SEPIN se inclina por la postura de que quien no puede ser Presidente es el "usufructuario", pues en la Ley de Propiedad Horizontal, concretamente en el artículo 13, solo se refiere para estos nombramientos a los "propietarios", a nadie más. Y, por otra parte, también el voto se reserva para el titular, salvo renuncia expresa o tácita por este, según dispone el artículo 15.1, párrafo tercero, de la citada LPH.

### **6.4 ¿puede recaer el Nombramiento de presidente en un usufructuario?**

En principio, el artículo 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal establece que este cargo ha de nombrarse entre los propietarios, por lo que, es la opinión mantenida por SEPIN, que el usufructuario no goza de esta condición, así esta posibilidad debe ser rechazada de plano, a pesar de conocer que la sentencia de la SP de Madrid de fecha 25 de septiembre de 1993 lo admita. Esta posición debe rebatirse en que precisamente el art. 15 de la LPH sólo admite la votación del usufructuario si el propietario no dice otra cosa en contra y únicamente para los asuntos ordinarios, con lo que existen grandes limitaciones al efecto, aparte de que no goza de la condición de titular. En favor de esta tesis se manifiesta la sentencia de la AP de Alicante de 7 de noviembre de 1997.

### **6.5 ¿Afecta a su legitimación la posible anulabilidad del acuerdo de su nombramiento?**

*SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31-12-1996 (MARINA MARTÍNEZ-PARDO)*

Conforme a la Ley de Propiedad Horizontal, los presidentes los nombra la Junta de Propietarios (artículo 12) y éste representará en juicio y fuera de él a la Comunidad en los asuntos que la afecten, al propio tiempo actuará como administrador.

El presidente actúa como representante, que la doctrina y la Jurisprudencia califica de orgánico, pues ni es representante legal (aunque su designación la hace la ley), porque no sule la capacidad de nadie, ni voluntario porque la representación no se la confieren los copropietarios. Su nombramiento no requiere unanimidad (artículo 16.2), puesto que ningún precepto de la ley la exige. El acuerdo de la Junta es naturalmente impugnabile pero fundándose en causa determinante de la nulidad de la designación, que no parece que concurra por la simple falta de asistencia de uno solo de los comuneros, puesto que con su presencia idéntico habría sido el resultado. Los acuerdos de la Junta, son provisionalmente ejecutivos (artículo 16.4), salvo que el Juez hubiere acordado la suspensión. Esto sentado, el Presidente designado pudo otorgar poderes a pleitos y con ellos iniciar el proceso en defensa de la cosa común sin que quepa negarle personalidad ni al procurador, ni a su mandante, quien además por ostentar la condición de comunero tiene facultades para litigar en beneficio de la Comunidad. De todo ello se desprende que la declaración de nulidad de la Junta de Propietarios que tomó la decisión de elegir nuevo presidente es irrelevante a los efectos de la "legitimación ad procesum" de la parte actora, como irrelevante sería también respecto a la subsistencia de los actos de administración realizados por el presidente antes de la declaración de nulidad de la Junta, que por otra parte es decisión consentida y firme, por no recurrirla la actora.

### **6.6 Para la remoción del presidente ¿Es necesario culpa o dolo?**

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, de 25-02-1999.**

Por eso, cuando el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal establece que la remoción del cargo de presidente deberá hacerse en Junta Extraordinaria de Propietarios convocada al efecto, a lo que se está refiriendo primordialmente es a que si el mandato del presidente ha salido de la Junta de Propietarios la

revocación del mismo ha de salir asimismo de una Junta. El mandato se caracteriza tanto por el principio de confianza (art. 1.714 CC: "el mandatario no puede traspasar los límites del mandato") como por su revocabilidad (art. 1.733 CC: "el mandante puede revocar el mandato a su voluntad"). El derecho del presidente a representar a la comunidad no vincula, pues, de forma necesaria a la Comunidad en lo que se refiere al hecho mismo de la representación. Lo que vincula a la Comunidad es la forma en que ha de dar o de revocar esa representación. Ha de notarse que en la Ley de Propiedad Horizontal no se exige una causa dolosa o culposa para remover al presidente. Más bien se da a entender en la LPH que lo que funciona en el mecanismo de remoción es fundamentalmente la confianza que la Comunidad tenga depositada en el presidente.

6.7 ¿Es válido el poder otorgado por quien ha sido pero ya no es presidente de la comunidad de propietarios en el momento de la interpelación judicial?

El cambio en la persona del presidente de la comunidad, como legal representante de la misma en juicio y fuera de él, de modo general ha venido a resolverse por los Tribunales en atención a la necesidad de actuación por quien fuera presidente de la Comunidad al tiempo del ejercicio de la acción judicial. Por ejemplo sobre el particular viene a pronunciarse el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de Diciembre de 2005. En ella expone el Alto Tribunal que planteado el supuesto de debate sobre la legitimación del Presidente de la Comunidad de propietarios para plantear en nombre de la comunidad, reclamaciones por obras defectuosas, la cuestión a atender, en los términos en que viene determinada la litis, es si tal legitimación no sólo corresponde al Presidente que lo era al tiempo de ejercitarse la acción, sino también, al anterior, cuyos poderes otorgados a Procuradores, fueron utilizados para promoverla, sin ratificación, ni subsanación posterior por parte de quien ostentaba la representación legal de la Comunidad. Resuelve el Tribunal que el propietario actuante no representaba a la Comunidad, ni tenía, por ello, legitimación para el ejercicio de la acción que promovía al carecer de poder para representar a la comunidad al ejercitarse la acción (momento clave o esencial a tal fin) Como recuerda también la STS de 9 de abril de 1996 la doctrina jurisprudencial es tajante cuando exige que el acuerdo para actuar en juicio en defensa de los intereses de la Comunidad es requisito indispensable atribuido a la Junta de Propietarios por el artículo 13-5 de la Ley de Propiedad Horizontal (Y aquí debe exponerse que va ganando peso la tesis de tal exigencia que se encuentra en sentencias de 11 de diciembre de 2.000, y de fecha 20 de octubre de 2004. Esta última dice que "el Presidente, si bien representa a la Comunidad (art. 12 LPH), ello ha de tener por base la ejecución de acuerdos de la Junta sobre asuntos de interés general para aquélla (art. 13.5º). La representación de la Comunidad en juicio y fuera de él del Presidente no tiene un contenido «en blanco», de tal forma que esa representación sirva para legitimarle en cualquiera de sus actuaciones. Es la Junta de Propietarios la que acuerda lo conveniente a sus intereses y el Presidente ejecuta; su voluntad no supe, corrige o anula la de la Junta.) y entiende que es prueba palmaria de falta de voluntad de interponer la acción por la Comunidad el hecho de que no consta llegase a otorgar nuevo poder procesal alguno a Procuradores, y que en la litis se hubiera utilizado, pretendiendo en definitiva promover una demanda en su nombre un poder ya obsoleto en la fecha de presentación de dicha demanda.

La STS recuerda la necesidad de que la acción se interponga por quien fuese presidente de la Comunidad en ese tiempo, y que los poderes sean en su caso otorgados por tal representante, a salvo que fueran ratificados en dicha representación por la Comunidad lo que no ocurrió en ese caso.

Ahora bien no vendría por lo demás poner de manifiesto la redacción del actual artículo 30.2 LEC según el cual el poder otorgado por el representante legal de una persona jurídica, el administrador de una masa patrimonial o patrimonio separado o la persona que conforme a la ley, actúe en juicio representando a un ente sin personalidad, los cambio de representación o administración de dicha persona jurídica, masa patrimonial o patrimonio separado, o ente sin personalidad no extinguirán el poder del procurador, ni darán lugar a nueva personación, cuestión que las sentencias anteriores no analizan por referirse a supuestos de hecho anteriores a la entrada en vigor de la LEC.

Por lo que en atención a todo ello concluyo que partiendo de la base de la necesaria autorización de la Comunidad para el ejercicio de la acción de reclamación (que el supuesto de hecho da por sentada), la persona autorizada como Presidente de la Comunidad (pues también cabe que el ejercicio de esta acción sea verificada por el administrador conforme al art 21.1 LPH) será quien ostente el cargo al tiempo de

verificarse la acción judicial. Para ello y en caso de existir poderes otorgados anteriormente por el Presidente saliente, cual es el caso, entiendo que dichos poderes son válidos, pues tal cambio en la persona del Presidente no supone la extinción del poder. Y que en todo caso para salvar cualquier controversia, sería susceptible de convalidación por ratificación posterior de la Comunidad de Propietarios

### **6.8¿Es exigible la autorización de comunidad de propietarios en junta para demandar?**

**TERCERO.-** Primeramente, se discute por la parte demandada la viabilidad de la acción ejercitada por la representación legal de la demandante por cuanto no se habría acreditado la existencia de un acuerdo de su junta de propietarios por el que se autorizase a su Presidente para interponer la demanda rectora de la presente litis.

Ciertamente, constituye un aspecto polémico determinar si el presidente de cualquier comunidad de propietarios precisa o no de la autorización de la junta de propietarios para ejercitar acciones en nombre de la propia comunidad que preside; al respecto, son defendibles ambas posturas: la positiva, con base en la representación que contempla el artículo 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, sin perjuicio de la responsabilidad que ante los comuneros incurriese en caso de que la pretensión de esa manera ejercitada lo fuese con negligencia o temeridad; y otra, en sentido contrario, con sustento en que el ejercicio de toda acción judicial constituye siempre un asunto de interés general para la comunidad, por lo que solamente correspondería a la junta decidir al respecto (artículo 14 e).

En torno a esta cuestión, nuestras Audiencias Provinciales no ofrecen una posición unitaria. Por un lado, algunas resoluciones sí que exigen la existencia de este acuerdo previo de la junta de propietarios que autorice el ejercicio de una pretensión judicial; a título de ejemplo, la sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Logroño de 29 de diciembre de 2006 —con cita en las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo, 11 de diciembre de 2000 y 20 de octubre de 2004— recuerda que la representación de la comunidad en juicio y fuera de éste por parte del presidente no tiene un contenido *en blanco*, de tal forma que sirva para legitimarle en cualquiera de sus actuaciones, sino que es la junta de propietarios la que acuerda lo conveniente a sus intereses y el presidente quien ejecuta tal voluntad; sin que resulte acertado sustentar que éste, en tales condiciones, carece de legitimación activa puesto que de lo que carecería sería de poder de la comunidad para demandar al recurrente, circunstancia de que se trata de un vicio perfectamente subsanable. Igualmente, la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 31 de enero de 2007, negó la legitimación a un presidente para el ejercicio de una acción en vía reconvenional en atención a que su ejercicio no había sido autorizado por la junta; igualmente, la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cantabria de 28 de febrero de 2006 reconoció la legitimación del presidente para actuar en nombre de la comunidad, siempre y cuando no exista oposición de los comuneros (“... *la facultad del presidente para actuar en nombre de la comunidad resulta indiscutible ya que deriva de un mandato ex lege y, por tanto, no precisa de ratificación. Esta legitimación frente a terceros se extiende también a las acciones dirigidas a obtener la reparación de los vicios ruinógenos que afecten a los elementos privativos, siempre que no conste oposición de los condueños. En consecuencia, debemos entender que el presidente de la comunidad de propietarios del Conjunto residencial Liaño no precisaba de autorización de la junta para actuar en el presente proceso, por lo que no cabe apreciar su falta de legitimación activa, máxime cuando del contenido de las actas de las juntas de propietarios se desprende el conocimiento de la marcha de su gestión por parte de los condueños afectados...*”).

No obstante, otro grupo de resoluciones defienden la postura inicial de no exigir acuerdo previo de la junta de propietarios legitimador al presidente, al estarlo por Ley de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal. Así, las sentencias de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de Diciembre de 2007 (“... *al igual que la ausencia de legitimación de la Presidenta por haberse instado la nulidad de Junta de comuneros que le da autorización para interponer la actual demanda, no concurren en el caso ya que, la legitimación ad procesum siempre la tiene el Presidente que, según el Art.13.3 de la LPH, ostenta la representación de la Comunidad en juicio y fuera de él sin que sea necesario que para ejercer la primera haya acuerdo expreso al ser tal representación orgánica como refiere la jurisprudencia...*”); la de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 4 de julio de 2006, la de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 26 de junio de 2006, ó la de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Orense de 25 de mayo de 2006 (“... *Ha de añadirse a tales consideraciones que "el presidente de la comunidad de propietarios representa a éstos tanto en juicio*



como fuera de él y, en este sentido, (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1981, 5 de marzo de 1983 y 9 de marzo de 1984, entre otras), no ostenta una representación en sentido técnico sino que actúa como un órgano del ente comunitario, sustituyendo con su voluntad individual la social común, considerando lo realizado por el presidente como si la misma comunidad lo hubiera realizado. Por ello, todo cuanto realice y actúe en nombre de la comunidad y en beneficio de ella, estará siempre respaldado por el consenso que en su día existió para su nombramiento...”).

En la presente resolución se opta por este segundo criterio —lo que hace decaer el óbice formal alegado por la demandada— al ser éste el seguido mayoritariamente por la Audiencia Provincial de Madrid en diversas resoluciones, citándose al respecto la dictada por la Sección 10ª de fecha 13 de Julio de 2007 (“Igualmente se aprecia la excepción por entender que no se ha aportado acuerdo expreso de la junta de propietarios, autorizando al presidente de la comunidad para el ejercicio de esta acción. Esta Audiencia se ha pronunciado sobre este tema en un sentido más flexible, que disiente del criterio sustentado por la Juzgadora de Primer Grado en sentencias como las de la Sección 14ª de fecha 16-5-2006, Sección 14ª de 17-11-2005, Sección 13ª de 27-4-2004, considerando que dicha autorización no es necesaria, ya que el presidente está legitimado para ejercitar las acciones correspondientes en nombre y en beneficio de la comunidad sin que se requiera el acuerdo de la junta de propietarios que lo autorice, como se expone, entre otras, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 5ª, de 5 de marzo y 14 de julio de 2005 y 18 de marzo de 1999, haciéndose eco de las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1996, 3 de marzo y 5 de julio de 1995 y 22 de febrero de 1993...”); la dictada por la Sección 19ª de 22 de Marzo de 2007 (“...Finalmente por ser contraria la pretendida falta de legitimación a la doctrina que sin fisuras se orienta en sentido opuesto al que se pretende. Sirvan de ejemplo la doctrina que se expone: Esta misma Sección y Ponente, en sentencia de 1.9. 2004 ya decía, que: Como pone de manifiesto la STS de 4 de diciembre de 1998 EDJ 1998/26408, "el artículo 12 en relación al 13 de la Ley de Propiedad Horizontal EDL 1960/55 autoriza y atribuye legitimación activa a los presidentes para litigar, actuando como órgano del ente comunitario en defensa de sus intereses, al sustituir la voluntad social con la suya individual (Ss. de 22-3 y 12-4-1993, y 31-12-1996)", precisando la STS de 31 de diciembre de 1996, tras reiterar que el presidente representa a la comunidad en juicio y fuera de él, que "no precisa acuerdo de la Junta para reclamar a morosos, pues este requisito sólo afecta a las demandas directamente entabladas por el Administrador..."); o la dictada por la Sección 20ª, con fecha 11 de Diciembre de 2006 (“... La excepción de falta de legitimación ad causam alegada por la entidad IMCISA debe rechazarse por cuanto señalando el artículo 13-3 de la LPH que "El presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten" y acreditado que en el momento de interponer el presente litigio ostentaba dicha condición, la legitimación para el ejercicio del presente procedimiento le viene atribuido por Ley con independencia de que existiera acuerdo expreso de la Comunidad que en el caso presente además existía, sin que el hecho de que el mismo se refiera al ejercicio de acciones frente a una sola de las entidades demandadas le prive de legitimación para ejercitarlas frente a otras posibles afectadas por el procedimiento...”), entre otras.

## 6.9 ¿Qué valor tiene la de la autorización del presidente para realizar obras a un comunero al margen de la junta?

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 30-07-1991 (Malpica González-Elipse).**

La autorización verbal otorgada por el Presidente sin recabar previamente el consentimiento unánime de la comunidad es un acto de tolerancia de un hecho y gratuitamente (...) lo que supone la radical ineficacia de la tan citada autorización en que se funda todo el armazón de la tesis del recurrente.

(...) El Presidente de la comunidad que conforme el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal es quien representa a la comunidad en juicio o fuera de él en los asuntos que le afecten por ser una representación "sui generis" de un ente come, es el de la Comunidad de Propietarios de naturaleza singular, no tiene siquiera facultad vinculante respecto de ésta y con relación a terceros en los asuntos en que por ley o constitución estatutaria, venga obligado a obtener previamente la voluntad de sus representados, como es el caso que aquí nos ocupa afectante a un elemento común de la trascendencia de un muro exterior (sentencias de 16 de marzo; 24 de junio y 23 de julio de 1983).

## 6.10 ¿Es delegable el cargo de presidente en el seno de la junta?

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 2ª, de 31-12-1999.

Se estima la demanda y declara la nulidad de pleno derecho de la junta general extraordinaria celebrada y de los acuerdos adoptados en ella, toda vez que actuó como presidente, bajo la apariencia de moderador, quien no ocupa el referido cargo conforme a los requisitos legales de su elección, pues no basta con la presencia física de la presidenta pues se requiere que ésta actúe como tal.

SEGUNDO.- En el citado punto, la presidenta, Sra. G., "propone que el señor P. dirige la reunión y ruega a los propietarios aceptar dicha propuesta" (así se lee literalmente en el acta, folio 62 vuelto de los autos). Sometida a votación la propuesta, el Sr. P. es "elegido como moderador de esta reunión" con lo que se pasa al punto siguiente "elección del redactor del acta"- y según la referida acta a que ninguno de los presentes está dispuesto a redactar el acta, el Sr. P. ruega a la señora B. asumir tal tarea", cuestión que se somete a votación y la junta nombra a la Sra. B. como redactora del acta (folio 62 vuelto de los autos). En el punto 4 ("POD 4") no consta que se adoptara acuerdo alguno (folio 63 de los autos). El punto 5 ("POD 5"), según el acta comienza así: "El señor P. lee a los presentes la siguiente propuesta de solución para la incorporación en la propiedad común, de las catacumbas (locales 113-118)" Se inicia la discusión sobre tal propuesta, y en un momento determinado "el señor P. ... explica al Sr.... la situación exacta de los locales antes nombrados y también le da a conocer las cuotas de participación en la propiedad correspondientes" (acta de la reunión, folio 63 vuelto de los autos). Y tras la exposición de otras cuestiones, termina el acta con la siguiente frase: "Ya que no había mas puntos que tratar, el señor P. cierra la reunión a las 17.00 horas y agradece la participación de los asistentes" (folio 67 de los autos).

TERCERO.- En el presente caso la actuación consiste en que, a través del subterfugio de proponer la "elección" de "un moderador" de una concreta junta de propietarios, se produce la designación de un "presidente de hecho" sin cumplir con los requisitos legalmente exigidos para ello y con la aparente subsistencia de la condición de presidente del propietario que fue elegido para tal cargo. El texto del acta de la mencionada junta general extraordinaria revela que quien ejerció las funciones de presidente fue el Sr. P. -el "elegido" como "moderador"- sin que tal realidad fáctica resulte desvirtuada por la contestación de la Sra. G. -presidenta nombrada- a la pregunta cuarta de la prueba de confesión judicial, en el sentido de que "el... Sr. P. no encauzó la junta... sino que la dirigió bajo la dirección de la presidenta que estaba sentada a su lado y bajo consulta de la misma" -frente a lo pretendido por el abogado de la apelante- pues aparte de la transcrita expresa manifestación realizada por la Sra. G. -el "Sr. P. .. dirigió" la junta- las respuestas a las preguntas quinta y octava corroboran la indicada realidad: el Sr. P. actuó "como director de la reunión, él daba la palabra"; el Sr. P. "tomaba la iniciativa" (folios 511 y 513 de los autos), decisiones propias y específicas del que preside una reunión, sin que, por otro lado, conste en el acta que el Sr. P. consultara previamente con la "presidenta" Sra. G. ni figure dato alguno de la actuación de ésta tutelando y presidiendo la reunión, de ahí la ausencia de apoyo de las referidas "aclaraciones" efectuadas por la Sra. G. en la prueba de confesión judicial, carentes de credibilidad, además, por la evidente falta de veracidad de otras manifestaciones tales como que el acta fue redactada por el Sr. F. y no por la Sra. B. (contestación a posición novena, folios 511 y 513, citados), cuando consta en el acta que su redactora fue la Sra. B. (folio 67 de los autos, en el que aparece su firma sobre la expresión "redactora del acta").

La Sra. G. -presidenta elegida legalmente- actuó en la indicada junta, al menos en cuanto a dicho cargo, como "convidada de piedra" Por otra parte, en el orden del día no se especificó o mencionó la persona que iba a ser propuesta como "moderador" de la junta siendo así que al iniciarse la reunión la Sra. G. propuso expresa y específicamente al Sr. P. para dirigir la reunión y pidió "a los propietarios aceptar dicha propuesta" (folio 62 vuelto de los autos), sin que, además, ofreciera explicación alguna justificativa de la indicada propuesta.

Luego, si cabría considerar formalmente al Sr. P. como colaborador de la presidenta -en la hipótesis de que fueran ciertas las manifestaciones de la Sra. G. en la citada prueba de confesión judicial- sustancialmente su "elección" y su actuación fue como presidente, pero sin cumplir los requisitos exigidos legalmente para ello. En el orden del día no figuraba un punto sobre tal cuestión; el nombramiento de presidente se realiza por un año (artículo 12, párrafo cuarto de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal), y si bien "los nombrados podrán... ser removidos en junta extraordinaria de

propietarios..." (párrafo quinto del citado artículo), ello ha de ser en junta "convocada al efecto".(el mismo precepto), lo que no ocurrió en el caso objeto de examen, y sin que los estatutos de la comunidad prevean otra cosa en cuanto a la duración del cargo (folio 109 de los autos).

CUARTO.- El hecho de que en otras reuniones de la junta de propietarios de la comunidad demandada se hubiera elegido a un "moderador" sin oposición de los actores en este procedimiento no supone que tal actuación de los mismos en el presente caso suponga una violación de la prohibición de ir contra los propios actos -otro de los argumentos utilizados por el abogado de la apelante con el propósito de privar de apoyo a la pretensión de los demandantes-. La llamada doctrina de los "actos propios" define a éstos "como expresión inequívoca del consentimiento, que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y que además causan estado frente a terceros" (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1997), doctrina que, contemplada desde la perspectiva de "la renuncia de los derechos" se tipifica "por una manifestación de voluntad personal, clara, terminante, inequívoca... por virtud de la cual el titular de un derecho hace dejación del mismo" (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1995 -y las numerosas que cita-, 22 de enero y 7 de marzo de 1997), circunstancias o requisitos que no concurren en el caso que nos ocupa, pues además de no constar esa inequívoca voluntad de renuncia por parte de los Sres. L., la no impugnación de otras juntas no los vincula para el futuro, sino solo para la concreta junta en que así actuaron, sin que ello comporte un ataque a la seguridad jurídica, entre otras razones porque no siempre ha sido la misma persona la "elegida" como "moderador" y aunque esta circunstancia se adujo como fundamento de la impugnación, no cabe duda que constituye un dato determinante de la no equiparación de una junta con otra, pues la aplicación de la doctrina de los actos propios exige "que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior" (constante jurisprudencia del Tribunal Supremo; entre las más recientes, sentencias de 10 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999).

QUINTO.- De cualquier manera, dejando a un lado tales circunstancias como también el hecho mismo de la reiteración, en sucesivas juntas generales, de la elección de un moderador, sustitución del presidente sin cumplir los requisitos para la designación de uno nuevo (medida no equiparable ni coincidente con la posibilidad de prever en los estatutos el cargo de vicepresidente, como el de cualquier otro miembro de la junta de propietarios, frente a lo alegado por el abogado de la recurrente), lo cierto es que se trata de una decisión no calificable de radicalmente nula, determinante de la inexistencia de la junta general por carencia de un requisito esencial, sino de un acuerdo anulable, susceptible, pues, de subsanar por el transcurso del tiempo o por renuncia expresa a pedir su declaración de nulidad.

#### **6.11 ¿Puede el Juez, en el caso del 13.2, no solo designar presidente sino instituir reglas para el futuro, como por ejemplo, sorteo, rotación, etc?.**

El artículo 13.2, aptdo. 2.º LPH establece que:

«Igualmente, podrá acudir al juez cuando, por cualquier causa, fuese imposible para la Junta la designación de Presidente».

