

Régimen jurídico de las obras de accesibilidad en favor de mayores y discapacitados. Estudio de la reforma de la LPH por Ley 51/2003, de 2 de diciembre

por

DRA. TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora ayudante de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA OBLIGACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE REALIZAR OBRAS DE ACCESIBILIDAD EX ARTÍCULO 10 DE LA LPH:
 1. LA MENCIÓN A LA ACCESIBILIDAD DEL ARTÍCULO 10.1 LPH:
 - 1.1. *La obligación de la comunidad de propietarios ex artículo 10.2 LPH:*
 - 1.1.1. El supuesto de hecho de la norma:
 - 1.1.1.1. Que en la vivienda de uno de los propietarios vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios, personas con discapacidad o mayores de setenta años.
 - 1.1.1.2. Solicitud del propietario.
 - 1.1.1.3. Que la obra solicitada no exceda del coste de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes.
 - 1.1.1.4. Que las obras de accesibilidad sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior.

- 1.1.2. La consecuencia jurídica: Obligación de realizar las obras de accesibilidad:

1.1.2.1. El pago de las obras de accesibilidad y las garantías del crédito comunitario. El artículo 10.5 LPH.

1.1.2.2. Límites del derecho a la realización de obras de accesibilidad a cargo de la Comunidad.

III. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 11, 17 Y 12 LPH:

1. OBRAS NECESARIAS, MEJORAS EXIGIBLES Y NO EXIGIBLES EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD O SIMPLEMENTE OBRAS OBLIGATORIAS Y NO OBLIGATORIAS.
2. ¿EXISTE UNA NOCIÓN ÚNICA DE MEDIDAS DE ACCESIBILIDAD?
3. RELACIONES ENTRE EL ARTÍCULO 11.3 Y EL ARTÍCULO 17.1.^a 3.º:
 - 3.1. *¿La regla del artículo 17.1.^a 3.º LPH es una regla para todo acuerdo de supresión de barreras arquitectónicas o simplemente es una excepción a la regla de la unanimidad?*
 - 3.2. *Posiciones doctrinales acerca de las relaciones entre el artículo 11 y el 17.1.^a 3.º LPH.*
 - 3.2.1. El acuerdo del artículo 11.3 requiere la mayoría del artículo 17.1.^a 3.º
 - 3.2.2. Los artículos 11.3 y 17.1.^a 3.º son dos supuestos diferenciados, radicando la diferencia en la mayoría exigible en cada uno.
 - 3.2.3. El acuerdo del artículo 11.3 debe adoptarse por la mayoría del artículo 17.1.^a 3.º, sin admitir disidentes, pero cabe acuerdo del artículo 11.2 en relación con el artículo 17.3.^a, admitiendo disidencia.
 - 3.2.4. Nuestra tesis sobre las relaciones entre los artículos 11 y 17 LPH.
 - 3.3. *Qué debe entenderse por «acuerdo que implique modificación del título constitutivo o los estatutos» en el artículo 17 LPH.*
4. LA INSTALACIÓN DE ASCENSOR PARA LA SUPRESIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS. ¿ARTÍCULO 17.1.^a 2.º O ARTÍCULO 17.1.^a 3.º?
5. ¿EN FAVOR DE QUE PERSONAS CABE REALIZAR LAS OBRAS NO OBLIGATORIAS DE ACCESIBILIDAD?:
 - 5.1. *Personas discapacitadas y mayores de setenta años?*
 - 5.2. *¿Qué relación jurídica han de tener los beneficiarios de las obras de accesibilidad con el inmueble?*
 - 5.3. *Prueba de la condición de discapacitado o mayor de setenta años.*
- 5bis. INICIATIVA PARA LA REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD NO OBLIGATORIAS.
6. POSIBILIDAD DE EXISTENCIA DE DISIDENTES.
7. POSIBILIDAD DE EXONERACIÓN DE PAGO O DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE REPARTO DE GASTOS POR ACUERDO DE LA JUNTA.
8. EL VETO DEL ARTÍCULO 11.4 Y LA OBLIGACIÓN DE PERMITIR LAS SERVIDUMBRES IMPRESCINDIBLES REQUERIDAS PARA LA CREACIÓN DE SERVICIOS COMUNES DE INTERÉS GENERAL (EN CONCRETO, ESTABLECIMIENTO DEL SERVICIO DE ASCENSOR).
9. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 12 Y DEL ARTÍCULO 17.1.^a LPH.
10. OBRAS A REALIZAR Y LÍMITES DE LAS MISMAS. ¿QUIÉN DEBERÍA CORRER CON EL COSTO DE LAS MISMAS?

I. INTRODUCCIÓN (1)

En fechas recientes ha sido promulgada la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Su Disposición Adicional tercera modifica los artículos 10, 11 y 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, introduciendo por vez primera en esta Ley el concepto de «mayores de setenta años». La reforma impone a las comunidades de propietarios la obligación de realizar a su costa obras de accesibilidad en elementos comunes en favor de dichos mayores de setenta años y de discapacitados, con el límite de que tales obras no excedan del importe de tres mensualidades (en caso contrario, señala la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003, las obras únicamente serán exigibles si han sido aprobadas por acuerdo con la mayoría correspondiente). La reforma da lugar, a su vez, a una nueva problemática: la correcta interpretación y coordinación de los artículos 10, 11 y 17.1.^a 3.^º LPH.

Es posible señalar los siguientes precedentes de la reforma:

En su redacción originaria, el artículo 16.1.^a de la Ley 49/1960 preveía la necesidad de unanimidad para aquellos acuerdos que implicasen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos. A dichos efectos se entendía por modificación cualquier alteración de la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes, en tanto que afectaban al título constitutivo y debían someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. No era sencilla, pues, la modificación de los elementos comunes, ni en concreto la supresión de barreras arquitectónicas o la instalación de ascensor. «No obstante, en la práctica, la jurisprudencia venía admitiendo una interpretación flexible..., de la unanimidad exigida por el artículo 16 LPH, en especial cuando las obras a realizar eran proporcionadas, justificadas y no causaban perjuicio colectivo notorio [y se admitía además la exención de pago de los disidentes] rechazando de plano cualquier abuso de derecho [esto es, abuso del voto que cada propietario podía poner al acuerdo como consecuencia de tener que adoptarse por unanimidad]» (2). A esta interpretación flexible se refiere la sentencia de 26 de febrero de 2002, de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1.^a (SP/SENT/36639) (2bis) cuando afirma: «La moderna jurisprudencia del TS, vigente incluso la anterior redac-

(1) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2004-02771, «Los mayores: estudio sobre su capacidad y libertad de obrar», financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y dirigido por el Catedrático de Derecho Civil de la UCM, don Joaquín RAMS ALBESA.

(2) TUSÉT DEL PINO, Pedro, *Condiciones que deben cumplir las edificaciones para el acceso de minusválidos según la ley*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S. A., Barcelona, 2003, pág. 66.

(2bis) SP: Sepín.

ción del artículo 11 y 16.1 de la LPH, rechazaba su tesis y flexibilizaba la instalación de los ascensores en las comunidades en una interpretación acorde a la realidad social (art. 3.1 CC), sujetando su instalación al régimen de mayorías, sin necesidad de hacer uso retroactivo de la reforma de dicha Ley [se refiere a la reforma de 1990 de que hablaremos a continuación]. A tal efecto pueden citarse las sentencias del TS de 17 de diciembre de 1999 y singularmente la de 22 de noviembre de 1999 (3), que recoge la doctrina sentada por las sentencias de 13 de julio de 1994 (4) y 5 de julio de 1995». La regla, pues, de la

(3) STS de 22 de noviembre de 1999 (Ar. 8223). «Desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia que había declarado que bastaba el acuerdo mayoritario de propietarios para poder instalar el ascensor en el inmueble, razonando el Alto Tribunal que el motivo del recurso olvida que se trata de una finca de cinco plantas y terraza, dividida cada planta en dos viviendas, excepto la última que contiene cuatro, con una alzada de más de 21 metros desde la acera, que seis de los propietarios son septuagenarios, y que según el acuerdo adoptado se exonera de pago para la instalación del ascensor a los titulares no interesados en el servicio y, porque «la doctrina jurisprudencial contenida, aparte de otras, en las sentencias de 13 de julio de 1994 y 5 de julio de 1995, [RJA 1995, 5463] respecto a la interpretación de las leyes, con criterios de adaptación a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, que autoriza el artículo 3 del Código Civil, ha prescindido de la necesidad de acuerdo unánime en situaciones como las ahora enjuiciadas, mediante la interpretación integradora de la norma 1 del artículo 16, en su antigua redacción, sin necesidad de aplicar retroactivamente la nueva normativa sobre propiedad horizontal» (FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000*, Tomo II, José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 2002, pág. 1098).

(4) STS de 13 de julio de 1994. [RJA 1994, 6435] Se parte de los siguientes hechos:

«A) Que es obvio que la ejecución a realizar, consistente en la instalación de un aparato elevador, al igual que otro tipo de obras tales como la colocación de una rampa de acceso a la vivienda, eliminan o suprimen la barrera arquitectónica identificada por la presencia de la escalera como medio único de entrada al edificio y dentro de él a cada una de sus dependencias, en tanto se crea una vía alternativa que favorece la adecuada movilidad dentro del inmueble y permite que las personas con minusvalía entren fácilmente al edificio, salgan sin impedimento de él y puedan desplazarse en su interior en condiciones más favorables. B) Que ha de entenderse probada la existencia dentro del inmueble de diversas personas con padecimientos físicos y psíquicos que los colocan en situación fáctica y jurídica de minusvalía. C) Que la prueba practicada, demuestra que *la ejecución de la obra proyectada, que autorizaron todos los copropietarios excepto los demandantes, no les irroga perjuicio alguno* cifrado en la reducción del tramo de escalera, disminución del rellano o de la luminosidad del descansillo y tampoco su capacidad económica se ve mermada por el costo de las tareas propias de la instalación del ascensor, al haber acordado los asistentes a la junta eximirles del pago de aquéllas, sin que su mantenimiento se traduzca en el incremento de las cuotas de comunidad que abonan los actores, en virtud de lo que establece el artículo 10 de la LPH, párrafo 2.º Por el contrario resulta probado que los apelantes van a beneficiarse del uso del ascensor cuya instalación se pretende sin limitación alguna, al igual que el resto de los comuneros con las ventajas que la nueva situación comporta.

Y basándose en estos hechos, razona:

1. Que si bien es cierto que la redacción del artículo 16.1.º de la LPH, aplicable al caso de autos, exigía el consentimiento unánime de los condueños para las obras que,

unanimidad, como señala LASARTE sigue siendo objeto de interpretación correc-tora por parte de la jurisprudencia (5).

La Ley 3/1990, de 21 de junio, por la que se modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal para facilitar la adopción de acuerdos que tengan por finalidad la adecuada habitabilidad de minusválidos en el edificio de su vivienda, introdujo en el artículo 16.1.^a una *addenda*, en cuya virtud, incluso en el caso de que afectasen al título constitutivo, cuando los acuerdos tuvieran por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulta-sen el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía, bastaría el voto de

como la de instalación *ex novo* de un aparato elevador suponía una alteración de los elementos arquitectónicos y comunes del inmueble, también lo es que esta norma, ..., *debe ser interpretada de acuerdo con un criterio sociológico propio del momento en que tanto la aplicación de la norma como la función hermenéutica de los tribunales que la interpretan, tiene lugar, para lo que debe partirse de la finalidad teleológica de la norma en cuestión.*

2. *Que, si se atiende a tal finalidad, habrá de convenirse que la que subyacía en la del número 1 del artículo 16, y ello tanto en su redacción antigua como en la actual, no aplicable al caso que estudiamos, por carecer de efecto retroactivo la disposición legal que modificó el repetido artículo 16, era la protección de los intereses legítimos de todos y cada uno de los copropietarios y respecto a su potestad jurídica que se extendía, no sólo al dominio de su parte privativa, sino también al condominio sobre las partes comunes, protección que tendía, lógicamente, a evitar que una simple mayoría de condueños pudiera acordar arbitrariamente, modificaciones de esos elementos comunes, que a todos y, en forma pro indivisa, corresponden.*

3. *Que, en el supuesto de autos, la voluntad abrumadoramente mayoritaria de los condueños, sin otras excepciones que las de los hoy recurrentes, acordó una modificación que en forma alguna podrá reputarse arbitraria, sino, por el contrario, acorde a la esencia del derecho, en cuanto que, sin infringir daño ni perjuicio alguno a los mismos —recuérdese que incluso se les condonaron, no solamente los costos del elevador, sino también los que en el futuro ocasione su mantenimiento, y ello, pese a su posibilidad de utilizar el indicado elevador— supone una mejora general para los propietarios de la finca, y, lo que también es importante, comporta una acción igualitaria de las condiciones de vida de quienes, por su condición de minusválidos, se hallaban dificultados para el acceso a la vivienda que habitaban en el calendado inmueble.*

4. Que, como consecuencia de ello, una interpretación integradora de la norma del número 1 del artículo 16 LPH, en su antigua redacción, nos lleva a estimar correcta la labor hermenéutica de la Sala, entendiendo suficiente para la erección del elevador la mayoría obtenida en la junta y ello, sin necesidad de aplicar retroactivamente la nueva normativa, ni aun tampoco de tipificar la actuación de los recurrentes como un ejercicio abusivo de su derecho —posición ésta de la que, sin embargo, cabe decir, no se hallan muy distantes los actores recurrentes—» (FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios..., Tomo II., op. cit.*, págs. 1097 y 1098).

La sentencia, por lo tanto, no se fundamentó en la doctrina del abuso de derecho sino en una interpretación sociológica y teleológica del artículo 16.1.^a LPH 1960. Sí se basó en la doctrina del abuso de derecho la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994 (AC 1994, 846), citada por TUSSET DEL PINO (TUSSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, pág. 69).

(5) LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil*. Tomo Cuarto. *Propiedad y Derechos reales de goce*, 5.^a ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona, 2005, pág. 209.

las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representan las tres quintas partes de las cuotas de participación.

Con posterioridad se ha dictado la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad. Esta última Ley, no modifica la LPH, ni deroga la citada Ley 3/1990. Sin embargo altera fundamentalmente el tema ahora contemplado: las personas con minusvalía física o los mayores de setenta años, aunque a su costa (art. 7), si cumplen los requisitos legalmente establecidos, tienen derecho a realizar las obras tendentes a la eliminación de las barreras arquitectónicas aunque no cuenten con mayoría en la comunidad de propietarios (6).

Por Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, se alteró profundamente el régimen de toma de acuerdos (art. 17). Expresamente, y como excepción a la regla de la unanimidad, se permitió establecer o suprimir servicios comunes de interés general (entre ellos el de ascensor), incluso cuando supongan modificación del título constitutivo o de los estatutos, por 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 artículo 17.1.^a 3.^º se incorporó una regla específica sobre supresión de barreras arquitectónicas: «La realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación».

Con fecha 19 de julio de 2002 se publicó en el BOCG una proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, «Reguladora de la eliminación de las barreras arquitectónicas para los minusválidos físicos en la propiedad horizontal» y que fue rechazada el 17 de septiembre de 2002. Dicha proposición preveía una nueva redacción del artículo 17.1.^a 3.^º para hacer más flexible la eliminación de las barreras arquitectónicas que afectan a los discapacitados en las comunidades de vecinos (7) (8).

Finalmente, el 23 de mayo de 2003, fue aprobado un Proyecto de Ley de Igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, que tras su tramitación parlamentaria dio lugar a la Ley 51/2003,

(6) *Op. cit.*, pág. 210.

(7) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), *Guía práctica de propiedad horizontal*, Sepín, Editorial Jurídica, Madrid, 2004, pág. 150.

(8) MAGRO SERVET, Vicente, «Repercusión en la Ley de Propiedad Horizontal del Proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades», en *Diario La Ley*, núm. 5797, año XXIV, 6 de junio de 2003, pág. 1597.

de 2 de diciembre. De las enmiendas presentadas solamente se incorporó a la redacción final del artículo 10 LPH la número 114, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, la cual ampliaba la legitimación para exigir las obras de accesibilidad a los propietarios en cuya vivienda o local presten servicios altruistas o voluntarios discapacitados o mayores de setenta años (9).

La reforma de la LPH tiene efectos beneficiosos tanto para los discapacitados como para los ancianos. Permitirá que los edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal que no son de reciente construcción, reúnan o, por lo menos, mejoren, las condiciones de acceso a los mismos y de movilidad en su interior, de modo que los discapacitados puedan manejarse por sí mismos, con independencia, evitando así su reclusión en el domicilio y una dependencia excesiva de los familiares o amigos, favoreciendo al mismo tiempo su sociabilidad. Respecto de los ancianos hay que tener en cuenta que el envejecimiento de los habitantes de una casa tiene como consecuencia la aparición de barreras arquitectónicas en la misma (10). Así una escalera que era medio normal de acceso del adulto o ciudadano medio, puede devenir una barrera arquitectónica para personas más viejas, barrera importante si tenemos en cuenta que los accidentes constituyen la quinta causa de muerte en España; que de ellos, *el 66 por 100 son caídas, de las cuales el 75 por 100 se producen en gente mayor de sesenta y cinco años; que la mayoría de esas caídas se producen en lugares cerrados durante la realización de actividades habituales y que según el Estudio ICARE, de las caídas en el domicilio, el 60 por 100 se produce en las escaleras* (11). La reforma, pues, puede contribuir en

(9) El Texto del Proyecto de Ley preveía la siguiente redacción para el artículo 10.2 de la LPH: «Asimismo, la comunidad, *a instancia de los propietarios en cuya vivienda viven o trabajen personas mayores de setenta años o con discapacidad*, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes».

El Grupo Parlamentario Popular propuso la redacción que finalmente ha incorporado el texto de la Ley para el artículo 10.2 LPH. Como justificación de la enmienda se afirmaba: «Se considera conveniente la inclusión, entre las personas legitimadas para exigir obras de accesibilidad, a las personas con discapacidad, miembros de fundaciones o asociaciones o que prestan servicios altruistas o voluntarios en viviendas no accesibles, y que no son trabajadores por cuenta propia o ajena. Estas personas, con la actual redacción del Proyecto, quedarían fuera del ámbito de la reforma» (BOCG. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. 2 de julio de 2003, núm. 152-5). La redacción final no reconoce a tales personas legitimación para exigir las obras, pero si contempla como hemos señalado antes, que el propietario en cuya vivienda desarrolle tales actividades pueda exigirlas. Para poder exigir las obras en favor de miembros de fundaciones o asociaciones será preciso que desarrollen servicios altruistas o voluntarios.

(10) GARCÍA BARREIRO, G. M.^a y otros, «El mayor y su casa. Barreras arquitectónicas», en *Gerokomos*, vol. 15, núm. 3, septiembre de 2004, pág. 140.

(11) *Op. cit.*, pág. 141.

algo a la evitación de caídas en las escaleras del domicilio. Igualmente contribuye al mantenimiento de la autonomía e independencia del anciano y facilita que pueda permanecer en su entorno el mayor tiempo posible, postergando o evitando su entrada en centros geriátricos. Asimismo favorece el que el anciano reciba cuidados en el domicilio, eludiendo la hospitalización, cuidados que son en general más humanos además de tener menos riesgos para los ancianos (12).

La realización de las obras de accesibilidad tiene su justificación, pues, en el beneficio que reporta para los mayores y los discapacitados. Pero a esa justificación hay que añadir que la situación de discapacidad o de movilidad reducida es una situación que, en mayor o menor medida, antes o después, es susceptible de afectar potencialmente a la práctica totalidad de la población (13). En cuanto a la vejez, con sus trastornos senescentes, es una situación que, más aún, inevitablemente afectará a la población salvo casos de muertes prematuras.

Las obras de accesibilidad que entran en el ámbito de la reforma pueden ser muy variadas: instalación de un portero automático o un teléfono en la portería del inmueble para poder comunicarse el discapacitado con el portero o conserje; la adaptación del portal; la instalación de rampa en el edificio (14); la instalación de pasamanos en las paredes del pasillo, debiendo ser de sección circular de 1,9 cm de diámetro, e instalados a los 65 cm de altura en caso de silla de ruedas, y a los 97,5 cm para el resto de las personas (15); la colocación del portero automático a una altura que permita su uso por quien se mueve en silla de ruedas; la instalación de ascensor, en finca que carecía de tal servicio, equipado con puertas correderas automáticas, con mandos situados a la altura del usuario si van a ser usados por personas en silla de ruedas, con capacidad para transportar una silla de ruedas de tipo normalizado y con pasamanos a lo largo de todo el perímetro del ascensor (16); la instalación de elevadores mecánicos de sillas de ruedas; ensanchar las puertas del portal (17); suprimir puertas de ascensores que no sean auto-

(12) Cfr. GARCÍA BARREIRO, G. M.^a y otros, «El mayor...», *op. cit.*, pág. 142. NICOLÁS DUEÑAS, M., «El valor del domicilio como recurso para la salud», en *Gerokomos*, vol. 12, núm. 2, abril de 2001, pág. 75.

(13) Cfr. TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, pág. 54.

(14) DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDAZ, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS. *Curso de Derecho Civil*. Vol. III. De-rechos reales. Colex. Madrid, 2004, pág. 228; FUENTES LOJO, Apéndice a la obra *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*. José M.^a Bosch Editor, Barcelona, 2004, pág. 207.

(15) GARCÍA BARREIRO, G. M.^a, y otros, «El mayor...», *op. cit.*, pág. 142.

(16) *Op. cit.*, pág. 143.

(17) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, *Ley de Propiedad Horizontal*, Londonbil, S. L., Madrid, 2004, pág. 69.

máticas y otras adaptaciones del ascensor; apertura de una nueva puerta de acceso en la fachada del inmueble con rampas que conduzcan hasta la misma para salvar un tramo considerable de escaleras que deben subirse antes de llegar al portal... Cuál sea el régimen jurídico a que se sujetan estas obras es algo que trataremos de desentrañar en el presente trabajo.

II. LA OBLIGACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE REALIZAR OBRAS DE ACCESIBILIDAD EX ARTÍCULO 10 DE LA LPH

Como decíamos antes, el artículo 10 LPH ha sido reformado por la Ley 51/2003. Tras ella, «el precepto sigue refiriéndose a la obligación de la comunidad de realizar las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, pero ahora se añade en su número 1 una referencia expresa a la accesibilidad al decir: “de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, *accesibilidad* y seguridad”. A ello se añade una nueva obligación de la comunidad en el número 2... Los anteriores números 2, 3 y 4 del artículo 10 [en su redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal] pasan a ser ahora los números 3, 4 y 5, cuyo tenor literal es idéntico, con una salvedad en el número 5, que ahora dice: “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 artículo 9 para los gastos generales”» (18).

Veamos, pues, detenidamente, cómo han de entenderse las reformas introducidas.

1. LA MENCIÓN A LA ACCESIBILIDAD DEL ARTÍCULO 10.1 LPH

La doctrina considera que las obras necesarias para la accesibilidad a que se refiere el artículo 10.1 son las descritas en el artículo 10.2 (19). Sin duda alguna, esta interpretación es correcta. Pero el artículo 10.1 no se refiere

(18) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad en los nuevos artículos 10, 11 y 17.1.^a de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 51/2003, de 2 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, 5, 51, 2004, pág. 4.

(19) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, 7.^a ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2005, pág. 142. DE LA ROCHA, Ernesto, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *La ley de Propiedad Horizontal. Normativa. Formularios a ella y a los trámites legales*. Granada, 2004, pág. 80. MAGRO SERVET, Vicente, «Repercusión...», *op. cit.*, pág. 1598.

exclusivamente a tales obras. También son obligatorias para la comunidad las obras de mantenimiento y reparación ordinaria o extraordinaria de los elementos de accesibilidad que trajese originariamente la finca (puerta de entrada, portal, escaleras, rellanos, pasillo, corredores, distribuidores, ascensores y rampas). En realidad, tales obras ya se entendían comúnmente incluidas entre las obras de conservación necesarias para que la finca reuniese las debidas condiciones estructurales de habitabilidad, y desde la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, artículo 3.1.a), expresamente se había establecido que los edificios deberán «proyectarse, construirse (20), mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos... [de] accesibilidad» (21), por lo que la inclusión de la nueva mención en el artículo 10.1 podría parecer redundante. Sin embargo, disipa dudas al respecto (22).

También parece hacer mención el artículo 10.1 a las obligaciones que puedan tener las comunidades de propietarios derivadas del cumplimiento de unas condiciones básicas de accesibilidad. Nos referimos a la previsión de la Disposición Final 9.^a de la Ley 51/2003, según la cual en el plazo de dos años desde su entrada en vigor (4 de diciembre de 2003), el Gobierno aprobará unas condiciones básicas de accesibilidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y las edificaciones, que serán obligatorias en el plazo de cinco a siete años desde dicha entrada en vigor para los espacios y edificaciones nuevas, y en el plazo de quince a diecisiete años para todos aquellos edificios existentes que sean susceptibles de ajustes razonables (FUENTES LOJO y GÓMEZ CALLE) (23) (24).

(20) La LOE prevé la aprobación de un Código Técnico de la Edificación (Disposición Final segunda y art. 3.2) que establezca las exigencias básicas de calidad de los edificios y de sus instalaciones de forma que se permita el cumplimiento de una serie de requisitos básicos de la edificación, entre ellos, la accesibilidad. Dicho Código Técnico ha sido recientemente aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación. *BOE* de 28 de marzo de 2006 (corrección de errores, *BOE* de 25 de enero de 2008).

(21) «De tal forma que se permita a las personas con movilidad reducida el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica».

(22) Cfr. MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 687, enero-febrero de 2005, págs. 99 y 100. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 5.

(23) GÓMEZ CALLE, Esther, «El régimen jurídico de las innovaciones en la propiedad horizontal», en *ADC*, enero-marzo de 2004, pág. 121.

(24) Recientemente, aunque con retraso sobre el calendario previsto, se ha publicado el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones (*BOE* de 11 de mayo de 2007). La Disposición Final 5.^a del citado Real Decreto, ajustándose a los plazos fijados en la Disposición Final 9.^a de la Ley 51/2003 para la obligatoriedad de las condiciones básicas de accesibilidad, prevé que tales condiciones «serán obligatorias a partir del día 1 de enero de 2010 para los espacios públicos urbanizados nuevos y para los edificios

Para realizar las obras de mantenimiento y reparación ordinaria o extraordinaria de los elementos de accesibilidad que trajese originariamente la finca, según DOMÍNGUEZ LUELMO bastaría el acuerdo del artículo 17.3.^a LPH (25). Sin embargo, aplicando doctrina que LOSCERTALES FUERTES formula para las obras de conservación en general, el acuerdo debería sujetarse a las reglas del artículo 17.1.^a, 2.^a y 3.^a LPH, según los casos, tesis que estimamos es la acertada, pues parece conveniente que la mayor o menor transcendencia de las obras marque la necesidad de una u otra mayoría para el acuerdo que apruebe su ejecución (26).

También se incluiría en este artículo 10.1, las obras de rehabilitación, «siempre que su objeto sea mantener, reponer o adaptar el edificio a las condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad que sean exigibles. En este punto habrá que tener en cuenta además la normativa existente sobre calidad de las edificaciones [LOE y normativa autonómica sobre calidad de la edificación]. Este tipo de obras, a diferencia de las de mera conservación o reparación, pueden obligar a introducir novedades en las cosas...» (27).

No existe, sin embargo, una obligación de acometer *obras generales de accesibilidad*, con independencia de su coste, si son exigidas por cualquier propietario sin discapacidad o por un propietario con discapacidad pero con finalidad distinta de adecuar los elementos comunes a su concreta discapaci-

nuevos, así como para las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que se realicen en los edificios existentes y a partir del día 1 de enero de 2019 para todos aquellos espacios públicos urbanizados y edificios existentes que sean susceptibles de ajustes razonables».

Ahora bien, la labor legislativa en esta materia no está completa, ya que *falta el desarrollo de esas condiciones básicas* (que se prevé serán incorporadas con el carácter de exigencias básicas de accesibilidad universal y no discriminación a la Parte I del Código Técnico de la Edificación), *mediante el correspondiente Documento Básico* (también a incorporar en la Parte II del referido Código), *que tendrá en consideración el uso previsto y las características del edificio y de su entorno, así como el tipo de obra, de nueva planta o sobre edificación existente* (art. 1.3 del Real Decreto 505/2007). Por otro lado, la Disposición Final 6.^a del Real Decreto 505/2007 prevé que «*las acciones y omisiones que supongan una vulneración de lo establecido en las condiciones básicas... que se aprueban en virtud del presente Real Decreto, serán sancionadas de conformidad con lo previsto en la Disposición Final 11.^a de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre*». Esta Disposición prevé que «*el Gobierno, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor [de la Ley 51/2003], remitirá a las Cortes un proyecto de ley que establezca el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad*». A estos efectos, el pasado 17-XII-2007 se publicó en el *BOE* la «*Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*», que entró en vigor el 27-III-2008.

(25) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «*Las obras de accesibilidad...*», *op. cit.*, pág. 5.

(26) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal...*, 7.^a ed., *op. cit.*, pág. 142.

(27) DOMÍNGUEZ LUELMO, «*Las obras de accesibilidad...*», *op. cit.*, pág. 5.

dad, frente a unas *obras de accesibilidad particulares* que serían las del 10.2, interpretación que RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT (28) califica de absurda. La ley habla exclusivamente de obras necesarias para la *conservación* del inmueble, de modo que éste reúna las debidas condiciones *estructurales* de accesibilidad. Luego se trata de *mantener* lo que ya existe, *rehabilitar* y acomodar lo existente a exigencias legales ya vigentes o *acomodar en el futuro* la edificación a las condiciones básicas de accesibilidad que se establezcan. No existen otras obligaciones.

En este sentido, no sería correcto el planteamiento de la SAP de Sevilla, Sección 5.^a, de 25 de mayo de 2004 (SP/SENT/59563), en cuanto amplía las obligaciones de los comuneros, más allá de lo que pretende el legislador (arts. 10.1 y 10.2 LPH), por la vía de la habitabilidad (la instalación de una rampa en el portal del edificio es obra que debe reputarse siempre necesaria, dice la sentencia, haya o no personas con minusvalía que residan en el edificio, en cuanto facilitan la habitabilidad del inmueble).

1.1. *La obligación de la comunidad de propietarios ex artículo 10.2 LPH*

Junto a las obras necesarias de conservación, por razón del nuevo artículo 10.2 LPH, la comunidad está obligada a realizar *obras necesarias de accesibilidad por razón de discapacidad o de edad* (29). A estos efectos, dispone el artículo 10.2 LPH lo siguiente:

«Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes».

1.1.1. El supuesto de hecho de la norma

Analizamos a continuación cuáles son las circunstancias de necesaria concurrencia para que surja la obligación de la Comunidad de propietarios:

(28) RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, *La accesibilidad en los edificios sujetos a propiedad horizontal*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pág. 56.

(29) DE PABLO CONTRERAS, Pedro (Coord.), «Curso de Derecho Civil...», *op. cit.*, págs. 227 y 228.

- 1.1.1.1. Que en la vivienda de uno de los propietarios vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad o mayores de setenta años

Lógicamente si el mayor o discapacitado que vive, trabaja o presta servicios altruistas en el edificio es el propio propietario del espacio privativo, también surgirá la legitimación para pedir las obras.

Siguiendo a MAGRO SERVET consideramos que, en todo caso, debe haber una relación de permanencia para que surja la legitimación para instar la ejecución de las obras (30). Es decir, el vivir, trabajar o prestar servicios altruistas debe entrañar una estabilidad y una vocación de inmutabilidad hacia el futuro.

El término «vivan», que utiliza la ley, plantea varias cuestiones. La primera, si las personas con discapacidad o mayores de setenta años han de «vivir simplemente» en el departamento o «vivir con el propietario». Lo primero supondría ampliar la obligación de la comunidad para con arrendatarios, subarrendatarios, usufructuarios o titulares de otros derechos reales que impliquen uso de la vivienda, y las personas que viven con ellos (31). Lo segundo restringe el ámbito de la obligación de la comunidad a personas que *compartan techo con el propietario* (32). Es de notar que el artículo 10.2 afirma: «asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios *en cuya vivienda vivan...*», no en cuya «finca» o «piso» o «espacio privativo» viven, luego está suponiendo claramente que el departamento es *también vivienda del propietario*, y por lo tanto, *techo común del propietario y del discapacitado o anciano, que parece que deberá ostentar alguna relación de parentesco con el propietario, pues en la realidad ésta será la situación más frecuente*. Resulta, por lo tanto, que tiene menor base legal la interpretación primera a que hemos hecho referencia. No obstante, tratándose de arrendamientos de larga duración o de usufructuarios vitalicios o por largo período de tiempo, su situación es equiparable a la del propietario, cayendo dichos supuestos dentro del ámbito de aplicación de la norma (aunque la legitimación para instar las obras será del propietario).

Cabe preguntarse asimismo si bastará para llenar el supuesto de hecho de la norma que se produzcan estancias más o menos prolongadas del anciano o discapacitado en la vivienda, pero sin intención de vivir permanentemente en ella o meras visitas ocasionales. Ante esta cuestión hay que afirmar otra vez con MAGRO SERVET, que para que surja la legitimación

(30) MAGRO SERVET, Vicente, «Repercusión...», *op. cit.*, pág. 1598.

(31) Por esta interpretación opta MORETÓN SANZ (MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, pág. 102).

(32) Así, MAGRO SERVET (MAGRO SERVET, Vicente, «Repercusión...», *op. cit.*, pág. 1598).

para pedir las obras debe darse una relación de permanencia (33). Es preciso, por lo tanto, que la vivienda sea el *lugar de residencia habitual* del anciano o discapacitado y *que exista la intención de permanecer residiendo en dicho lugar de modo permanente o indefinido* (todos estos extremos deberán probarse), no pudiendo solicitar unas obras para una persona que resida solo temporalmente en la vivienda (caso, por ejemplo, de una residencia de verano).

Menos aún para el caso de recibir el titular del piso meras visitas esporádicas o circunstanciales del anciano o discapacitado. En este sentido se pronunció la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a), de 31 de enero de 2003, para un caso subsumible en la Ley 15/1995, de 30 de mayo (34).

Respecto de la prueba de los extremos mencionados anteriormente, la SAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 28 de septiembre de 2002, no considera suficiente el dato del empadronamiento y habla incluso de la poca fiabilidad del padrón municipal para acreditar la efectiva residencia. Habrá casos en los que, efectivamente, el dato del empadronamiento no sea suficiente y deba recurrirse a otros medios de prueba: testimonio de vecinos o del portero de la finca, acta de notoriedad, presentación de recibos de agua, luz, teléfono que evidencien que a partir de cierta fecha (coincidente con el traslado del discapacitado o anciano a la finca) se ha producido un incremento de los gastos correspondientes que dura en el tiempo hasta el presente, etc.

Por «trabajen» hay que entender la existencia de una relación laboral *indefinida* o equivalente (35). El espacio privativo en que se desarrolle podrá, en este caso, coincidir o no con la vivienda del propietario (la LPH se dirige

(33) Cfr. MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 150.

(34) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 7.

(35) Habrá que tener presente las especialidades existentes desde el punto de vista laboral para las condiciones de trabajo por cuenta ajena, de un trabajador que ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación (sesenta y cinco años), y reúne los requisitos para causar derecho a la pensión, pero decide continuar en activo prestando servicios para su empresa mediante la *transformación de su contrato en uno a tiempo parcial*, acudiendo a la vez a la jubilación parcial y un trabajador que ya ha causado derecho a la pensión de jubilación pero decide reincorporarse a la vida activa (GARCÍA TRASCASAS, Ascensión, «Mayores y trabajo asalariado: de la jubilación forzosa a la prolongación de la vida activa», en ALONSO PÉREZ, M.; MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M.^a y REGUERO CELADA, J., *Protección jurídica de los mayores*. La Ley, Madrid, 2004, pág. 532). En este último caso quien se había desvinculado totalmente de la actividad laboral vuelve a incorporarse al sistema productivo *dentro de los límites de jornada a que se refiere el artículo 12.6 TRET*, compatibilizando el salario correspondiente y la pensión que ya recibía, minorada en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable, en los términos señalados en el artículo 12.1 TRET (GARCÍA TRASCASAS, Ascensión, «Mayores...», *op. cit.*, pág. 536).

a regular los edificios sujetos a dicho régimen, estén destinados a vivienda o a un uso distinto de vivienda, por lo que no habrá que interpretar literalmente la expresión «en cuya vivienda... trabajen», cosa que, sin embargo hace RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT) (36). MAGRO SERVET señala que el discapacitado o mayor de setenta años ha de trabajar *con* el propietario (37). RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT entiende que el trabajo ha de hacerse en favor del propietario o personas que viven con él (38). Convenimos con los dos autores. En efecto, será preciso que la relación laboral se tenga con el propietario, y por lo tanto se trabaje *para él*, o bien será preciso que se trabaje *con* el propietario (como socio de su despacho de abogados, por ejemplo). Lo que no cabrá es que se trabaje *para o con* alguien *distinto* del propietario, lo cual podría acontecer en el caso de que el propietario tenga arrendada su finca a una empresa. No parece equitativo, en tal supuesto, que el propietario reciba los beneficios del arrendamiento, y al mismo tiempo pueda estar legitimado para imponer a la comunidad de propietarios unas obras en beneficio de un extraño que ninguna relación tiene con él.