A tenor de lo establecido en el artículo 14, a) LPH corresponde a la Junta de Propietarios el nombramiento del Presidente de la Comunidad. Ahora bien, a fin de evitar que una situación especial de imposibilidad manifiesta de designar Presidente de la Comunidad de Propietarios se permite acudir al auxilio judicial cuando «por cualquier causa», dice la ley, fuese imposible la designación del Presidente de la Comunidad.

Parece que el legislador ha querido, con ello, abrir la puerta a posibles situaciones, cualesquiera que fueran, por las que resultare imposible proceder al nombramiento de Presidente de la Comunidad. Nótese que ya hemos comentado la posibilidad que recoge el último apartado del art. 17 LPH de acudir a la autoridad judicial en los supuestos de imposibilidad de alcanzar las mayorías exigidas para obtener acuerdos, fuera de los supuestos contemplados en los números 1 y 2 de este artículo 17.

En este sentido, la ley va a crear un supuesto añadido y específico de imposibilidad de designar Presidente de la Comunidad de Propietarios utilizando la misma vía del artículo 17.3, aptdo. 3.º. Por ello, cuando la ley habla en el artículo 13.2 de la posibilidad de acudir al juez, sin mayor especificidad, se debe entender que se ha querido abrir el abanico de posibilidades existentes de acudir a la autoridad judicial e incluir la de la imposibilidad física de designar Presidente.

Se debe entender como un acierto la apertura de todas las posibilidades y el acceso de éstas a la autoridad judicial, toda vez que la vía anterior tan sólo se refiere a la impugnación del cargo de Presidente, quedando vacío de contenido cuando lo que ocurre es que no se ha procedido a la designación de Presidente por la no articulación de los mecanismos legales existentes para ello, tales como la convocatoria de la Junta para su elección, o la implantación de los sistemas de turno rotatorio o sorteo ahora contemplados en la nueva ley.

## **TEMA 7. EL SECRETARIO Y ADMINISTRADOR.**

### **7.1 ¿Puede el promotor nombrar administrador antes de constituirse la comunidad de propietarios?**

Mientras la Comunidad no esté constituida formalmente, el acuerdo o acta donde consta que una determinada persona es nombrada administrador por el Promotor, cuando no se habían terminado o entregados los pisos, carece de valor, ni es vinculante cuando la Comunidad celebre la primera reunión, ya que la competencia para el nombramiento recae en la Junta de Propietarios, conforme el art. 12 de la Ley Propiedad Horizontal.

Pero en cualquier caso, quizás ni sea conveniente entrar en esa discusión, ya que el citado precepto legal permite cesar y nombrar en cualquier momento a los cargos directivos y administrativos, con el único requisito de que el asunto esté incluido en el Orden del Día, que es lo que hay que hacer constar en la primera o próxima convocatoria.

### **7.2 ¿Qué formalidades son exigidas para destitución del administrador?**

El apartado 7 del artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal establece la posibilidad de remover cualquier cargo de la Comunidad, aunque no se haya cumplido el plazo de un año que es el que fija la propia Ley.

El acuerdo solo necesita de la mayoría de los asistentes, aplicando el artículo 17, regla 3ª, de la LPH, pues es un acto de mera administración.

Únicamente tendrá derecho a indemnización, normalmente hasta el cumplimiento del año, si el Administrador es un profesional y la destitución no está motivada por faltas en el cumplimiento de sus obligaciones. Así lo entiende la jurisprudencia.

En esa misma Junta extraordinaria es posible el nombramiento de otra persona que le sustituya en el cargo, mejor dicho, es lo normal que así sea, ya que de no hacerlo será el Presidente quien ocupe igualmente el puesto de Administrador, según el apartado 5 del repetido artículo 13 de la LPH.

### **7.3 ¿Es necesaria/conveniente la asistencia a junta administrador que se pretende cesar?**

El artículo 13 de la LPH obliga a que el nombramiento y remoción de los cargos se haga en Junta General, requisito que al parecer se ha cumplido, por lo que la decisión que se adopte, en principio, tendrá validez y efectividad.

La cuestión que se plantea es si se puede prohibir la entrada y asistencia del administrador a esta Junta, entendiendo por nuestra parte que si no reúne la condición de propietario y si así se decide en este preciso momento la mayoría de los asistentes, dicho profesional tendrá que acatar la postura comunitaria.

### **7.4 ¿Tiene facultades el administrador para negar pagos ordenados por presidente?**

Hay que tener en cuenta el principio de que el citado Presidente es el representante legal de la Comunidad a todos los efectos, por lo que el Administrador es un profesional que debe admitir y aceptar las órdenes del primero.

Otra cosa sería que la actitud de este cargo directivo fuese contraria a acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios, pues entonces el Administrador podría alegar que ese órgano es el superior, según el mismo orden del artículo 13.1 de la LPH.

Eso no obsta para sí que actúa y hace gastos no aprobados previamente en la Junta, se lo haga saber por escrito y, desde luego, pedir que la orden de pago le venga hecha de la misma forma, para así tener suficiente justificante de su postura, pero no tiene facultades para negarse a cumplir las instrucciones al respecto de la máxima autoridad individual de la Comunidad, repetimos, salvo que vaya en contra de los acuerdos del órgano superior, Junta de Propietarios.

### **7.5 ¿Cuál es la calificación jurídica del contrato que une al administrador de fincas con la comunidad de propietarios?**

¿El contrato que une a un Administrador de Fincas con la Comunidad de Propietarios a la que presta sus servicios profesionales, es el propio de la relación de mandato o de arrendamiento de servicios?

Sentencia de la Audiencia Provincial de MADRID, Sección 13, de 25/02/97.

"...Para la resolución del presente recurso es preciso partir de la consideración de que la naturaleza de la relación jurídica que liga al Administrador con la Comunidad de Propietarios a la que presta sus servicios permite calificar el contrato existente como de mandato, y en consecuencia, basado en el principio de confianza. Partiendo de tal premisa y considerando que también resulta de aplicación el principio general de revocabilidad del mandato, previsto en los artículos 1.732-1 y 1.733 del Código Civil así como el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, se plantea la cuestión de decidir si la simple pérdida de confianza por parte del mandante --Comunidad de Propietarios-- en el mandatario --Administrador-- permite a aquel revocar libremente el mandato sin que éste pueda reclamar indemnización alguna o si, por el contrario, teniendo en cuenta que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 de la citada Ley --no habiéndose pactado expresamente la duración del contrato-- el mismo ha de entenderse celebrado con la vigencia de un año y, en consecuencia, el cese anticipado del administrador le permite ser indemnizado. Ello exige también, con carácter previo, distinguir según la remoción del cargo de administrador responda a una causa justificada o sea producto de la libre voluntad de la Comunidad mandante sin motivo que lo justifique. En el primer caso, especialmente si la causa del cese anticipado responde al incumplimiento de las obligaciones del mandatario, éste carece de derecho a ningún tipo de indemnización pues, además de la antedicha pérdida de confianza inherente al mandato, el mandatario --desoyendo las instrucciones del mandante con infracción de lo preceptuado en los artículos 1.719 párrafo primero del Código Civil y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal-- al no cumplir sus obligaciones contractuales tampoco podría reclamar la remuneración convenida a tenor de lo establecido en el artículo 1.124 del citado Código; en cambio, si la remoción del administrador es injustificada sí tendría derecho a ser indemnizado tanto en los gastos y desembolsos que acredite haber efectuado durante el tiempo que prestó sus servicios como en aquellos otros realizados en la legítima creencia de que la relación iba a durar un año, incluso abarcando en lucro cesante o pérdida de expectativas que la imprevista terminación de la relación le hubiera podido ocasionar, pero en ningún caso el íntegro percibo de las cantidades pactadas que el mandante habría de abonar doblemente y que el mandatario obtendría pese a no realizar el trabajo, pudiendo tanto sustituir el contrato extinguido por otro nuevo cliente, según recoge acertadamente la sentencia apelada, como suprimir --al menos parcialmente-- los costos derivados de su trabajo. En el presente caso resulta de aplicación el primero de los supuestos antedichos pues ha sido probado documentalmente que el administrador ha incumplido reiteradamente las instrucciones recibidas de la Comunidad demandada sobre la presentación del cierre de cuentas que esta pretendía se hiciese de forma individualizada dejando constancia del saldo de cada vecino al final de los sucesivos ejercicios de regularizar la situación contable de la Comunidad de Propietarios...."

De ser así:

El carácter esencialmente revocable para el mandante del mandato, que se establece expresamente en los arts. 1.732.1, 1.733 del Código Civil, y que se reitera en el derogado art. 12.5 LPH (hoy art. 13.7.2 LPH), se infiere que la Comunidad de propietarios es libre para remover al Administrador aunque todavía no haya transcurrido el tiempo para el que fue designado.

El art. 1.729 Código Civil sólo permite al mandatario reclamar los daños y perjuicios que haya sufrido a causa de la realización o cumplimiento del encargo objeto del mandato, por lo que no faculta al Administrador que ha sido removido anticipadamente para exigir como daños y perjuicios la retribución que le hubiera correspondido percibir por todo el tiempo que restaba para concluir su mandato.

La remoción anticipada del Administrador, salvo que haya sido debida a justa causa (por ejemplo, incumplimiento de sus obligaciones contractuales), le faculta para exigir, en concepto de daños y perjuicios, todos aquellos cuya realidad acredite ha sufrido a consecuencia de la destitución anticipada.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3ª, de 25/04/96.

"...El primer problema que se plantea es el de precisar la naturaleza de la relación jurídica que ligaba a los litigantes (administrador y Comunidad de Propietarios), si se trata de un arrendamiento de servicios o de un mandato, para de esta forma determinar la procedencia de la indemnización solicitada por el actor por haberle cesado dicha Comunidad en sus funciones con antelación al plazo para que estaba contratado. La doctrina mayoritaria se inclina por la tesis de que se trata de un simple mandato en razón, principalmente, de la similitud del contenido del artículo 12, párrafo quinto -los nombrados podrán, en todo caso, ser removidos en la Junta extraordinaria de propietarios-, con los artículos 1732 -el mandato se acaba por su revocación- y 1733, ambos del Código Civil, a los que cabría añadir el de la sustituibilidad, porque no es obligatorio que se encomiende la administración a un ajeno a la Comunidad. Por lo que afecta a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados, la jurisprudencia se inclina por esta postura precisando ésta última que cuando se ha establecido un plazo de duración, evidentemente en interés común de ambas partes contratantes, aunque la facultad de revocación subsiste si se impone antes de la expiración, el plazo debe indemnizarse; precisando que ello no es así cuando se ha demostrado que media justa causa dimanante del incumplimiento de lo pactado por el mandatario...."

### **7.6¿Cabe la resolución unilateral del contrato administración?**

Sentencia de la Audiencia Provincial Oviedo, Sección 5ª, de 09/05/01.

"...Aún entendiéndolo como definitiva la rescisión del contrato la administración tal y como quedó configurada en la Junta de 4 de Abril de 2000, de conformidad con la cláusula 14ª antes citada sería precisa la concurrencia de justa causa o incumplimiento por parte del administrador para que la indicada rescisión fuera operativa de inmediato, pues en otro caso sería preciso el abono del período que restare hasta el vencimiento natural de la anualidad, esto es, 30 de septiembre.

Respecto a este tema, resulta obvio que los motivos de la rescisión a tener en cuenta ha de ser forzosamente los consignados en la Junta y autos referidos, esto es, el no efectuar las gestiones oportunas para el cobro de los saldos deudores, falta de atención a algunos comuneros, retraso en la entrega de copia de una sentencia y existencia de una caja al margen de la cuenta de ingresos y gastos de la comunidad.

La existencia de tales motivos es algo que correspondería acreditar en la presente litis incumbiendo ello naturalmente a la comunidad demandada ahora apelada, y ciertamente esta Sala estima que de la prueba ofrecida en autos no puede alcanzarse una conclusión clara y rotunda acerca de la existencia de una conducta incumplidora o negligente lo suficiente para justificar una resolución anticipada.

En efecto, del contenido de las actas aportadas y en las que hace hincapié la demandada no se observa que en momento alguno la comunidad instase reiteradamente a la administradora a gestionar el cobro de las deudas, sino que lo que consta en dichas actas es que se procede a emitir los recibos por los saldos deudores facultando al Sr. Presidente para otorgar poder a Procurador y Abogados para si fuera preciso entablar las reclamaciones judiciales. Por otro lado, si bien en la Junta de 16-5-95 si se hacen constar reclamaciones y quejas contra el administrador por número de impagos, deficiencias de limpieza y falta de atención, significativo resulta que en la misma Junta se acordase la renovación de su cargo, lo que asimismo se realizó en los años posteriores, sin que además en la presente litis se aportase prueba alguna sobre si tales quejas se reiteraron. Tampoco se aporta prueba alguna sobre el retraso en la

comunicación de la sentencia a que se aludió en la Junta de 4 de Abril ni se indicó su contenido y en qué pudo perjudicar a la comunidad, como asimismo no se justificó mínimamente si la existencia de la caja al margen de la cuenta bancaria conllevó algún problema financiero por la existencia de un metálico no ingresado pero en modo alguno sustraído (nótese que las comunidades de propietarios no son entes con ánimo de lucro). Pero es que además los ex-presidentes de la comunidad que fueron citados por la actora como testigos manifestaron que en su opinión no habían apreciado justa causa para resolver el contrato al no existir verdaderos incumplimientos o irregularidades en la administración.

En base a ello, pues, tiene que discrepar forzosamente esta Sala de la conclusión alcanzada en la sentencia recurrida, y estimar que la resolución unilateral del contrato de administración por parte de la Comunidad si bien efectiva desde luego debe conllevar el abono de los honorarios correspondientes al período anual que restaba por cumplir, máxime cuando la entidad liquidó el saldo de Caja y puso la documentación a disposición de la Comunidad...."

### **7.7 ¿Puede un administrador aceptar letras de cambio en nombre de la comunidad?**

Si el administrador puede probar que las letras las firma en representación de la Comunidad, por orden del presidente y ratificado en Junta General, se puede decir que actúo conforme a derecho y cumpliendo los requisitos del mandato del artículo 1.718 del C.C., a la vez que la Comunidad responde a tenor del artículo 1.727 y otros concondantes del citado cuerpo legal.

### **7.8 ¿Está obligado el administrador a la llevanza y gestión laboral y fiscal de la comunidad de propietarios?**

De entre las obligaciones concretas que tiene el administrador de una Comunidad de propietarios, que figuran en el art.18 de la LPH, no se encuentra específicamente la gestión de documentación laboral y fiscal como pago de nóminas, impuestos, seguros sociales etc, pero dichas atribuciones pueden ser perfectamente conferidas por la Junta, *según señala la regla 5ª del citado precepto*,<sup>1</sup> pero al estar en una relación de arrendamiento de servicios, el profesional podrá exigir el cobro de cantidades complementarias, aunque la Comunidad tendrá opción de aceptar o no las condiciones económicas, toda vez que se trata de pactos entre dos partes con libertad para ambos para aceptar o rechazar las pretensiones de cualquiera

### **7.9 ¿Está obligado a dar información contable a propietarios fuera de la junta?**

El administrador solo está obligado a facilitar información contable a todos los propietarios en la forma que se haya acordado por la Junta General y naturalmente en la presentación de cuentas anuales, pero de ninguna manera con carácter individual cuando cualquiera de ellos lo solicite y menos todavía cuestiones como extractos bancarios y recibos pendiente de otros comuneros.

Por lo tanto, el Administrador debe negarse aduciendo que la información personal solo lo puede hacer si así lo acuerda la Junta General o lo autoriza de forma expresa el Presidente.

### **7.10 ¿Es posible la remoción del cargo de administrador sin inclusión en orden del día?**

El cargo del Administrador de Comunidad de propietarios, a tenor del artículo 13.7 de la LPH, podrá ser cesado por acuerdo de la junta de propietarios convocada al efecto, bastando el *quorum* de la mayoría para su cambio. Pero, sin duda, si el tema no se incluyó en el Orden del Día, dicho acuerdo es contrario a la legalidad, ya que el citado artículo, si bien permite la remoción en cualquier momento, exige que la Junta se haya convocado en reunión extraordinaria al efecto, lo que es tanto como que la cuestión debe figurar en el Orden del Día para su conocimiento

---

<sup>1</sup> Hoy, artículo 20.F.

### **7.11 ¿Cuál es el fundamento de la responsabilidad del administrador? ¿La tiene por la falta de reparaciones edificio?**

Si el Administrador de fincas pierde un acta que tiene gran trascendencia para el resultado de un procedimiento, deberá exigírsele la responsabilidad que con carácter general determina el art. 1726 del Código Civil para el mandato cuyas disposiciones, según ha reiterado la jurisprudencia, son aplicables a la relación profesional que le une a la Comunidad de propietarios. Por lo tanto el administrador será responsable no solamente por dolo, sino también por culpa o negligencia, que deberá estimarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto por los Tribunales.

El administrador será responsable como consecuencia de la falta de su diligencia profesional, pero nunca por la ruina de un edificio si comunica al propietario (o a la Comunidad), de forma que le quede constancia, de la obligación de proceder a la revisión del edificio y de las consecuencias de su incumplimiento, comunicando además de que la responsabilidad del art.1907 será ya indiscutible si no se han seguido las normas técnicas o legales aplicables al caso.

Por el contrario, si el administrador como profesional no comunica ni avisa al propietario de las circunstancias, podrá responder conforme el art.1726 del C.Civil y otros concordantes, así como el art. 18-3.º de la Ley de Propiedad Horizontal.

### **7.12 ¿Y en el caso de la certificación sobre el estado de las deudas del comunero transmitente de un elemento privativo del inmueble? ¿Deben incluirse en la certificación el importe de derramas proyectadas no devengadas?**

Entre las obligaciones del secretario administrador previstas en el art 16 LPH se encuentra la de expedir certificaciones de los acuerdos de las Juntas, y, en particular, la liquidación de la deuda del propietario moroso con la Comunidad, a efectos del procedimiento previsto en el art. 21 de la LPH. Dentro de este cometido el art 9.1 en su párrafo 4 establece que "En el instrumento público mediante el que se transmita, por cualquier título, la vivienda o local el transmitente, deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales de la comunidad de propietarios o expresar los que adeude. El transmitente deberá aportar en este momento certificación sobre el estado de deudas con la comunidad coincidente con su declaración, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento del documento público, salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente". Este certificado será expedido por el secretario-administrador.

La obligación para éste se circunscribe a recoger la información que requiere el precepto, cual es la situación que mantiene el transmitente con la comunidad relacionada con las cuotas pendientes existentes conforme al art 9. No existe otra obligación legal recogida que debe de quedar incluida en la certificación. Hay que entender que en esta certificación lo que se incluye es la deuda real existente al tiempo de operar la certificación, pero ni siquiera hay previsión normativa de que se refleje un concreto importe en la mencionada (Y así lo recoge la resolución de la APMadrid de 17-5-05)

Todo lo que el secretario-administrador pueda incluir en esa certificación, tal como la existencia de derramas aprobadas, pero pendientes de reclamación al cobro, existencia de litigios pendientes, sean en fase declarativa o en fase ejecutiva, del transmitente con la comunidad, no son sino afirmaciones que le constan para una mayor información, en su caso del adquirente, pero al que no queda obligado, toda vez que la norma no se lo exige.

Debe tenerse en cuenta que en todo caso, la posible obligación que se deriva de las exigencias de la buena fe contractual, afecta a las partes de la compraventa. Por consiguiente si se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella, supuestos en que pueden quedar quizás englobado el supuesto presentado y que han sido catalogados jurisprudencialmente como contravenciones de la buena fe contractual, quien lo realiza, en este caso, el comprador, es quien deberá afrontar las consecuencias de su actuación.

Sobre la conveniencia de que se reflejara en este certificado todas esas incidencias, considero que cuanta más información se facilita a la hora de la transmisión, mayor conocimiento tendrá el adquirente



de la real situación de la finca que adquiere, pero hago la salvedad de que generalizarla como exigencia tiene otros problemas, derivados precisamente, de que a diferencia de las cuotas pendientes, sobre las que el secretario administrador tiene un conocimiento puntual, no siempre el administrador va a tener un conocimiento exacto del estado de una ejecución judicial, más si la misma no es dineraria. Por lo tanto la exigencia de tal obligación sería posible origen de nuevas responsabilidades para el administrador.

#### **7.13 ¿Es posible la remoción del administrador fijado en los Estatutos con duración permanente?**

El cargo del Administrador de Comunidad de propietarios, a tenor del artículo 13.7 de la LPH, podrá ser cesado por acuerdo de la junta de propietarios convocada al efecto, e incluso antes de la expiración de su mandato, que es de un año, de ahí que entendamos que la cláusula estatutaria fijando una determinada administración permanente sería nula por contravenir una norma imperativa que señala que tal nombramiento puede ser removido en Junta, por lo que nuestro criterio es que bastará con el *quorum* de la mayoría para su cambio.

#### **7.14 ¿Cabe la negativa del administrador a entregar la documentación de la comunidad? ¿Qué puede hacer la Comunidad?**

Es obligación del Administrador guardar la documentación a disposición de los titulares, como así lo indica el art. 20.e) de la Ley de Propiedad Horizontal, es decir, este profesional deberá tener a disposición de la Junta de Propietarios o de sus representantes legales, especialmente al Presidente, todos los documentos que estén en su poder.

De este modo, al cesar de su cargo deberá entregar toda la documentación ya que se habrá cumplido con un arrendamiento de servicios o con un mandato, de tal forma que el profesional no es titular ni dueño de nada, simplemente cumplía con sus funciones. Ni del Código Civil ni de la Ley de Propiedad Horizontal se desprende ningún derecho del Administrador para que pueda disponer o ser el titular de una documentación o cuentas que deben pasar siempre al mandante, que es la Comunidad, una vez cumplida la misión encomendada. En caso de negativa, la Comunidad no tendrá otro remedio que acudir a los Tribunales para que se le requiera formalmente para la entrega de la misma, por medio del correspondiente procedimiento de menor cuantía por aplicación del art. 484.3 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### **7.15 ¿Es posible la sustitución del administrador titular por voluntad de éste en una junta?**

La relación que une a la Comunidad de Propietarios con el administrador debe considerarse como "mandato", a tenor de los artículos 1.709 y siguientes del Código Civil .

El artículo 1.721 establece la posibilidad de sustituir al titular salvo oposición expresa, por lo que no hay ningún inconveniente en que un ayudante del profesional debidamente autorizado, asista a las reuniones y firme el libro de actas.

Cuando el administrador es una entidad o sociedad, el rigor necesario exige que las personas que actúen en su nombre lo hagan con el suficiente poder notarial.

### **TEMA 8. LA JUNTA DE PROPIETARIOS: SU CELEBRACIÓN; EL ACTA Y SU INSTRUMENTACIÓN. FUNCIONES DE LA JUNTA**

#### **8.1 ¿Es motivo de nulidad la falta de citación por escrito a junta de propietarios cuando la misma ha sido anunciada en el tablón de anuncios de la comunidad?**

En consecuencia, si no esta acreditado que las Juntas se celebrasen cumpliendo los requisitos formales mínimos, ni que se notificasen fehacientemente los acuerdos a quienes no asistieron, resulta claro que esos acuerdos no son válidos y que las posibilidades de impugnación están perfectamente abiertas (véase la SAP de La Coruña, secc 3ª, de 23 de Julio de 2002).

## 8.2 ¿Vulnera la ley de protección de datos de carácter personal 15/99 de 13 de Diciembre, publicar el nombre de los morosos en el tablón de anuncios de la comunidad para la convocatoria de la Junta?

El recurso de esta forma de convocatoria, o incluso a veces de comunicación, es consecuencia de la aplicación de un precepto legal que persigue dar a conocer al propio comunero interesado la existencia de la reunión en que se debaten cuestiones de interés para la comunidad de que forma parte. No tiene finalidad punitiva, sino de advertirle de qué requisitos ha de cumplir para poder ejercitar sus derechos en aquélla. Dentro de la norma orgánica 15/99, esta actuación estaría exenta por el art 6.2 (no será preciso el consentimiento del interesado cuando se refiera a partes de un contrato o precontrato de una relación comercial necesarios para su mantenimiento o cumplimiento, o cuando tengan por finalidad proteger un interés vital del interesado, o sea necesario para satisfacer un interés legítimo perseguido por el responsable del fichero

## 8.3 ¿Es motivo de nulidad la adopción de acuerdo que no estuviese recogido en el orden del día?

### Basta con una referencia genérica pero comprensible del tema

Hay un posible defecto en la convocatoria de la junta, por cuanto —según se dice— se habría votado y acordado un punto que, previamente, no había sido indicado en aquélla.