En cuanto al «prestar servicios altruistas o voluntarios» hay que señalar que dichos servicios deben desarrollarse con carácter indefinido y no temporal o esporádico, en términos análogos a la relación de trabajo indefinida. Para que pueda acreditarse que se prestan esos servicios será preciso que haya transcurrido un tiempo razonable desde el inicio de la prestación, durante el cual se hayan venido llevando a cabo con regularidad.

Por servicio altruista hay que entender acción de beneficencia en favor de terceros, según las correspondientes definiciones del DRAE (39). Respecto de los servicios voluntarios cabe acudir a las definiciones de los artículos 3, 4 y 5 de la Ley 6/1996, de 15 de enero, reguladora del Voluntariado Social (40). Aunque a efectos de dicha Ley quedan excluidas «las actuaciones voluntarias aisladas... *prestadas al margen de organizaciones públicas o privadas sin ánimo de lucro, ejecutadas por razones familiares, de amistad o buena vecindad*», entendemos que no lo están a efectos del artículo 10 LPH, pues tales actuaciones se englobarían en el concepto «servicios altruistas» y pueden justificar con mayor legitimidad que otro tipo de actuaciones la realización de obras de accesibilidad. Piénsese, por ejemplo, en el

(36) Cfr. RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, *La accesibilidad en los edificios sujetos a propiedad horizontal*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, págs. 88 y 89.

(37) MAGRO SERVET, Vicente, «Repercusión...», *op. cit.*, pág. 1598.

(38) Cfr. RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, «La accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 88.

(39) Altruista: que profesa el altruismo.

Altruismo: Esmoro y complacencia en el bien ajeno, aún a costa del propio y por motivos puramente humanos (DRAE 1970).

(40) Como apunta RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT (RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, «La accesibilidad...», *op. cit.*, págs. 89 y 90).

caso de un mayor de setenta años que cuida diariamente de sus nietos o de otro mayor.

Como en el caso de trabajar, los servicios altruistas o voluntarios podrán prestarse en la vivienda del propietario o en su departamento destinado a uso distinto del de vivienda pero, en todo caso, *a favor* del propietario o parientes que viven con él o *con* el propietario. Es decir, legitimará para solicitar las obras de accesibilidad el realizar servicios altruistas o voluntarios *con* la asociación o fundación *propietaria* del departamento. Pero no se generará el derecho a la realización de obras de accesibilidad si los servicios altruistas o voluntarios se prestan en favor de una asociación o fundación que es *arrendataria* del local o vivienda en régimen de propiedad horizontal. El motivo es el mismo que esgrimímos anteriormente.

Consecuencia de lo dicho hasta ahora es que no bastaría demostrar simplemente que se es socio de la asociación sin ánimo de lucro para la cual se prestan los servicios, por ejemplo. Igualmente habrá que probar la intención de la asociación, fundación, etc., de tener el espacio privativo permanentemente vinculado a la actividad que desarrolla el discapacitado o anciano.

Réstanos analizar qué deba entenderse por «personas con discapacidad, o mayores de setenta años». ILLESCAS RUS (41) y LOSCERTALES FUERTES (42) remiten, en cuanto a las personas con discapacidad, al artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre. En efecto, parece que las cosas han de ser así, pues la reforma en la LPH ha sido introducida por la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 51/2003, la cual señala en su artículo 1.2 que «a los efectos de esta ley [y por lo tanto, a los efectos de la Disposición Adicional 3.^a] tendrán la consideración de personas con discapacidad aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». Términos que, en lo que a nosotros interesa, reitera el artículo 1 del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de personas con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

(41) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo, 2004. SP/DOCT/1924, pág. 6.

(42) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Doctrina y jurisprudencia*. 8.^a ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006, pág. 138.

Por personas con discapacidad habrá que entender, pues, los que tienen *reconocido administrativamente* al menos un grado de minusvalía igual al 33 por 100 (43) y los pensionistas referidos (44).

Dice LOSCERTALES FUERTES que «aparte de las personas discapacitadas a que hace referencia el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, el nuevo artículo 10 de la LPH determina la equiparación de los mayores de setenta años y entiendo que habrá también que añadir aquellos que les corresponda por la Ley 15/1995» (45). Ahora bien, respecto de estos últimos *no tiene por qué incluirseles, dado que estamos ante dos leyes distintas, cada una con su propio ámbito de aplicación y sus propios requisitos*. En cuanto a los mayores de setenta años no se benefician *igualmente aunque se hallen en buen estado físico*, como opinan Juan GARAY y Miren GARAY (46), sino que deberán probar la *incomodidad que padecen y que les dificulta el acceso a su vivienda*. Así se desprende del tenor literal del artículo 10.2, que predica la discapacidad tanto de las personas con discapacidad como de los mayores de setenta años al decir que la comunidad «vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para *un uso adecuado a su discapacidad [la del discapacitado o la del mayor de setenta años] de los elementos comu-*

(43) El reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía se articula en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. En él se establece un procedimiento tipo sometido a las prescripciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, con las especialidades previstas en el reglamento en cuestión y en su Orden de desarrollo (Orden de 2 de noviembre de 2000). La declaración de minusvalía es competencia de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a las que se haya transferido las funciones en materia de calificación del grado de minusvalía o del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO). El tiempo que medie entre la petición en regla y la resolución no puede superar los tres meses. Disposición 5.^a de la Orden de 2 noviembre de 2000 (MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, págs. 66, 67 y 68 y nota 13).

(44) El artículo 2 del Real Decreto 1414/2006, dictado en aplicación de lo previsto en el artículo 1.2 *in fine* de la Ley 51/2003 establece que: «a los efectos de lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, el grado de minusvalía igual al 33 por 100 se acreditará mediante los siguientes documentos:

A) Resolución o certificado expedido por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.

B) Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

C) Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

A estos efectos, en ningún caso será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente para acreditar el grado de minusvalía igual al 33 por 100 de los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 de este Real Decreto [pensionistas a que nos hemos referido antes en el cuerpo del texto].

(45) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal...*, 8.^a ed., *op. cit.*, pág. 138.

(46) GARAY G., Juan y GARAY D., Miren, *Ley de Propiedad Horizontal*, Londonib, S. L., Madrid, 2004, pág. 69.

nes» (47). Para que surja pues, la obligación de la comunidad de propietarios de realizar las obras de accesibilidad, no basta con que se acredite la edad del mayor sino que es preciso acreditar la incomodidad que padece, pero bastando para ello, por ejemplo, un certificado médico, el testimonio de testigos, la evidencia de su padecimiento... *no siendo preciso el reconocimiento de un grado de minusvalía por la Administración*. No existe, pues, una asimilación absoluta entre toda persona mayor de setenta años y un discapacitado, sino que simplemente la Ley le exonerá al anciano de ostentar un grado de minusvalía de un 33 por 100 y de presentar certificación de la Administración que lo acredite (48). En este sentido, la SAP de Guipúzcoa, de 23 de mayo de 2006 (AC 2007/393) tuvo en cuenta, para considerar legítima la pretensión de la propietaria demandante, viuda de ochenta años, de que se restaurase el servicio de portero electrónico, las dolencias de columna que padecía.

Como la Ley parte de la existencia de una *relación de causalidad* entre la discapacidad o deficiencia del sujeto y las obras que van a realizarse, que precisamente se realizan para subsanar su deficiencia («obras de accesibilidad que sean *necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes*») será preciso que la persona *con grado de minusvalía reconocido tenga otorgado ese grado de minusvalía como consecuencia exclusiva, o por lo menos, concurrente, de una disminución permanente para andar, subir escaleras o salvar barreras arquitectónicas, se precise o no el uso de prótesis o de silla de ruedas*. Igualmente, los pensionistas referidos deberán acreditar no el simple hecho de tener reconocida una pensión de las señaladas, *sino que su situación de incapacidad permanente o jubilación tiene causa exclusiva, o por lo menos, concurrente, en una disminución permanente para andar, subir escaleras o salvar barreras arquitectónicas, se precise o no el uso de prótesis o de silla de ruedas. En definitiva debe darse y probarse la relación de causalidad antedicha*.

También deberá estar presente la relación de causalidad en el caso de solicitarse obras de accesibilidad necesarias para la instalación de dispositivos mecánicos o electrónicos *que favorezcan su comunicación con el exterior*. En este caso la minusvalía del discapacitado o la deficiencia que padece el mayor de setenta años deberá producir dificultades de comunicación con el exterior (así, por ejemplo, un discapacitado que carece de brazos podría solicitar que para la apertura de la puerta automática del portal desde el interior

(47) Cfr. RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, *La accesibilidad en los edificios sujetos a propiedad horizontal*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pág. 80.

(48) La Ley no seguiría, pues, la opinión de la ST de 2 de mayo de 2002, de la Sección 4.^a de la AP de Asturias, que a propósito de declarar que fue válido un acuerdo adoptado por mayoría de 3/5 del artículo 16.1.^o LPH, para la instalación de un ascensor, señaló que la incapacidad se presume por el mero hecho de tener más de setenta años. Opinión que no podría sostenerse fundadamente tras la reforma operada por la Ley 51/2003.

de la finca, se instalase un dispositivo apropiado que pudiese manejar con el pie o que consistiese en células fotoeléctricas).

La discapacidad del que tiene reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 deberá ser previsiblemente permanente debiendo probarse tal extremo. Los pensionistas referidos lo son precisamente por su situación de incapacidad *permanente*, razón por la cual no han de probar la permanencia de su deficiencia. Quedan excluidas del artículo 10.2 aquellas situaciones que tan sólo representen una situación temporal de incapacidad (por ejemplo, persona que ha tenido un accidente de circulación y está recuperándose de lesiones del mismo).

1.1.1.2. Solicitud del propietario

Para que surja la obligación de realizar las obras deberá instarse su ejecución. Las peticiones siempre tendrán que ser canalizadas por el propietario, no cabe que el interesado lo pida por su cuenta y de forma directa (49). La legitimación para instar las obras corresponde a los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen, etc., o a los propietarios que sean ellos mismos discapacitados o mayores de setenta años (50). Una cuestión que se ha planteado es si los propietarios de locales pueden instar la realización de las obras del artículo 10.2 (51). La respuesta ha de ser afirmativa, según el análisis que hemos hecho antes de los términos «trabajen» o «prestar servicios altruistas o voluntarios» (51bis). También tendrá legitimación para instar las obras no sólo el propietario persona física, sino el propietario persona jurídica, en cuyo espacio privativo trabajen o presten servicios altruistas discapacitados o ancianos.

Parece que el medio apropiado para instar la realización de las obras es solicitar la inclusión del tema en el Orden del Día de la siguiente Junta, mediante escrito dirigido al Presidente (art. 16.2.2.^º LPH) (52) que tiene obligación de incluir ese punto en el Orden del Día (53). De esta manera la Junta podrá valorar la concurrencia de la necesidad de efectuar las obras y

(49) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal...*, 7.^a ed., *op. cit.*, pág. 142.

(50) Cfr. MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 150.

(51) VILLAS DE ANTONIO, M.^a del Rosario, «La comunidad de propietarios», *BOE*, Madrid, 2004, pág. 82.

(51bis) Discrepamos así de la interpretación excesivamente literalista de IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, que excluye a los propietarios de locales (IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, Ramón, *Iniciativa y legitimación en la realización de obras dirigidas a la supresión de barreras arquitectónicas en edificios sometidos al régimen de la LPH*, Sepín, noviembre de 2007, núm. 285, pág. 20).

(52) Es un asunto comunitario porque sobre la comunidad pesa la obligación de realizar tales obras.

(53) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 235.

podrá manifestarse y resolver las discrepancias que sobre la naturaleza de las mismas puedan surgir (art. 10.4 en relación con el art. 10.2 LPH).

El propietario deberá acudir a la Junta con una propuesta de acuerdo, acompañada necesariamente de las certificaciones acreditativas de *todos los extremos* señalados en el punto anterior. Podrá acompañar, si lo desea, un proyecto técnico detallado de las obras a realizar, acreditativo de que aquéllas no son de entidad desproporcionada a la causa que las motiva, para su estudio por la Junta (si bien ésta es libre de solicitar otro). También será muy conveniente presentar un presupuesto a fin de conocer si la Comunidad está obligada o no a acometer la obra en función de su coste. Igualmente sería muy recomendable presentar un dictamen o informe técnico que acredite la necesidad de las obras en los pasos de comunicación con la vía pública de modo que se permita su adecuado uso por el discapacitado o anciano. Igualmente podrá presentar, si lo desea, informes técnicos sobre la viabilidad de las obras (54).

1.1.1.3. Que la obra solicitada no exceda del coste de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes

Es preciso saber, pues, qué se entiende por mensualidad ordinaria. Dice LOSCERTALES FUERTES que son gastos ordinarios los que corresponden al presupuesto de conservación y mantenimiento vigente en el momento del acuerdo (55). Cuando las cuotas que se pagan durante los doce meses no sean iguales, hay que buscar la media. No cabe añadir en el cómputo general *derramas* por obras o reparaciones *extraordinarias* (56), ni fondo de reserva (57). Puede ocurrir que estos conceptos, que sí que son necesarios, se hayan incluido en el Presupuesto anual, en cuyo caso habría que descontar la cuantía correspondiente (58). Para fijar el coste de la derrama por obras de accesibilidad y compararla con las tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, lo que hay que computar es el importe global de la obra con independencia de la forma o plazos en que se lleve a cabo, y entonces dividir conforme los coeficientes; si el resultado es menor [o igual] que el importe de tres meses del recibo normal, la comunidad estará obligada a llevar a cabo la obra (59).

(54) Cfr. RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, «La accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 94.

(55) El autor hace estas afirmaciones pensando en el artículo 11.2 LPH, pero sus reflexiones son aplicables también al caso de las tres mensualidades del artículo 10.2.

(56) Lo mismo dice VILLAS DE ANTONIO, M.^a del Rosario, «La comunidad...», *op. cit.*, pág. 82.

(57) En el mismo sentido, GARAY Y GARAY (GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, pág. 73).

(58) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal...», 7.^a ed., *op. cit.*, pág. 153.

(59) Cfr., *op. cit. loc. cit.*

Dice VILLAS DE ANTONIO que «en la mayoría de los casos el desembolso que haya de realizarse superará el importe de las tres mensualidades. Imaginemos, por ejemplo, una comunidad de propietarios con cincuenta vecinos y en la que la cuota mensual por gastos comunes es de 60 euros; el importe de las tres mensualidades ascendería a 9.000 euros. Esta cantidad. ¿sería suficiente para instalar un ascensor o una rampa electrónica de sillas de ruedas?», se pregunta. Sin embargo existen comunidades en que la mensualidad ordinaria es tan alta que con tres mensualidades prácticamente puede hacerse todo.

Hay que tener en cuenta *la oportunidad de hacer las obras*. ¿Qué ocurre si se han hecho con anterioridad otras obras de reparación extraordinarias u obras de mejora y ya se están pagando derramas extraordinarias? ¿Habrá que hacer frente a las tres mensualidades por obras de accesibilidad *en el mismo ejercicio o habrá que diferirlo a otros ejercicios*? La cuestión no es baladí, pues podría tenerse que llegar a pagar sumando derramas por el concepto de obras de accesibilidad y por otros conceptos hasta el *doble de lo que se paga mensualmente*.

A nuestro juicio, teniendo presente que la equidad se ponderará en la aplicación de las normas (art. 3.2 CC) y que ésta consiste en la moderación en el rigor del uso de las leyes, no surgirá la obligación de efectuar las obras de accesibilidad hasta que hayan terminado los pagos de otras derramas extraordinarias (60).

Según LOSCERTALES FUERTES: «si bien la intención del legislador es evidente en favor de los discapacitados, pues así lo anuncia la Disposición Adicional tercera de la repetida Ley 51/2003, el resultado no es tan claro, más bien lo contrario, pues realmente la discriminación resulta negativa para estas personas, pues se encuentran en la imposibilidad legal de exigir a la Comu-

(60) La equidad es un hábito por el cual el jurista templa el rigor de las leyes positivas, corrigiendo o supliendo sus deficiencias, cuando lo exige la justicia, dadas las peculiares circunstancias del caso que contempla. Clásicamente se ha considerado que la equidad puede rectificar la ley para evitar algo injusto; para evitar una obligación que sin ser injusta es demasiado dura para el obligado y para descartar la aplicación de la ley a casos especiales por sus circunstancias que de haber sido pensados por el legislador, es de presumir que no hubieran sido comprendidos en ella. El artículo 3.2 del Código Civil admite la utilización de la equidad en la aplicación de las normas. Siguiendo a Federico DE CASTRO, podemos decir que habría que actuar en equidad cuando existiese una inadecuación entre un caso concreto (como el que contemplamos) y la regla que parece regularlo (art. 10.2 LPH), por producir la rígida aplicación de ésta un resultado injusto (en nuestro caso se produce un resultado inconveniente: una carga económica excesiva para personas que pueden soportar hipotecas derivadas de la compra de la vivienda en régimen de propiedad horizontal o para pensionistas de escasos recursos económicos). En tal caso, aunque la ley no diga expresamente que ese determinado precepto no se aplique en ese caso, su inaplicabilidad se deduce del resultado injusto que la aplicación acarrearía. El jurista procede entonces a hacer una interpretación correctiva de la ley, concretamente, restrictiva, y excluye el caso del verdadero sentido de la ley, dando así a la ley su propio sentido, porque el legislador, de haber pensado dicho caso, lo habría excluido de la ley.

nidad cuando la obra suponga más de las mencionadas tres mensualidades ordinarias, con independencia de que sea necesaria o imprescindible *para los citados discapacitados*, mientras que el resto de propietarios sí que podrán llevar a cabo las acciones oportunas para que la Comunidad cumpla con las obligaciones que contiene el apartado 1 del artículo 10, desde el momento en que cualquier tipo de obra sea *oportuna para la propia finca*» (61). Esta crítica, similar a la que en diversas enmiendas hicieron los grupos parlamentarios, Socialista, de Izquierda Unida y Vasco, cae por su base si atendemos a las frases resaltadas en cursiva y a que el espíritu que impregna la Ley es «*el mejor servicio común*» [argumento ex art. 14.e)] no el interés particular por laudable que sea de uno de los propietarios. En otras palabras, hay que tener presente que la obra de accesibilidad no es necesaria para la finca como las de conservación sino *necesaria para un sujeto* en favor del cual se impone a la comunidad determinada obligación, siendo razonable que ésta no sea ilimitada. No hay pues discriminación en la norma del artículo 10.2 LPH, sino beneficio para el discapacitado o anciano.

Réstanos señalar que dado que no se admitieron las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Vasco (62), por el Grupo Socialista (63) y por el Grupo de Izquierda Unida (64) al artículo 10, en el sentido de que la obligación de la comunidad de realizar obras de accesibilidad *no tuviese límite de cantidad*, los Tribunales no podrán entender que la comunidad está obligada a realizar tales obras sin el límite de las tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, como LOSCERTALES FUERTES sugería que podría llegar a ocurrir. La *mens legislatoris* al respecto es clara.

1.1.1.4. Que las obras de accesibilidad sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior

«Una cosa son las cosas comunes y otra los servicios comunes. El artículo 396 [CC] usa el término «elementos comunes», y así abarca ambos conceptos...» (65). Lo mismo hace el artículo 10.2 que se refiere, por lo tanto, a obras necesarias para un uso adecuado de las cosas comunes y servicios

(61) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Doctrina y Jurisprudencia*, 8.^a ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006, pág. 139.

(62) Enmienda núm. 53. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. 2 de julio de 2003, núm. 152-5.

(63) Enmienda núm. 92, *loc. cit.*

(64) Enmienda núm. 25, *loc. cit.*

(65) GARAY, G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, pág. 79.

comunes (así, por ejemplo, del jardín o de la pista de tenis, se consideren éstos servicios del inmueble o instalaciones del mismo) (66) (67).

Las obras han de consistir, pues, en modificar elementos comunes del edificio que sirvan de paso necesario entre el piso de propiedad privativa y la vía pública, o de acceso necesario a instalaciones y servicios comunes. Igualmente pueden consistir en la instalación de dispositivos mecánicos o electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior (así de portero automático) (68). «Las obras deberán revestir el carácter de necesarias, lo que deberá ser puesto en relación con la naturaleza de la discapacidad, o dicho de otra manera, con la falta de suficiente movilidad o de autonomía del beneficiario, por lo que deberán ser rechazadas aquellas obras que sean caprichosas o no vengan suficientemente justificadas por su propia finalidad» (69) (se trata de realizar obras para hacer accesible lo que no lo es, no para mayor comodidad de un sujeto). Hay que acreditar, por ejemplo, que la colocación de la barandilla es necesaria para el uso adecuado del elemento común, como es la escalera (SP/CONS/35257. Febrero de 2004).

1.1.2. La consecuencia jurídica: Obligación de realizar las obras de accesibilidad

Dadas las circunstancias anteriormente examinadas, surge para la comunidad de propietarios la obligación de realizar obras de accesibilidad para un uso adecuado a la discapacidad de mayores de setenta años y discapacitados de los elementos comunes o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior. Ahora bien, para que surja tal obligación, ¿es preciso además el acuerdo favorable de la Junta de propietarios? A esto hay que responder que no. La aprobación de

(66) Cfr. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, *Encuesta Jurídica. Sepín*, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 4.

(67) «El servicio es una prestación personal a favor de alguien... Cuando la Ley ha querido referirse a bienes que no son servicios lo ha expresado así, por ejemplo, en el comienzo del artículo 11 que menciona las «instalaciones, mejoras y servicios», es decir, que las instalaciones son una cosa y los servicios son otra. La misma distinción se hace en otros lugares como en el artículo 5 (*servicios e instalaciones*), el 6 (*servicios y cosas comunes*), el 24.3 (*elementos inmobiliarios, viales, instalaciones y servicios comunes*), etc. Pero el artículo 17.1.^a incluye los ascensores entre los servicios, único caso que se da en la Ley en que a un aparato que funciona sin que nadie lo atienda se le llame servicio» (GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, pág. 94).

(68) El telefonillo es privativo y está bajo la responsabilidad de cada uno a partir de entrar en el piso o local, pero hasta ese momento transcurre por unas conducciones generales, que obviamente, son comunes, con todas las implicaciones que ello supone (LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal*, 8.^a ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006, pág. 362).

(69) TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, pág. 63.

la Junta sobre la ejecución de obras de accesibilidad no puede estimarse discrecional sino imperativa [dada la concurrencia del supuesto de hecho de la norma], por lo que tal obligatoriedad de tales obras *no surge del acuerdo de la Junta, sino de la propia ley que así lo impone en el artículo 10.2* (70). En este sentido tendrían razón autores como VILLAS DE ANTONIO (71), TUSET DEL PINO (72), SEOANE PRADO (73), GÓMEZ CALLE (74) e ILLESCAS RUS (75), quienes opinan que no es necesario el acuerdo favorable de la Junta (posición que también apoyaría la propia Exposición de Motivos de la Ley 51/2003). Así pues, la obligación nacería *ex lege*, concurriendo los requisitos examinados anteriormente. Ahora bien, la Junta, para poder juzgar de la concurrencia del supuesto de hecho generador de la obligación y para actuar, requiere de la adopción de acuerdos. En materia de propiedad horizontal no cabe la actuación unilateral del Presidente, ni de otros cargos directivos o administrativos, *sin el sustento previo de la Junta*, salvo casos de extrema urgencia o necesidad. *Cualquier decisión que afecte a los asuntos comunes del inmueble necesita del acuerdo de la Junta*, cuyas competencias son plenas siempre que se cumplan los requisitos de cada precepto legal (76). Tampoco cabe que el propietario en cuya vivienda viva, trabaje o preste sus servicios altruistas o voluntarios el mayor de edad o discapacitado inicie las obras por su cuenta (art. 7.1 LPH) (77). De ahí, pues, que digan FUENTES LOJO y LOSCERTALES FUERTES que incluso en el artículo 10: «...en cada caso [para las obras necesarias] se requerirá el acuerdo correspondiente, con el quórum exigido a tenor de lo dispuesto en el artículo 17, reglas 1.^a, 2.^a y 3.^a, con remisión expresa al artículo 11 para los discapacitados» (78) (78bis).

(70) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ (citado por FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 364).

(71) VILLAS DE ANTONIO, M.^a del Rosario, «La comunidad...», *op. cit.*, pág. 82.

(72) TUSET DEL PINO, Pedro, «Nuevas obligaciones de las comunidades de propietarios con minusválidos», *Inmueble: revista del sector inmobiliario*, año 8, núm. 39 (marzo de 2004), pág. 35.

(73) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 10.

(74) GÓMEZ CALLE, Esther, «El régimen jurídico de las innovaciones en la propiedad horizontal», en *ADC*, enero-marzo de 2004, pág. 122.

(75) Para este autor *basta con la solicitud que formule el propietario del espacio privativo... a los órganos rectores de la Comunidad* para que ésta se encuentre obligada, en principio, a la realización de las obras. *Ni es necesario acuerdo de la Junta* ni los propietarios pueden exonerarse de la obligación de contribuir. Con este fin, los apartados 3 y 5 del artículo 10 LPH arbitran instrumentos disuasorios de una oposición caprichosa (ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 6).

(76) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal..., 7.^a ed., op. cit.*, págs. 234 y 235.

(77) Cfr. FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 369.

(78) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal..., 8.^a ed., op. cit.*, pág. 138.

(78bis) No alcanzamos a comprender por qué LOSCERTALES FUERTES remite al artículo 11 para el caso de los discapacitados y qué alcance tiene la remisión. Si para las obras

La Junta, por lo tanto, valorará la concurrencia del supuesto de hecho origen de la obligación; si las obras o instalaciones pretendidas en la forma y con el alcance y extensión solicitados son o no las adecuadas (aceptación del Proyecto presentado por el propietario legitimado para solicitar las obras o acuerdo de solicitar otro Proyecto); oportunidad de las mismas, coste, presupuesto, límites de las obras, etc., y resolverá las discrepancias de toda clase que puedan plantearse. El artículo 10.4 LPH señala también que los interesados podrán solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la Ley (Ley de Arbitraje 60/2003) (79). Pero para acudir al arbitraje no basta que lo pida uno o varios comuneros, sino que deberá ser la Junta de Propietarios la que así lo determine (80) (81). En definitiva, la Comunidad tomará la decisión que le parezca más oportuna *sin perjuicio de las acciones que tengan derecho a ejercitarse los disidentes contra el acuerdo de la mayoría* (82) (por ejemplo, sería nulo de pleno derecho, por ser contrario a norma

necesarias de conservación se exige una u otra mayoría, según la entidad de la obra, ¿por qué no seguir el mismo criterio para otras obras obligatorias, las de accesibilidad?

(79) Comentando el antiguo artículo 10.3 de la LPH, en la redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, dice FUENTES LOJO que con relación al arbitraje, la ley se refiere al de tipo privado y no al regulado por la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. GUILARTE, citado por aquél, entiende que ha de pensarse en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, «que puede tener vigencia si por acuerdo de las partes enfrentadas en la disputa decidieran someterse a un consejo arbitral» (FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Tomo I, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, pág. 373).

(80) Si se somete a votación en Junta de Propietarios el recurrir al arbitraje, el acuerdo tan sólo requiere la mayoría del artículo 17.3.^º (DE LA ROCHA, Ernesto, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, «La ley...», *op. cit.*, pág. 77). Pero según la revista Sepín, se requiere unanimidad (SP/CONS/ 35303, febrero de 2004. Arbitraje en materia de propiedad horizontal): «No hay doctrina ni jurisprudencia que podamos facilitar. Nuestro criterio es que, en principio, y si no se pretende modificar normas de derecho imperativo, es posible utilizar el arbitraje siempre que así conste en los Estatutos, o bien por *acuerdo unánime de la Junta de Propietarios* que se pueda acreditar ha existido la conformidad de todos y cada uno, lo que equivaldría al documento de conformidad que exige la Ley de Arbitraje, naturalmente siempre que se cumplan los requisitos exigidos de fijar previamente si es de derecho, si es de equidad, órgano o persona que lleva a cabo la función de árbitro, etc.». Esta tesis es la acertada, pues parece que para obligar a la comunidad a someterse a lo que dicte un laudo arbitral, será preciso la unanimidad de todos los comuneros.

(81) No parece aplicable el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, pues la materia de accesibilidad en la propiedad horizontal no parece encuadrarse entre las posibles materias enumeradas en el artículo 2 a que deberán referirse las controversias sujetas a este sistema especial de arbitraje.

(82) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, 7.^a ed., pág. 145. ENCUESTA JURÍDICA SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 6. MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 160. DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDAZ, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS, «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 229. MAGRO SERVET, Vicente, «Reper-

imperativa (art. 6.3 CC) un acuerdo contrario al artículo 3 de la Ley de Ordenación de la Edificación).

El acuerdo de la Junta por el que se decidirá la realización de las obras, creemos que debe ajustarse a las mismas mayorías que los restantes acuerdos sobre obras necesarias de conservación, esto es, se precisará de la unanimidad, de la mayoría del artículo 17.1.^a 3.^º o de la mayoría del 17.3.^a, según la entidad de la obra (vid., lo que más adelante decimos sobre reglas para la adopción del acuerdo de realizar obras no obligatorias, según la entidad de las mismas que es trasladable al caso presente) (83).

Ante la negativa de la comunidad a realizar las obras o ante el acuerdo de realizar obras pero en forma distinta de la solicitada por el propietario legitimado (de manera que se estima que las aprobadas no se adecuan a las necesidades del discapacitado o mayor) cabe acudir a la vía judicial por los cauces del juicio ordinario (art. 249.1.8.^º de la LEC, como reserva por razón de la materia) (84). Entiende LOSCERTALES, además, que las personas afectadas sólo podrán exigir las obras *a través del propietario* (85), siendo éste por lo tanto el que ostenta la legitimación activa, «debiendo contar con los plazos que establece el artículo 18 LPH si la acción es consecuencia de una impugnación de Junta» (86). No bastará impugnar el acuerdo de no actuar adoptado por la Junta, o el acuerdo de realizar obras pero en forma distinta de la solicitada por el propietario legitimado, sino que habrá que solicitar una explícita condena judicial a la realización de las obras, por darse las circunstancias del artículo 10.2. Así, por ejemplo, aunque se declarase nulo el acuerdo de no actuar, no se alcanzaría la finalidad pretendida de que la comunidad lleve a cabo las obras si no se solicitase la condena expresa en tal sentido (87). No obstante, si hay acuerdo de no actuar tampoco es imprescindible impugnarlo. Cabe simplemente pedir la condena a la realización de las obras.

Pero el acuerdo de actuar puede ser impugnado por los disidentes, ausentes y los que hayan sido indebidamente privados del derecho de voto en los casos del artículo 18, o por incumplimiento de los límites o de los presupues-

cusión...», *op. cit.*, pág. 1598. DE LA ROCHA, Ernesto, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, «La ley...», *op. cit.*, pág. 80.

(83) La diferencia, pues, entre una y otra clase de obras, radicaría no tanto en la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo como en el hecho de que las obligatorias son exigibles por vía judicial, pudiendo ser impuestas contra la voluntad de la Comunidad.

(84) Cfr. MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 152. LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, 7.^a ed., págs. 142 y 143.

(85) LOSCERTALES FUERTES, *Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*. Sepín, enero de 2004 (citado por FUENTES LOJO, Apéndice a la obra «Comentarios...», *op. cit.*, pág. 200).

(86) LOSCERTALES FUERTES, «Reforma...», *op. cit.*, pág. 24.

(87) Cfr. GÓMEZ CALLE, Esther, «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 102.

tos legales a legitimar las obras, pudiendo solicitarse, al mismo tiempo, la paralización de las mismas (87bis).

Según RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT también podría seguirse el procedimiento regulado en la Ley 15/1995, «obviando aquellos extremos que no puedan ser de aplicación en sede de LPH» (88) (88bis).

1.1.2.1. El pago de las obras de accesibilidad y las garantías del crédito comunitario. El artículo 10.5 LPH

Del artículo 10.5 deducen GARCÍA-CHAMÓN y PÉREZ SERRA la obligatoriedad en el pago a todos los comuneros, dándose las circunstancias del 10.2 (89). Dicho pago se rige por lo dispuesto en el artículo 9.1.e) LPH (90). Esto es, entendemos nosotros, a tenor de lo establecido en el título constitutivo (Estatutos art. 5.3.^o) o de lo especialmente acordado por unanimidad para el caso, y en defecto de ambas cosas, a tenor de la cuota señalada a cada piso [art. 3.b).2), 5.3 y 9.1.e)]. Salvo que haya unanimidad no cabe que un gasto, aunque sea atípico, como éste (es decir, sea un gasto extraordinario distinto de los que corrientemente ha de atender la comunidad), haya obligación de atenderlo a tenor de cuotas distintas de las establecidas en el título constitutivo (STS de 3 de mayo de 1977) (91) (92).

(87bis) IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, Ramón, «Iniciativa...», *op. cit.*, pág. 16.

(88) RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, «La accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 94. Hay que tener presente que no existe acuerdo unánime sobre cuál sea el proceso de la Ley 15/1995, a la vista del artículo 6 de la misma y del artículo 249.1.8.^a de la LEC. La editorial SEPIN en su Boletín electrónico de febrero de 2007 publica una encuesta al respecto con los siguientes resultados: cinco de los encuestados entiende que es el juicio verbal. Dos de los encuestados entiende que es el juicio ordinario, y uno entiende que es el juicio declarativo por razón de la cuantía.

(88bis) Aunque hemos dicho que lo normal será que el propietario legitimado para instar la ejecución de las obras se dirija a la Comunidad para que ésta se pronuncie en Junta, si existieran circunstancias que lo justificasen, podría acudirse directamente a los Tribunales, ya que el derecho a la realización de las obras nace *ex lege*, artículo 10.2, no de acuerdo alguno.

(89) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, págs. 149 y 150.

(90) DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDAZ, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS, «Curso de Derecho Civil...», *op. cit.*, pág. 228.

(91) Cfr. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III. *Derecho de bienes*, 9.^a ed., puesta al día con la colaboración de José Manuel GONZÁLEZ PORRAS. Librería Bosch, S. L., Barcelona, 2002, pág. 422.

(92) DOMÍNGUEZ LUELMO dice simplemente que los gastos que generen las obras de accesibilidad deben ser costeados por todos los propietarios con arreglo a su cuota de participación (DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 7). Sin embargo, tal afirmación debe ser completada en el sentido en que lo hacemos en el cuerpo del escrito.

La obligación de pago incumbe personalmente a quien sea propietario del piso o local cuando tal obligación vence según el acuerdo de la Junta [arg. arts. 9.1.i) II, 11.5 y 21.1 y STS de 6 de junio de 1968] (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS).

«El artículo 10.5 se limita a sancionar la *afección* del piso o local, sin embargo es opinión común en la doctrina la que consiste en entender que el crédito derivado de la realización de las obras necesarias goza también de la preferencia ex artículo 9.1.e LPH, por todos, GUILARTE GUTIÉRREZ» (93).

De modo que el crédito de la Comunidad, derivado de la realización de las obras de accesibilidad, goza de las siguientes garantías:

«1.^a El crédito de la Comunidad, en la parte vencida imputable a la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior, tiene la condición de preferente “a efectos del artículo 1.923 del Código Civil” (es decir, sobre el piso o local correspondiente), y precede a todo otro crédito, contrariando frente al propietario del piso o local, con excepción de la hipoteca legal tácita por contribuciones, de la hipoteca legal tácita en favor de los aseguradores y de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores (94) [art. 9.1.e) II en relación con el 1.923 del Código Civil].

2.^a La vivienda o local, cuando pase a un tercer adquirente —incluso aunque inscriba su título de adquisición (cfr. art. 34 LH)—, responde del crédito de la comunidad por la parte vencida de «la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición» y del «año natural inmediatamente anterior» (95).

(93) DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDAZ, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS, «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 229. FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Tomo I, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, pág. 373. Vid. GUILARTE ZAPATER, Vicente y cols., *La reforma de la propiedad horizontal*. Editorial Lex Nova, 1999, pág. 237.

(94) La preferencia no requiere de anotación. «El crédito de la comunidad es crédito preferente... frente a las hipotecas expresas y frente a los embargos y aunque en el Registro no haya constancia específica de esta carga real en favor de la comunidad. “Inscrito el régimen de propiedad horizontal, consta ya suficientemente, aunque con cierta indeterminación, la carga de tal afección real preferente, que forma parte del contorno ordinario del ámbito de poder en que consiste el dominio de cada piso” (Resolución de 15 de enero de 1997). Pero según la Dirección General no podrá consignarse la anotación de la demanda o la efectividad de la preferencia, si no se ha entablado la demanda contra los titulares, ya inscritos, de las cargas que hayan de postergarse (Resoluciones de 15 de enero y 15 de marzo de 1997, 26 de diciembre de 1999 y 4 de enero de 2000)...» La preferencia ante otros acreedores se hará valer por el juicio de tercería de mejor derecho (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4.^a ed., Tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, nota 52, pág. 547. LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal...*, 7.^a ed., *op. cit.*, pág. 126).

(95) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal...*, 7.^a ed., *op. cit.*, pág. 145. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Derechos reales», *op. cit.*, pág. 547. «En esta medida queda modalizado, en caso de trasmisirse la vivienda o local, el régimen general. La regla

Como LOSCERTALES FUERTES afirma que en el artículo 10.5 se equiparan los gastos de accesibilidad con los demás de la Comunidad, remitiéndose al artículo 9.1.e) (96), también será de aplicación a los créditos derivados de las obras de accesibilidad lo dispuesto en el artículo 9.1.i) II sobre responsabilidad solidaria del transmitente en caso de incumplir la obligación de comunicar la transmisión y en el artículo 9.1.e) IV sobre la escritura de compraventa y certificado de deudas.