Partiremos de que tal indicación de los «asuntos a tratar» que contempla el referido precepto goza de indudable relevancia en orden a determinar el cumplimiento de los requisitos legales para que la celebración y el resultado de las Juntas lleven aparejados los efectos que la LPH anuda. Prueba de ello es que nuestro Tribunal Supremo ha reiterado, tanto en la redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 8/1999, de 6 de abril (antiguo art. 15.2, muy similar al actual 16.2), como en la regulación actual, la trascendencia que comporta la redacción clara y precisa del orden del día según la convocatoria *toda vez que siempre habrá de exigirse una perfecta armonía y congruencia entre lo anunciado como tema a tratar y deliberar y, en definitiva, acordar o rechazar, y lo que en efecto se decida en la Junta al respecto, ya que siendo la asistencia de los interesados copropietarios voluntaria, no lo es sin embargo la citación de todos ellos, que obviamente harán uso de su facultad de asistir o no con vista del orden del día como marco indesbordable de los asuntos que han de discutirse*. La exigibilidad de la mención clara y detallada de los asuntos a tratar es, pues, el mecanismo que prevé la ley para evitar los riesgos que en otro caso podrían crearse en la formación de la voluntad de los propietarios.

Ahora bien, el rigor en la valoración del cumplimiento de los requisitos exigidos para la formación del orden ha sido objeto de cierta flexibilización puesto que el actual del régimen de propiedad horizontal (art. 3 del Código Civil) implica que en muchos casos y en función de las materias tratadas, resulte imposible prever en dicho orden del día todas y cada una de las derivaciones del debate sobre cuestiones incluidas en el orden del día. En estos casos, la jurisprudencia considera suficiente que los temas estén enunciados con claridad, sin que sea exigible prever en su formación y enunciado, todos y cada uno de los posibles matices del debate ya que, en definitiva, lo que exige el art. 16.2 es que se haga una «indicación de los asuntos a tratar» sin que por «indicación» deba entenderse una relación de asuntos detallada, minuciosa y exhaustiva, con previsión de todos los posibles derivaciones que puedan surgir al tratar de un tema, sino —por el contrario— ha de bastar la mención del asunto concreto, quedando comprendidos todos los acuerdos que tengan una relación directa el mismo.

### Necesidad de hacer constar su oposición en el acta por no incluir el tema en el orden del día.

Además, debe valorarse como los impugnantes estuvieron presentes en la junta de propietarios cuyos acuerdos cuestionan, que en modo alguno hicieron constar en el acta su oposición por esta posible falta de inclusión en el orden del día, ni que tal circunstancia les generase algún tipo de perjuicio; al respecto, la sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de septiembre de 2006 recordó, por un lado, que —con invocación de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1987— *es normal y propio de la vida real, que los comunitarios usuarios de los elementos comunes, perciban deficiencias funcionales no observadas por la junta Directiva o Presidente que confecciona el Orden del día para su discusión en junta y cuanto estas cuestiones surgidas en el seno de ella no merecen, por su*

*naturaleza o importancia económica o jurídica, una convocatoria especial, como acontece en el caso que se analiza, pueden y deben ser tratadas en la junta y válido el consenso mayoritario que sobre el mismo recaiga. Por otro, “solo los ausentes podrán impugnar este acuerdo pues se verían afectados por la falta de conocimiento del asunto a tratar, antes de asistir a la misma y valorar así la oportunidad de asistir por sí o representado. Lo que no es aplicable a la apelante que acudió a la junta sin ver mermado su posible derecho de asistencia, y sin alegar que la falta de inclusión en el orden del día le hubiera supuesto algún tipo de perjuicio”.*

#### **8.4 ¿Qué sucede cuando el presidente no comunica al administrador la existencia de la Junta? ¿Si no comparece los acuerdos serán válidos?**

A mi juicio la respuesta varía según las circunstancias de cada caso concreto, no presentando una respuesta única. Conforme con el art 13.5 y 6 LPH *“Las funciones del secretario y del administrador serán ejercidas por el presidente de la comunidad, salvo que los estatutos o la Junta de propietarios por acuerdo mayoritario, dispongan la provisión de dichos cargos separadamente de la presidencia. Los cargos de secretario y administrador podrán acumularse en una misma persona o bien nombrarse independientemente.*

*El cargo de administrador y, en su caso, el de secretario-administrador podrá ser ejercido por cualquier propietario, así como por personas físicas con cualificación profesional suficiente y legalmente reconocido para ejercer dichas funciones. También podrá recaer en corporaciones y otras personas jurídicas en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico”*

Por tanto la regla general viene a ser la de que será el Presidente quien ejerza las funciones de secretario de la Comunidad. Pero como sucede en tantas ocasiones la excepción se encuentra más generalizada que la regla general, porque la mayoría de las Comunidades de Propietarios, bien por Estatutos, bien por un acuerdo posterior, establecen la dualidad de personas para ambas funciones. En este caso que es el supuesto que debemos tomar como punto de partida, la respuesta variará según nos encontremos ante un Secretario, que sea propietario o no lo sea, esto es que sea ajeno.

En el primero de los casos, la omisión intencionada en la convocatoria al secretario tiene por de pronto los mismos inconvenientes que toda omisión de un comunero, y en consecuencia vicia los acuerdos adoptados en que su voto era necesario, lógicamente aquéllos que precisen de la unanimidad de los comuneros, o de una mayoría que con abstracción del sentido de su voto, puedan haber variado por esta omisión. Pero además siendo el secretario el encargado por la ley (art 19 LPH) de la redacción del acta, su ausencia, y la necesidad de su firma en el acta al menos diez días después de la terminación de la Junta puede condicionar la ejecutividad de los acuerdos adoptados, y dificultar la prueba de su propia existencia. En este caso no será lo mismo que una vez redactada el acta por el presidente, quien debiera hacer las veces de secretario tras una información de lo sucedido, la firme o que no lo haga y se interese por algún comunero la impugnación de los acuerdos adoptados negando su existencia. Y en este último supuesto tampoco es igual que se haya utilizado el mecanismo de rectificación o tacha del acta redactada, por parte del impugnante, que no se haya hecho. Y también variará la solución si tal como debe figurar en el orden del día de la próxima Junta, existe un acuerdo aprobatorio por parte de la Comunidad del acta anterior.

En consecuencia para mí la omisión voluntaria por el presidente de no convocar al secretario-propietario puede en los casos expuestos viciar el acuerdo adoptado.

En el supuesto de que sea un secretario ajeno a la Comunidad, el cual no tiene voto en la Junta, lo que puede verse afectado es la documentación de los acuerdos, su acreditación, y por ende su fuerza ejecutiva, pero bien entendido que ni los acuerdos dejan de existir porque siquiera exista acta, o ésta sea incompleta, menos que se haya redactado por quien no debiera, toda vez que ello nos conduce a la problemática de la naturaleza del acta, que a mi juicio no implica que sea requisito de existencia o validez del acuerdo sino de su acreditación (por tanto puede ser probado por otra vía, y en este sentido pueden consultarse las STS 23.1.1991, 2.3.1992 o 10.7.1995 ) Y que en todo caso quien impugna los acuerdos adoptados sobre la base de la ausencia del secretario a la junta, habrá de negar su existencia y no quedarse en un mero argumento formal basado en la ausencia de aquél, o utilizar el mecanismo de tacha y rectificación del acta redactada, y en caso de no procederse por la comunidad y haberse adoptado el acuerdo posterior de ratificación de ésta, impugnar este último.

Las resoluciones de los Tribunales vienen a dar una respuesta tibia al conflicto planteado, fundamentalmente creo, debido a la ausencia normativa de la sustitución del secretario en la Junta, y a los problemas para su nombramiento en caso de imposibilidad de asistencia, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del Presidente de la Comunidad.

Así por ejemplo la resolución de la APPontevedra de 7.2.2008 en un caso en que el Presidente excusó la presencia del secretario en la Junta, y actuó el Presidente como tal, justificó tal posibilidad e incluso negó que pudiera desvirtuarse el acta por este hecho, pues es el Presidente quien debe asumir tales funciones de secretario de la Comunidad en su ausencia. La SAPTarragona (sección 3) de 13.1.2003, recuerda que la posibilidad de que como secretario pueda actuar el Presidente, implica igualmente la posibilidad de que tal cargo pueda delegarse por el presidente en favor de otro comunero presente sin oposición del resto de comuneros.

### **8.5-¿Hasta donde llegar el derecho de información de los comuneros previo a la celebración de una Junta?**

Si bien en la Ley de Propiedad Horizontal existe un derecho al voto en Junta de todo propietario, lo cual presupone una previa información de lo que en la Junta se va a tratar según el art. 16, tradicionalmente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha negado que del espíritu, o de la letra del precepto referido, pueda entenderse que exista un auténtico derecho de información regulado «*ad hoc*» y quepa por ello, derivar un alcance distinto al que la expresiva literalidad de ese precepto consagra, que solo preceptúa que en la convocatoria se indiquen los asuntos a tratar, hora y lugar de la junta; indicación que sólo viene a referirse a la descripción de la materia con sus notas individualizadas de referencia a los asuntos a tratar sobre la cual habrá de versar la junta, y, naturalmente, sin que ello exija, con rigor, la exposición previa de todos los datos o instrumentos de conocimientos precisos para poder participar o deliberar de forma decidida en dicha junta. Expresamente se negó que cupiera vía analógica proceder un derecho de información similar al socio de una sociedad anónima (ART 65 LSA), no sólo por no estar previsto en la LPH, sino por las dificultades que ello conllevaría al propiciar, por ende, una serie de litigios sin fin, tantos como pudieran darse según las diferencias que se pudiera suscitar a la hora de adoptar los acuerdos correspondientes, ya que es difícil establecer un modelo apriorístico de cuándo los propietarios cuentan con la información debida, o cuándo no cuentan, para poder participar, con plena reflexión en la adopción del acuerdo correspondiente, porque, como se viene a insinuar, ello obedece además de a la índole o naturaleza del acuerdo en cuestión y a su propia complejidad, a la actitud o capacidad personal de cada disidente, dentro de las líneas de subjetivismo que pudiera existir con cualquier comunidad, pudiendo incluso bloquear o paralizar el normal funcionamiento de una Junta de copropietarios regida por la LPH, en donde naturalmente, deben las minorías someterse a los acuerdos de las mayorías, con los controles adecuados si se exige unanimidad, y con independencia de los derechos de los perjudicados por esa mayoría que encuentran cobertura a través del oportuno proceso de tutela. Y así lo puso de relieve el Tribunal Supremo en sentencia de 16-4-1993, doctrina de la que se hacen eco las Audiencias Provinciales de Alicante o Las Palmas en resoluciones de 3-2-1999 y 27-3-2001.

En consecuencia sobre esta base jurisprudencial debe exponerse que si bien puede interesarse una documentación relacionada con el objeto de la Junta en poder del administrador, propiamente tal pretensión va a depender de la voluntad del mismo su remisión, sin perjuicio de que se pueda atacar o impugnar la resolución de fondo adoptada por la Comunidad en la Junta.

Ahora bien, entiendo que lo expuesto con anterioridad está relacionado con el tema del derecho a la información previo a la celebración de la Junta. Cosa diferente considero la negativa del administrador de presentar la documentación de la Comunidad a propietarios solicitantes, con incumplimiento de las obligaciones generales de su cargo, esto es con infracción del art 20 LPH que establece que el administrador tiene la obligación de custodia a disposición de los titulares de la documentación de la Comunidad. Pero ello considero que debe reconducirse al tema contractual, no al tema de adopción de acuerdos comunitarios o a su validez, pues el administrador que incumple de modo general la obligación de puesta a disposición de los propietarios de la documentación de la Comunidad está a mi juicio incumpliendo una de sus obligaciones contractuales.

### **8.6 La falta de consignación de un acuerdo en el libro de actas, ¿determina su inexistencia?**

Sentencia Tribunal Supremo de 07/10/99

"...La falta de constancia en el Libro de Actas de la Comunidad de la autorización determina que queden sin ninguna clase de pruebas su existencia y contenido, pues no existe ninguna otra en autos más que la "nota informativa" a los propietarios del Tesorero, que, según la propia sentencia era un acuerdo de los órganos rectores, no de la Junta de Propietarios. El Libro de Actas constituye el mejor medio de prueba en cuanto que en él consten los acuerdos formados con las previsiones legales, pero la falta de constancia no implica la inexistencia del acuerdo, sino la necesidad de probarlo de una manera mucho más laboriosa y difícil. La expresión "se reflejarán" del art. 17 L.P.H. no significa que se establezca una forma sustancial para la existencia y validez del acuerdo ni así puede entenderse por su trascendencia, sino una obligación a cumplir por los órganos rectores en beneficio de los comuneros, que pueden exigirles aquel cumplimiento. Por otra parte, yerra la Audiencia también en considerar "en perjuicio de tercero" la falta de constancia del acuerdo de autorización de obras en el Libro de Actas, porque los demandados-recorridos no son terceros sino propietarios de los locales comerciales del edificio, que se han beneficiado con las obras de excavación de su subsuelo para extender su negocio...."

### **8.7¿Que consecuencias tiene la falta de firma de las actas?**

Sentencia Audiencia Provincial de Santander, Sección 3ª, de 16/03/00

"...El Tribunal Supremo en sentencia de 25 abril 1992 establece la ausencia de firmas en el acta de la junta de propietarios no priva de virtualidad a los acuerdos adoptados dotados de la necesaria legalidad...."

Revista Sepín, Marzo 2001 pag.57

Esta es una de las lagunas de la Ley de Propiedad Horizontal, concretamente del artículo 19. Nuestro criterio es que, en estos supuestos, el Secretario debe redactar el acta, firmarla y remitirla a todos los propietarios, indicando en diligencia final que no está con el Visto Bueno del Presidente por que se niega a ello. Ya sabemos que esto puede ocasionar problemas y seguro que una actitud no amistosa del mismo, pero no vemos otra solución jurídica.

Dicho esto, que es lo correcto legalmente, si las reformas que quiere introducir el Presidente no son de fondo, quizás le compense al Secretario hacer caso y modificar *el contenido, consiguiendo con ello su firma y evitando problemas de entendimiento.*

Revista Sepín, Octubre 2000 pag.60

El artículo 19 de la LPH no tiene previsión alguna para el caso de que el Presidente o Secretario no quieran firmar el Acta. Nuestro criterio es que entonces cualquiera de los dos puede hacerlo de forma solitaria, indicando en una diligencia que no figura la firma del otro por negarse a hacerlo. Creemos que será suficiente, siempre y cuando el contenido del Acta responde a los acuerdos adoptados y así se pueda probar caso de reclamación o impugnación judicial.

Sentencia Audiencia Provincial Granada, Sección 3ª, de 12/07/99

"...En el presente caso, del acta impugnada correspondiente a la Junta de fecha 28 de marzo de 1996, se Presenta una doble transcripción, la primera formando parte del Libro de Acta la que carece de las firmas del Presidente y Secretario de la Comunidad, carente, por tanto de valor probatorio, y una segunda, como documento seis de la contestación a la demanda, donde si esta refrendada con las referidas firmas, así como la de los comuneros asistentes, por lo que la misma producirá todos sus efectos probatorios como constancia de los acuerdos en la misma recogidas, que es, como queda dicho, la única finalidad propia del acta, forme o no parte del Libro de Actas, lo que comporta la confirmación de la sentencia de instancia en cuanto rechaza su impugnación y estima la validez de los acuerdos adoptadas en ella -participación de los comunero en los gastos de la propiedad -, y todo ello al haber transcurrido los treinta días que el art. 16.4 LPH concede a los presente a la Junta, circunstancia que concurre en la recurrente, según se acredita por la firma estampada en la misma por su representación (folio 53 de los autos) para dicha impugnación desde que el acuerdo fue tomado...."

### **8.8¿Puede delegar la junta de propietarios en una comisión facultades que por ley le corresponden a aquélla?**

El hecho de que la competencia de aprobar obras de mantenimiento que recoge el artículo 14 c) de la LPH sea de la Junta, esto no significa que en la propia Asamblea no pueda delegar la realización de las mismas a una Comisión, con la facultad de aprobar el presupuesto técnico que consideren más

conveniente. Es lo normal y es lo que ocurre con los presupuestos ordinarios, que se aprueba una cantidad y luego la realización la llevan a cabo el Presidente y/o Administrador.

Además en este supuesto parece que incluso se ha aprobado ya el gasto, lo que significa un límite a esa Comisión, que, desde nuestro punto de vista, goza de plenas facultades para todo aquello que, por delegación, ha determinado la Junta General.

### **8.9 ¿Cuentan, a efectos del cómputo de mayorías, los propietarios morosos a los que se les priva del derecho de voto?; ¿y en los acuerdos para los que se requiere unanimidad?**

Tanto en los acuerdos de simple mayoría o mayoría cualificada, en nuestra opinión los propietarios que no pueden votar, por estar en situación de mora, no cuentan, de ahí que la mayoría o los 3/5 del total deben computarse en la proporción correspondiente y restando de las cien centésimas las cuotas de los morosos, pues así se determina en el artículo 15.2, final, de la Ley de Propiedad Horizontal.

No ocurre lo mismo con los acuerdos que necesitan la unanimidad, pues el precepto citado solo se requiere a decisiones de mayorías y cuando la norma es privativa de derechos la interpretación debe ser siempre restrictiva.

El criterio mantenido por REVISTA SEPÍN, es que no consideramos que el Título Constitutivo se pueda modificar sin el concurso de todos y cada uno de los propietarios, de ahí que no creamos correcto admitir pasivamente pueda aceptar, incluso el cambio de su cuota de participación, por lo que si consta en el acta su negativa o luego, en el caso de estar ausente, contesta en este sentido, la unanimidad no se habrá alcanzado y el acuerdo no se podrá llevar adelante, con independencia de si está o no al corriente de pago de los recibos de la Comunidad, ya que, repetimos, el artículo 15.2 de la LPH, sólo se refiere a los acuerdos de mayoría no, como es el caso consultado, a las decisiones que requieren del quórum unánime.

Cualquier menoscabo de los derechos de los propietarios en el régimen de propiedad horizontal deben ser interpretados de forma restrictiva, como toda norma punitiva, de ahí que nuestro criterio, mantenido desde el principio, es que esta privación del derecho a voto solo cuenta para los acuerdos que exijan "mayorías", que es la expresión que utiliza el artículo 15.2 de la Ley de Propiedad Horizontal y que no cabe su aplicación en las decisiones que requieran unanimidad, pues si así fuera, por ejemplo, cabría modificar el Título y los coeficientes particulares sin que pudieran oponerse los morosos.

En definitiva, que el deudor que acude a la Junta donde se trata de cambiar de destino elementos comunes y pasar a ser privativos, debe votar en contar y si no se lo permiten *hacer constar su discrepancia en el plazo de treinta días, igual que si ha sido no asistente. Y, desde luego, acudir a la impugnación judicial, tanto si han sido privados indebidamente del voto y/o por ser los acuerdos contrarios a Ley, aunque aquí si que es exigible, como requisito previo, pagar la deuda pendiente o consignar en el Juzgado, como establece el artículo 18.2 de la LPH.* jurídicamente que por el hecho de ser deudor, no tenga participación en esa modificación

### **8.10 En el supuesto de un titular con varias propiedades, algunas con deudas, ¿se aplica la privación del derecho de voto sólo a los pisos o locales deudores, o de manera general?**

Al ser una norma limitativa de derechos, ha de ser interpretada restrictivamente, por lo que la privación de derecho de voto sólo afectará al piso o local deudor. (D. Eduardo Baena Ruiz )

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de febrero de 1995 en relación con el artículo 16 de la Ley 49/1960, pero que tiene actualidad aplicándola al actual artículo 17 de la Ley, tras la reforma operada por la 8/1999, mantiene que la ley ha establecido dos mayorías que se conjugan para la validez de los acuerdos: mayoría del total de los propietarios y mayoría de las cuotas de participación. Estas mayorías son, en segunda convocatoria, mayoría de asistentes que representen a su vez a la mitad del valor de las cuotas de los presentes. Es decir, se ponderan dos elementos: uno personal y otro económico. En consecuencia, el cómputo ha de hacerse por persona una a una, es decir, de modo que tenga un solo voto el propietario de varios pisos.

Mientras el titular de varias propiedades se encuentre al corriente del pago de los gastos comunitarios correspondientes a una de dichas propiedades, mantendrá su derecho de voto en relación a aquellas mayorías que hacen referencia al total de propietarios, si bien, evidentemente, sólo tendrá un voto. (D. Juan José Cobo Plana )

Para una adecuada solución de la cuestión debe tenerse en cuenta que la posibilidad que introduce el artículo 15.2 de privar al titular deudor de su derecho de voto, es un precepto de carácter sancionador, claramente restrictivo de derechos, por lo que en esta medida sólo cabrá interpretarlo de manera igualmente restrictiva, de tal suerte que sólo se aplique a aquellos supuestos que de una forma clara encajen en el precepto. Lo que viene a suponer tanto como negar de forma categórica el que se puedan corresponder por razón de la posesión de varias unidades, cuando sólo no haya satisfecho los gastos correspondientes a alguna o algunas de ellas, ya que ello supondría tanto como hacer una interpretación extensiva del precepto, que llevaría a ampliar la sanción a unas unidades que se hallan al corriente de pago, lo que en modo alguno es querido por la nueva Ley, tanto por poderse deducir del tenor literal de la norma, como por el hecho de que la ley en general no distribuye el número de votos con arreglo al número de propietarios de la edificación, es decir, por cabezas, sino que lo hace atendiendo al número de unidades susceptibles de aprovechamiento independiente, de tal manera que existirán tantos votos como unidades existan, con independencia de que todas ellas pertenezcan a distintas personas o no, funcionando estas unidades, y por derivación el voto que corresponde a cada una de ellas, con total independencia de la persona que pueda ser su titular, por lo que en esta medida igualmente serán independientes las sanciones que se puedan imponer al titular de cada unidad, ya que ésta nace del incumplimiento de la obligación de contribuir al levantamiento de los gastos comunes directamente relacionados con la parte que de estos le corresponda por razón de esa titularidad, con total independencia de que puede poseer otra u otras. ( D. Antonio Ferrer Gutiérrez )

La dicción literal del artículo 15.2 permite contestar que la privación del derecho a voto es general, pues aplica esa sanción a los propietarios que en el momento de iniciarse la Junta no se encontrasen al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la Comunidad.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el voto sirve para formar, de manera inseparable, mayoría de personas y mayoría de cuotas, y en el inciso final del artículo 15.2 se expresa que en el caso de propietarios privados del derecho de voto, su persona y cuota de participación no será computada a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en la ley. No resulta posible que una persona pueda votar para formar la mayoría de cuotas al estar al corriente en parte de sus pisos o locales, pero que su voto no pueda computarse para formar la mayoría de propietarios al ser deudor. (D. Enrique García-Chamon Cervera )

Es claro que las normas que regulan la restricción del derecho de voto deben ser interpretadas restrictivamente, pues encierran en realidad sanciones civiles derivadas del incumplimiento de obligaciones. En el supuesto de la pregunta, la interpretación más favorable es aquella que compatibiliza la sanción legalmente prevista con el derecho del propietario al voto, que puede conservarlo en cuanto respecto de algún elemento de su propiedad se encuentre al corriente en el pago, pues cuando la Ley se refiere a «todas las deudas vencidas con la Comunidad» (art. 15.2), cabe sostener que se refiere a todas las deudas de cada piso o garaje -visión objetiva-, no a todas las que tenga cada propietario -visión subjetiva-. Y ello supone que en las votaciones deberá ser admitido su voto personal, si bien a efectos de cómputo de las cuotas representadas sólo podrán tenerse en cuenta las correspondientes a los pisos o locales en los que esté al corriente de pago. (D. JAVIER DE LA HOZ DE LA ESCALERA )

Para la adopción de acuerdos la LPH exige una doble mayoría: una de las personas, en la que se computa individualmente, con independencia del número de departamentos privativos de los que cada uno pueda ser propietario; y otra, de índole económica, en la que se toma en consideración la cuota de participación de cada uno de esos propietarios en el total inmueble, determinado, en el caso de que un mismo sujeto sea titular de más de un departamento privativo, por la adición de los coeficientes correspondientes a cada piso o local.

Para el cómputo de la primera mayoría, de carácter personal, el Tribunal Supremo ha aceptado -STS, Sala Primera, de 10 de febrero de 1995- la regla de que a cada propietario sólo corresponde un voto, ya sea titular dominical de un solo departamento privativo o de varios en el mismo inmueble sujeto a la LPH, abstracción hecha de la mayor cuota de participación de que disponga, a los exclusivos efectos de la mayoría económica.