Según el artículo 10.5, como hemos dicho, la obligación de pago recae sobre la Comunidad. Si la obra redonda en beneficio de toda la Comunidad, es lógico y de justicia que todos los comuneros afronten el gasto. Pero si la obra redonda sólo en beneficio del propio discapacitado o anciano, por ejemplo, se trata de un elevador de silla de ruedas, entonces, cabe preguntarse, ¿por qué el legislador establece que el coste de las obras recaiga en la Comunidad? ¿Por qué obliga el legislador a pagar la obra a alguien que puede ganar mucho menos que el discapacitado o anciano? Podría darse el caso, por ejemplo, de que el discapacitado o anciano ganase cinco veces el salario mínimo interprofesional y sus vecinos dos o tres veces. ¿No deberían correr, entonces, las obras de cuenta de las Administraciones Públicas? A nuestro juicio, si las obras sólo benefician, en principio (decimos «en principio» porque potencialmente pueden beneficiar a todos, pero atendemos a la realidad del momento presente) al discapacitado o anciano deberían ser las Administraciones Públicas quienes corriesen con el gasto en su totalidad. En este sentido el artículo 55 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, dispone que los Entes Públicos fomentarán la adaptación de los inmuebles de titularidad privada mediante el establecimiento de ayudas, exenciones y subvenciones (97) (98). El legislador debería reflexionar al respecto.

es que cuando un propietario trasmite la propiedad sobre su piso o local no se trasmiten con ella, por eso sólo, las obligaciones de contribución a los gastos comunitarios ya vencidas (cfr. arts. 1.205 CC y 3 *fine* LPH). El adquirente del piso o local no pasa a ser *deudor* de las deudas impagadas. Pero sí pasa a *responder* «con el propio inmueble» y sólo de ciertas deudas que siguen siendo *deudas ajenas*. Por tanto, una vez pagadas por el adquirente, éste podrá repercutirlas contra el transmitente, salvo que entre ellos se hubiere pactado otra cosa (*op. cit.*, pág. 548).

(96) El autor llega a afirmar: «este apartado, como ya he tenido ocasión de manifestar en muchas ocasiones, es una *reiteración* carente de eficacia alguna, *pues no hay la menor duda de que los gastos que lleven consigo las obras que tenga obligación de realizar la Comunidad, son generales del inmueble y obviamente todos los propietarios deben participar en los mismos*» (LOSCERTALES FUERTES, «Reforma de la Ley...», *op. cit.*, pág. 23).

(97) TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, pág. 54.

(98) En todo caso deberán tenerse en cuenta las que puedan existir.

1.1.2.2. Límites del derecho a la realización de obras de accesibilidad a cargo de la Comunidad

El derecho a la realización de obras de accesibilidad a cargo de la Comunidad, que tienen los discapacitados y mayores en quienes concurren los requisitos del artículo 10.2 LPH antes expuestos, es un derecho limitado. Para que el acuerdo de la Junta por el que se decide la ejecución de las obras en cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 10.2 LPH no estuviese viciado de nulidad radical o anulabilidad, según los casos, sería necesario que respetase, por lo menos, los extremos que exponemos a continuación. Igualmente, las obras cuya ejecución forzosa solicite el propietario legitimado por vía judicial, deberán respetar, por lo menos, los extremos siguientes:

1.º Una relación de proporcionalidad entre las obras que se vayan a acometer y la causa que las motiva. Dicha proporcionalidad vendría exigida por el artículo 10.2 de la LPH al señalar que las obras deben ser tanto *necesarias como adecuadas a la discapacidad padecida*. *De modo que un acuerdo que apruebe obras desproporcionadas (no razonables) podría ser considerado contrario a la LPH y por lo tanto, impugnable* (99).

2.º Como señala FUENTES LOJO, si bien él se refiere a las innovaciones, han de considerarse prohibidas las obras que afecten a la seguridad, solidez y salubridad del edificio. Esta prohibición, predictable de cualquier obra comunitaria, tiene su apoyo legal en el artículo 3.1.b.1) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según el cual «con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, los edificios deberán proyectarse, construirse, mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos siguientes:

... B) Relativos a la seguridad:

B.1) Seguridad estructural, de tal forma que no se produzcan en el edificio, o partes del mismo, daños que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio». Si el edificio ha de conservarse de forma que quede garantizada la seguridad estructural es claro que para la ley son inviables acuerdos de ejecución de obras que afecten a tal seguridad. Un acuerdo de tales características sería nulo de pleno derecho, según la distinción que establece LOSCERTALES entre acuerdos nulos y anulables (100).

(99) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, 7.^a ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2005, págs. 267 y 268.

(100) Según este autor, son nulos los acuerdos contrarios a Leyes imperativas diversas de la LPH. Mientras que serían anulables los contrarios a la LPH y demás subsumibles en las letras a), b) y c) del artículo 18 de la LPH.

Las obras deberán respetar también los demás requisitos básicos señalados en el artículo 3 de la Ley 38/1999. Así no podrán realizarse obras de adaptación que afecten a la seguridad en caso de incendio.

3.^º Los límites impuestos a las obras de accesibilidad que corren por cuenta del solicitante, según la Ley 15/1995, de 30 de mayo, serían aplicables de las obras que corren por cuenta de la comunidad, según el nuevo artículo 10.2 LPH. Ello es así porque existe una relación de analogía entre unas y otras obras (101). De manera que los acuerdos o las obras que pretendan dar cumplimiento al artículo 10.2 LPH no deberán menoscabar la resistencia de los materiales empleados en la construcción [límite que podría quizás considerarse incluido en el art. 3.1.b.1) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre] y ser razonablemente compatibles con las *características arquitectónicas e históricas* del edificio (con su configuración). Por ejemplo, las obras deben preservar los valores de los edificios o los inmuebles que hayan sido declarados bienes de interés cultural o hayan sido incluidos en los catálogos municipales de edificios de valor histórico-artístico. En cuanto al límite de no afectar las obras a la estructura o fábrica del edificio pensamos que no rige, siempre que se respeten los límites indicados respecto de la seguridad estructural y que el cambio de estructuras *no sea sustancial*. Así por ejemplo, que podrá ampliarse la puerta del portal aunque ello afecte a la fachada (que es elemento estructural). Es interesante la respuesta que la revista *SEPÍN* da a una consulta efectuada a la misma (SP/CONS/48121) (102), pues entiende aplicables al caso del artículo 10.2 LPH los límites que señala a las obras de adaptación la Ley 15/1995. «Ahora bien —dice— según dispone igualmente la Ley 15/1995, las obras tienen que ser *viables*, pues no se puede obligar al resto a que *acepte un perjuicio real para los demás* o un *cambio sustancial de estructuras...*» (cursiva nuestra). Es decir, un cambio sustancial de estruc-

(101) La analogía es la extensión y aplicación material de una ley establecida para una clase de hechos, a un caso semejante, pero distinto, que carece de norma jurídica. El fundamento de la analogía como instrumento de integración jurídica es objetivo: consiste precisamente en la *semejanza real* que existe entre los casos regulados por la ley y el caso que carece de ella (de ley). Para que proceda la aplicación analógica de una ley, entre el supuesto contemplado por la ley y el no contemplado han de existir diferencias en los elementos accesorios y accidentales, *pero no en los elementos esenciales*. En algo han de ser distintos los supuestos (en lo accidental) pero al mismo tiempo algo han de tener en común (*sus elementos esenciales*). Esta relación de semejanza real (entitativa, en el ser de las cosas, no imaginaria) entre ambos supuestos permite atribuir a ambos la misma regulación. En el caso que estudiamos existe semejanza real entre las obras contempladas por la Ley 15/1995 y las reguladas por la LPH, artículo 10.2. En ambos casos se trata de obras de adecuación de elementos comunes para salvar barreras arquitectónicas (elementos esenciales) si bien existen diferencias en lo accidental (en un caso se realizan por cuenta y a costa del solicitante; en el otro por cuenta y a costa de la comunidad). Dada la semejanza real entre unas y otras obras es posible aplicar los límites del artículo 3.1.b) de la Ley 15/1995 a las obras del artículo 10.2 LPH.

(102) REVISTA JURÍDICA SEPÍN, septiembre de 2006, núm. 272, pág. 71.

turas sólo podrá realizarse al amparo de un acuerdo unánime, no pudiendo imponer los Tribunales obras que impliquen tal cambio.

4.^º Con arreglo a la Ley 49/1960, de 21 de julio, la realización de obras de accesibilidad sobre los elementos comunes requería el consentimiento de la totalidad de los propietarios (pues tales obras suponían una afectación del título constitutivo de la propia comunidad, y toda modificación de éste exigía unanimidad). Ahora bien, «en la práctica...[los] tribunales... venían admitiendo una interpretación flexible de dicha unanimidad, en especial cuando las obras eran *proporcionadas, justificadas y no causaban perjuicio colectivo notorio*» (SSTS de 14 de julio de 1992, 13 de julio de 1994; y sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de julio de 1992 y de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994) (103). Esos mismos requisitos que entonces se exigían para flexibilizar la regla de la unanimidad, y admitir la realización de obras de accesibilidad, son hoy de necesaria concurrencia para que las obras revisitan el carácter de obligatorias para la comunidad de propietarios con arreglo al artículo 10 LPH [arg., ex art. 10.2 LPH y 18.1.b)].

5.^º Para que las obras sean obligatorias será preciso que el edificio tenga vida útil considerable.

6.^º Los acuerdos no podrán ser ni contrarios a la Ley (de Propiedad Horizontal u otra Ley imperativa) ni a los Estatutos; ni resultar gravemente lesivos para los intereses de la propia comunidad en beneficio de uno o varios propietarios; ni haberse adoptado con abuso de derecho; ni suponer un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo.

Si el acuerdo supone hacer inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, será necesario obtener el consentimiento expreso de éste (art. 11.4 LPH). De lo contrario, podría considerarse, según los casos, que estamos ante un acuerdo que supone un grave perjuicio para un propietario que no tiene obligación jurídica de soportarlo (104).

7.^º Los límites derivados de la razonabilidad de las obras y del sentido común.

(103) Cfr. TUSET DEL PINO, Pedro, «Nuevas obligaciones...», *op. cit.*, págs. 33 y 34.

(104) En cuanto a la constitución de servidumbres, en caso de obras de accesibilidad, pueden plantearse dos cuestiones que simplemente apuntamos. La primera, si cabe, constituir tales servidumbres como consecuencia de obras *obligatorias* de accesibilidad. La segunda, si el comunero está obligado a permitir en su vivienda o local la imposición de servidumbres para el interés *particular de una o varias personas discapacitadas o mayores*, dado que el artículo 9.1.c) habla de permitir en el piso o local las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes *de interés general* (cfr. RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, «La accesibilidad...», *op. cit.*, págs. 288 y 289).

III. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 11, 17 Y 12 LPH

1. OBRAS NECESARIAS, MEJORAS EXIGIBLES Y NO EXIGIBLES EN MATERIA DE ACCE- SIBILIDAD O SIMPLEMENTE OBRAS OBLIGATORIAS Y NO OBLIGATORIAS

A raíz de la reforma operada por la Ley 51/2003, se incorporó al artículo 11.1 una mención a la accesibilidad. Nos planteamos ahora si tal cosa constituyó o no un acierto y qué alcance hay que dar a dicha mención.

Lo primero que hay que destacar es que, parecería, de acuerdo con el artículo 11.1 *a contrario sensu*, que cualquier propietario podría exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras *requeridos para la adecuada accesibilidad del inmueble, según su naturaleza y características, o sea, según su categoría, clase o condición* (105). Así parecería entender el artículo 11.1, MAGRO SERVET (106). Esta interpretación, acorde con la literalidad del precepto, desvincula la accesibilidad de la existencia de personas discapacitadas para vincularla simplemente a los datos objetivos de la categoría del inmueble. Junto a dichas mejoras necesarias o exigibles existirían mejoras innecesarias o no exigibles o de mero lujo, para la accesibilidad del inmueble. ¿Responde esta interpretación a la mente del legislador y por lo tanto al verdadero sentido de la reforma introducida por la Ley 51/2003?

A esta pregunta hay que responder claramente que no. La *ratio* de aquella reforma es *hacer accesibles* los edificios ya construidos, y practicables para todo ciudadano medio, *a las personas discapacitadas*. De ahí que *toda obra de accesibilidad deba realizarse*, en el espíritu de la Ley 51/2003, *en aten-*

(105) El artículo 10 LPH, en su redacción originaria, se refería en este punto al «rango del inmueble» [«Aunque la doctrina en un principio entendió que el rango tenía relación con las condiciones económicas de los ocupantes del inmueble, posteriormente se pasó a un concepto más objetivo, en el sentido de «categoría, clase o condición del inmueble» (nota 12)], expresión sustituida ahora en el artículo 11 por la de «naturaleza y características del inmueble», poniéndose con ello de relieve que la cuestión nada tiene que ver con los recursos económicos de los propietarios, sino con datos objetivos [«No obstante en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de abril de 1993 (AC 1993/481) tuvo en cuenta criterios subjetivos y objetivos, al tomar en consideración la situación geográfica del edificio dentro de la ciudad, el nivel de las personas que integraban la comunidad de propietarios (médicos y abogados), así como el de las comunidades contiguas y las posibilidades de robos, roturas, incendios, etc.» (nota 13)] (DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad en los nuevos artículos 10, 11 y 17.1.^a de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 51/2003, de 2 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, 5, 51, 2004, pág. 6). Esta posición de la sentencia es la que nos parece más acertada.

(106) «En el artículo 11 —dice el autor— se modifica la redacción del apartado 1.^º para incluir la referencia a la accesibilidad como concepto a tener en cuenta para admitir la exigencia de nuevas instalaciones, servicios o mejoras *por los propietarios* [parece que por cualquier propietario] *siempre que sean necesarias para conservar el inmueble con arreglo a los progresivos adelantos de la tecnología que sean de uso más frecuente en casos similares*». MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, págs. 154 y 159.

ción a las deficiencias físicas que presenta una persona, deficiencias que le dificultan el acceso y la movilidad por el interior del edificio en régimen de propiedad horizontal. En otros términos, toda obra de accesibilidad se vincula en la reforma a facilitar la movilidad de personas con dificultades; no existen obras de accesibilidad desvinculadas de ese dato subjetivo y asociadas al dato objetivo de la categoría del inmueble. Es por este motivo que no es posible incardinlar la referencia a la accesibilidad en el artículo 11.1 de la LPH en el esquema de mejoras exigibles y no exigibles para el mantenimiento del rango del inmueble.

Pedro DE PABLO CONTRERAS hace una interpretación del artículo 11.1 incardinándolo en el esquema de mejoras exigibles y no exigibles, si bien vincula la accesibilidad no sólo a la categoría del inmueble sino a la existencia de discapacitados. La determinación de si se requiere o no la innovación —afirma— «habrá de pasar por una valoración particularizada de la naturaleza y características del inmueble en cuestión —y también subjetiva de la persona afectada en los casos de accesibilidad—» (107). Para este autor las obras de accesibilidad que exceden de lo previsto en el artículo 10.2 LPH están sometidas al régimen del artículo 11 LPH, y por lo tanto, de innovaciones necesarias e innecesarias, si bien en parte difieren del régimen general. «...La diversidad obedece a que, conforme al artículo 11.3, la comunidad resulta obligada en todo caso [sea la innovación exigible o no] al pago de los gastos derivados de la realización de obras de accesibilidad “aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos de comunidad”» (108).

¿Es acertada la interpretación de Pedro DE PABLO CONTRERAS? Entendemos que no. Si bien la disparidad doctrinal es máxima en cuanto a la interpretación de los artículos reformados por la Ley 51/2003, y al menos cuatro autores [MORAGUES VIDAL (109), SEOANE PRADO (110), Pedro DE PABLO CONTRERAS Y MAGRO SERVET] distinguen dentro de las obras no obligatorias entre mejoras necesarias e innecesarias, la mayor parte de la doctrina [ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio (111); LÓPEZ ORELLANA, Manuel José (112); RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo (113); DE LA HOZ DE LA ESCALERA, Javier (114); Mos-

(107) DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDAZ, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS. *Curso de Derecho Civil*, vol. III, *op. cit.*, pág. 229.

(108) *Op. cit.*, págs. 229 y 230. En el régimen común de mejoras necesarias y de mero lujo, apreciación que corresponde realizar a la Junta de Propietarios, las primeras obligan a todos los comuneros, pero las segundas no obligan a los disidentes. Artículo 11.2.

(109) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924 (pág. 8).

(110) *Op. cit.*, pág. 10.

(111) *Op. cit.*, pág. 4.

(112) *Op. cit.*, pág. 7.

(113) *Op. cit.*, pág. 10.

(114) *Op. cit.*, pág. 5.

COSO TORRES, Pablo (115); LOSCERTALES FUERTES, Daniel Y SEPÍN (116)] simplemente distingue entre obras obligatorias (las del art. 10.2) y obras no obligatorias, no incardinando las obras de accesibilidad en el esquema de mejoras exigibles y no exigibles. Tampoco lo hace la propia Exposición de Motivos de la Ley 51/2003 (117). En tal sentido entendemos desafortunada la referencia que a la accesibilidad se ha hecho en el artículo 11.1 de la LPH, probablemente por un mero mimetismo con el artículo 10.1, habiendo sido suficiente al respecto incluir el artículo 11.3 en relación con el 10.2 (acuerdos sobre obras de accesibilidad no obligatorias).

2. ¿EXISTE UNA NOCIÓN ÚNICA DE MEDIDAS DE ACCESIBILIDAD?

En este estudio de la interpretación sistemática de los artículos 11, 17 y 12 LPH, cabe plantearse si existe o no una noción única de medidas de accesibilidad. Los artículos 10 y 11.3 hablan de *obras de accesibilidad*, mientras que el 17.1.^a 3.^º LPH habla de *supresión de barreras arquitectónicas*. ¿Estamos ante términos sinónimos, o la diferenciación de términos entre el artículo 11 y el 17.1.^a 3.^º LPH, incide en la aplicación de dichos preceptos?

Para CARRERAS MARAÑA los términos son distintos y determinan la aplicación de un régimen jurídico distinto. «Pese a ser farragosa tanto desde el punto de vista legislativo como jurídico, la nueva redacción dada al artículo 11 y 17 LPH, podemos distinguir —afirma— la aplicación de uno y otro precepto y los conceptos de accesibilidad y barreras arquitectónicas:

- Se aplicará el artículo 11 en relación con el 10 y el concepto de accesibilidad cuando lo discutido en Junta o en el proceso sea *realizar obras inexistentes anteriormente*, exigidas por la necesidad de favorecer o permitir la entrada, salida o uso interior adecuado del edificio y por vivir en el mismo, por trabajar o por prestar sus servicios *personas con discapacidad o mayores de setenta años*. [Nótese que entiende incluido en el art. 11 a los mayores.] Así, cuando se trate de instalar rampas de acceso, elevadores mecánicos de sillas de ruedas, barandillas, ascensores,... [En este caso, dice, basta la mayoría del art. 17.3.^a].
- Se aplicará el artículo 17 cuando se trate de *suprimir barreras u obstáculos ya existentes* en el inmueble que impidan o dificulten la

(115) *Op. cit.*, pág. 9.

(116) SP/CONS/47488 (julio-agosto de 2006). Obras en beneficio de minusválidos.

(117) «La Disposición Adicional tercera modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, para obligar a la comunidad de propietarios a la realización de obras de accesibilidad en elementos comunes a favor de personas con discapacidad, y con el límite de que tales no excedan del importe de tres mensualidades; en caso contrario, únicamente serán exigibles si han sido aprobadas por acuerdo con la mayoría correspondiente».

entrada, salida, uso o movilidad de *personas con minusvalía*. Así eliminar escaleras, escalones, rampas demasiado estrechas, ascensores demasiado pequeños o cualquier otro elemento arquitectónico. [En este caso se exige la mayoría cualificada del art. 17.1.^a3.^º] (118).

Sin embargo, lo que determina verdaderamente la aplicación de uno u otro régimen jurídico no debe ser tanto la naturaleza de la obra realizada (poner algo inexistente o eliminar algo existente) como la *trascendencia* que para el conjunto del inmueble tiene dicha obra.

De ahí que sea más acertada la posición de RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, quien declara: «no aprecio donde pueda residir la diferencia entre supresión de barreras arquitectónicas y obras de accesibilidad, porque se defina en positivo o negativo, lo que se pretende es facilitar la utilización y acceso de la vivienda por personas discapacitadas» (119). E igualmente, la de LOSCERTALES FUERTES, quien considera que la denominación de una u otra forma no tiene nada que ver con la aplicación legal (120). En otra obra se pregunta dónde está la diferencia entre uno y otro concepto, y afirma: «Los conceptos en su amplia acepción, son iguales, y conducen a la misma finalidad, es decir, facilitar el acceso a los discapacitados»... (121)

Así, pues, forzoso es concluir que existe una noción única de medidas de accesibilidad.

3. RELACIONES ENTRE EL ARTÍCULO 11.3 Y EL ARTÍCULO 17.1.^a3.^º LPH

Según dijimos antes, junto a las obras obligatorias del artículo 10.2, la reforma contempla la posibilidad de que la Comunidad acuerde llevar a cabo obras de accesibilidad cuyo coste sea superior a tres mensualidades ordinarias de gastos comunes. Ahora bien, existen dos artículos que hacen referencia a dichas obras, el artículo 11.3 que habla de la adopción válida de acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, sin señalar a qué mayoría ha de sujetarse tal acuerdo, y el artículo 17.1.^a3.^º que señala que la supresión de barreras arquitectónicas podrá realizarse por mayoría cualificada. A aclarar las relaciones entre los dichos preceptos dedicamos los epígrafes siguientes.

(118) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 5.

(119) *Op. cit.*, pág. 10.

(120) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal», *op. cit.*, 7.^a ed., pág. 249.

(121) LOSCERTALES FUERTES, «Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, pág. 23.

3.1. ¿*La regla del artículo 17.1.^a3.^º LPH, es una regla para todo acuerdo de supresión de barreras arquitectónicas o simplemente es una excepción a la regla de la unanimidad?*

El artículo 17.1.^a3.^º dispone lo siguiente: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta ley, la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación».

Del tenor literal del precepto parecería desprenderse inicialmente que *en todo caso, supongan las obras de accesibilidad modificación del Título constitutivo o de los Estatutos o no*, el acuerdo de llevarlas a cabo deberá sujetarse a la mayoría cualificada que prevé este precepto (122). Así dice DE LA HOZ DE LA ESCALERA, «De una lectura aislada del artículo 17.1.^a3.^º se deduciría que *es preciso “en todo caso” el quorum allí exigido* especialmente por la confusión que introduce la expresión “incluso cuando impliquen”» (123).

Sin embargo, según una interpretación sistemática y más profunda, el artículo 17.1.^a3.^º estaría estableciendo una excepción a la regla general de la unanimidad (17.1.^a1.^º) para el caso de que la obra suponga modificación del Título Constitutivo o de los Estatutos. En este sentido dice LLAMAS POMBO que la *ratio* de esta novedad legislativa, respecto del texto de 1960, estriba en suavizar la rígida unanimidad para acuerdos que, a juicio del legislador merecen ese tratamiento de favor, *aunque supongan modificación del Título o los Estatutos; y no en endurecer la regla general de la mayoría simple* (art. 17.3.^a) aplicable a cualquier acuerdo, *cuando el mismo no conlleve dicha modificación* (124). En el mismo sentido, CARRASCO PERERA manifiesta: «*es absurdo* que para la realización de obras en elementos comunes, distintas de las de supresión de barreras arquitectónicas, y que no sean (...) “alteraciones” del artículo 12 (y, por ello, modificación del título constitutivo) baste la mayoría simple de asistentes en segunda convocatoria, y para la realización de obras cualificadas por la supresión de barreras se requiera *en todo caso* la mayoría de votos totales y de cuotas totales, *aunque no afecten al título o a los estatutos*. Por eso, la norma de la regla 1.^a debe interpretarse en el sentido dicho: la mayoría cualificada *sólo es exigible cuan-*

(122) Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17», en CUADRADO IGLESIAS, Manuel (Coord.), *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad horizontal. Ley 8/1999, de 6 de abril*, Dykinson, 2000, págs. 545 y 546.

(123) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo, 2004. SP/DOCT/1924, pág. 5.

(124) LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17», *op. cit.*, págs. 545 y 546.

do implica modificación del título constitutivo o de los estatutos”» (125). En la misma línea de estos autores DE PABLO CONTRERAS (126), GARAY y GARAY (127), FUENTES LOJO (128), DE LA HOZ DE LA ESCALERA (129) y MOSCOSO TORRES (130). Estos dos últimos autores atribuyen al legislador una redacción defectuosa del precepto. En concreto, dice MOSCOSO TORRES que «estamos ante una defectuosa redacción del precepto, pues interpretando éste de forma sistemática, claramente se llega a la conclusión de que dicho párrafo sólo tiene sentido para el supuesto de que la supresión de barreras suponga modificación del Título Constitutivo o de los Estatutos y no para los demás».

3.2. *Posiciones doctrinales acerca de las relaciones entre el artículo 11 y el 17.1.^a3.^º LPH*

3.2.1. El acuerdo del 11.3 requiere la mayoría del artículo 17.1.^a3.^º

Es la opinión de ILLESCAS RUS y GARAY (131).

Para ILLESCAS RUS, los artículos 11 y 17 no regulan casos diferentes. El autor distingue simplemente, como hacemos nosotros, entre obras que no exceden del límite cuantitativo de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes y obras que sí exceden de tal límite. A estas obras se refiere el artículo 11. «Este precepto —dice— contempla las consecuencias que apareja para la Comunidad (apdo. 3), los comuneros que hayan postulado y secundado su adopción (apdo. 5) y para los disidentes (apdo. 2), el acuerdo eventualmente favorable [a la realización de tales obras] e impone el consentimiento expreso del o de los propietarios que puedan verse privados del uso y disfrute de alguna parte del edificio (apdo. 4). Pero no establece todos los requisitos —en especial, el del *quórum*— para la adopción válida de ese acuerdo. El *quórum* que es único, se contempla en el artículo 17, regla 1.^a...» (132). Más adelante señala: «*se precisa en todo caso el voto favorable de la mayoría de propietarios y de*

(125) Citado por LLAMAS POMBO (LLAMAS POMBO, Eugenio, *Comentario al artículo 17*, pág. 546, nota 97.

(126) DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDAZ, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS. *Curso de Derecho Civil*, vol. III, *op. cit.*, pág. 220.

(127) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, págs. 92 y 100.

(128) FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios...*, Tomo I, pág. 410.

(129) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 5.

(130) *Op. cit.*, pág. 9.

(131) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, pág. 70.

(132) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 6.

porcentajes, y ello tanto si afecta o no al Título Constitutivo o a los Estatutos, cuanto que sea la convocatoria —1.^a o 2.^a— en que se adopte el acuerdo. De donde concluimos que nunca puede acudirse al régimen del artículo 17.3.^a y que ha de notificarse el acuerdo favorable a los propietarios ausentes de la Junta a fin de que puedan, de convenirles, manifestar su discrepancia dentro de los treinta días siguientes a la recepción y quedar exonerados de contribuir a la obra o instalación de que se trate» (133).

Junto a los dos autores antedichos, cabe añadir a Catalina MORAGUES VIDAL (134).

Frente a esta opinión cabe argumentar lo expuesto en el epígrafe III.3.1.

3.2.2. Los artículos 11.3 y 17.1.^a 3.^o son dos supuestos diferenciados, radicando la diferencia en la mayoría exigible en cada uno

Así lo entienden ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio (135); LÓPEZ ORELLANA, Manuel José (136); RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo (137); DE LA HOZ DE LA ESCALERA, Javier (138); MOSCOSO TORRES, Pablo (139); SEOANE PRADO, Javier (140); LOSCERTALES FUERTES, FUENTES LOJO, GÓMEZ CALLE (141) y SE-

(133) *Op. cit.*, págs. 6 y 7.

(134) Si bien distingue entre obras e instalaciones necesarias cuyo importe excede de las tres mensualidades ordinarias de gastos comunes; obras consistentes en nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada accesibilidad del inmueble, aunque su importe excede de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes; y obras o establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas, aún cuando impliquen modificación del Título Constitutivo o de los Estatutos, *exige para todas ellas la mayoría del artículo 17.1.^a 3.^o* (ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 8).

(135) Dice este autor que la Ley 51/2003 también modifica el artículo 17.1.3.^o añadiendo en su inicio «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta Ley», *por lo que resulta evidente que se trata de supuestos diferenciados*. Si hay modificación del Título o de los Estatutos procede aplicar el artículo 17.1.^a 3.^o; si no lo hay, cabe adoptar acuerdos por el artículo 11 en relación con 17.3.^a (ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 4).

(136) *Op. cit.*, pág. 7.

(137) La mayoría del artículo 17.1.^a 3.^o debe ser necesaria en casos de modificación del Título o de los Estatutos. ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 10.

(138) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 5.

(139) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 9.

(140) Distingue entre obras exigibles a la Comunidad y no exigibles. Respecto de éstas dice que si el pago de las obras no exigibles quiere ser impuesto a todos los comuneros o las obras afectan al Título Constitutivo, no se exige la unanimidad como se impondría a falta de salvedad legal, *sino que basta la mayoría cualificada de 3/5. En los restantes casos basta mayoría simple* (art. 17.3.^a en relación con el 11.2.^o).

(141) GÓMEZ CALLE, Esther, «El régimen jurídico de las innovaciones en la propiedad horizontal», en ADC. enero-marzo de 2004, pág. 125.

pín (142). Es decir, y generalizando, a partir de lo que en particular afirma cada uno de estos autores, si la supresión de barreras arquitectónicas afecta al Título Constitutivo o a los Estatutos; supone la creación de otros servicios generales en la finca (como ascensor, por ejemplo); o el pago se quiere imponer a todos los comuneros (143), se requerirá la mayoría cualificada del artículo 17.1.^a3.^º En otro caso cabe adoptar el acuerdo por la vía del artículo 11.3 en relación con el 17.3.^a LPH (mayoría simple).

Destacamos de entre las opiniones de los autores mencionados la de LOSCERTALES FUERTES. Para este abogado cabe clasificar las obras de accesibilidad en obligatorias (art. 10.2) y no obligatorias. Dentro de éstas, a su vez, cabe distinguir entre *obras normales*, que no suponen modificación del Título Constitutivo (las del art. 11.3 en relación con el art. 17.3.^a LPH) y *obras que suponen modificación del Título, por suponer el establecimiento de nuevos servicios generales o tratarse de obras de gran trascendencia* (las del art. 17.1.^a3.^º LPH). También se rigen por el artículo 17.1.^a3.^º LPH las obras que conllevan la creación de una servidumbre (144), dado que ésta no puede imponerse por la vía del artículo 11 [art. 9.1.c) en relación con el art. 17]. Estas obras del artículo 17.1.^a3.^º tienen dos límites fundamentales: que la obra no suponga un grave detrimiento para otros elementos comunes y que la obra no suponga perjuicios directos hacia el resto de los propietarios. En tales casos se requiere la unanimidad (art. 12 LPH) o por lo menos, en el segundo caso, conformidad de los perjudicados. De no respetarse tales límites, el acuerdo sería impugnable.

Según LOSCERTALES FUERTES no pueden regirse por la norma del artículo 17.1.^a las obras *normales*, ya que ello dejaría sin efecto el actual artículo 11. El artículo 11.3 en relación con el artículo 17.3.^a es el que —en su opinión— deben utilizar las comunidades que tengan interés en favorecer a los propietarios discapacitados o a los minusválidos que con ellos vivan. La diferencia a favor de los discapacitados sería que *aunque alguien votase en contra y mostrase su discrepancia por la obra o por el*

(142) SP/CONS/47488 (julio-agosto de 2006). Obras en beneficio de minusválidos.

«Si el propietario o personas que residan en la casa y que se enumeran en el artículo 10.2 de la LPH necesitan que se hagan obras necesarias para adaptar el portal al acceso del minusválido, la Comunidad está obligada a llevarlas a cabo, siempre y cuando no excedan de tres mensualidades ordinarias, conforme a lo que establece el citado precepto, es decir, no cabe la negativa.

Si dichas obras superan el límite económico antes mencionado, la Comunidad, por medio de Junta, podrá tomar la decisión favorable, siendo suficiente la mayoría simple del artículo 17, regla 3.^a, para obras normales, que no suponen modificación del Título, o bien crear otros servicios generales en la finca, por ejemplo, ascensor, en cuyo caso habría que aplicar el artículo 17, regla 1.^a, con exigencia de mayoría cualificada del total de propietarios».

(143) Sobre la imposición de pago a todos los comuneros, vid. epígrafes III.4 y III.6.

(144) Entiéndase, para la instalación de ascensor. Vid., epígrafe III.8.

importe, no podría exonerarse del pago que le correspondiese (art. 11.2 y 11.3 LPH) (145). Se trataría de una discriminación positiva en favor de los discapacitados. Si las obras, mejoras o nuevas instalaciones suponen modificación del Título constitutivo, entonces se ha de acudir a la regla 1.^a del artículo 17.

Esta regla del artículo 17.1.^a 3.^º no consiste, aunque lo parezca, en una mayoría simple de los asistentes de la regla 3.^a, sino que hay que alcanzar el acuerdo mayoritario sobre el total de los propietarios y de las cuotas de participación. Cuando esto se logra, afirma, todos estarán obligados a pagar, citando al respecto la sentencia de la Audiencia de Murcia, de 19 de abril de 2001 (SP 21436), y Valencia, de 11 de marzo de 2002 (SP 37029), sea cual fuere la obra realizada «*reiterando... que con los límites de que no suponga un grave demérito para otros elementos comunes o perjuicios directos hacia el resto de propietarios, en cuyo caso la unanimidad se impondría* o, por lo menos la conformidad de los perjudicados, considerando que éstos gozarán de buenos argumentos para la posible impugnación». La impugnación del acuerdo sólo será posible si consta el voto negativo del asistente o la contestación negativa del ausente (146).

Esta posición mayoritaria parece la acertada, dado el inciso inicial del artículo 17.1.^a 3.^º LPH: «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11».

3.2.3. El acuerdo del 11.3 debe adoptarse por la mayoría del 17.1.^a 3.^º, sin admitir disidentes, pero cabe acuerdo del artículo 11.2 en relación con el artículo 17.3.^a, admitiendo disidencia

Es la opinión de DOMÍNGUEZ LUELMO. Para este autor *parece que los acuerdos adoptados válidamente, a que se refiere el artículo 11.3, sólo pueden ser los del artículo 17.1.^a 3.^º (obligando a todos)*. «...En este sentido, el inciso final del artículo 11.3, cuando se refiere a que la comunidad queda obligada al pago de estos gastos aunque su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, no añade nada nuevo, pues ya en el apartado 5.^º del artículo 17.1.^a se recoge con claridad que “*los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios*”». No obstante, puede afirmarse que con ello se elimina la eventual interpretación de considerar posible que los propietarios que voten en

(145) La reforma —dice— ha añadido el apartado 3 del artículo 11 que elimina el límite de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes como límite a partir del cual no hay obligación de pago.

(146) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal», *op. cit.*, 7.^a ed., págs. 161, 249, 250, 251 y 253; «Propiedad Horizontal», *op. cit.*, 8.^a ed., págs. 157 y 158; «Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, págs. 23 y 24.

contra del acuerdo se escuden en el concepto de disidentes para eludir el pago si los gastos exceden de tres mensualidades» (147).

«*Es posible, sin embargo, que no se alcance la mayoría correspondiente contemplada en el artículo 17.1.^a Si se considera que la obra solicitada no viene requerida para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble, según su naturaleza y características, todavía quedaría la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el artículo 11.2. No cabe duda que un acuerdo al respecto adoptado por la mayoría de los asistentes (art. 17.3.^a) es un acuerdo válidamente adoptado, pero que no puede considerarse obligatorio para todos al no haberse alcanzado la mayoría del total de propietarios y de cuotas.* Así pues, en este caso, si la cuota de instalación excede del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, el disidente no queda obligado ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja» (148). No parece muy acertada esta opinión de DOMÍNGUEZ LUELMO, dado que *no tiene en cuenta para la determinación de la mayoría exigible la entidad de las obras*.

3.2.4. Nuestra tesis sobre las relaciones entre los artículos 11 y 17 LPH

Nosotros compartimos básicamente las posiciones de LOSCERTALES FUERTES si bien con las importantes matizaciones que se harán en sucesivos epígrafes.

4. LA INSTALACIÓN DE ASCENSOR PARA LA SUPRESIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS. ¿ARTÍCULO 17.1.^a2.^º O ARTÍCULO 17.1.^a3.^º LPH?

Ante la instalación de un ascensor para la supresión de barreras arquitectónicas en beneficio de discapacitados, puede surgir la duda de cuál sea el régimen jurídico aplicable. Podría pensarse que el artículo 17.1.^a2.^º es una excepción a la regla de la unanimidad aplicable *siempre* que se trate de la instalación de un ascensor [tesis mantenida por la SAP de Burgos, de 18 de enero de 2001 (AC 2001, 794) (149) y cuya existencia reconoce RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT (150)], de modo que la regla del artículo 17.1.^a3.^º sería otra excepción a la regla de la unanimidad aplicable, siempre que se

(147) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 8.

(148) *Op. cit. loc. cit.*

(149) Citada por CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 17», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 2.^a ed., revisada y puesta al día. Aranzadi. Navarra, 2002, pág. 529.