En consecuencia, el carácter unitario del voto personal determina que la privación del derecho por el descubierto en el pago de las cuotas, aunque conciernan a uno solo de los elementos privativos de que sea titular, le impidan su ejercicio de modo absoluto, lo que, a su vez, se proyecta sobre la mayoría de coeficientes, en la medida en que tampoco se podrá computar ninguna de las cuotas de los

departamentos cuya titularidad, ni siquiera de aquellos respecto de los cuales se encuentre al corriente de pago. (D. Angel V. Illescas Rus )

El hecho puntual que se plantea en la pregunta parecería tener una respuesta positiva a primera vista (privación total del derecho de voto) y en una lectura rápida del art. 15.2 LPH. Ello es así, por cuanto la Ley habla de que «el propietario que en el momento de iniciarse la Junta no se encontrare al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la Comunidad... no tendrá derecho de voto». Veremos a continuación que la realidad es bien distinta.

Una lectura literal del precepto parece indicarnos que al hablar el texto legal de «todas las deudas con la Comunidad», pudiera entenderse que, en el caso que ahora nos ocupa, el propietario al que se refiere el supuesto práctico quedaría privado del derecho de voto por tener deudas pendientes respecto a alguna de sus propiedades. Sin embargo, la realidad jurídica es otra, ya que la atribución del derecho de voto viene ligada individualmente por la propiedad de una vivienda o local en la Comunidad de Propietarios, siendo irrelevante para el ejercicio del derecho de voto el que un propietario cumpla sus obligaciones con unos inmuebles (respecto a los que mantiene el derecho por su cuota de participación) y no haga con otros dentro de la misma Comunidad (respecto a los que queda privado).

El art. 15.2 recoge que en el acta de la Junta se reflejarán los propietarios que quedan privados del derecho de voto respecto a su persona y la cuota de participación, pero circunscrita ésta, evidentemente, a la propiedad del bien del que resulta deudor para con la Comunidad el propietario. Una interpretación distinta que extendiera al resto de inmuebles, en los que el propietario cumple sus obligaciones, la privación del derecho de voto por el incumplimiento de otros dentro de la misma Comunidad sería entendido como una sanción penal, y entendemos que nos encontramos en el marco del Derecho Civil, en el que la sanción del incumplimiento se refiere al caso y supuesto concreto, y en este caso la privación del derecho de voto se referiría sólo respecto a las viviendas o locales sobre los que no se ha cubierto la deuda y por sus cuotas de participación, que no quedarían computadas a efectos de alcanzar las mayorías previstas en la Ley. ( D. Vicente Magro Servet )

#### **8.11 ¿A qué momento a de referirse la morosidad para la privación del derecho de voto?**

Hay que entenderse que al tiempo de celebrarse la Junta. En cualquier caso, téngase presente que la sentencia de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 19-12-2005 consideró que no existiendo en la Ley de Propiedad Horizontal precepto alguno que obligue al pago de las cuotas de comunidad anticipadamente al mes en curso, ni constando norma estatutaria que estableciera tal obligación para los propietarios integrados en la Comunidad, no cabe calificar el débito de unos de los vecinos como deuda vencida al tratarse de una cuota correspondiente al mes en curso, conforme a las previsiones contenidas en los artículos 15 y 16 de la LPH a los efectos de privar del derecho de voto a un propietario

#### **8.12 ¿Qué cantidad tendría que consignar el propietario moroso para poder intervenir y votar en la Junta de Propietarios?**

La filosofía de la norma gravita sobre la idea de que el moroso deba abonar toda la deuda que tenga hasta el momento de realizar el acto que estime procedente, por tanto hasta la fecha de celebración de la Junta, por tanto no sólo las que hubieran servido de base a la declaración de morosidad y que sirven para tal declaración en la convocatoria, sino las devengadas con posterioridad. Y en los mismos términos debe de suceder cuando se pretenda impugnar los acuerdos adoptados, siendo consustancial en su caso la consignación judicial conforme a los art 15.2 y 18.2 LPH ( SAPMadrid 17.6.2005 o de 22.3.2005, secc11)

#### **8.13 ¿Podría el comunero calificado como moroso pagar con efectos mercantiles (un cheque por ejemplo) en el momento de inicio de la Junta?**

Lo normal es que existiendo una cuenta a favor de la comunidad, la llamémosla puesta al día del comunero, se verifique por un ingreso en esa cuenta antes de celebrarse la Junta, pero nada obsta a que el pago pueda verificarse incluso en metálico antes de su inicio por cuanto no hay previsión en contrario.



La cuestión del pago mediante cheque, pagaré o título mercantil similar, que se plantea entiendo que queda resuelto por el artículo 1170 CCivil, según el cual la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

Por tanto el cumplimiento mediante esta forma si bien no produce inicialmente los efectos propios del pago (ya que en los términos en que se plantea el supuesto práctico, habrá que esperar a lo normal, esto es el cobro del título-valor, no siendo suficiente por ejemplo la posible aceptación del título cuando ello sea una garantía adicional de cobro, así por ejemplo SAPGuadalajara 1-6-06, ni tampoco la renovación del título por otro de fecha posterior, como por ejemplo sentencia la APAlicante en resolución de fecha 14-11-02), sí suspende la acción derivada de la obligación primitiva, lo cual considero que debe entenderse como que el acreedor no puede dirigirse contra quien ha hecho la entrega de ese título por razón de esa obligación hasta que se dé uno de los supuestos que la norma contempla.

Ello plantea el problema de si a los efectos que plantea el art 15 LPH, los comuneros pueden votar para la adopción de los acuerdos cuando la acción de la comunidad se encuentra en suspenso. Esto es ¿pueden ser considerados como morosos cuando la Comunidad de Propietarios no puede dirigirse contra ellos para reclamarles el pago? Personalmente considero que no, dada la situación de suspense de las acciones derivadas del art 9 LPH, pero correlativamente sí entiendo que la eficacia de esta actuación y por los mismos motivos, quedará condicionada a la real concurrencia de esas causas previstas en el art 1170 CC, de tal modo que de no concurrir, la conclusión será que el voto emitido por el comunero que entregó como pago un efecto que no fue satisfecho ni perjudicado por culpa del acreedor, no será eficaz, ya que los efectos del pago o cumplimiento se predicen respecto al momento de verificarse la Junta, y en ese tiempo no se estaba al corriente de pago. Y ello aunque posteriormente se abonen esas deudas con posterioridad, por ejemplo con la finalidad de acudir a los mecanismos de impugnación de los acuerdos comunitarios.

Esta solución no se me escapa que tiene notables inconvenientes en la práctica, y que también de modo razonable, podía sostenerse la tesis contraria, cual es mantener que como la entrega del título valor no produce propiamente los efectos del pago, se mantiene la condición de moroso del comunero (otra cosa es que se pueda actuar contra él para reclamarle la deuda al estar en suspenso la acción) y que en consecuencia como tal se mantiene su privación al voto, pero considero que es la que mejor guarda un equilibrio entre los distintos intereses en juego.

#### **8.14 ¿La privación del derecho de voto por impago de cuotas se extiende tan sólo a las ordinarias o también a las extraordinarias?**

*Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, Sentencia de 8 Oct. 2004*

##### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO. El actor D. Bernardo impugna un acuerdo adoptado en la junta de la comunidad de propietarios de 3 de julio de 2003 relativo a la negativa a la autorización para instalar una chimenea para el negocio de bar restaurante que explota en la localidad de Castelldefels.

Como cuestión previa al fondo, la comunidad plantea la excepción de falta de legitimación del Sr. Bernardo por no estar al corriente en el pago de las deudas comunitarias, según exige el art. 18.2 LPH.

La juzgadora de primera instancia parte de la realidad de la mora del actor pero no le otorga relevancia impeditiva para el ejercicio de la acción, en base al hecho de que en la misma situación participó sin oposición alguna por parte de la comunidad en la junta impugnada, sin que, por tanto, se hiciera valer similar norma restrictiva de la actuación del propietario moroso del art. 15.3. Se razona en la sentencia que la comunidad no puede hacer caso omiso a la morosidad e invocarla a su interés y comodidad y que una actitud permisiva en la participación de la junta constituye acto propio para la impugnación del que no puede contradecirse.

Estimada la pretensión del actor y dejado sin efecto el acuerdo, la comunidad vuelve a plantear por la vía del recurso la misma cuestión, insistiendo en ella.

SEGUNDO. Ante todo hay que partir, como se hace en la sentencia, de la situación de mora del actor.

En efecto, a la alegación de tal situación y aportación como documento 19 de la contestación de una certificación del administrador secretario de la comunidad en la que se recoge el contenido del acta de la junta de 20 de mayo de 2003 en la que se determinan los saldos negativos que pesan sobre los departamentos del Sr. Bernardo y del incremento experimentado hasta la fecha de la certificación, 16 de octubre, la defensa del actor se ha limitado a atacar la credibilidad de la deuda mediante argumentos indirectos planteados al DIRECCION001 en el acto del juicio, tales como la falta de indicación del concepto concreto de la deuda o si ello le fue comunicado al actor o si fue requerido de pago.

La manera de desvirtuar lo acordado en la junta de 20 de mayo y reflejado en la certificación de la misma pasaba por la oportuna impugnación o la acreditación del pago, cosa que no se ha hecho, siendo irrelevante la falta de aportación de datos específicos por el DIRECCION001 por no constarle en el momento de su declaración. Sean cuotas correspondientes a gastos o derramas extraordinarios, como así parece, o por ordinarios, o que no se haya podido precisar a qué obras o conceptos obedecen aquéllos, no empece la consideración de la realidad de los descubiertos a cargo del actor, según acuerdo de junta documentado y no impugnado.

TERCERO. En cuanto a la valoración que se hace en la sentencia de la eficacia que debe tener en el caso presente la situación de morosidad en base a la consideración a actos anteriores, no se puede estar de acuerdo.

**Si bien las restricciones para la esfera de actuación que establecen los arts. 15 y 18 LPH responden al mismo principio de sanción al propietario que no está al corriente de sus obligaciones con la comunidad, en aras a favorecer el interés superior del normal desenvolvimiento de la actividad de ésta, la restricción para la participación en una junta es algo que queda limitado a la esfera interna de la actuación comunitaria, pudiendo adoptarse una u otra estrategia y decisión por los allí intervinientes según proceda y convenga a sus particulares intereses en aquel momento y, en cambio, la restricción para el ejercicio de la acción de impugnación trasciende del puro ámbito interno de la comunidad y afecta al público del proceso.**

Además, y en el terreno de los **actos propios** que es donde sitúa la Juez a quo el debate, **es preciso el carácter inequívoco de la voluntad expresada, el diseño de definición de un modo inalterable de la situación.** En el caso presente sería tanto como entender que la actitud permisiva de la comunidad en cuanto a la participación del propietario conflictivo, a fin precisamente de tratar de solucionar el conflicto, debe equivaler a un asentimiento para que, no alcanzado el acuerdo pacífico, el propietario en la batalla procesal posterior quede liberado de una obligación prevista específicamente para tal situación. El planteamiento, actitud y postura de la comunidad en uno y otro momento no son coincidentes y sus decisiones se mueven en planos también distintos, no teniendo por qué extenderse el efecto de lo decidido en uno de ellos como algo inseparable o que crea estado en el segundo, no pudiendo tampoco presumirse que la conducta primera de la comunidad ha fundado la confianza en cuanto a una determinada conducta en alguien, el propietario, a quien no se puede defraudar en las expectativas generadas por la buena fe porque no es así.

**Un propietario a quien se permita participar en una junta, máxime si es con el objetivo indicado de solución de un problema, no puede presumir en base a ninguna confianza razonablemente alcanzada que podrá efectuar impugnación del acuerdo perjudicial sin tener que ponerse al corriente en el pago.** Una tesis como la sostenida en la sentencia podría suponer una restricción de intentos de soluciones pacíficas en el caso de las comunidades si ello tenía que suponer más tarde la privación de un arma que legítimamente les confiere el art. 18.

Procede, por tanto, aplicar dicho precepto, dándole toda la indiscutible eficacia que, en forma de imposibilidad de ejercicio de la acción, se deriva de su texto. Ello supone la estimación del recursos y la consiguiente desestimación de la demanda, con imposición al actor de las costas de primera instancia y sin hacer pronunciamiento sobre las de esta alzada.

### 8.15¿Cual es el alcance que hay que dar a la expresión “salvado su voto en la junta”?

#### Auto de 27/04/2006 de Juzgado de Primera Instancia 58

**PRIMERO.-** Con respecto a la falta de legitimación activa primeramente alegada, y con independencia de que por su naturaleza resultaría más apropiada su resolución en sentencia, con base a lo previsto en el

artículo 425 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede admitir su estudio aunque sea para rechazar tal motivo por cuanto no se considera necesario para impugnar un acuerdo en acordado en el seno de una junta de propietarios mayor requisito que el voto en contra del propietario impugnante.

Aún cuando puedan existir criterios divergentes en la interpretación del número 2 del artículo 18 de la ley de propiedad horizontal ("Estarán legitimados para la impugnación de estos acuerdos los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta"), no parece adecuado exigir a los actores que llevaran a cabo el cumplimiento de ninguna otra formalidad cuando ello no se les exige en la norma expresamente, máxime cuando todo parece indicar que la obligatoriedad de la salvedad del voto debe quedar referida a los que se abstuvieron en la votación correspondiente. Ha de valorarse en este punto que la oscuridad de la norma no puede resolverse haciendo una interpretación contraria a la tutela judicial efectiva de quien, votando en contra, dejó clara su oposición a lo acordado en gente.

De hecho, se muestran en contra de negar legitimación para impugnar un acuerdo de la junta de propietarios a quienes únicamente se limitaron a votar en contra del acuerdo impugnado, tanto la mayoría de nuestra doctrina (D. Loscartes, J.I. Rosat) como la mayor parte de las resoluciones dictadas por nuestras Audiencia Provinciales (sentencias de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 15 de mayo del 2001, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 14 de septiembre de 2001, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete de 18 de julio de 2000, entre otras).

### **Sentencia Audiencia Provincial Palma de Mallorca, Sección 3ª, de 15/05/01**

"...La razón de ser de la expresión "haber salvado el voto", debe ponerse en relación con la constancia de una voluntad manifiesta contraria al voto afirmativo al acuerdo, de tal forma que no quepa lugar a dudas del parecer del comunero "disidente" del que hablaba la anterior regulación. En el presente caso, el parecer contrario al concreto extremo del acuerdo referido a la sustitución de la escalera fija por una mecánica y las modificaciones que ello comportaba respecto de la anterior situación, consta clara y fehacientemente en el acta de la Junta celebrada el día 4 de noviembre de 1999, es más, luego de la votación realizada respecto al punto 6º del orden del día, consta textualmente en el acta lo siguiente: "Al final de este punto, los doce votantes en contra hacen constar que entienden que la reforma aprobada supone una alteración de elementos comunes que exigen la unanimidad de los propietarios. Por lo cual instan a la Junta a dejar en suspenso la ejecución de las obras hasta no se obtenga la unanimidad exigida por la ley". Entender, tal como hace el Letrado de la comunidad, que los actores deberían, además, haber hecho constar que impugnarían el acuerdo ante los tribunales, supone establecer un obstáculo desproporcionado con la finalidad perseguida por la ley, e implicaría una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, al impedirse a los demandantes acudir a la jurisdicción en base a una interpretación rigorista y restrictiva de la norma que, por tanto, debe rechazarse....".

### **8.16 ¿Requiere la representación algún requisito especial?**

Como establece el art 15.1 LPH "La asistencia a la Junta de propietarios será personal o por representación legal o voluntaria, bastando para acreditar ésta un escrito firmado por el propietario." En consecuencia el apoderamiento no precisa de ningún otro requisito formal de que la autorización venga claramente expuesta por escrito firmado por el demandado. En este sentido tampoco se hace necesario que el documento venga autografiado por el representado, esto es que sea manuscrito por el mismo como si de un testamento ológrafo se tratara. Lo que sí se exigirá es que el documento venga firmado por el representado. Por tanto será válida una autorización a maquina o por cualquier tipo de soporte de impresión escrita, con tal de que haya una firma del representado. La SAPMurcia de 7-2-05 así lo confirma al decir "... toda vez que el artículo 15 de la Ley de Propiedad Horizontal sólo exige un escrito firmado por el propietario, sin adicionales exigencias formales, salvo, claro está, la posibilidad, implícita en el precepto, de identificar a través de dicho escrito al representante y al representado. En este sentido una sentencia del TS de 5-2-92 ya expuso que no eran precisas mayores formalidades para el apoderamiento por cuanto se admite que para acreditar la representación voluntaria al efecto de asistencia a la Junta basta un escrito firmado por el propietario y que el apoderamiento no viene sujeto a forma "ad solemnitatem"- tal como establece el artículo 1.710 CCivil.

### **8.17 ¿Cabe cuestionarse por el presidente la validez o falsedad de la firma del representado?**

Así la sentencia TS 5.2.1992 dirá “Y el escrito presentado cumplía esas mínimas exigencias de forma, no siendo admisible que, una vez cumplidas éstas, quede a la apreciación discrecional de los órganos de la comunidad la admisión o inadmisión de la representación así acreditada, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse contra quien se atribuya falsamente la representación de otro y sin perjuicio de la posible ineficacia del acuerdo en cuya adopción hubiese sido relevante la falsa representación”.

Hay sin embargo otras resoluciones dentro del ámbito de las Audiencias Provinciales que ven razonable la exigencia de algunas comprobaciones por parte de los miembros de la Junta. La APGirona en sentencia de 24-12-02 dijo: “resulta razonable el establecimiento de algún sistema para certificar la autenticidad de las firmas, máxime teniendo en cuenta la existencia de Comunidades de propietarios enormemente numerosas en las que, como es el caso, podría resultar conveniente establecer algún sistema de cautela al respecto. También resulta razonable que sea el Presidente de la Comunidad (en el ejercicio de sus funciones de representación del conjunto de la Comunidad de Propietarios -artículo 13-3 LPH), quien impulse estas cautelas, las cuales no imponen nuevos requisitos a los exigidos en el artículo 15-1 de la LPH, sino que, por el contrario, lo que procuran es el cumplimiento del requisito legal, al establecer una sistema que acredite que la firma impresa en la delegación de voto pertenece, efectivamente, a quien se atribuye.”

Ahora bien la resolución mencionada no explica qué cautelas podían ser aquéllas ni hasta donde puede llegar el presidente en su actuación preventiva.

Por lo que en consecuencia entiendo que no corresponde al Presidente aventurar un juicio de valor sobre la supuesta veracidad o falsedad de la firma en ese momento, a no ser que le conste efectivamente por manifestaciones del propio representado que tal representación sea inexistente, y que las mismas se produzcan de modo anterior a la celebración de la Junta, o en ésta.

#### **8.18 ¿Puede una sola persona representar a varios?**

Revista Sepín, Diciembre 2000 pag.62

No hay impedimento legal en ello, la Ley no establece limitaciones, de ahí que una sola persona puede representar a uno, a diez o 68 propietarios, que suponen el 37,505% de las cuotas, con lo cual su parecer (o el criterio que le hayan dado los representados) se impondrá casi siempre en las votaciones, con la aclaración de que no contará como varios a efectos de unidades si alguien es titular de dos o más pisos, que solo se contabilizará como uno.

Y recordar también que es necesario que se alcance la doble mayoría simple o cualificada, de cuotas y de número, para que los acuerdos sean válidos.

#### **8.19 ¿Es necesario que el representante sea un comunero?**

No existe ningún inconveniente en que un propietario este representado en la Junta por una persona que no lo sea, como algún familiar, amigo etc., pues el art.15.1 de la Ley de Propiedad Horizontal no exige tal requisito.

Pero si se trata que esa persona no propietaria pueda ser nombrada para cualquier cargo de los mencionados en el art.13, la contestación sería negativa, pues dicho precepto solo se refiere de forma exclusiva a los propietarios, nunca a terceros.

#### **8.20 ¿Puede un propietario moroso representar a un comunero?**

La representación del art.15 de la Ley, ya sea legal o voluntaria, no puede estar condicionada por otras normas jurídicas que las que establece el precepto legal.

En consecuencia, no existiendo ninguna prohibición ni limitación en la Ley para que un propietario moroso pueda actuar en representación de otro que no lo es, la Comunidad no tiene facultades para modificar el derecho, que es de carácter imperativo. Si la Junta adopta decisiones en distinto signo, por lo menos desde nuestro punto de vista, está vulnerando el contenido del art. 15 y seguramente, caso de darse impugnación judicial, tal postura sería declarada contraria a derecho y declarados nulos los acuerdos adoptados con este sistema prohibitivo.

Naturalmente el suscriptor puede hacer lo que considere oportuno, pero, en resumen, con todos los respetos REVISTA SEPÍN, considera que esa cláusula que incluye en las convocatorias nace con vicio de nulidad.

## TEMA 9. LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS . SU IMPUGNACIÓN

### 9.1 El cambio de sistema de calefacción a una nueva instalación, ¿requiere el acuerdo unánime, la mayoría simple o será suficiente con un tercio de los propietarios?, en definitiva, ¿regla 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> ó 3.<sup>a</sup> del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal?

En cuanto se trata de infraestructura para acceder a nuevos suministros energéticos, podrá ser acordada a petición de cualquier propietario por 1/3 de los integrantes de la Comunidad (art. 17, regla 2.<sup>a</sup>), pues cuando la Ley habla de «nuevos» suministros, parte de que antes podía haber otros y no halla obstáculo alguno en la sustitución por 1/3 de los propietarios. (D. Francisco J. Arroyo Fiestas)

No requiere la unanimidad que exige el párrafo primero de la regla 1.<sup>a</sup> del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1982, la modificación del sistema de prestación del servicio, primeramente carbón y actualmente por gasóleo, no supone modificación de las reglas del Título Constitucional, pues aun teniendo en cuenta su carácter extraordinario, no deja de ser un acto de administración que puede ser adoptado por acuerdo de la mayoría.

Tampoco será necesario el quórum cualificado de los 3/5, que recoge el párrafo segundo de la regla antes mencionada, ya que nos hallamos en presencia del establecimiento de un servicio común de interés general, pues dicho servicio ya existía, y lo que se pretende es una «innovación» en el mismo.

Si se pone en relación la regla 2.<sup>a</sup> del citado artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal con el artículo 11 del mismo texto legal, creo que nos hallamos en presencia de la instalación de una infraestructura necesaria para acceder a un nuevo suministro energético colectivo y, en consecuencia, se puede adoptar el acuerdo por 1/3 de los propietarios, conforme reza la mentada regla 2.<sup>a</sup>.

La interrogante es si tal innovación se califica de requerida para la habitabilidad del inmueble, según su naturaleza y características (art. 11.1), en cuyo caso es vinculante para los disidentes, o, por el contrario, se considera que no es «exigible o requerida», supuesto del artículo 11.2 que provoca que el disidente se libere en las condiciones que este precepto indica.

Entiendo que esta clase de innovaciones, acomodándose el inmueble a las nuevas tecnologías, naturalmente dentro de un orden razonable y no muy sofisticado, son una mejora requerida para la adecuada habitabilidad del edificio, adaptándose a la realidad técnica del tiempo en que se vive, y de ahí la previsión de la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que no sólo basta con el acuerdo de 1/3 de los propietarios, sino que además es vinculante, a efectos de contribución en los gastos de la mejora, para los disidentes.

En este supuesto, no sería de aplicación el párrafo segundo de la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, y por ello hemos hecho mención al artículo 11, ya que si lo que existe es un cambio en el sistema de calefacción difícilmente puede pensarse que el comunero disidente prescinda del acceso a tal servicio.

En evitación de dudas y para que los disidentes queden vinculados, lo preferible será la mayoría que prevé la regla 3.<sup>a</sup> del citado artículo 17. (D. Eduardo Baena Ruiz )

Pienso que, en principio, no es aplicable al presente caso la regla del voto favorable de 1/3 de los propietarios, prevista en el número 2 del artículo 17, puesto que dicho precepto parece referirse a los casos de instalación de nuevas infraestructuras (entre ellas las necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos), pero cuando ello no suponga la supresión de otras ya existentes que cumplan una función análoga. Ello se deduce del párrafo siguiente que permite a los propietarios que hubieran votado en contra abstenerse del pago de las cuotas, salvo que deseen en un futuro aprovecharse de dichas infraestructuras. Pero en el caso aquí examinado no cabría esa posibilidad, ya que si se sustituye la calefacción de carbón por la de gas, evidentemente la misma habrá de prestar servicio a todos los propietarios.