(150) RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, «La accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 108.

realizasen obras para supresión de barreras arquitectónicas *distintas de la instalación de ascensor*. Pero también podría pensarse que la regla del artículo 17.1.^a3.^º es una excepción de la excepción (art. 17.1.^a2.^º) de manera que siempre que la instalación del servicio común de interés general, se haga no tanto por dicho interés general sino por la existencia de personas minusválidas *a modo de privilegio* (151) se aplicará la regla del artículo 17.1.^a3.^º LPH (152).

Cabría incluso pensar que dado que la instalación de ascensor supone siempre la eliminación de barreras arquitectónicas para minusválidos, en cualquier caso, incluso no existiendo discapacitados en la finca, podría adoptarse el acuerdo de instalación acogiéndose al artículo 17.1.^a3.^º Tal interpretación ha sido rechazada con total acierto por la SAP de Burgos, de 18 de enero de 2001 (AC 2001, 794), y la SAP de Madrid, Sección 10.^a, de 4 de abril de 2005, por suponer un fraude de Ley previsto en el artículo 6.4 del Código Civil y en el artículo 11.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Por su parte, CARRASCO PERERA afirma que «es preciso que en el inmueble habite alguna persona minusválida; no es admisible someter a propuesta una obra de este tipo en previsión de futuro, si nadie lo reclama actualmente en función de su condición» (153). E, igualmente, GARCÍA-CHAMÓN y PÉREZ SERRA afirman que no cabría, que no existiendo minusválidos, pidiera sin más un propietario que se suprimieran barreras. Un acuerdo en tal sentido no podría adoptarse por la citada mayoría del 17.1.^a3.^º (154).

CARRASCO PERERA opina que el supuesto de instalación de ascensor puede encontrarse indistintamente en la regla del artículo 17.1.^a3.^º o sujeto a la mayoría de 3/5, *según las particularidades del caso* (según existan minusválidos o no). O sea, que parece optar por la segunda solución (155), como también lo hizo la SAP de Álava, de 8 marzo de 2001 (AC 2001, 784) (156); la SAP de Oviedo, Sección 1.^a, de 26 de febrero de 2002 (SP/SENT/36639); SAP de Asturias, Sección 1.^a, de 26 de enero de 2002 (AC junio de 2002); SAP

(151) Cfr. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General*, vol. 1.^º, 12.^a ed., José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1991.

(152) Cfr. MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 234.

(153) CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 2.^a ed., revisada y puesta al día. Aranzadi. Navarra, 2002, págs. 528 y 529.

(154) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 263.

(155) No está clara del todo, no obstante la posición de este autor, pues en la obra citada, pág. 531, considera que para la instalación de ascensor: «las personas minusválidas y discapacitadas no podrán ampararse en la norma especial (que exige un porcentaje de votos menor) relativa a la supresión de barreras arquitectónicas y requerirán obtener un porcentaje favorable de 3/5 de propietarios y cuotas» (DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad en los nuevos artículos 10, 11 y 17.1.^a de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 51/2003, de 2 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, 5, 51, 2004, pág. 16).

(156) CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 17...», *op. cit.*, pág. 529.

de Málaga, Sección 4.^a, de 26 de julio de 2004 (SP/SENT/61317) (157), y SAP de Madrid, Sección 21.^a, de 13 de julio de 2004.

Por su parte, LOSCERTALES FUERTES recoge que sobre la posibilidad de instalación de nuevo ascensor utilizando el concepto de supresión de barreras, se han producido ya algunas sentencias. «A favor, entre otras: Audiencia de Madrid, de 19 de febrero de 2002 (SP 37279); Asturias, de 26 de febrero de 2002 (SP 36639); la de Valencia, de 11 de marzo de 2002 (SP 37029) y de 14 de septiembre de 2002 (SP 40164). No hay en sentido negativo, salvo cuando son incompatibles con la configuración del edificio, que son rechazadas por la Audiencia de Málaga, sentencia de 8 de mayo de 2002 (SP 39204) o necesitan de la autorización del propietario afectado... (158).

La solución a la cuestión no es sencilla. Hay que partir de la realidad social de que la instalación de un ascensor como *nuevo servicio del inmueble*, va a verificarse normalmente en edificios antiguos, de varias aunque no numerosas plantas y, por lo tanto, de pocos vecinos, cuyas economías son modestas o bajas. Es muy posible que el reciente comprador que se ha trasladado a la finca y que está agobiado por el peso de una hipoteca haya escogido precisamente dicha finca, porque carecía del servicio de ascensor y por consiguiente, los gastos fijos mensuales de comunidad eran más ajustados a su modesto salario. *En tales circunstancias, la instalación de un ascensor puede suponer una grave perturbación de su economía familiar.* Igualmente dicha instalación puede suponer una grave perturbación para las economías de pensionistas. Teniendo, pues presente esa realidad social, y al mismo tiempo los derechos de las personas minusválidas, una solución ajustada sería la que entendiese que basta la mayoría de propietarios y cuotas para la instalación del ascensor (art. 17.1.^a3.^º), siempre que se reconozca la posibilidad de existencia de disidentes. Esta posibilidad la expone muy acertadamente ILLESCAS RUS.

Ya hemos visto como este Magistrado entiende que los artículos 11 y 17 no regulan casos distintos y que aquél, que hace referencia a la posibilidad de acordar obras no obligatorias, no establece el requisito de *quórum* para la adopción válida de ese acuerdo. «El *quórum* —dice—, que es único, se contempla en el artículo 17, regla 1.^a Este artículo incorpora, tras la reforma, una explícita salvedad de lo dispuesto en los artículos 10 y 11. «Nótese a este respecto —dice— que el artículo 11.3 no implica en modo alguno que los disidentes estén también obligados a sufragar estas obras. En efecto, este precepto señala que: “cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes” [es

(157) SEPÍN, REVISTA DE PROPIEDAD HORIZONTAL, *Jurisprudencia al detalle. La instalación del ascensor*, octubre de 2006, núm. 273 PH.

(158) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal», *op. cit.*, 7.^a ed., pág. 250.

decir, quedará obligada al pago aún cuando estemos fuera del límite cuantitativo previsto en el art. 10.2]. En efecto, el acuerdo válidamente adoptado [en tal sentido] vincula a la Comunidad y a todos los comuneros [pese a superar el límite de las tres mensualidades, caso en que la obra era obligatoria], pero una cosa es que la Comunidad en cuanto tal esté obligada a pagar las obras resultantes de un acuerdo [voluntaria y] válidamente adoptado y otra muy distinta es que también lo estén quienes lícita y eficazmente —de acuerdo con el propio precepto— [art. 11.2] (159) hayan salvado su voto y expresado su disidencia. El resultado es que... las adaptaciones aprobadas deben ser acometidas por la Comunidad, aunque serán exclusivamente sufragadas por los comuneros que hayan votado favorablemente el acuerdo y por los ausentes a quienes, luego de ser debidamente notificada su adopción, no hayan expresado fehacientemente su disconformidad a los órganos rectores de la Comunidad». Como el artículo 17.1.^a 3.^º LPH tiene un inciso inicial en el que se hace salvedad de lo previsto en los artículos 10 y 11, y por lo tanto, de lo previsto en el artículo 11.2, dicho artículo es aplicable en el caso y no el artículo 17.1.^a 5.^º (160). La solución de ILLESCAS RUS armoniza los derechos de las personas discapacitadas con los derechos de los disidentes (161).

Si los Tribunales no admitieran la existencia de disidentes al acuerdo de instalación de ascensor adoptado por la vía del artículo 17.1.^a 3.^º, entonces creemos que para que el acuerdo vinculase a todos los comuneros debería obtenerse por una mayoría más reforzada. La solución pasaría por acoger la tesis de la SAP de Burgos, de 18 de enero de 2001 (AC 2001, 794), exigiéndose mayoría de 3/5 (162). ¿Qué obras se subsumirían entonces en el artículo

(159) Dicho artículo es aplicable en el caso porque *lo exigible*, artículo 11.1, en materia de obras de accesibilidad, es lo previsto en el artículo 10.2 y *lo no exigible*, artículo 11.2, *lo que excede de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes*.

(160) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, págs. 6 y 7.

(161) Sólo hay tres motivos por los que un comunero disienta de un acuerdo comunitario. Por entenderlo gravemente perjudicial para la comunidad (caso en el que podría impugnar con arreglo al art. 18.b); por entenderlo gravemente perjudicial para sí mismo (por ejemplo, por problemas económicos) y por desavenencias con la comunidad o el comunero discapacitado. Una disidencia en este último sentido debería ser considerada en este caso abusiva y antisocial (art. 7.2 CC). Pero si el comunero disidente justifica sus problemas económicos ante la Junta, tal disidencia ha de considerarse legítima.

(162) Afirma en *ratio decidendi* esta sentencia: «...si bien es cierto que la instalación de un ascensor es, dialécticamente hablando, una medida que supone la supresión de una barrera arquitectónica que dificulta el acceso o movilidad de personas con minusvalía, *no lo es jurídicamente hablando, en cuanto que es una norma especial, con una disciplina peculiar, que no puede ser soslayada por el camino de aplicar otro régimen de mayoría pensado para otros mecanismos de eliminación de barreras arquitectónicas*.

No cabe, pues, intentar instalar un ascensor en un edificio donde antes no lo había bajo la idea de que con ello se evitan barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía. Se trata de dos supuestos jurídicamente diferentes que no pueden ser confundidos, y cuyo intento sólo tiene un tratamiento jurídico igual es el del artículo 6.4 del Código Civil y el del artículo 11.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio,

lo 17.1.^a 3.^º? Otras obras de supresión de barreras arquitectónicas, diversas de la instalación del ascensor y que afecten levemente a la estructura o fábrica del edificio como podría ser ensanchar las puertas del portal (163).

En todo caso, tanto para la instalación de ascensor como para cualquier otro acuerdo de supresión de barreras arquitectónicas «deben tenerse en cuenta las ayudas, exenciones y subvenciones que puedan obtenerse, pues ello puede aumentar el número de votos favorables en la Junta» (164). Por ello habrá que estar a la legislación dictada sobre la materia en cada Comunidad Autónoma (165).

5. ¿EN FAVOR DE QUÉ PERSONAS CABE REALIZAR LAS OBRAS NO OBLIGATORIAS DE ACCESIBILIDAD?

5.1. ¿Personas discapacitadas y mayores de setenta años?

La jurisprudencia ha venido asimilando la conceptuación de minusválido en relación con la instalación de aparatos elevadores a las personas ancianas o con enfermedades que dificulten gravemente la subida de escaleras. Así, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1994, en este caso incluso referida a un supuesto anterior a la entrada en vigor de la Ley 3/1990; sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de julio de 1995, y sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1997; SAP de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994 (AC 1994, 846); SAP de Madrid, de 24 de abril de 1996 (AC 1996, 812) (166), y SAP de Madrid, de 7 de mayo de 1999 (167). Igualmente, la reciente STS de 28 de septiembre de 2006 (SP/SENT/97795).

del Poder Judicial, en cuanto integrante de un claro fraude de ley. Por dicha razón es totalmente inoperante lo actuado en este juicio en torno a la minusvalía de varios propietarios de viviendas, salvo en cuanto que con ello quiera argumentarse metajurídicamente sobre la procedencia del ascensor, pero no respecto de la adecuación a derecho o no de la decisión de colocarse, *la cual se rige exclusivamente por lo prevenido en el párrafo segundo, inciso primero, del artículo 17.1 de la LPH, que es lo que se va a analizar en esta sentencia*. Es decir, para la sentencia la instalación de ascensor tiene una normativa especial, que no puede evadirse por la vía de entender que la instalación suprime barreras arquitectónicas, incluso aunque existan propietarios minusválidos en la finca. La regla del artículo 17.1.^a 3.^º LPH estaría pensada para otros mecanismos de eliminación de barreras arquitectónicas distintos del ascensor, pues tratándose de la instalación de éste la norma siempre aplicable es la del artículo 17.1.^a 2.^º LPH.

(163) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pág. 69.

(164) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 9.

(165) *Op. cit.*, pág. 16.

(166) Estas dos últimas citadas por CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 17...», *op. cit.*, pág. 530.

(167) «La sentencia recurrida estima igualmente que no se ha probado en la litis la existencia en el edificio de personas con minusvalía, añadiendo la apelada en esta alzada

Sin embargo, CARRASCO PERERA entendía que no era minusválida la persona anciana discapacitada, o simplemente anciana, a falta de una previsión legal expresa como la que hace el artículo 1.3 de la Ley 15/1995 (168).

Tras la reforma operada por la Ley 51/2003, la doctrina se inclina a considerar que son beneficiarios de las obras de accesibilidad tanto los discapacitados como las personas mayores de setenta años. Así, Juan GARAY y Miren GARAY (169), MAGRO SERVET (170), DOMÍNGUEZ LUELMO (171) y SEPÍN (172).

Para MORETÓN SANZ, la modificación pone fin a las dudas doctrinales sobre los beneficiarios de la Ley 8/1999. Señala, no sólo a los propietarios, sino también a los *discapacitados o mayores de setenta* años que vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios (173).

Para GARCÍA CHAMÓN y PÉREZ SERRA las personas con minusvalía, a que se refiere el artículo 17.1.^a3.^º LPH, coincidirían con los beneficiarios de las medidas previstas en la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre eliminación de barreras arquitectónicas, y por lo tanto, habría que entender comprendidos a los mayores de setenta años (art. 1.3 de la Ley 15/1995) (174). El problema

que debe entenderse por tal aquéllas que así hayan sido declaradas administrativamente. No puede esta Sala compartir tal afirmación y ello por varias razones. En primer lugar porque la Ley no establece distinción alguna ni supedita sus beneficios a la previa declaración administrativa. En segundo lugar porque el artículo 16.1 de la LPH, en la redacción dicha, no menciona a "minusválidos", sino a personas con minusvalía en relación con la dificultad de acceso y movilidad, y es evidente que muchas personas con dificultades de movilidad no son sin más inválidos administrativa o laboralmente. En tercer lugar porque la jurisprudencia ha venido asimilando la conceptuación de minusválido en relación con la instalación de aparatos elevadores a las personas ancianas o con enfermedades que dificultan gravemente la subida de escaleras, entre otras las sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1994, en este caso incluso referida a un supuesto anterior a la entrada en vigor de la tan citada Ley 3/1990, sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1995 y sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1997. Y en cuarto y último lugar, efectivamente, no existiendo mejor interpretación legal que la auténtica, es decir, la efectuada por el mismo legislador, es evidente que éste al regular con posterioridad a 1990 las limitaciones al dominio para suprimir barreras arquitectónicas en la Ley 15/1995, de 30 de mayo, ya manifiesta (art. 1.3) que a sus efectos los derechos que reconoce a las personas con minusvalías físicas son también ejercitables por los mayores de setenta años sin necesidad de acreditar su discapacidad, de lo que se sigue que la intención del legislador es la asimilación de ambas categorías, y por tanto que cuando el artículo 16.1 LPH menciona a las personas con minusvalías deben entenderse también incluidos los ancianos». Citada por DOMÍNGUEZ LUELMO (DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», op. cit., pág. 14).

(168) CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 17...», *op. cit.*, págs. 528 y 529.

(169) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pág. 100.

(170) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 234.

(171) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, págs. 12 y 14.

(172) SP/CONS/40166 (febrero de 2005).

(173) MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, pág. 101.

(174) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 263.

es que el fundamento de esta opinión, como ocurre con la de SEPÍN y MAGRO SERVET (175), no es acertado, pues la Ley 15/1995 tiene un ámbito de aplicación propio *a no confundir con el de la LPH*. Más adelante explicaremos esto con más detalle.

Antes de responder a la cuestión planteada es preciso señalar que la Disposición Adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (*BOE* de 15 de diciembre de 2006) ha estatuido que: «Las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”.

Por lo tanto, la referencia que a «personas con minusvalía» se hace en el artículo 17.1.^a3.^º LPH habrá que entenderla realizada a «personas con discapacidad», lo que nos lleva a relacionar dicho precepto con el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, y con el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En este sentido nos remitimos a lo dicho en el comentario al artículo 10.2 LPH.

En cuanto a si deben entenderse incluidos o no los mayores de setenta años en el ámbito del artículo 17.1.^a3.^º, cabría argumentar, por un lado, que pudiendo haber aprovechado el legislador la reforma operada por la Ley 51/2003, para incluir expresamente en dicho precepto a los mayores de setenta años, no lo ha hecho, argumento que abonaría la no inclusión de los ancianos en tal precepto. Por contra, cabe argumentar que al haber incluido la reforma en el artículo 10.2 expresamente a los mayores de setenta años, como sujetos beneficiarios de las obras obligatorias de accesibilidad, siempre que la ley tratase de tales obras de accesibilidad, aunque fuesen no obligatorias (art. 11.3 y art. 17.1.^a3.^º) habría que entender incluidos a los mismos en su ámbito de aplicación como fruto de una interpretación sistemática. Esta última tesis es la acertada, siempre que se trate de ancianos en los que concurre una disminución permanente para andar, subir escaleras o salvar barreras arquitectónicas, se precise o no el uso de prótesis o de silla de ruedas, que no tendrá por qué suponer un 33 por 100 de minusvalía ni será necesario acreditar administrativamente. Es decir, que no entendemos aplicable los artículos 11.3 y 17.1.^a3.^º a los ancianos que se encuentran en buen estado, por las razones que adujimos en el epígrafe II.1.1.1. Como dice DOMÍNGUEZ LUELMO: «ciertamente no existe una asimilación entre toda persona mayor de setenta años y un minusválido, pero parece claro que a aquélla se la exime de acreditar su discapacidad mediante certificación de la Administración correspondiente» (176).

(175) *Op. cit.*, pág. 238.

(176) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 14.

5.2. ¿Qué relación jurídica han de tener los beneficiarios de las obras de accesibilidad con el inmueble?

La doctrina ha planteado las siguientes interpretaciones.

Una primera considera que dichas relaciones con el inmueble han de ser las exigidas por la Ley 15/1995; o dicho de otro modo, para que pudiese adoptarse un acuerdo de obras de accesibilidad al amparo del artículo 17.1.^a 3.^º, éste debería beneficiar a alguna de las personas indicadas en el artículo 2.1 y 2.2 de la Ley 15/1995, artículos que vendrían a aplicarse por analogía. Es la interpretación de DOMÍNGUEZ LUELMO (177) (178). Sin embargo, frente a esta interpretación hay que decir con LLAMAS POMBO que «nada obliga a hacer una lectura de la LPH en la clave de la Ley 15/1995, norma especial que reconoce unos derechos específicos *distintos* de los que contempla aquélla; indudablemente ambas normas, el inciso que comentamos de la LPH [«personas con minusvalía» del artículo 17.1.^a 3.^º] y la Ley 15/1995, persiguen finalidades semejantes, pero sometidas a requisitos diferentes y con efectos también distintos» (179).

Una segunda interpretación es la que considera que deben concurrir en el discapacitado o mayor de setenta años alguna de las circunstancias indicadas en el artículo 10.2. De modo que se tendría una triple relación con el inmueble, *vivir en él, trabajar en él o prestar servicios altruistas o voluntarios en el mismo*. Es la opinión de MORETÓN SANZ (180).