Yo pienso que, por un lado, el sistema e infraestructura de calefacción tiene la naturaleza de elemento común, y presta un servicio general (como el de ascensor, portería, vigilancia, etc.), y, por otro, el cambio del sistema de carbón por el de gas debe equipararse a sendos actos de supresión e instalación, por lo

que será de aplicación la regla de la mayoría cualificada de las 3/5 partes de propietarios y cuotas prevista en el párrafo segundo del número 1.º del artículo 17. (D. Juan José Cobo Plana )

La respuesta en modo alguno puede tener un valor absoluto, sino que la mayoría necesaria dependerá en cada caso de las circunstancias concurrentes, y en particular del motivo que pueda imponer ese cambio de combustible, ya que según venga impuesto por una sencilla necesidad de mantener en uso un servicio ya existente, o bien obedezca a un mero deseo de modernización o mejora del servicio, la respuesta deberá variar, bien entendido que siempre nos estamos refiriendo a aquellos casos en que el servicio ya existe, es decir, que la edificación cuenta con un sistema de calefacción central como un servicio común más, ya que su establecimiento ex novo sería un supuesto muy diferente que nos remitiría a la regla 2.ª, de la mayoría cualificada de los tres quintos, desde el mismo momento en que es evidente que se trata de un servicio de interés general, habida cuenta de que el clima que de ordinario o como media se da en nuestra península hace necesario el que cualquier vivienda moderna cuente con un adecuado servicio de calefacción.

Centrándonos en dichos supuestos, si de lo que se trata es de introducir una reforma en el sistema de calefacción, en su combustible, que venga impuesto por el mantenimiento del servicio, hasta el extremo que de no alterarlo puede determinar su supresión, o bien la necesidad de unas obras de reparación antieconómicas, es indudable que en la medida que se trata de una actuación tendente al mantenimiento de un servicio con el que ya contaba la edificación, basta con el régimen de mayorías al que alude el tercer párrafo. Solución que indudablemente deberá ser diferente cuando lo que se pretende es sencillamente introducir una reforma o modernización del sistema, que puede que sea beneficiosa o conveniente, mas no necesaria, ya que no puede dejarse de lado el hecho de que abordar una reforma de esta naturaleza suele tener un coste elevado, que quizá pudiera hacer de aplicación lo prevenido por el artículo 11.1.º y 2.º. De tal manera que, de un lado, nos encontramos con una obra no necesaria para el adecuado mantenimiento del servicio, aun cuando en el fondo pudiera ser en alguna medida útil o conveniente, por lo que imponer su realización por un mero régimen de mayoría, aun cuando de una mayoría privilegiada se trate, podría afectar a los derechos del disidente, dado que en definitiva no se trata de la instauración o mantenimiento de un servicio de interés general, ya que en puridad no es precisa esa reforma, y por otro lado, no siendo del todo necesaria, si por su coste y en aplicación de la regla 2.ª del artículo 11, se pretende dejar al disidente fuera de la reforma, supondría tanto como privarle de un servicio que forma parte integrante de la Comunidad y en definitiva del Título, por lo que no sería admisible, lo que nos llevaría a preconizar un régimen de unanimidad en este caso. Quedando siempre vigente la excepción que previene tal precepto (11, 2.º), de tal manera que si la Comunidad se aviene a hacer partícipe al disidente sin cargo alguno del coste de la reforma, cabría admitir su adopción por mayoría. ( D. Antonio Ferrer Gutiérrez )

## **9.2 ¿Se puede suplir, por intervención judicial, la unanimidad que se requiera para la modificación de los estatutos**

No sabemos lo que dirá finalmente el Juez, pero anunciamos que lo lógico, lo correcto, es que rechace el juicio de equidad, pues este procedimiento solo está previsto para cuando no se logra la mayoría simple en los actos de mera administración, dentro de las previsiones del artículo 17, regla 3ª, de la Ley de Propiedad Horizontal; y ahora también para los asuntos de nombramiento de Presidente, conforme el artículo 13.2.

No es posible utilizar este sistema para conseguir que den su visto bueno unos propietarios que no están conformes con la aprobación del Estatuto, para lo que se necesita unanimidad, conforme el artículo 17.1, ya que afecta al Título. Cuando no se consigue esa decisión unánime, el único procedimiento adecuado es el Ordinario, la resolución judicial, que es lo que previene el artículo 5.2.

## **9.3¿Qué interpretación debe darse al último párrafo del Art. 17 LPH? ¿Si no se produce contestación por el ausente en el plazo de 30 días, ya no puede impugnar acuerdo alguno adoptado en la Junta?**

El TS en sentencia de 16.12.2008 expuso la correcta interpretación que debía darse al inciso. Y el Alto Tribunal ha querido desmarcarse de la interpretación de la norma que entendía que el propietario que en el plazo de 30 días, tras serle comunicados los acuerdos comunitarios, no los impugnaba, perdía el derecho a impugnar aquéllos dentro del plazo marcado por el artículo 18 LPH, con abstracción del motivo de esa impugnación. Ello concuerda con la génesis del precepto, y con la propia finalidad del mismo. Lo que se pretendió era salvar el obstáculo de cómo debía entenderse la voluntad del ausente cuando para la adopción del acuerdo controvertido era necesario una concreta mayoría cualificada. Fuera de ello nada se pretendía modificar, y en consecuencia hay que respetar el plazo marcado para la impugnación en atención al acuerdo de referencia que establece el artículo 18 LPH.

Hay que recordar que la impugnación del acuerdo mantiene distintos plazos de caducidad según el motivo alegado por el comunero disidente, pero lo que no hace el TS es vincular el párrafo 4 del art 17, con los plazos del art 18. Quien no asistió a la reunión y tras serle comunicado el acuerdo y no manifestar en contra su voluntad en el plazo de 30 días, podrá impugnar el acuerdo en los plazos del art 18, toda vez que la particularidad de la novedad legislativa se ciñe a la obtención de la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo y no a negar al ausente la facultad de impugnar el acuerdo caso de concurrencia de los requisitos del art 18. Lo que no podrá será impugnar sobre la base de que el acuerdo alcanzado infringe el régimen de mayoría por computar su voto como favorable al no oponerse (este es el efecto legal del art 17.4 LPH), pero nada le impedirá por otro motivo impugnar el acuerdo dentro de los plazos, como cualquier otro comunero presente que haya salvado su voto contrario. No se ha pretendido sancionar al comunero ausente, obligándole a anticipar sus plazos de impugnación de tres meses a 30 días. Pensemos en que se impugna el acuerdo por un defecto en la convocatoria, como de hecho ocurría en la sentencia aludida, la obtención de la mayoría con el presunto voto favorable del ausente, no implica que éste no pueda dentro del plazo del art 18 LPH impugnar el acuerdo, ya que no hay sino una voluntad presunta, y no un acto propio, como ocurriría con el comunero presente que voto favorablemente o quien no salvó su voto discrepante.

#### **9.4 ¿Cómo se obtiene la unanimidad en caso de inasistencia de comuneros a la Junta, cuando aquélla es necesaria para la toma de acuerdos? ¿Opera de modo automático si los presentes votan favorablemente? ¿Y caso de existir abstenciones?**

Conforme al art. 17.1 de la LPH "Los acuerdos de la Junta de propietarios se sujetarán a las siguientes normas: 1ª) La unanimidad sólo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad". Ahora bien, a los efectos de computar tal mayoría el mentado art. 17 sigue señalando: "se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el art. 9, no manifiesten su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción. Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios".

Consecuentemente con ello, inicialmente al voto unánime de todos los presentes, debe computarse el voto para conformar esa unanimidad, de todos aquellos ausentes, que en el tiempo reseñado en el precitado artículo, no pusieron de manifiesto su voto en contra de esa decisión oportunamente comunicada.

Por tanto considero a la vista de ello que no bastaría con el voto favorable al acuerdo de todos los propietarios presentes, sino que sería preciso esperar a la comunicación a los ausentes, para transcurrido el plazo de treinta días, constatar la ausencia de una opinión contraria, para poder integrar el concepto de unanimidad a la toma del acuerdo.

Este criterio viene a ser el que viene a imperar en resoluciones como la de la APCoruña de 11-1-07 o de la APAlava de 1-12-06 por citar dos resoluciones próximas en el tiempo.

Por lo que respecta a la incidencia de las abstenciones, considero que quien se abstiene no vota a favor de la toma del acuerdo. La norma, en concreto el artículo 17 LPH, respecto de los ausentes que no emitan su voluntad en contra, lo que hace es considerarlos votos favorables, y en esa consideración pueden integrarse en la unanimidad. A mi juicio los votos absteniéndose no entrañan un voto favorable al

acuerdo, y no considero que entre en contradicción con lo anterior, pues la regla del art 17.1 in fine, está tomada para favorecer la toma de acuerdos comunitarios en base a una voluntad presunta, reforzada por la ausencia de una comunicación contraria al acuerdo ya tomado, mientras el voto de abstención implica una voluntad expresa de no votar favorablemente el acuerdo.

**9.5 ¿Qué medidas cautelares podrían adoptarse cuando se impugna un acuerdo comunitario por el impugnante en el curso de un proceso para proteger sus intereses? ¿Podría el comunero obtener una dispensa de caución? Y ¿Podría caso de acordarse la medida, la Comunidad interesar dejarla sin efecto? ¿Bajo qué condiciones?**

Creo que la parquedad que a tal efecto contiene la mención del artículo 18.4 de la Ley de Propiedad Horizontal debe completarse con la normativa procesal que al efecto contiene la LEC, en materia de medidas cautelares. A estos efectos debe reseñarse que el artículo 727 de la Ley procesal reseña que podrán acordarse entre otras las siguientes medidas cautelares: 11) Aquellas otras medidas que para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio. Es en este “cajón de sastre” donde tiene sin duda cabida esta petición de suspensión del acuerdo comunitario, no siendo ajeno o extraño a este proceso cautelar la materia de suspensión de acuerdos, cuando en el párrafo anterior del mencionado, se prevé específicamente la tramitación de suspensión de acuerdos sociales impugnados. Y a tal fin por ejemplo la utilización de la regulación de estas medidas cautelares se ha aplicado al fin reseñado sin mayores problemas, e incluso con carácter urgente inaudita parte, con aplicación de la facultad a tal efecto prevista por el art 733.2 LEC, circunstancia esta última que a mi juicio plantea serias dudas (Por ejemplo ver el AAPBalears de 9-6-05) En consecuencia y en la medida en que la regulación sustantiva, en cuya base el párrafo 11 del 727 tiene apoyatura, no lo contradiga, entiendo aplicable la normativa que en su conjunto prevén los artículos 721 y ss de la LEC. Por ello existirá la necesidad de articular una pretensión concreta de suspensión a la par que la impugnación del acuerdo, o bien con carácter previo a esta última, pero con la obligación de presentar aquella en el plazo de los 20 días siguientes a la adopción de la medida (art 730) y de justificar la pretensión sobre la base de que se acrediten los requisitos básicos de toda medida cautelar, esto es la apariencia de buen derecho (el perjuicio que le irroga el acuerdo adoptado en el caso planteado) y el peligro en la demora.

En consecuencia como cualquier persona que interesa una medida cautelar, el comunero deberá ofrecer caución (Art 732.3), si solicita la suspensión del acuerdo comunitario, pues la regulación específica nada dice en contra de ello, y por regla general el juez para acordar la medida interesada le obligará a prestarla, puesto que así se prevé en el art 737 LEC.

La posible dispensa por parte del juez de la prestación de caución fue en su día objeto de polémica, en la medida en que de la propia redacción de preceptos como los ya mencionados, (art 732, 737) 734.2 y 735 ninguna opción daba de posible dispensa. Sin embargo entiendo que el párrafo 3 del artículo 728 puede dar pie a ello, al prever que salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. Esta salvedad expresa, entiendo que como nada se expone podrá ser recogida en la ley (aquellas normas subjetivas que expresamente dispensen de tal caución para interesar una medida cautelar) o por resolución judicial en que se contenga esta dispensa, por cuanto la generalidad del precepto creo que permite ambas posibilidades.

A la pretensión formulada seguirá entiendo una vista, creo que de modo necesario, pues el párrafo 4 del art 18 LPH entiendo que exige precisamente la audiencia de la Comunidad para poder acordar la suspensión del acuerdo comunitario, lo que entiendo que hace dudosamente posible la aplicación del art 733.2 LEC de acordar esta medida inaudita parte, aunque como ya se ha expuesto por razones de urgencia hay resoluciones que así han justificado su adopción. Debe exponerse que aun cuando no considero que sea equivalente, siempre puede oírse a la comunidad por vía de impugnación de la medida a través del proceso específico que fija también la LEC.

Sobre la posibilidad de que la Comunidad pida, que pese a haberse solicitado la suspensión del acuerdo o en su caso adoptada la medida, pueda hacerse ejecutivo el mismo a través de una fianza, es una posibilidad que entiendo factible, y es lo que viene a denominarse ofrecimiento de contracautión. Independientemente de su articulación procesal, este juego de la contracautión entiendo que se justifica



por la posibilidad de adopción de la medida, esto es porque se acuerde la suspensión del acuerdo. El afianzamiento por esta contracautión de los daños y perjuicios que pueda irrogar la no aplicación de esa medida entiendo que están en la base de tal posibilidad.

## TEMA 10. CUESTIONES PROCESALES.

### 10.1 ¿Cabe someter a arbitraje las cuestiones o discrepancias que surjan en torno a la comunidad?

Sentencia Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 3ª, de 15/05/01

"...No desconoce la Sala el debate doctrinal acerca de que materias deben entenderse excluidas del pacto arbitral, tanto en sede de propiedad horizontal como de arrendamientos urbanos o de sociedades mercantiles, pero lo cierto es que, en el presente caso, aún entendiendo que la materia objeto del litigio puede entenderse comprendida en la en la cláusula 37 de las Estatutos donde se establece que las diferencias que puedan existir entre los comuneros o entre éstos y la Comunidad serán resueltos por arbitraje de equidad, la excepción no puede ser acogida por cuanto, y a tenor del escrito de contestación a la demanda formalizado por la comunidad de propietarios, se infiere la renuncia de la parte demandada a someter la cuestión a arbitraje. En efecto, y a pesar que articula dicha excepción bajo la rúbrica de "inadecuación de procedimiento" por ser consciente, seguramente, que a tenor de su actuación posterior no resultaba procedente la excepción contemplada en el nº 8 del artículo 533 de la LEC de 1881, aplicable al presente procedimiento, la parte demandada no se limitó a oponer la excepción, sino que contestó a la demanda, negando los hechos relatados en aquel escrito inicial y alegando hechos propios, peticionando tanto el acogimiento de las excepciones opuestas como la desestimación íntegra de la demanda; de la misma manera, en las sucesivas actuaciones procesales puso de manifiesto su sumisión a los órganos judiciales proponiendo y practicando prueba; así pues de la propia conducta procesal de la parte que propone la excepción de sumisión a arbitraje, se concluye que renuncia a la misma al pretender una resolución judicial, en sentido desestimatorio, sobre el fondo del asunto, y no una sentencia absolutoria en la instancia. Como señala la jurisprudencia constante y reiterada del Tribunal Supremo, "El precepto (art. 11 Ley de Arbitraje) ha sido interpretado al caso en que el demandado no se limita única y exclusivamente a proponer la excepción que se estudia, sino que contesta a la cuestión de fondo, oponiéndose a la demanda mediante las alegaciones que aporta, por lo que ha de entenderse, necesaria e ineludiblemente, por la imperatividad del artículo 11 referido, que renuncia a la vía arbitral, produciéndose la sumisión tácita prevista en el artículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, doctrina que confirma la sentencia del alto tribunal de 13 de mayo de 1999. Este es el criterio mantenido por esta Sala en numerosas resoluciones. A mayor abundamiento, debe señalarse que no existe constancia en autos de que la comunidad de propietarios haya instado, desde el año 1973 en que se aprobaron sus estatutos, arbitraje alguno y si, por el contrario, ha acudido a los Tribunales del orden jurisprudencial civil, tanto en calidad de parte actora como demandada, lo que inevitablemente obliga a traer a colación la doctrina de los actos propios invocada por la parte apelante. Por último, no puede olvidarse que se invocó por la parte actora en su escrito de demanda el apartado c) del citado artículo 18, que contempla el supuesto de impugnación de los acuerdos de la Junta de Propietarios cuando los mismos "supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se hayan adoptado con abuso de derecho". Dicho apartado, tal como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, supone una importante novedad en la regulación de la impugnación de acuerdos lesivos para los propietarios, ya que, en la anterior normativa se exigía que la acción de impugnación se ejercitara por los propietarios que representaran al menos una cuarta parte de las cuotas de participación, requisito que se omite en la actual regulación; pero, además, el antiguo artículo 16.3ª remitía al procedimiento en equidad para la impugnación de acuerdos lesivos, lo que ahora no se produce, por lo que, habida cuenta del carácter excepcional que en nuestro derecho tiene la posibilidad de que las resoluciones judiciales se funden exclusivamente en la equidad, la decisión del Juez deberá ser en derecho. Lo expuesto pone de manifiesto la contradicción, insalvable a juicio de la Sala, de que una impugnación fundada en los apartados a) y c) del citado artículo 18, tuviera que ser resuelta en base a un "arbitraje de equidad", tal como se pretende por la parte demandada. En consecuencia, se estima el primero de los motivos del

recurso de apelación con el consiguiente rechazo de la excepción opuesta por la parte demanda y la revocación de la sentencia apelada en cuanto estima dicha excepción...."

Sentencia Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, de 14-07-2000:

A la luz de lo anteriormente transcrito se aprecia que la cuestión que se plantea no es una caprichosa alteración de un elemento común de un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal, a instancia de un comunero frente a otro, materia esta sobre las que ambas partes carecen de poder de disposición, que le viene atribuida en exclusiva a la Junta de Propietarios, y sobre la que no cabe arbitraje al amparo del artículo 2.1.b de la Ley reguladora.

Por el contrario, el arbitraje se contrae a determinar, sin que este Tribunal tenga que decidir sobre la bondad o no de lo resuelto por el laudo, si la promotora ha incurrido a la hora de construir la ventana en incumplimiento de normas urbanísticas que disciplinen la misma, y ello sí es una materia sobre la que cabe el arbitraje.

Lo que quedaría fuera del poder de disposición de la Junta de Propietarios sería el imponer a un comunero tener que soportar una técnica constructiva o configuradora de su finca que fuese contraria a las normas administrativas que disciplinan la materia.

Por tanto, el laudo no se pronuncia sobre una cuestión sujeta a la Ley de Propiedad Horizontal surgida entre comuneros sino que se detiene a examinar y decidir sobre la reclamación que hace el adquirente de una vivienda a la promotora del inmueble, en el terreno puramente contractual, por haber escogido ésta una técnica de diseño del hueco-ventana de una habitación que contraría las normas urbanísticas que disciplinan la misma, normas cuyo cumplimiento o no escapan del poder de disposición de la Junta de Propietarios de la finca constituida en régimen de propiedad horizontal.

TERCERO.- En consideración a lo "ut supra" razonado no procede estimar el recurso de anulación de laudo deducido, con expresa condena a la parte recurrente en las costas de este procedimiento.

Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 11-04-2000:

SEGUNDO.- La parte demandada, apelante en este incidente, reproduce la excepción de arbitraje en base a los estatutos de comunidad de la finca que, a su criterio, impiden al Juzgado pronunciarse el interdicto de recobrar planteado. El estudio de la cuestión requiere partir del texto de los estatutos.

El art. 36 dice: "Cualquier divergencia que se suscitara entre los copropietarios o entre estos y la Junta de condueños deberá ser sometida como trámite previo a la resolución de árbitros con arreglo a la vigente Ley de Arbitrajes Privados".

El art. 30 dice: "A efectos de los recursos posibles contra los acuerdos de la Junta, se estará a lo dispuesto en el artículo dieciséis de la Ley de Propiedad Horizontal".

Lo primero que resulta del texto de los estatutos es que lo sometido a resolución de árbitros son las divergencias entre los propietarios y la Junta, cosa que aquí no ocurre pues la Junta, como tal órgano, no ha tomado ningún acuerdo o resolución a propósito de las obras realizadas por la demandada, sino que es el Presidente quien promueve la acción en base la representación orgánica que le corresponde de la comunidad y en defensa de los intereses de la misma.

Pero, además, el texto de los estatutos tampoco es claro, dada la contradicción aparente entre los dos artículos que hemos transcrito. El primero, artículo 36, es el invocado por la demandada para fundar la excepción de arbitraje. El segundo, artículo 30, viene a colación traído por el Tribunal al examinar los estatutos y comprobar que en aquel se habla de "divergencia entre los propietarios y la Junta de condueños", expresión equivalente a la del art. 30 donde se dice: "recursos posibles contra los acuerdos de la Junta". No cabe duda que las divergencias de los propietarios y la Junta deben referirse a los acuerdos adoptados en ella, puesto que la Junta expresa la voluntad de los condóminos mediante acuerdos. Así pues, una y otra expresiones son equivalentes y contradictorias, remitiendo en un caso a la vía judicial y en otro al cauce arbitral.

Ante la contradicción entre uno y otro texto, debe prevalecer la jurisdicción frente al arbitraje al ser aquella la regla general, como expresión de una función primaria del Estado, como señala el art. 4 de la LOPJ diciendo: "La jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes". Frente a esa regla general, el arbitraje constituye la excepción, como derogación de ese principio general de competencia. Y, como tal excepción, no se extiende a cualquier supuesto ni a todas las materias, como resulta del art. 2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, al señalar las materias o cuestiones que no pueden ser objeto de arbitraje.

TERCERO.- Ello no obstante, y aun para el caso de que no hubiera ningún problema de interpretación de los estatutos y resultase de ellos la necesidad de sometimiento a arbitraje, el Tribunal entiende que tampoco es hacedero en el caso de autos por razón de la naturaleza especial del procedimiento.

En efecto, el procedimiento interdictal es por propia naturaleza sumario y no decide definitivamente sobre la cuestión de fondo planteada, que debe ventilarse en juicio declarativo ulterior. Por esa razón, en el interdicto de retener o recobrar la posesión, el art. 1658 in fine, de la ley de enjuiciamiento civil, dispone que la sentencia debe reservar a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente; en el mismo sentido, el interdicto de obra nueva, donde el art. 1671 de la misma ley contempla que el dueño de la obra pueda pedir que se le declare el derecho a continuarla luego que sea firme la sentencia, y el art. 1675 remite al juicio declarativo para pedir la demolición de la obra.

La finalidad del interdicto no es otra que mantener la paz social, impidiendo que los ciudadanos se tomen la justicia por su mano y acudan a la violencia o las vías de hecho para salvaguardar los derechos. De ahí que la ordenación del procedimiento interdictal lo sea con pocos trámites; es decir, muy rápida con el fin de atender con prontitud a la defensa de la paz social violada (cuestión distinta es que no lo sea tanto por el cúmulo de asuntos que pesan sobre los Juzgados). Por su naturaleza sumaria pretende mantener el status quo preexistente a la violación del derecho, o el actual cuando se demanda la intervención judicial, pero sin entrar a decidir si verdaderamente existe o no derecho a realizar los actos que motivaron el interdicto; cuestión que queda deferida a un segundo momento (proceso ordinario), donde con plenitud de medios probatorios y de posibilidades de ataque y defensa podrá resolverse definitivamente sobre la cuestión de fondo, lo que podrá tener lugar ante los órganos judiciales o mediante el sistema arbitral pues no repugna la actuación arbitral en este segundo momento, sino en el primero, donde se atiende a la protección del señorío de hecho sin entrar a resolver cuestiones de derecho. En este mismo sentido se pronuncian las sentencias de la A.P. de Teruel de 15 de abril de 1991; Cádiz, de 29 de abril de 1991; y Sevilla, de 23 de noviembre de 1992.

En suma, la apremiante necesidad de una actuación inmediata que demanda la urgencia de evitar la violencia o las vías de hecho conllevan la intervención del Estado a través de los órganos naturalmente previstos para dirimir las contiendas. Es decir, la jurisdicción como sistema predeterminado y, sobre todo, permanente, que puede y debe intervenir en tiempo muy breve como señalan las leyes de procedimiento, lo que no ocurre en el arbitraje donde las partes tienen que comenzar por ponerse de acuerdo sobre la designación de los árbitros (lo cual es difícilmente pensable cuando están seriamente enfrentadas por una vía de hecho) y acudir en su defecto a la formalización judicial del arbitraje, todo lo cual conlleva unos tiempos que chocan frontalmente con la inminencia de la actuación interdictal, razón por la que entendemos que los interdictos, por su carácter urgente y naturaleza sumaria, son materia excluida del ámbito de disposición de las partes, sin perjuicio de que pueda someterse a arbitraje el derecho violado una vez que la jurisdicción haya atendido a la protección provisional de la situación de hecho (mediante el interdicto), todo lo cual conduce a la conclusión de que su objeto no está incluido en el ámbito de disposición de las partes y, por ende, no puede ser objeto de arbitraje conforme a lo prevenido en el art. 2.1.b de la Ley de Arbitraje.

Sentencia Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 5ª, de 30-06-1999:

PRIMERO.- No se han desvirtuado en esta alzada los acertados argumentos que contiene la sentencia de instancia en orden a la estimación de la excepción prevista en el núm. 8 del art. 533 de la L.E.Civil, de sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje. El primer motivo invocado por la parte recurrente se fundamentó en que la cláusula contenida en los Estatutos de la Comunidad de Propietarios del inmueble núm. ... de la calle ..., de La Coruña, que data de 1972 (Artículo 40.- Sumisión arbitraje.- Con excepción de los procedimientos de desahucio o de privación del uso del apartamento a que se refiere el artículo 19 de la vigente Ley de Propiedad horizontal, y de aquellos otros de equidad regulados en los números 2º y 3º del artículo 16 de la misma Ley, todas cuantas otras cuestiones puedan surgir entre los propietarios han de someterse al juicio de arbitraje de equidad) no fue adecuada al art. 5.1 de la Ley 36/1988, de Arbitraje, por la falta de expresión de la obligación de cumplir la decisión de árbitros; con arreglo a la legislación derogada, Ley de 16 de diciembre de 1953, la citada cláusula constituía un contrato preliminar de arbitraje o cláusula compromisoria para la que no se requería una forma especial, pero que exigía lo que se llamó formalización judicial del compromiso por el procedimiento especial que regulaba en su art. 10, con la consecuencia descrita en el art. 11, conforme al cual, si el compromiso no se hubiere

voluntariamente formalizado o no se hubiere hecho uso del derecho que reconocen los arts. 9 y 10, el contrato preliminar de arbitraje quedará sin efecto. El motivo, sin embargo, no puede ser aceptado: ya en el Preámbulo de la Ley 36/1988, de Arbitraje, se expresa que "el convenio arbitral, instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición que reconoce el art. 1, puede tener por objeto cuestiones presentes o futuras. Se trata con ello de superar la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia entre las partes, obligando quizá por la misma naturaleza de las cosas a exigir su formalización judicial cuando la controversia ya estaba presente entre las partes" y, efectivamente, el texto articulado no distingue, como lo hacía la ley anterior, el contrato de compromiso y el preliminar de arbitraje, estableciendo el llamado convenio arbitral, cuyos requisitos fija en los arts. 5 y 6, requisitos que se cumplen en la cláusula estatutaria antes reseñada, por cuanto en la escritura de protocolización del documento privado de compraventa y cesión del dominio del piso 8ª B, de 30 de marzo de 1973, suscrito por el demandante, hoy recurrente, consta el conocimiento por el cesionario del régimen jurídico de la Comunidad, que aceptó y se obligó a su estricta observancia. Pues bien, la Disposición Transitoria de esta Ley establece que, salvo en los casos en que el procedimiento arbitral se hubiese iniciado ya, los arbitrajes cuyo convenio arbitral se hubiesen celebrado antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por las disposiciones contenidas en la misma. Por tanto, ya no es necesaria la formalización judicial de la cláusula compromisoria que exigía la Ley de 1953, y se entiende cumplido el último requisito del art. 5.1 de la Ley 36/1988.

Ha de rechazarse también el segundo motivo del recurso, que sostiene que el art. 40 de los Estatutos sería de aplicar exclusivamente a las cuestiones surgidas entre los propietarios, por lo que la Comunidad no puede excepcionar como lo hizo. Olvida el recurrente que la Comunidad de propietarios carecía, y sigue careciendo tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, por Ley 8/1999, de personalidad jurídica, por lo que ha de entenderse que tal concepto engloba a la totalidad de los propietarios, aunque ello no impide que la tal comunidad sea representada por su presidente, conforme a lo que dispone la LPH.

SEGUNDO: Es absolutamente pacífico en la Jurisprudencia actual que el arbitraje debe hacerse valer como excepción dilatoria (lo recuerda el propio art. 11.1 de la Ley de Arbitraje y queda configurada definitivamente como tal en el art. 533-8º de la L.E.Civil) y en el procedimiento de cognición es sobradamente conocido que las excepciones dilatorias propiamente tales, como la presente, así como las perentorias deben formularse todas en la propia contestación a la demanda, la cual debe necesariamente contener también, so pena de preclusión del derecho de invocar excepciones y defensiones de fondo, las alegaciones relativas al fondo del litigio (art. 690 L.E.C.). En el caso, la excepción de sumisión a arbitraje se ha propuesto por los codemandados, como defensa principal, y sólo con carácter subsidiario se han propuesto la excepción de falta de legitimación pasiva y la oposición a la cuestión de fondo. En conclusión, debe desestimarse el recurso en cuanto, como expresa la sentencia recurrida, es estimable la excepción de arbitraje propuesta por las partes demandadas, y sin haber lugar a dilucidar la de falta de legitimación pasiva ni, por supuesto, el fondo de la litis, por lo que ha de confirmarse la sentencia de instancia, previniendo a las partes a que formalicen el arbitraje y estén a las resultas del laudo que en el mismo se emita en los términos pactados.

### **10.2 ¿Es inmediatamente ejecutable lo resuelto en el proceso de equidad?**

Sentencia Audiencia Provincial de Tarragona de 03/10/78

"...Al prevenir la Ley que la decisión del Juez, en el juicio de equidad, es ejecutiva e inapelable, procediendo a la ejecución provisional del acuerdo impugnado, incluso si se viola un estado de Derecho, atiende a la necesidad de unas obras, aprobadas por la mayoría de propietarios, con la presunción de no poder demorarse su realización hasta resolverse la oposición de la minoría, al concurrir la posibilidad de un grave quebranto para la Comunidad..."

### **10.3 ¿Cabe la acumulación subjetiva de acciones en el procedimiento monitorio del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal?**

No vemos inconveniente en acumular las acciones que se sigan contra varios propietarios de forma conjunta a través de juicio monitorio previsto en el art. 21 de la LPH, siempre que se dan las

circunstancias previstas en el art. 72 de la LEC, es decir, idéntica causa de pedir, como es la morosidad de propietarios en una misma Comunidad.

Pues bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 de la L.E.C, sólo procederá la acumulación de acciones en los procedimientos que hayan de resolverse por sentencia, de tal manera que hallándonos ante un proceso monitorio cuya finalización como tal proceso monitorio en ningún caso lo será por tal tipo de resolución, no puede admitirse a trámite la demanda por improcedencia de la acumulación de acciones.

#### **10.4 ¿Es necesario recabar el visto bueno del Presidente para el ejercicio de la acción del Art. 21 LPH? ¿O puede presentarse la pretensión sin el mismo?**

Debe partir de la consideración de que el visto bueno del Presidente es un requisito insoslayable, pues de ese modo lo ha previsto la ley, sin que se faculte al administrador a actuar por sí solo sin ese requisito de forma. Este visto bueno no es sino un refuerzo, un control que entiendo se justifica, porque la representación de la Comunidad de Propietarios la ostenta el presidente, sin que propiamente el administrador la tenga, al margen de que se le faculte como si la tuviera en algunas actuaciones, como de hecho se deduce de la posibilidad de presentar un proceso monitorio por cuenta de la comunidad de propietarios que administra.

Este complemento entiendo que guarda relación con el carácter de Presidente por un lado, y secretario, con el que actúan generalmente el Presidente de la Comunidad y Administrador en las Juntas de Propietarios donde se produce el acuerdo de liquidación de la deuda. (Ver a este respecto el art 21 párrafo 2 LPH)

Ahora bien entiendo que al tratarse de un problema de complemento de legitimación para actuar, habría que distinguir los supuestos de discordancia entre el Presidente y administrador, de los supuestos de retraso, y de los supuestos de imposibilidad en la emisión del Visto bueno.

En el primero de los casos entiendo que no existe posibilidad de actuación sin contar con este visto bueno. Generalmente las exigencias relacionadas con la presentación de documentos justificativos de la deuda al amparo del art 21 LPH y 812 LEC se han interpretado de modo estricto, como auténticos requisitos de procedibilidad. Por ejemplo la resolución de la APZaragoza de 9-11-00 expone como la doctrina mayoritaria considera que estamos ante auténticos requisitos de procedibilidad, cuya ausencia llevará consigo la inadmisión a trámite de la demanda. Y en efecto, la propia Exposición de Motivos de la ley 8/1999 atribuye carácter ejecutivo a los acuerdos formalizados en el acta de la Junta de Propietarios, estableciendo un procedimiento ágil y eficaz de ejecución judicial para el cobro de las deudas con la comunidad.

Por lo tanto esa eficacia ejecutiva (matizada) tiene como contraprestación una exigibilidad documental a la Comunidad acreedora. No en vano los procesos monitorios se fundan en la eficacia apriorística de determinada documentación.". En igual sentido por ejemplo el AAPGuipúzcoa de 28-2-05 y la SAPCuenca de 21-4-04. En esta última resolución se hablaba por ejemplo del carácter preceptivo de que la certificación del acuerdo de la junta aprobando la liquidación redactada, lo fuera precisamente, por el Secretario de la comunidad y no por otra persona con el visto bueno del Presidente.

El AAPValladolid, de fecha 13 de septiembre de 2001, puso de relieve que son tres sucesivas exigencias procedimentales las demandadas por el legislador en el curso del proceso del art 21 LPH, a saber: debe existir un acuerdo previo de la junta aprobando la liquidación de la deuda; una certificación de dicho acuerdo por el Secretario con el visto bueno del Presidente y una notificación en forma a los propietarios afectados, siendo que en el supuesto que ahora enjuicamos el segundo de los requisitos de admisibilidad de la demanda ha sido omitido y también el tercero. Expresamente sobre ausencia de este visto bueno se pronuncia la SAPAlicante de 18-7-02 como requisito de procedibilidad.

Los supuestos de retraso, entiendo que deben diferenciarse de los casos de imposibilidad. Los primeros participaran de lo expuesto anteriormente aunque este visto bueno puede ser subsanable (ver SAPMadrid de 29-6-02), aunque también hay resoluciones que prevén lo contrario y requieren que exista al tiempo de presentación del monitorio, mientras que los supuestos de imposibilidad creo que pueden resolverse por la actuación del vicepresidente, (no por la de ningún otro) pues a éste o a éstos, caso de ser varios les corresponde la sustitución del Presidente en esos supuestos de imposibilidad o ausencia conforme al art 13 LPH (Corresponde al vicepresidente, o a los vicepresidentes por su orden, sustituir al presidente en los

casos de ausencia, vacante o imposibilidad de éste, así como asistirlo en el ejercicio de sus funciones en los términos que establezca la Junta de propietarios)

**10.5 ¿En caso de que se apruebe proceder contra comuneros morosos y la renovación de cargo del presidente ¿quién debe otorgar el poder? ¿el presidente saliente o el entrante?**

El que sea presidente al tiempo del ejercicio de la acción judicial representa en juicio a la Comunidad. Así lo entendió la STS de 23 de Diciembre de 2005. Sin embargo los poderes otorgados por el anterior presidente son válidos ya que el cambio en la persona del presidente no implica una extinción en el poder, por ser otorgado en la representación orgánica que ostenta de la Comunidad y no en su propio nombre y derecho. Puede aplicarse aquí la regla contenida con carácter general en el art 30.2 LEC (los cambios en estos casos no dan lugar ni a la extinción del poder ni a una nueva personación)

**10.6 ¿Qué puede entenderse con la previsión del Art. 21.4 LPH de dirigirse el monitorio contra el titular registral?**

La previsión del art 21.4 LPH en relación con la reclamación de la deuda en proceso monitorio al titular registral de la finca no es aclarada por este precepto, dando lugar a confusión. No obstante entiendo que por tener carácter procesal el indicado precepto, y no sustantivo, como se deduce del empleo de la expresión “cuando deba responder solidariamente de la deuda” referida al propietario anterior, habrá que estar al precepto que fija la responsabilidad de pago de la deuda comunitaria, esto es el art 9.5.e LEC, para delimitar el campo de la responsabilidad del titular registral, por cuanto no considero que por la índole del proceso, quien no es responsable del pago de una deuda vaya a pasar a serlo, sin perjuicio de que con anterioridad a la reforma propiciada por la nueva LEC ello fuera más que dudoso.

En este artículo la responsabilidad del pago de estos gastos corresponde como todas las obligaciones que en el precepto se enumeran al propietario de la vivienda. Ahora bien, sentado lo anterior, para garantizar el cobro de la deuda a las Comunidades de Propietarios el párrafo e) establece que existirá igualmente una responsabilidad frente a ésta por una serie de personas, sin perjuicio del derecho de repetición íntegro de lo abonado por éstas al propietario obligado. Y así el precepto dirá que “El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación.”

Siguiendo con lo anterior señala igualmente como obligación de todo propietario el párrafo i) Comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, el cambio de titularidad de la vivienda o local.

Quien incumpliere esta obligación seguirá respondiendo de las deudas con la comunidad devengadas con posterioridad a la transmisión de forma solidaria con el nuevo titular, sin perjuicio del derecho de aquél a repetir sobre éste.

Y de estos preceptos es donde hay que extraer quienes pueden estar legitimados pasivamente en el curso del proceso monitorio a quienes se refiere el artículo 21.4 LEC. Lo va a estar el propietario (por la regla general) en el momento de devengarse los créditos, pero además solidariamente lo va a estar el actual propietario adquirente por la parte de la anualidad en que se practique la adquisición y el año natural anterior. Y también lo va a estar el propietario anterior que omita la comunicación de cambio de titularidad, conjuntamente con el actual propietario.

Ahora bien ¿dónde entra aquí la figura del titular registral?

Considero que la redacción del precepto permite sostener que las Comunidades de Propietarios pueden ejercitar dos tipos de acciones, una con base obligacional contra el obligado al pago, y otra con sustrato real, sobre el piso o local afecto al pago.

Y es en el curso de esta afección que se crea conforme al párrafo 9.5.e) para el pago de las deudas comunitarias, que hace que hace responder al bien con independencia por tanto de su titular, y a los solos efectos de poder hacer efectiva esta responsabilidad, por cuanto resultaría la misma ilusoria en

caso de discordancia de deudor y titular registral, es donde hay que enmarcar la responsabilidad del titular registral. En tal sentido por ejemplo la APLas Palmas en resolución de 26-5-06 expuso que esta legitimación lo era para facilitar que mediante tal mecanismo pudieran quedar jurídicamente vinculados los titulares registrales a soportar la iniciación de una posible vía de apremio contra los bienes que, consecuencia de dicha reclamación, quedaran afectos al pago de la deuda.

Creo que la SAPZaragoza de 11-1-01 es bastante clarificadora al respecto, y me permito reseñar alguna de sus manifestaciones. "Es preciso distinguir a este respecto que la Comunidad de Propietarios tiene, para reclamar sus cuotas, dos acciones: una personal y otra real. La primera es de naturaleza puramente obligacional, sólo admisible contra el verdadero deudor; es decir, contra el propietario del bien cuando se produjeron las deudas. Con arreglo al art. 1911 C.c., este deudor responde con todos sus bienes. La acción real (con la limitación temporal correspondiente: gastos de la última anualidad y los vencidos de la corriente) sólo se dirige contra el nuevo adquirente del piso o local -que no es deudor de aquellas cuotas- para obligarle a soportar la declaración de sujeción del bien ("estará afecto -al pago de aquellos gastos- el piso o local, cualquiera que fuere su propietario y el título de su adquisición"). Es lo que se ha denominado una obligación "propter rem", pues aunque la acción, propiamente dicha, se dirige contra el bien (piso o local), necesita de un substrato subjetivo y personal ineludible" Es en este segundo ámbito donde se encuentra la legitimación del titular registral aunque el texto como ya se ha dicho, poco afortunado da lugar a confusión pues parece extender la responsabilidad a supuestos distintos del art 9.5.e) y permite entender que será responsable es el titular registral actual respecto de deudas nacidas anteriormente sin límite alguno.

Pero la necesidad de traer al titular registral si se pretende ejercer la acción real sobre la finca derivaba como recuerda la sentencia aludida de la APZaragoza de la doctrina de la Dirección General del Registro y del Notariado, según la cual los principios de "legitimación" y "tracto sucesivo" exigían demandar al titular registral ajeno al deudor obligacional, a fin de que la ejecución del piso o local del que dimana la deuda pueda tener los debidos y deseables efectos ante el Registro de la Propiedad, evitándose trascendentes trabas en el proceso de apremio del bien (Res. 9-2 y 18-5-1987, 1-6-1989 y 15-1997).

No obstante el cambio operado tras la entrada en vigor de la LEC al sustituir la necesidad de traer al titular registral por la facultad de traerlo reconduce la situación como pone de relieve la sentencia de la APZaragoza de 25-2-03 a los términos en que se debió plantear de modo que la dirección de la demanda contra el titular registral sólo habrá de hacerse cuando, como tal, tenga responsabilidad personal o real en la deuda. No por el mero hecho de esa titularidad formal.

#### **10.7 En caso de oposición en el juicio monitorio, en el subsiguiente ordinario ¿pueden servir de base los documentos acompañados a aquél, o han de presentarse nuevamente junto con la nueva demanda?**

Determinar lo que es o no correcto en los juicios monitorios es casi imposible, toda vez que la doctrina y, lo que es peor, los propios Juzgados actúan de distinta forma. SEPIN lo que puede hacer es dar su opinión, pero sin que ello suponga que el Juez que ha conocido del Monitorio tenga el mismo criterio.

Desde nuestro punto de vista, el juicio verbal u ordinario que se lleva a cabo cuando hay oposición del deudor, conforme el artículo 818 de la LEC, es como una continuación del monitorio, salvo que, tratándose de cuantía superior a 500.000 ptas., el acreedor deje de presentar la demanda en el plazo de un mes que fija dicho precepto legal. Es decir, si el escrito del proceso ordinario tiene lugar antes del vencimiento de dicho plazo, corresponde su conocimiento al mismo Juzgado y, así, tanto la representación procesal como los documentos aportados inicialmente deben servir de base para la demanda, naturalmente haciendo constar que se incorporen cumpliendo lo dispuesto en los artículos 265 y siguientes de la LEC. Téngase en cuenta que solamente el Juzgado dictará auto de sobreseimiento cuando se deje transcurrir el periodo de un mes será entonces la demanda tendrá independencia y será repartida en la forma establecida, siendo conveniente y necesario que se recuperen los documentos aportados en el Monitorio y se incluyan con el escrito, pero no es correcto que todo esto suceda si el proceso se inicia en el plazo antes mencionado.

#### **10.8 ¿Cabe reconversión en el proceso monitorio?**

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14, de 02/04/01

"...Se tiene en cuenta que el procedimiento del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal es un precedente o ensayo del actual proceso monitorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Art. 812 y ss.) no ofrece duda alguna que su naturaleza de proceso de cognición no impide formular reconvencción, pues en su actual redacción (Art. 818 de la L.E.C.) el proceso de oposición se seguirá por el ordinario que corresponda en razón de la cuantía, así pues a diferencia del anterior artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal, deberá interponerse la demanda reconvenccional al contestar a la demanda que presente el acreedor, conforme a las reglas el artículo 404 y ss en la misma L.E.C; por ello, tal como ya se ha indicado, nada obsta que en el proceso del artículo 21 se puede instar dicha demanda reconvenccional al formularse la oposición y seguirse por los trámites del juicio verbal..."

### **10.9 ¿Cabe la reclamación de honorarios de letrado por condena en costas en procedimiento monitorio?**

Auto Audiencia Provincial de Valencia. Sepín Mayo 2001 pag.CJP-37

UNICO. De conformidad con el artículo 815 de la LEC 1/2000, la admisión de la petición inicial de proceso monitorio viene condicionada a que se contenga reclamación de deuda dineraria, vencida y exigible de cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas, siempre que se acredite mediante alguno de los documentos establecidos en el artículo 812 de la nueva Ley.

Y al respecto, a tenor de los hechos expuestos en la petición, se reclama cantidad correspondiente a honorarios profesionales por la actuación del demandante como Letrado por costas en el trámite de apelación respecto a litigio en el que defendía a ... en reclamación de gastos de comunidad, en el que fue absuelta ésta sin entrar en el fondo del asunto por falta de personalidad de ..., e imponiéndose las costas de la primera instancia a la actora en aquel procedimiento por parte de la Audiencia Provincial, una vez apelada la sentencia por la mercantil indicada respecto a su no imposición en la sentencia dictada en primera instancia, tras intentar sin que fuera admitido procedimiento de jura de cuentas contra la Urbanización, al no interesar dirigir la reclamación contra la misma al carecer de bienes.

Expuestos en estos términos no procede admitir a trámite la demanda, toda vez que para ello resultaría obligado partir de otros hechos diferentes de los que por sí solos pueden deducirse del documento que sirva de base para entablar la demanda de proceso monitorio, cual es la minuta de honorarios del Letrado que precisarían de su previa declaración, cuando no se alega una relación simple entre Abogado-cliente, sino otras circunstancias complejas, como son, entre otras, la pertenencia o no de la demandada en la Comunidad que se indica, y lo que es más importante, la propia vinculación de la demandada respecto de los actos de las personas que habrían concertado la intervención del Letrado cuando no lo ha hecho directamente la demandada y cuando a la vez se dice que se ha dictado sentencia judicial en la que se parte de su falta de personalidad, aparte de otras circunstancias como la corrección de la proporción reclamada, etc. Lo que escapa del ámbito limitado de conocimiento del proceso monitorio, circunscrito a supervisar si del solo documento que se acompañe como fundamento a la misma puede deducirse la deuda que se reclama, lo que no es el caso.

Y siendo que atendiendo a tales consideraciones, la minuta del Letrado no encaja con los documentos que se prevén en el artículo 812 de la Ley, que no debe olvidarse, están enfocados, según su Exposición de Motivos, para la protección rápida y eficaz del crédito dinerario líquido, en especial de profesionales y empresarios, medios y pequeños, y precisa, con la solicitud, se acompañen documentos de los que resulte una base de buena apariencia jurídica, de la demanda, analizados por sí solos.

Ello con independencia de que se pueda instar el oportuno declarativo ejercitando frente a quien se estime conveniente las acciones que se considere.

### **10.10 ¿Vale como certificación de la deuda el acuerdo adoptado en junta de proceder judicialmente contra el propietario moroso?**

Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 05/03/01

"...El procedimiento del artículo 21 de la Ley 8/1999 de Propiedad Horizontal es un medio para cobrar rápidamente por las Comunidades de propietarios la deudas que contraen los copropietarios por la obligación de contribuir a los gastos generales para el sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, o para la dotación del fondo de reserva que existirá en la Comunidad para atender a las obras de conservación y reparación de la finca (artículo



9, apartados e y f), de suerte que "si el demandado no comparece o no se opusiera a la demanda el juez dictará auto en el que despachará ejecución que proseguiría conforme a lo dispuesto para las sentencias judiciales .... (apartado 5 del artículo 21). Esta situación privilegiada, similar a la del juicio ejecutivo de la L.E.C. de 1881, está compensada con ciertos formalismos, como la documentación que se ha de acompañar a la demanda, necesariamente. El artículo 21.4 de la Ley 8/1999 dice que "el proceso principiará por demanda sucinta a la que se acompañará la certificación a que se refiere el número 2 de este artículo". Esta certificación es la referente al "acuerdo de la Junta aprobando la liquidación de la deuda por la comunidad de propietarios por quien actúe como Secretario con el visto bueno del Presidente". No se ha acompañado al escrito inicial este documento, pues en el apartado 6º de la demanda se dice que "con fecha 30 de abril de 1999 la Junta General Ordinaria de Propietarios aprobó la liquidación de las deudas exigibles a los copropietarios morosos por la reparación de la fachada resultando exigible a la demandada un total de 140.0000 pesetas". El documento 5 a que se refiere dicho hecho no contiene tal contenido, sino que hace sólo referencia al acuerdo (tomado en dicha Junta) de proceder judicialmente contra los siguientes propietarios de plantas bajas del edificio con deudas por la reparación de la fachada..." En definitiva, la certificación de acuerdo debió de presentarse en toda su literalidad, como exige la Ley, con el fin de que el demandado conociera todos los extremos de la misma, no siendo admisible que esta omisión lleve a la demandada a conjeturar si el montante de las obras de reparación ascendían a 4.3387.816 pesetas, 2.880.324 pesetas, o 2.031.154 pesetas, sino que la cifra debe constar en la liquidación efectuada en el referido acuerdo, que debió de presentarse por certificación, debidamente notificada, junto con la demanda, y el efecto de su incumplimiento deberá ser la inadmisión de la demanda, que en este estado procesal es causa de desestimación del recurso...."

Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12, de 06/02/01:

"...La acción ejercitada reclamaba el pago de derramas especiales correspondientes a los meses de junio a octubre de 1993, mayo, septiembre y octubre de 1995, y octubre y noviembre de 1995, por importe total de 218.331 pesetas. De igual forma se reclamaban consumos de agua correspondientes a los meses de noviembre de 1993, noviembre de 1994, y mayo y agosto de 1995, por importe total de 23.867 pesetas. La acreditación de los gastos por derramas supuestamente aprobados en Juntas de la Comunidad de propietarios, se pretende probar mediante certificación del administrador de la Comunidad demandante, mediante la manifestación siguiente: " Por el presente certifico como secretario de esta comunidad que el propietario del piso 2ª A del portal D, tiene pendiente de pago en concepto de gastos comunes la cantidad de 242.198 pesetas". Los recibos que acompañan dicha certificación se refieren a derramas conforme a lo anteriormente expresado, circunstancia por la cual dicha certificación no se corresponde con lo reclamado ya que no son gastos comunes lo que se pretende cobrar, circunstancia por la cual dicha certificación no prueba lo que se pretende. A mayor abundamiento no se acompañan las actas de la Junta aprobando la realización de las obras a que corresponden las derramas, ni la liquidación correspondiente con arreglo a las cuotas de participación que determinen el modo de obtención del saldo deudor. La simple certificación aportada no prueba por sí misma la realidad de la deuda, siendo además certificación unilateral del administrador, no aprobada en junta de propietarios como resultado de liquidación efectuada y aprobada por la Junta de la Comunidad a los efectos de su reclamación al copropietario deudor, motivos por los que incumple la parte demandante la obligación que le impone el artículo 1214 del Código Civil, insuficiencia probatoria igualmente aplicable a la reclamación por los consumos de agua tal y como razona la juzgadora en la sentencia apelada, motivos que deben llevar a la desestimación del recurso con firmando íntegramente la resolución recurrida...."

#### **10.11 ¿Cuándo cabe la notificación de la deuda al propietario moroso por medio de tablón de anuncios de la comunidad?; ¿ha de ser fehaciente la notificación?**

*Lo que es preceptivo es que la Comunidad, conforme al art. 21.2 de la LPH, notifique al propietario moroso el acuerdo en el que se apruebe la liquidación de la deuda. Esta notificación no tiene que ser fehaciente, no será por lo tanto necesario que se haga por conducto notarial o por medio de un Acto de conciliación, se podrá utilizar cualquier sistema siempre que deje constancia de su recepción. Lo que sí debe tenerse muy en cuenta es que la notificación mediante el citado Tablón de anuncios de la Comunidad, sólo será posible cuando los otros medios no hayan dado resultado. Es decir, no es posible acudir directamente a la comunicación por medio del Tablón de anuncios, ya que en su día deberá*

acreditarse que no fue posible por vía normal porque el propietario no tenía designado domicilio, porque el mismo estaba cerrado o simplemente las cartas eran devueltas.

#### 10.12 ¿Puede hacer las veces de notificación el requerimiento previo de pago?

Sentencia Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 12/05/00

"...Para que una comunidad de propietarios pueda ejercitar este procedimiento singular debe presentar, como requisito formal previo, adjuntándolo a la demanda, la certificación del acuerdo firmada por el Secretario con el visto bueno del Presidente, notificada a la entidad demandada afectada en la forma establecida en el artículo 9. Si se examina la documentación aportada con la demanda, existe dicho documento, pero no consta la notificación previa del mismo a la entidad demandada. La actora presenta nota registral de la titularidad de los siete puestos, una copia firmada por el secretario administrador del acta de la junta de 16 de abril de 1.999, siete certificados (uno por cada puesto) en los cuales el secretario administrador con el visto bueno del Presidente, recoge abreviadamente acuerdos de las juntas de 16 de abril y 22 de mayo de 1.999, detallando los conceptos que estima adeuda, incluidas multas e intereses de demora, y finalmente un "buro-fax" de fecha 30 de junio de 1.999 que recoge una carta constitutiva de un requerimiento de pago por la suma de 2.871.362 ptas., concediendo un aplazamiento en el pago de seis meses. De todo ello se colige que los siete certificados no fueron notificados a la entidad demandada previamente a la interposición de esta demanda, con lo cual de modo notorio falta el requisito de la notificación del acuerdo de la junta en la forma establecida en el art. 9. No es admisible una sustitución por un requerimiento previo de pago, pues obviamente sí éste hubiera sido la intención del legislador, así se habría expresado, y en modo alguno es equiparable el simple requerimiento de pago de una suma, con la certificación exigida por dicho apartado segundo. El recurrente plantea que tal notificación se ha acreditado al haberse adjuntado a las actuaciones, un certificado de correos conforme al cual el día 28 de abril de 1.999 se presentaron diversas cartas a la oficina de Correos de Ibiza para ser certificadas con acuse de recibo, una de las cuales iba dirigida a la entidad demandada, y un acuse de recibo con firma ilegible de 11 de mayo, sin que conste el contenido del sobre remitido, y que según la actora contenía notificación del acuerdo de la junta de 16 de abril de 1.999. Tal documento no reúne los requisitos exigidos por dicho párrafo segundo, resaltando que aspectos de la deuda fueron liquidados en otra junta posterior, es dudoso el contenido del sobre, y no consta que el mismo fuere firmado por el Secretario y por el Presidente, aparte de presentarse en momento inhábil, pues tal notificación debe adjuntarse a la demanda, no acompañarse en período probatorio, si bien en tal caso, como antes se ha indicado, la demanda no debió ser admitida. Dicho defecto formal comporta la nulidad del procedimiento por falta de título hábil para la interposición del mismo, con lo cual deviene improcedente entrar en el examen de las diversas cuestiones solicitadas atendido el hecho de que el párrafo 10 de dicho artículo indica que la sentencia que recaiga en el procedimiento tendrá fuerza de cosa juzgada, es de reseñar que esta sentencia desestimatoria no impide que la comunidad actora pueda acudir nuevamente a este procedimiento presentando los documentos legalmente exigibles, o acudir a otro procedimiento distinto, atendido el hecho de que se declara la nulidad del procedimiento por no presentarse con la demanda título hábil para interponer este procedimiento privilegiado...."

#### 10.13 ¿Cabe la actuación en juicio de otro comunero distinto del presidente para defender intereses de la comunidad?

Creo que con independencia de que el art 13 de la LPH atribuya al Presidente de la Comunidad la representación legal de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten, y que conforme al art 14 corresponde a la Junta conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común, la actuación en juicio de un comunero para la defensa de los intereses comunes, y no debe olvidarse que el presidente de la Comunidad es ante todo un comunero, ha quedado reconocida ampliamente. Así por ejemplo las resoluciones del Tribunal Supremo de 16.Mar.1994; **Error! Referencia de hipervínculo no válida.**, o 22.Oct.1993 con cita de las de 9.Feb.1987, 7.Dic.1987; **Error! Referencia de hipervínculo no válida.** o 12.Feb.1986 entre otras, manifestaron que "cualquiera de los comuneros puede comparecer en

juicio en asuntos que afectan a la comunidad para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada aprovechará a todos los cotitulares, legitimación no resulta desvirtuada por el hecho de omitirse en la demanda la afirmación de actuar en beneficio de la Comunidad, siempre que efectivamente se persiga ese beneficio, y así lo dispone la S.T.S. 8.Abr.1992, sobre todo si se trata de la defensa de los elementos comunes que sólo pueden alterarse por vía de unanimidad.

El propio Tribunal Supremo en resoluciones de SS.16 de diciembre de 1996 22 de noviembre de 1997 4 de diciembre de 1998 2 de diciembre de 1999 ha trasladado lo anterior al presidente de la Comunidad de modo que éste para actuar dentro de este ámbito no precisa acuerdo específico previo de la Comunidad, si bien no se desconoce que en otras ocasiones ha seguido la tesis contraria (ver sentencia de 11 de diciembre de 2000).

Ahora bien aún partiendo de lo anterior y considerando legitimado al Presidente para actuar sin acuerdo previo en defensa de los intereses de la Comunidad y sin perjuicio de la responsabilidad que asuma para con ésta, existen parcelas que creo que la ley veta a la exclusiva intervención del Presidente, como de hecho las veta a cualquier comunero. Estas son las contempladas en los artículos 7 y 21 de la LPH. Y ello porque en ambos casos, tanto para el ejercicio de las acciones de cesación como para la reclamación de cuotas a morosos por vía del proceso monitorio, la norma requiere por circunstancias distintas sendos acuerdos de la Junta como requisitos de procedibilidad de la acción, sin los que el proceso siquiera puede iniciarse. En estos casos será imprescindible que el Presidente para actuar tenga el expreso acuerdo de la Junta de Propietarios, además de la concurrencia del resto de requisitos que el ejercicio de estas acciones requiere.

#### **10.14¿Cabe una previsión estatutaria a un acuerdo comunitario de sometimiento a arbitraje para resolver cuestiones que atiendan a los problemas con el funcionamiento comunitario, la toma de acuerdos...?**

La ley de Arbitraje 60/03 en su exposición de motivos ya sienta el criterio de que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles aún siendo concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. El artículo 2 L 60/03 no lo veda y la ley de Propiedad Horizontal guarda silencio sobre ello, por lo que en principio entiendo que debe regirse por la regla general expuesta, de que serán susceptibles de materia arbitral aquellas cuestiones que sean disponibles por las partes, y no lo serán aquellas sobre las que las partes no tengan poder de disposición, lo que conduce a desbrozar los supuestos dentro de la norma que puedan considerarse dispositivos, de aquellos que por imperativos quedan fuera de arbitraje. Ahora bien considero necesario incidir en que los principales conflictos que se entablan dentro del ámbito de las Comunidades de Propietarios no serán susceptibles de convenio arbitral, por ejemplo los relacionados con las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos por ser cuestión indisponible para las partes o aquellas cuestiones sobre las que la norma incide sean de aplicación la normativa legal en todo caso (ver el artículo 2 LPH cuando se refiere al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros), pero por ejemplo sí que lo serán todas aquellas cuestiones que por ejemplo la Ley somete en equidad al Juez de Primera Instancia, como los supuestos de excusas de los cargos de la Comunidad o en los del artículo 17.3 in fine.

#### **10.15¿En su caso como podría canalizarse el convenio arbitral?**

El modo de hacer valer la posibilidad de acudir al arbitraje guarda relación con el método de instrumentalización del mismo, esto es a través del convenio arbitral. El artículo 9 de la Ley de Arbitraje permite la inclusión genérica como cláusula incorporada a un contrato (o bien la existencia de un acuerdo independiente). Ello trasladado al ámbito de la Propiedad Horizontal permitirá la incorporación en los Estatutos de esta cláusula de resolución arbitral, con los mismos requisitos para la toma de acuerdos que una reforma estatutaria, por tanto con el requisito de la unanimidad.

Respecto de la elección de árbitros es una cuestión propia de las partes, no de un determinado colectivo con exclusión de otro, debiendo estarse sobre los requisitos de capacidad al contenido de los artículos 13, 14 y 15 de la Ley de Arbitraje. En este sentido hay que resaltar que en el caso de que el arbitraje no

sea de equidad, la regla general es que el arbitro tenga la condición de abogado en ejercicio, si bien cabe el acuerdo expreso en contra.

## TEMA 11 LA ACCION DE CESACIÓN.

### 11.1 ¿Cuales son sus requisitos?

Ejercicio de la acción que prevé el artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal;

- a) El requerimiento fehaciente al infractor
- b) Certificación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios en el que se autoriza al presidente a entablar la acción de cesación.
- c) acreditación de las actividades proscritas por el citado artículo 7.2.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 04/04/01

"...El artículo 7-2º de la Ley de Propiedad Horizontal, viene a manifestar que "si el propietario persistiese en su conducta, el Presidente, previa autorización de la Junta de Propietarios, debidamente convocada al efecto podrá entablar contra él la acción de cesación que... ". La nueva redacción del precepto es de una claridad meridiana cuando el Presidente tiene que requerir no solo al propietario sino también a cualquier otro ocupante, que ostente el inmueble por cualquier otro título, como el arrendatario. Además del requerimiento es necesario que el mismo haya sido desatendido; pero como requisitos para la interposición de la demanda el apartado 4º del artículo 7-2º de la Ley referida exige que se aporte acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y la certificación del acuerdo de la Junta de Propietarios, adoptado por mayoría para entablar la acción; esto es, no cabe la actuación directa del Presidente, salvo para el requerimiento, se necesita en todo caso que la Junta acuerde previamente las actuaciones, pudiendo concluirse que sin acuerdo de la Comunidad no hay proceso al faltarse el presupuesto previo de la acción; y estas formalidades legales establecidas por el legislador son consecuencia de que una sentencia favorable a la comunidad de propietarios conlleva efectos muy importantes, tal como resume el artículo 7 in fine de la L.P.H., pudiendo consistir en la declaración del cese efectivo de la actividad; en una indemnización de daños y perjuicios; en la privación del uso de la vivienda o local por un tiempo no superior a tres años, y así como también a la declaración por la que quedan definitivamente extinguidos todos los derechos relativos a la vivienda o local; cuando se ha intentado actuar sin ese acuerdo previo de la Junta de Propietarios, la jurisprudencia ha rechazado la posibilidad de sancionar. Establecidos los requisitos, se hace necesario comprobar si en el caso de autos concurren; y del detenido examen de las actuaciones resulta que el acuerdo de la Junta de Propietarios que autoriza al Presidente para ejercitar acciones contra los que tengan perros, es de 9 de Marzo de 1.999, muy anterior al requerimiento, que lo fue el 25 de Noviembre de 1.999. En consecuencia, no existiendo el acuerdo de la Junta con posterioridad al requerimiento debe ser desestimado el recurso al no cumplirse los requisitos de procedibilidad señalados en la Ley..."

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 17/11/00:

"...En los Estatutos de la Comunidad aprobados el 01.10.82 se establece que los propietarios de las plantas bajas y de sótano precisarán solicitar el consentimiento por unanimidad de los copropietarios del edificio para destinarlo a industrias o utilizar los mismos con horario que exceda del usual del comercio general en Burgos.

Por resultar claramente contraria a esta prohibición la actividad del local de la planta baja destinado a restaurante, y no haber obtenido la autorización unánime de la Junta de propietarios, la sentencia de la Sección Segunda estimó la acción de cesación ejercitada por la Comunidad y condenó al cese de la actividad por el período de un año.

Por lo tanto, si ahora se suspendiera la ejecución de la sentencia con el voto mayoritario de los propietarios reunidos en Junta, se estaría vulnerando el precepto estatutario citado, que exige que la autorización para realizar esa clase de actividad en los bajos comerciales se conceda por unanimidad.

En opinión de la parte apelante, el acuerdo de suspender la ejecución de la sentencia debiera haberse adoptado por unanimidad, pues solo así es posible conciliar la posibilidad de que el propietario del local pueda tener abierto su restaurante con la exigencia contenida en los Estatutos de que solo se le permita

hacerlo si concurre el consentimiento unánime de todos los condueños. Ahora bien, este planteamiento de la parte apelante resulta en buena medida artificioso y no encaja con los presupuestos y requisitos de la acción de cesación, en cuyo ejercicio es donde se ha tomado el acuerdo impugnado.

Efectivamente, no puede olvidarse que el acuerdo de suspender o de no instar la ejecución de la sentencia donde se ha tomado es en el curso de un procedimiento en el que se ejerció por la Comunidad de Propietarios la acción de cesación, anteriormente regulada en el artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, y ahora en su artículo 7 tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/1999. Y si para el ejercicio de esta acción de cesación es necesaria, tanto en la antigua regulación como en la nueva, la autorización de la Junta de propietarios, que adoptará el acuerdo por mayoría al no ser de los que exigen la unanimidad o alguna mayoría cualificada, en buena lógica la decisión de suspender la ejecución de la sentencia habrá de ser también tomada por mayoría, sin que sea necesaria la unanimidad.

Desde otro punto de vista, si algún propietario disconforme con la actividad realizada en el local pudo beneficiarse del ejercicio de la acción de cesación gracias a que la autorización de la Junta para ejercitarla solo tuviera que concederse por mayoría, lo que no puede pretender es que, ahora que se pretende suspender su ejercicio, el acuerdo haya de adoptarse por unanimidad, y no por mayoría. Esto último sería tanto como autorizar a cualquier propietario para que él solo, y sin necesidad de contar con el consentimiento de los demás ejercitara por su cuenta la acción de cesación, o para que su único voto fuera suficiente para que el Presidente procediera a su ejercicio ante los Tribunales.

Ciertamente resulta discutido cuáles son los remedios que se ofrecen a un propietario cuando el resto no está conforme, ya sea en requerir al propietario molesto o incómodo para que cese en la actividad que realiza, ya sea para ejercitar contra él la acción de cesación del artículo 7.

Algunos autores sostienen que, no estando facultado para ejercita él directamente la acción, podrá solicitar el amparo judicial por la vía de impugnar el acuerdo en que la junta de propietarios no haya autorizado el ejercicio de la acción, mientras que otros, entre los que se encuentran destacados juristas, opinan que deberá en todo caso pasar por el deseo y voluntad de la mayoría.

Sin embargo, lo que se pretende en este caso no es impugnar un acuerdo de la Comunidad de Propietarios de este tipo o suplir la inactividad de la misma en orden al ejercicio de la acción de cesación, pues esta última ya está ejercitada, y lo único que se ha hecho es suspender la ejecución de la sentencia que condenaba al propietario infractor, sin renunciar a instarla en un futuro, y a la vista de las nuevas circunstancias, en las que el propietario del local ha eliminado buena parte de las molestias que causaba al suprimir la música en vivo dentro del local y realizar las correspondientes obras de insonorización.

Sexto. La impugnación tampoco puede prosperar porque el acuerdo sea gravemente lesivo para los intereses de la comunidad en beneficio de uno o de varios propietarios o porque suponga un grave perjuicio para algún propietario que no tenga la obligación de soportarlo, o porque se haya adoptado con abuso de derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 18.1 de la Ley. Que no es gravemente perjudicial para la comunidad se desprende de que la misma se ha reservado la posibilidad de volver a instar la ejecución de la sentencia, además de haber obtenido determinadas prestaciones del propietario del local, como las de hacerse cargo de la reparación de la fachada y pagar las costas causadas a la Comunidad en el anterior procedimiento. Tampoco se ha acreditado que suponga un grave perjuicio para el propietario impugnante, pues ninguna prueba pericial se ha practicado para determinar si el local, después de realizadas las obras de insonorización, cumple los niveles de tolerancia en materia de ruidos, de modo que aquel se pueda ver afectado gravemente por estos o por otras molestias, fuera de las que constituyan las propias del horario de cierre del local, que no pueden calificarse de graves, sino de una mera infracción estatutaria. Por otra parte, si lo que se pretende con la impugnación de los acuerdos es volver a instar la acción de cesación, cuya paralización ha acordado la Comunidad de Propietarios, no es suficiente para el ejercicio de la misma el que concurra alguno (s) de los supuestos de impugnación del artículo 18, sino que es necesario que se den alguna de las situaciones previstas en el artículo 7.2 sobre realizar en el inmueble actividades prohibidas en los Estatutos, que resulten dañosas para la finca, o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Es decir, que si para el ejercicio de la acción de cesación no es suficiente que la actividad cause un grave perjuicio a la comunidad o a los copropietarios, si no se dan también alguno de los supuestos del artículo 7.2, la paralización de dicha acción es posible aunque con ello se pueda causar este perjuicio, pues lo verdaderamente definitivo para obtener el cese de la actividad es que se den alguna de las causas objetivas el artículo 7, no las del artículo 18...."

### 11.2. ¿Cuáles son ese tipo de actuaciones “no permitidas”?:

**prohibidas** por los estatutos; Consultar tales estatutos.

Su interpretación y alcance debe hacerse teniendo en cuenta su finalidad y la realidad social en cuyo contexto se han de aplicar (art. 3 núm. 1 Cº Civil), así como el carácter restrictivo y no extensivo que ha de darse a toda prohibición o límite al ejercicio de los derechos, y en concreto el de propiedad conforme al artículo 348 del Civil (Así se expone por la SAP Vizcaya de 17-3-03)

Por ejemplo se consideran como tales, el daño intencionado de los elementos comunes o el boicot a su uso por otros propietarios, caso al que se refiere por ejemplo la SAP Cantabria de 8-1-04, o el destinar la vivienda a hospedaje cuando expresamente se excluía (SAP Cantabria 7-11-03)

La STS de 20-9-1997 consideró como tal la instalación de un bar, que estaba prohibido estatutariamente, y a tal efecto recordaba que sólo por ello la actividad no era factible, al margen o no de que se hubiera acreditado la existencia de incomodidad derivada de la actividad para los comuneros.

También se ha considerado actividad contraria a los Estatutos la realización de obras incontinentes que pretenden apropiarse de elementos comunes como es una parte de un patio común (S AP Jaén de 10-10-03)

La ya mencionada S AP Madrid de 7-9-93 consideró que la instalación de unas estanterías en una plaza de garaje era contraria a los Estatutos, pues tales plazas están destinadas al estacionamiento, guarda y conservación de vehículos, pudiéndose admitir otros usos complementarios o accesorios a aquellos, pero siendo incompatible con el almacenamiento y depósito de enseres que no guardan relación con el fin primordial

**dañosas para la finca**; Acreditación mediante pericial.

Incluye toda actividad que resulte dañosa para la finca, es decir toda aquella que causa daño o perjuicio a aquella.

Como tal se señalaban por la SAP Cantabria los daños en pintura de escaleras y roturas de armarios de avisos comunes

Disposiciones Generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o **ilícitas**:

1.- Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas:

Artículo 1: El presente reglamento de obligatoria observancia en todo el territorio nacional, tiene por objeto evitar que las instalaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacenes sean oficiales o particulares, públicos o privados a todos los cuales se aplica indistintamente en el mismo la denominación de "actividades", produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a las riquezas pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes.

**Molestas**: Artículo 3: Serán calificadas como "molestas" las actividades que constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen.

**Insalubres**: Se calificarán como "insalubres" las que den lugar a desprendimiento o evacuación de productos que puedan resultar directa o indirectamente perjudiciales para la salud humana.

**Nocivas**: Se aplicará la calificación de "nocivas" a las que, por las mismas causas, puedan ocasionar daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola.

**Peligrosas**: Se consideran "peligrosas" las que tengan por objeto fabricar, manipular, expender o almacenar productos susceptibles de originar riesgos graves por explosiones, combustiones, radiaciones u otros de análoga importancia para las personas o los bienes.

Tener presente igualmente, la regulación que hace el Reglamento de todas estas actividades (Distancias, límites de toxicidad, productos inflamables, ruidos, etc.).

2.- Ley 7/1997, de 11 de agosto, de Protección contra la Contaminación Acústica. Artículo 7. Regulación del ruido para actividades varias:

1.- Con carácter general no se permitirá el empleo de ningún dispositivo sonoro con fines de propaganda, reclamo, aviso o esparcimiento.

Esta prohibición no regirá en los casos de alarma, urgencia o especial significación ciudadana, determinada por los Ayuntamientos.

2. En los trabajos realizados tanto en la vía pública como en la edificación no se autorizará el empleo de maquinaria cuyo nivel de emisión externo (NEE) sea superior a 90 dB(A), medido en la forma que se fije reglamentariamente.

3. Los trabajos realizados tanto en la vía pública como en la edificación no podrán realizarse entre las veintidós horas y las ocho horas del día siguiente si producen niveles sonoros superiores a los establecidos con carácter general en el título II del anexo de la presente Ley.

4. Se exceptúan de la prohibición anterior las obras urgentes, las que se realicen por razones de necesidad o peligro y aquellas que por sus inconvenientes no puedan llevarse a cabo durante el día. El trabajo nocturno deberá ser expresamente autorizado por el Ayuntamiento, que determinará los límites sonoros que habrá de cumplir en función de las circunstancias que concurran en cada caso, sin perjuicio de lo establecido en la legislación laboral.

5. Cuando el anormal funcionamiento de un sistema de alarma produzca molestias al vecindario y no sea posible localizar al responsable o titular de dicha instalación, el órgano municipal competente, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 20 de la presente Ley, procederá a desmontar y retirar el sistema de alarma.

6. Cualquier otra actividad que implique una perturbación por ruidos del vecindario se entenderá incurso en el régimen sancionador de la presente Ley.

3.- Directiva 92/97/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, por la que se modifica la Directiva 70/157/CEE relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros sobre el nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de los vehículos a motor.

### **11.3 ¿Puede un copropietario no presidente requerir al que realice esas actividades?**

No cabe ya que la Ley reserva a la Junta de Propietarios la decisión de verificar el requerimiento, a salvo el problema de inactividad de la Comunidad, pero requeriría la convocatoria de Junta al respecto, su discusión y el acuerdo denegatorio o al menos instar por sustitución el acuerdo judicial. (SAPVizcaya 17.3.2003 o SAPPontevedra 10.3.2003)

### **11.4 ¿Cabe la delegación por el Presidente a favor del administrador del requerimiento a un comunero que realiza actividades molestas, peligrosas...?**

No lo creo ya que el Art. 7.2 exige que el requerimiento sea verificado por el Presidente, y además se requiere un acuerdo de la Junta de Propietarios. Se trata como prevé la SAPTenerife de 7.6.2004 de dos requisitos previos. Y la necesidad de cumplimiento de ambos han sido normalmente estrictamente exigidos. (SAPTenerife de 7.6.2004; SAPAsturias de 29.1.2004 entre otras)

El presidente de la Comunidad no puede tampoco por sí solo entablar esta acción amparado en el poder general de representación. (APMálaga 30.6.97, APMadrid 10.10.1997, APALicante 2.6.1999; APAsturias 14.1.2000 o APValencia 24.10.03)

La posible facultad delegada por el Presidente a favor del administrador fuera de los casos en que expresamente se permite por la ley, viene a ser problemática y cuestionada, toda vez que esta facultad se reserva a favor de la figura del vicepresidente, pues es este el sustituto que la ley prevé

### **11.5 Cuando tiene lugar en la finca actividades prohibidas del art. 7.2 de la Ley, pero la Junta se niega a actuar y no se obtienen los requisitos del requerimiento del Presidente y acuerdo previo, ¿qué acciones pueden llevar a cabo los propietarios?**

Acreditada la inactividad o la autoría del Presidente en la actividad, cabría reconocer legitimación a otro copropietario, con las prerrogativas del artículo 7.2 si se cumplen el resto de requisitos.

### **11.6 ¿Qué tipo de Medidas cautelares podrían adoptarse? ¿Hay alguna limitación?**

En relación a las medidas cautelares quizás la pretensión más conforme fuere la pretensión de la anotación preventiva. Nada creo que se oponga a esta petición al margen de la acreditación de la concurrencia de los requisitos a tal fin previstos.

### **11.6 ¿Cuál es el plazo de prescripción de la acción de cesación de actividad y daños y perjuicios?**

Esta acción de cesación, no puede tener otra prescripción que la personal de 15 años del artículo 1964 del CC, pero a la petición de daños y perjuicios debe ser aplicado lo dispuesto en el artículo 1902 y el artículo 1968-2, por lo que la acción prescribe al año.

Conforme el artículo 9.1 y 2 de la Ley de Propiedad Horizontal el propietario responde de los daños ocasionados por las personas que ocupen el piso o local, entre ellos obviamente el cónyuge, aunque no figure como copropietaria.

### **11.7 ¿Cabe ejercitar una Acción de cesación contra la propiedad si ésta vuelve a arrendar su inmueble a otro infractor?**

Ante la situación de que lanzado un ocupante a base al art.7.2 de la LPH, se vuelva a arrendar la vivienda o local a otra persona con carácter inmediato y que incurra en la misma actividad, permitiendo el propietario que el arriendo continúe con la actividad sancionada, nuestro criterio, para evitar que la acción de cesación sea ineficaz, es que la Junta podrá acudir a la acción de privación de la propiedad, ya que de otra manera existiría fraude de Ley, según el art.6.4 del C.Civil, y se estaría actuando con mala fe o con abuso de derecho a tenor del art.7 del citado código

### **11.8 Según el artículo 7.2, ¿qué sucede si la actividad no contraviene ninguna Disposición u Ordenanza?**

A) Creo que la diferencia fundamental entre la anterior redacción y la actual es eliminar la indeterminación del concepto y evitar la subjetividad en la apreciación, por ello modifica la prohibición de las actividades no permitidas en los estatutos, por la más concreta de las prohibidas en los mismos, remitiendo al examen concreto de dichos estatutos la prohibición expresa de la actividad frente al difuso concepto anterior de las no permitidas, que podría incluir algunas no previstas pero perfectamente tolerables. La referencia expresa a las disposiciones generales tiene una clara alusión a la necesidad expresa de calificación como actividad molesta, insalubre, nociva, peligrosa o ilícita en una normativa de carácter general, pero reglado, ausente, por tanto, de cualquier valoración de tipo subjetivo o personal que pudiera mermar las garantías del comunero frente a la actuación de la Comunidad. Por ello, si no se puede calificar la actividad dentro de una expresa prohibición normativa, no puede incluirse en este concepto de actividad no permitida.

A) Creo que el problema se planteará para las objetivamente molestas, insalubres, nocivas, o peligrosas, que no estén contempladas en el Reglamento de 30 de noviembre de 1961 o en cualquier otra disposición autonómica o municipal, pues la «ilicitud» supone ya de por sí la contravención de una norma del ordenamiento jurídico.

Hecha la anterior puntualización mi respuesta es que, aunque la actividad molesta, insalubre, nociva o peligrosa no esté contemplada en ninguna disposición o norma administrativa, sea estatal, autonómica o municipal, la Comunidad podrá acudir a la previsión del artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, pues la «ratio legis» es preservar el sentido vecinal de respeto y armonía, de forma que no se haga incómoda y poco cívica la convivencia, y es llano que las previsiones legales, por exhaustivas que sean, no pueden agotar todos los supuestos en que una actividad puede calificarse de molesta, insalubre, nociva o peligrosa.

Naturalmente el Juez decidirá, en suma si lo denunciado merece tal consideración.

La SAP de Tarragona de 22-11-2003 y por la de Barcelona de 8-10-03 que expone que el legislador ha optado por deferir la delimitación del contenido esencial de cada una de tales reprobables actividades al legislador sectorial o al ejecutivo competente (en la expresión “contravención de las disposiciones generales” cabe toda norma jurídica cualquiera que sea su rango jerárquico y su órgano emisor).

### **11.9 ¿El concepto de inmoralidad del antiguo art. 7.3 se puede considerar como actividad ilícita?**

El término inmoralidad que contemplaba el antiguo artículo 7.3 ha desaparecido tras la reforma de la Ley y se sustituye por el de ilicitud.



Es claro que un hecho, aunque objetivamente se considere inmoral, puede no ser ilícito y en tal caso la Comunidad, por el simple hecho de ser inmoral, no podría hacer uso de la previsión del artículo 7. 2, a salvo que la actividad inmoral, no ilícita, sea a la vez molesta, insalubre, nociva o peligrosa.

Por tanto, el concepto de inmoralidad no coincide con el de ilicitud

#### **11.10 La ilicitud, ¿es penal, administrativa o civil?**

Es actuación contraria a derecho y puede tener carácter civil, penal, administrativo o cualquiera otra que contravenga una determinada normativa sea cual fuera su naturaleza

A mi entender la ilicitud a que se refiere el precepto es no sólo a la administrativa sino también a la civil y penal que, en ocasiones, tendrá mayor relevancia que aquella. Piénsese en una vivienda en la que el usuario de la misma se dedica, por mucha discreción con que lo haga, a la venta de drogas tóxicas o estupefacientes.

#### **11.11 ¿Cabe catalogar como actividad molesta o insalubre la tenencia de animales de compañía a los efectos del art 7.2?**

Según el caso. Así por ejemplo en caso de dos cachorros de perro que ladraban de modo continuado día y noche y que depositaban los excrementos en el patio común, se ha entendido que sí. (SAPLeón 11.1.2007 y SAPHuelva 8.10.2004)

En el supuesto de constancia de animales peligrosos sin la oportuna licencia administrativa, también se ha venido a entender (SAPMurcia de 2.1.2003 o SAPValencia de 29.12.2006)

#### **11.12 ¿Y la tan traída de hospedaje?**

Por las características de esta actividad la misma ha sido abordada en múltiples ocasiones, por lo que he intentado sintetizar algunas de las resoluciones que sobre esta actividad han venido a sustanciarse. Se da por reproducida la ya expuesta SAPCantabria de 7-11-03)

La STS de 23-11-95 consideró como contraria a los Estatutos (a la par que incomoda y molesta) el desarrollo de una actividad de hospedaje efectuada en tres plantas de un edificio por cuanto la escritura de división de propiedad horizontal del edificio especificaba que constaba de siete plantas con dos pisos cada una, dedicadas a vivienda, lo que supone que no se podía instalar en estos pisos ningún uso comercial, interpretación que se veía reforzada por el hecho de que para la planta baja y sótano sí se hacía mención a que se podía dedicar a cualquier tipo de uso comercial.

La sentencia de AP Barcelona de 8-10-03 por ejemplo al abordar el tema del hospedaje considera que incluso aún no estando expresamente prohibida en los Estatutos debe entenderse contraria al Título constitutivo.

Como las anteriores la SAP Tarragona de 23-5-02 consideró contraria a los Estatutos la actividad realizada en los apartamentos propiedad de los demandados que se dedicaban a su explotación como apartamentos turísticos, alquilando algunos de los apartamentos litigiosos sitios en la comunidad demandante con derecho a usar las instalaciones del "Hotel V " y como fundamento recurre a la Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, expuesto inicialmente en este trabajo, y expone que si bien en los Estatutos se permite el cambio de vivienda a despacho profesional, lo es con el límite del artículo 7.2. Por tanto en las viviendas podrán instalarse despachos profesionales y negocios, siempre que las actividades que en ellos se desarrollen no sean molestas, nocivas, peligrosas o inmorales". Si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial constata que el dominio se presume libre de cargas y limitaciones, y que en el supuesto de autos ninguna duda ofrecen los estatutos sobre la posibilidad de los demandados de dar a las viviendas el destino de negocio o despacho profesional, dicha facultad quedará enervada por dedicar los apartamentos a alguna de las actividades proscritas tanto por los Estatutos como por el art. 7 de la LPH, es decir que la actividad que en ellos se realice sea molesta, nociva, peligrosa o inmoral.

También relativa al hospedaje es la SAP Asturias de 4-1-02 la cual incide en la irrelevancia de que la actividad ejercitada como tal tenga o no concedida la correspondiente licencia administrativa, sin embargo entiende también que la actividad desarrollada en la pensión había producido numerosos altercados y molestias por parte de los huéspedes al resto de la Comunidad, habiéndose advertido a quien regentaba

la misma, en numerosas ocasiones de que dichas molestias eran causadas por los usuarios de la pensión, sin que se hubiere atendido a los requerimientos de los otros propietarios para que cesara en su actividad y controlase a las personas que por razón del negocio de pensión transitaba, por lo que considera que el desarrollo de la actividad supone unas molestias superiores a la que viene impuestas por la relación de vecindad; esto es, más allá de los límites tolerables y asumibles por la comunidad por ser contraria a la buena disposición de las cosas para el uso normal que de hacerse de aquellas; impidiendo a los demás propietarios el adecuado uso de los elementos comunes y de sus derechos. Esto es, con dichas actividades se perturba, en el orden de convivencia, el corriente desenvolvimiento de las relaciones sociales, y se excede lo tolerable el normal ejercicio de las normas de convivencia dificultándose a los demás comuneros el ejercicio de sus derechos (el correcto uso y disfrute de sus viviendas y del inmueble), protegido por la Ley de Propiedad Horizontal ) por lo que hay que entender correcta y conforme a Derecho la aplicación que se ha hecho en la Sentencia de instancia de las consecuencias legales previstas en el artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal. En este caso por tanto la actividad se clausura no por atentar propiamente al título sino porque la misma se considera incomoda y molesta.

#### **11.13 ¿Es válida una cláusula estatutaria que prohíba el uso determinado de un local para realizar una concreta actividad?**

La jurisprudencia ha reconocido la validez de la cláusula estatutaria que prohíbe el destino del local o vivienda en régimen de propiedad horizontal a determinadas actividades, no autorizando los cambios de destino expresamente prohibidos en los Estatutos si no hay acuerdo unánime de la Junta (SAP de Tarragona, Sec. 1ª, de 16 junio 1993, con cita de las SSTs de 14 junio 1968 y 16 junio 1972), pero siendo válidas las limitaciones establecidas estatutariamente por la comunidad de propietarios al uso de los locales, ha de entenderse que lo excepcional es la prohibición o límite al ejercicio de los derechos y no la posibilidad de cambio de destino de los locales, lo que implica que la limitación ha de interpretarse restrictivamente y la permisibilidad de modo amplio (STS 31 mayo 1996).

En este mismo sentido se pronuncia la STS de 5-3-1990 en un caso de destino de vivienda a oficinas, cuando expresamente los Estatutos no recogían expresamente esa prohibición.

Por ello se ha negado que exista infracción cuando la actividad realizada se encuentra dentro del amplio campo que queda al libre albedrío del titular, el cual no puede limitarse (como pretendió la comunidad de propietarios) por un simple acuerdo de junta general, en tanto no se modifique con dicho acuerdo el contenido de los estatutos, lo que no ha ocurrido en el caso discutido. (SAP Albacete 31-12-1999).

Ahora bien cuando la prohibición estatutaria existe y es clara, no es factible tal transformación, y en este sentido la sentencia de la AP de Jaén de 22-2-1999 condeno a los demandados que destinaban su piso a la actividad de academia de mecanografía e informática, a la privación temporal de su uso y al cese de la actividad empresarial al figurar expresamente prohibida en los Estatutos el destinar pisos y locales a consultorio, clínicas de enfermedades infecto-contagiosas, a colegios o academias..., actividad ésta específicamente desempeñada.

#### **11.14 ¿Cabe equiparar la infracción estatutaria a la de normas de régimen interior?**

No pueden sin embargo equipararse la infracción de normas de régimen interior aunque hubiesen sido validamente aprobadas y no fueran contrarias a los Estatutos. (Ver SAP Cantabria de 31-10-2003)

Siguiendo este criterio es interesante el contenido de la SAP Vizcaya de 5-4-01, que tras exponer que un local tenía reconocida la facultad de apertura de huecos para la instalación de chimenea para salida de humos en el título constitutivo, expuso que dicha facultad contenida en el título registralmente inscrito no podía entenderse modificada por las llamadas "Normas de Comunidad" otorgadas en escritura notarial de fecha 23 de octubre de 1956 por quienes entonces eran dueños del inmueble, ya que si bien la naturaleza de alguna de ellas era susceptible de formar parte del título de propiedad o de los Estatutos comunitarios como, por ejemplo, la cuota de participación de cada uno de los pisos o lonjas en los elementos comunes (art. 5, párrafo segundo LPH), la mayor parte de aquellas podían definirse como normas de régimen interior a las que se refiere el art. 6 de la LPH para regular la convivencia comunitaria; y en cuanto a la segunda de dichas normas, única aplicable al asunto que enfrentaba a las partes, no podía suponer la

revocación o modificación de las facultades otorgadas a las lonjas, ya que no tuvo acceso al Registro de la Propiedad por lo que no puede perjudicar a la entidad demandante que adquirió la lonja en 1988, por lo que es tercero en relación a dichas "Normas de Comunidad" y, en concreto a la segunda de ellas, de conformidad con el párrafo tercero, último extremo, del art. 5 de la LP.

#### **11.15.- ¿Qué consecuencias tiene la estimación de la demanda?**

Conforme a lo expuesto por la LPH la estimación de la pretensión puede conducir:

-A la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda.

La AP MADRID en s 10-12-01 expone que "La cesación definitiva de la actividad prohibida, en cuanto actividad ejercida con extralimitación de la autorizada en la licencia y con infracción de las Ordenanzas vigentes (cocinando y produciendo humos y olores, rebasando la franja horaria permitida, y superando el nivel acústico los máximos permitidos), es una sanción que ha de mantenerse, pues es el único modo de que cese la conducta infractora y es la principal finalidad del procedimiento. Esta sanción ha de referirse, en el supuesto presente, al ocupante infractor, y no al propietario ya que quien ejerce la actividad infractora y es titular del negocio es el primero y no el segundo.

-si el infractor no fuere el propietario, la sentencia puede declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento. Antes sólo se tenía por la Comunidad una legitimación por subrogación en el supuesto en que el propietario no cumpliera con su obligación de resolución contractual, ahora tiene legitimación directa para pedir esta resolución, pese a no ser parte en el contrato)

-la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años

#### **11.16 ¿Qué particularidades tiene la privación de uso impuesto por la estimación de la acción de cesación? ¿Puede afectar algún derecho fundamental?**

Por tener carácter sancionador, aunque estemos ante un proceso civil, la misma debe guardar la oportuna proporcionalidad con la actuación sancionada. (AP Asturias de 8-1-04) que la admite en el caso concreto por entender que el ocupante ha mantenido una voluntad decidida y persistente que, en el curso del tiempo, se ha manifestado de muy diversas formas dañosas o molestas para la comunidad perpetuando una situación intolerable para el resto de los comuneros y directamente atentoria para el normal desarrollo de la convivencia comunal.

En el mismo sentido la SAP Cantabria de 7-11-03 que dirá que en cuanto a la privación del uso de la vivienda, el artículo 7 párrafo 3º de la L.P.H. es una norma sancionada civil con una importante intensidad pues priva, aunque sea temporalmente y hasta un máximo de tres años, de uno de los contenidos esenciales del derecho de propiedad como es el uso y disfrute de la cosa, por lo que dicha norma sancionadora debe aplicarse con proporcionalidad, conjugando la gravedad e intensidad de la perturbación que ha producido la vulneración de la prohibición estatutaria a los propietarios y ocupantes de los pisos, y el derecho al uso y disfrute de la vivienda por parte de la propiedad La actividad desarrollada no puede calificarse como inmoral peligrosa o insalubre, únicamente de incómoda, por lo que al final se modera la sanción y se deja en seis meses.

La cuestión se planteó con relevancia constitucional por el juego del derecho a la libre circulación y fijación de residencia, plasmada en el artículo 19 C o el de vulneración del derecho de propiedad (art 33C). El TC en sentencia de 8-3-1999 sobre el particular dijo "Este precepto (el art 7 LPH) ha sido ya objeto de control por parte de este Tribunal. Concretamente, en la STC 301/1993, como respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad en la que se planteaba la posible vulneración del derecho de propiedad (art. 33 CE) a través de lo dispuesto en dicho precepto legal, este Tribunal declaró que «el artículo cuestionado se refiere a un tipo de propiedad, el de la propiedad horizontal, en el que la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares» (fundamento jurídico 3º). En el mismo fundamento jurídico se concluía declarando que en el citado precepto «no se configura, en efecto, una expropiación forzosa -en el sentido constitucional del concepto- sino una específica sanción civil o, más precisamente, una obligación cuyo cumplimiento puede ser exigido por los órganos

judiciales -que no ejercen potestad expropiatoria alguna- cuando se constate determinada conculcación del ordenamiento y basta con advertirlo así para concluir en que la regla legal no está afectada por los vicios de inconstitucionalidad que sugiere el Auto de planteamiento: la privación de uso se fundamenta en la comisión de un ilícito y no cabe echar en falta en su regulación, por lo tanto, ni la invocación de una *causa expropriandi* de utilidad pública o interés social -rigurosamente extravagante al supuesto- ni la previsión de una indemnización por la privación misma, que contradiría, como es obvio, el repetido alcance sancionador de la medida». (Niega la infracción del art 33C)

Y añade "lo que no puede discutirse es que el derecho a habitar en un determinado lugar, «el derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente» (ATC 227/1983, fundamento jurídico 2) que el art. 19 CE proclama, implica el reconocimiento a su titular del poder de configurar esa residencia con los elementos propios del domicilio, con lo que resulta que es también un derecho a la libre elección del mismo.

Ahora bien, es claro que las libertades de circulación y residencia no confieren, como es natural, un poder jurídico omnímodo a favor de su titular, ya sea en orden a pasar por cualquier lugar, ya sea en orden a habitar en él. Así, la propiedad privada en cuanto garantía institucional (art. 33.1 CE), constituye un primer y evidente condicionamiento al ejercicio de tales libertades.

De esta manera, el derecho a la libre elección del domicilio no puede entenderse como derecho a fijar el domicilio en el concreto bien que uno desee, sin más, sino como un límite a los poderes públicos en orden a constreñir esa elección por razones distintas a las derivadas de la libre configuración de las relaciones civiles (art. 33 CE), del uso del suelo de acuerdo con el interés general (art. 47 CE) u otras que resulten constitucionalmente admisibles

De este modo, nos encontraríamos ante la privación de un derecho privado, el derecho de uso de una concreta vivienda, consecuencia del incumplimiento de deberes propios de una relación jurídico-privada, la derivada del régimen de propiedad horizontal, que aun cuando va a suponer un condicionamiento al derecho a la libre elección de domicilio no implica, por las razones antes expuestas, una restricción del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad de residencia" (Niega infracción del art 19C)

La sentencia de la AP Barcelona de 25-11-1998 fija con citas a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la acción resolutoria del contrato de arriendo, entonces recogida en los artículos 7.3 y 19.1 LPH, para que proceda su aplicación es preciso:

1) Que se de una actividad, lo que supone cierta continuidad o permanencia de la realización de actos singulares (STS de 2 de diciembre de 1970).

2) Que la actividad sea incómoda, es decir, molesta para terceras personas que habiten o hayan de permanecer en algún lugar del inmueble en el que se desarrolle la actividad (SS TS de 8 de abril de 1965, 18 de enero de 1961, 30 de abril de 1965), esto es, que exista un sujeto pasivo determinado al que la actividad incómoda pueda afectar, siendo-éste las personas que habitan o hayan de permanecer en la misma finca y no personas indeterminadas o inconcretas (SS TS de 7 de octubre de 1964 y 20 de abril de 1965).

3) Que la molestia sea notoria y ostensible, esto es, no basta una pequeña dificultad o trastorno, sino que se exige una dosis de gravedad, una afectación de entidad a la pacífica convivencia jurídica lo que obliga a una ponderación de cada caso concreto (STS de 8 de abril de 1965), teniendo sentado el Tribunal Supremo que la base de la notoriedad está constituida por la evidencia y permanencia en el peligro o en la incomodidad" (S. de 20 de abril de 1967), entendiéndose, asimismo, que en el concepto de actividad notoriamente incómoda debe incluirse aquella actividad cuyo funcionamiento en un orden de convivencia, excede y perturba aquel régimen de estado de hecho que es usual y corriente en las relaciones sociales.

La sentencia de la AP Tarragona de 23-5-02 presta atención para la aplicación de la sanción a los requerimientos efectuados a los demandados por el Presidente de la Comunidad de Propietarios para que cesaran en las actividades molestas, apercibiéndoles del ejercicio de acciones judiciales en caso de no cesar en las actividades mencionadas que fueron sistemáticamente desatendidos, y entiende que procede fijar en un plazo de cuatro meses, atendidas las circunstancias concurrentes, entidad de la infracción cometida y naturaleza y características del negocio, privación de uso de los referidos apartamentos que no afectará a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título.

Aprecia la referida sentencia que la arrendataria demandada de forma reiterada y pese a las quejas de los convecinos, según testimonio de los mismos, que, como también se acredita, ha motivado la intervención policial en más de una ocasión, viene ejerciendo en la finca actividades incómodas para el resto de los ocupantes de la casa y que la masiva afluencia de clientes en ese establecimiento (bar arrendado) produce hasta altas horas de la madrugada, un gran alboroto que imposibilita el sueño y el descanso de los, vecino, por el ruido excesivo que se produce, así como suciedad y residuos de todo tipo alrededor del establecimiento. Y que a los efectos de lo dispuesto en el art. 19 LPH deben entenderse por actividades incómodas todas aquéllas que privan o dificultan a los demás el normal y adecuado uso y disfrute de una cosa o derecho, bien se trate de actos de "emulación" por los que sin producir beneficio alguno al propietario originen un perjuicio a los demás, o bien sean "inmisiones", es decir actividades que desarrolladas por personas dentro del ámbito de su esfera dominical o de su derecho de goce, excedan de los límites de la normal tolerancia proyectando sus consecuencias sobre la propiedad de otros perturbando su adecuado uso y disfrute. Esto sentado es claro que la música o la televisión a un alto volumen en un bar sito en la zona comunitaria, es por si sólo suficiente para que pueda prosperar la acción del art. 19 LPH cuando ese ruido es de tal nivel que perturba el descanso de los restantes propietarios. Por tal motivo confirma la resolución del contrato de arriendo