Una tercera interpretación es la que daba FUENTES LOJO para el artículo 17.1.^a 3.^º antes de la reforma introducida por la Ley 51/2003: Sólo es beneficiario el *propietario* de una vivienda o local que ostente la condición de persona con minusvalía (181). Es decir, que la relación con el inmueble ha de ser una *relación de propiedad*.

Parece que la postura más acertada sería en principio la que relaciona el artículo 10.2 con el artículo 17.1.^a 3.^º, interpretación que permite el propio inciso inicial de este último artículo. Podría, pues, adoptarse un acuerdo de realización de obras que excedan de más de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, bien por la vía del artículo 11.3 en relación con el artículo 17.3.^a o por la vía del artículo 17.1.^a 3.^º LPH, siempre que el discapacitado o mayor de setenta años sea comunero y resida en la

(177) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 12.

(178) CARRASCO PERERA también mantenía esta interpretación para la redacción de la LPH con arreglo a la Ley 8/1999, de 6 de abril (citado por FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios..., Tomo I*, *op. cit.*, pág. 596).

(179) LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17...», *op. cit.*, pág. 555.

(180) MORETÓN SANZ. M.^a Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, pág. 101.

(181) Citado por LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17», en CUADRADO IGLESIAS, Manuel (Coord.), *Comentarios a la Ley de reforma de la propiedad horizontal. Ley 8/1999, de 6 de abril*, Dykinson, 2000, pág. 556.

finca (182) (183), o sea un pariente que comparte techo con un comunero, o trabaje o preste servicios altruistas o voluntarios en el espacio privativo de un comunero, con éste o para éste, y siempre que concurran todas las circunstancias que analizamos en el epígrafe II.1.2.1.1.

5.3. Prueba de la condición de discapacitado o mayor de setenta años

Con anterioridad a la reforma producida por la Ley 51/2003, se discutía si las «personas con minusvalía» del artículo 17.1.^a3.^º LPH debían acreditar administrativamente ésta o no.

La Jurisprudencia ha sido proclive a admitir a estos efectos «la condición de minusvalía sin necesidad de que sea reconocida por la Administración, siempre que resulte suficientemente acreditada por otra vía. Aparte de otros pronunciamientos jurisprudenciales [SAP de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994 (AC 1994/846), que admite la prueba documental, distinta a la acreditación administrativa, por el hecho de que la realidad social demuestra que muchas personas incapacitadas no solicitan el reconocimiento administrativo (184); SAP de Granada, Sección 4.^a, de 7 de noviembre de 1996 (Ar. Civ. 1996/2307), en la que se admiten como suficientes para acreditar la condición de minusválido, la prueba pericial y testifical...], es de destacar el criterio mantenido

(182) La SAP de Madrid, Sección 21.^a, de 13 de julio de 2004 (SP/SENT/61537) afirma que es indiferente que el minusválido o mayor de setenta años resida o no en la finca (SEPÍN, REVISTA DE PROPIEDAD HORIZONTAL, *Jurisprudencia al detalle. La instalación del ascensor*, octubre de 2006, núm. 273, PH, págs. 12 y 13). Sin embargo, parece necesario exigir la residencia o la intención de trasladar allí el domicilio, razón por la cual se postulan las obras. El argumento definitivo es el que puso de relieve GALLEGU DOMÍNGUEZ: el título de la Ley 3/1990, precedente inmediato del actual artículo 17.1.^a3.^º LPH, señalaba que se reformaba la LPH para «facilitar la adopción de acuerdos que tengan por finalidad la adecuada habitabilidad de minusválidos en el *edificio de su vivienda*. Dicho título mostraría la intención del legislador de centrar el régimen especial para casos en los que la persona que tiene restricciones de movilidad tiene su domicilio en el edificio en cuestión».

(183) O según lo que expusimos al comentar el artículo 10.2 sea arrendatario o usufructuario por largo tiempo, viviendo en la finca.

(184) Afirmaba la sentencia: «Tampoco puede sostenerse que el término minusválido, a que se refiere la LPH reformada [en 1990], alude sólo a quienes administrativamente tengan reconocida esa condición. Al contrario, el término de la Ley ha de ser interpretado conforme a su sentido gramatical y a la realidad social actual (art. 3.1 del Código Civil), y así en el primer aspecto, la palabra minusválido alude a «la persona incapacitada, por lesión congénita o adquirida, para ciertos trabajos, maniobras, etc...» (Diccionario de la Lengua Española, 20.^a ed.), y en el segundo aspecto, la realidad muestra cómo muchas de las personas incapacitadas no solicitan el reconocimiento administrativo, sin que ello, por desgracia, haga cambiar su real situación de incapacidad. Por último, queda demostrado, por la documentación aportada a la contestación a la demanda, que determinados propietarios y vecinos del inmueble, reconocidos por los forenses, presentan enfermedades que les dificultan enormemente el acceso por las escaleras» (citada por TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, pág. 63).

por la SAP de Zamora, Sección Única, de 12 de febrero de 1999 [cfr. *Ar. Civ.* 1999/112] que entiende que la consideración a estos efectos de una persona como minusválida no puede limitarse a que exista una resolución administrativa sobre la calificación de la minusvalía» (185). «En sentido parecido se pronuncia la SAP de Madrid, de 7 de mayo de 1999; la SAP de Vizcaya (Sección 3.^a), de 31 de mayo de 2002; SAP de Barcelona (Sección 14.^a), de 28 de septiembre de 2002; SAP de Vizcaya, de 30 de octubre de 2002; SAP de Asturias, de 15 de mayo de 2003, y SAP de Guadalajara, de 22 enero de 2003 (186). La SAP de Asturias, de 2 de mayo de 2001, se pronunció en el sentido de que al mayor de setenta años se le exime de acreditar su discapacidad mediante certificación de la Administración (187). MORENO TEJEDOR cita la SAP de Granada, de 7 de julio de 1996; SAP de Vizcaya, de 3 de junio de 1999 y SAP de Gerona, de 15 de enero de 1999 (188).

Sin embargo, la jurisprudencia no era unánime sino vacilante, pues junto a las anteriores resoluciones podían encontrarse sentencias que exigían la acreditación administrativa de la minusvalía. Así, SAP de Asturias, de 3 de febrero de 1999; SAP de Asturias, de 26 de enero de 2002, y SAP de Madrid, de 13 de julio de 2004 (189).

También la doctrina discrepaba, y así CARRASCO PERERA alegaba que el concepto de minusválido es normativo, no sociológico, necesitando una acreditación administrativa, competencia del INSERSO [hoy IMSERSO] o de las CCAA que hayan asumido las correspondientes funciones; no pudiendo el Juez civil calificar la minusvalía administrativamente no declarada, aunque se den las condiciones que bastarían para obtener una cualificación de minusvalía (190).

LLAMAS POMBO afirma (191): «Algunas sentencias han entendido aplicable el precepto [antiguo art. 16 LPH en la redacción dada por Ley 3/1990] a personas que carecían de la calificación administrativa de minusválido, e incluso afectadas por dolencias no determinantes de invalidez laboral, o de edad avanzada. Es importante destacar, no obstante, que en varios supuestos, tales sentencias son las mismas que,..., eximían a los propietarios disidentes del acuerdo de contribuir económicamente a la cobertura del gasto comunitario derivado de la realización de las obras o instalaciones [de accesibili-

(185) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 13.

(186) *Op. cit.*, pág. 14, nota 42.

(187) *Op. cit.*, pág. 14.

(188) TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «La eliminación...», *op. cit.*, págs. 23 y 24.

(189) MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, págs. 102 y 103 (nota 122).

(190) Citado por FUENTES LOJO, Juan Ventura, «Comentarios...», *op. cit.*, Tomo I, José M.^a Bosch Editor, pág. 596.

(191) Destacamos en cursiva alguna de sus afirmaciones por la importancia que tienen respecto del tema que trataremos en el punto siguiente: la existencia de disidentes.

dad]: SSTS de 5 de julio de 1995; AP de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994; AP de Madrid, de 24 de abril de 1996; SAP de Burgos, de 9 de marzo de 1998. Las manifestaciones de esta última son expresivas: «el concepto de minusvalía no ha de entenderse en sentido formal, esto es, que requiera de una declaración administrativa o judicial para su existencia, sino que por tal hemos de entender la falta de aptitud objetiva para realizar las funciones propias de una persona dotada de sus facultades normales» (192).

Tras la Ley 51/2003, el legislador no resuelve nada directamente. Cabría alegar que como la ley no distingue entre personas que tienen reconocido administrativamente el grado de minusvalía y personas que no lo tienen, ambas han de entenderse comprendidas en la expresión «personas con minusvalía» del artículo 17.1.^a3.^º *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* «Pero, por otra parte, si se revisan las leyes modificadas, a su vez, por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre,..., hay que poner de manifiesto que todas se producen desde la exigencia del reconocimiento del grado de minusvalía» (193). Circunstancia esta que inclina a pensar que la *mens legislatoris* sobre el tema es exigir el reconocimiento administrativo del grado de minusvalía para que pueda adoptarse el acuerdo y ejecutar las obras.

Por otro lado, el mismo artículo 1.2 de la Ley 51/2003, define a las personas con discapacidad como «aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100» y la estructura y lógica interna de la Ley confirman la supeditación de la condición de discapacitado al reconocimiento de un grado de minusvalía. Así se exige el grado mínimo del 33 por 100 en relación con las medidas de fomento del empleo y modalidades de contratación (194). Por lo tanto, con MORETÓN SANZ podemos afirmar que es más consecuente estimar la necesidad de certificación acreditativa previa de la minusvalía (195).

La Disposición Adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, antes recogida, zanjaría definitivamente la cuestión al ordenar que la referencia que se efectúa en el artículo 17.1.^a3.^º LPH a «personas con minusvalía», se entienda realizada a «personas con discapacidad», y por lo tanto, a las personas indicadas en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 (pues esta ley define a los discapacitados a efectos de la accesibilidad universal, marco en que se encuadra el art. 17.1.^a3.^º LPH reformado). Para adoptar un acuerdo válido con arreglo al artículo 17.1.^a3.^º LPH sería precisa, pues, la previa acreditación del grado de minusvalía del 33 por 100 en los términos indicados por el artículo 2 del Real Decreto 1414/2006.

(192) LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17...», *op. cit.*, pág. 555.

(193) MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, pág. 103.

(194) *Op. cit.*, pág. 103 y nota 125.

(195) *Op. cit.*, pág. 104.

No obstante lo dicho, cuando la minusvalía y su irreversibilidad sean *evidentes*, hay que pensar que el legislador no quiso exigir el reconocimiento previo del grado de minusvalía, como requisito para la validez del acuerdo comunitario, dado que la razón de ser de dicho procedimiento es *constatar la minusvalía y su carácter de previsiblemente permanente, y ello ya aparece a los ojos de todos suficientemente constatado*. Por lo tanto, no siempre procede aplicar un criterio normativo del concepto de discapacitado.

El mayor de setenta años sólo deberá probar su edad y la incomodidad que padece, estando por la Ley exonerado, como hemos señalado antes, de acreditar un 33 por 100 de grado de minusvalía.

5bis. INICIATIVA PARA LA REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD NO OBLIGATORIAS

Aunque el artículo 17.1.^a 3.^º LPH no aclara de quién ha de partir la iniciativa para promover la toma de acuerdos que autoricen obras de accesibilidad que excedan del límite cuantitativo del artículo 10.2 LPH, hay que entender que la iniciativa sólo puede partir de los propietarios de viviendas o locales en que vivan, trabajen o presten servicios altruistas o voluntarios, discapaces o personas mayores de setenta años, pues éstos serían los únicos legitimados para exigir que la Junta estudie el tema y se pronuncie al respecto, conforme establece el artículo 16.2.2.^º LPH. No obstante, no hará falta que conste ese requerimiento por escrito y puede presumirse que lo ha habido si el acuerdo de supresión de barreras se adopta con el voto favorable de uno o varios propietarios de pisos o locales en que se den las circunstancias antedichas. Ahora bien, «será conveniente que desde el primer momento en que la Junta se plantee la necesidad de acometer las obras..., conste en acta que la cuestión se somete a la deliberación de la Junta por haberlo solicitado uno o más de los posibles beneficiarios, o, al menos, con su apoyo explícito, con identificación de quienes sean».

Si ninguno de los posibles beneficiarios promueve el acuerdo ni vota a favor de él, la realización de las obras no podrá acordarse por la vía del artículo 17.1.^a 3.^º (cfr., IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, «Iniciativa...», *op. cit.*, págs. 23 y 24). Entendemos por beneficiario el propietario en quien concurren las circunstancias antedichas aunque, propiamente hablando, el beneficio es por el mayor o discapaz.

LOSCERTALES FUERTES también entiende que sólo los propietarios pueden instar la adopción de los acuerdos referidos, ya que «es sólo el comunero el que tiene todos los derechos de convocatoria, voto y, en su caso, impugnación de los acuerdos» (LOSCERTALES FUERTES, *Las Comunidades de Propietarios y los discapacitados*, SEPÍN, marzo de 2008, núm. 289, pág. 17).

6. POSIBILIDAD DE EXISTENCIA DE DISIDENTES

Con anterioridad a la reforma efectuada en la LPH por Ley 8/1999, de 6 de abril, o sea, bajo la vigencia del artículo 16 LH en su redacción dada por Ley 3/1990, cabía interpretar que las obras de adecuación de la finca, acordadas por mayoría cualificada, no debían ser sufragadas por los propietarios que se habían opuesto, por entenderse que se trataban de innovaciones o mejoras no requeridas para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, supuesto en el que «si la cuota resultante excedía del importe de una mensualidad ordinaria de gastos comunes, el disidente no resultaba obligado, ni se le podría modificar su cuota, incluso en el caso de que no pudiera privársele de la mejora o ventaja» (art. 10 de la LPH, en su original redactado) (196). Así entendieron aplicable el artículo 10 LPH 1960, las SAP de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994; SAP de Madrid, de 24 de abril de 1996, y SAP de Granada, de 7 de noviembre de 1996 (197).

Para la doctrina, las dudas habrían quedado resueltas con la reforma de 1999 (art. 17.1.^a5.^º) y en el mismo sentido que adopta la Ley, por la STS de 22 de septiembre de 1997 (198) (199) (200). Sin embargo, con posterioridad

(196) Cfr. TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, pág. 72.

(197) LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17...», *op. cit.*, pág. 552.

(198) *Op. cit. loc. cit.* TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, pág. 72.

(199) Si bien admite que el artículo 16 dejó vigente el artículo 10, y por lo tanto la posibilidad de quedar exonerado de pago en caso de innovación no exigible, consideró que la de autos no podía encuadrarse en tal situación, sino que la misma se presenta como exigible, «dada la redacción actual de la excepción que contiene el artículo 16.1 en relación al reconocimiento y eficacia que ha de darse a los derechos de los minusválidos, que se presenta con notas de imperatividad, en razón a la filosofía y principios que la inspiran, y que también la motivan y justifican, pues en otro caso quedaría vacío el precepto y sometido a los intereses privados, muchas veces egoístas, desprovistos de buena fe y notoriamente carente de solidaridad, para anteponerse al mandato constitucional, ya que la satisfacción de los derechos de los minusválidos es una exigencia social que debe impregnar la conciencia nacional y hacer útiles las leyes promulgadas a tales fines».

Lo expuesto conduce el discurso casacional a establecer que el artículo 10.2 debe ceder ante el artículo 9, tanto en su numeral 3 como en el 5, sobre la contribución comunitaria a los gastos de la copropiedad común, pues la instalación del ascensor ha de reputarse no sólo exigible, sino también necesaria y requerida para la habitabilidad y uso total del inmueble y no simple obra innovadora de mejora, ya que se trata de un edificio de cuatro plantas y la normalización de su disfrute por todos los inquilinos así lo impone» (TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, págs. 72 y 73).

(200) Existen sentencias en este sentido que afirman que los gastos de instalación de ascensor con la finalidad de suprimir barreras arquitectónicas deben correr de cuenta también de los disidentes en proporción a su cuota sin que pueda considerarse aplicable el artículo 11.2 de la LPH, sino el 17.1.^a5.^º, pues aquel precepto carece de la especialidad que tiene el artículo 17 en lo «relativo a la importante modificación, supresión o establecimiento de servicios y en concreto en lo que se refiere a la supresión de barreras arquitectónicas que, además, evidentemente sí que deben entenderse que afectan a la habitabilidad del edificio al menos por aquellos copropietarios a los que se intenta favorecer con

a ésta y a aquella reforma, ha admitido disidencia por la vía del artículo 11, equivalente al antiguo artículo 10, pero modificado, en un caso de instalación de ascensor, la SAP de Palencia, de 17 de noviembre de 2000 (*AC* 2000, 2607) (201), y SAP de Valencia, Sección 8.^a, de 29 de marzo de 2001. De la misma opinión LLAMAS POMBO (202).

Tras la reforma operada por Ley la 51/2003, teniendo presente el artículo 11.3 y el artículo 17.1.^a5.^º, no admiten la disidencia en el caso de obras voluntarias en beneficio de minusválidos, MORETÓN SANZ (203), DOMÍNGUEZ LUELMO (para el que «por si alguna duda había [con relación a la interpretación anterior a que hemos hecho referencia] la misma Ley 51/2003, de 2 de diciembre, modifica igualmente el art. 11.3 de la LPH») (204), LOSCERTALES FUERTES (205) (que ya hemos visto que habla de discriminación positiva para el caso del art. 11.3), GARAY y GARAY (206), DE LA ROCHA y DEL ARCO

el establecimiento del ascensor. Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Única, 18 de diciembre de 2001 (SP/SENT/35297. Enero de 2003). La misma doctrina mantiene la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 16 de diciembre de 2002 (SP/SENT/41701. Mayo de 2003), también relativa a la instalación de ascensor y la de la AP de Valladolid, Sección 1.^a, de 10 de febrero de 2003 (SP/SENT/ 43430. Junio de 2003), relativa a un caso de instalación de salvaescaleras. En el caso resuelto por esta última sentencia, el demandante considera que no se le debe atribuir el gasto ni se debe efectuar la distribución del mismo en forma concordante con el coeficiente de participación. Ante ello la sentencia responde que el artículo 17, párrafo último de la norma primera «no puede ser ignorado desde el momento en que dispone que el gasto para la eliminación de las barreras arquitectónicas, cuando se asuma, ha de ser distribuido entre «todos» los propietarios, y ello sin duda por el principio de solidaridad que ha inspirado la reforma. Y con relación al segundo aspecto, la distribución de los gastos entre los distintos propietarios únicamente tiene como punto de partida la proporción que en el Título constitutivo o en su caso en los Estatutos se ha realizado. Por ello, la LPH (art. 9.^e) remite a ese parámetro la distribución de los gastos generales... Siendo ello así y no habiéndose alegado ni justificado la existencia de otro criterio en orden a la distribución de los gastos comunes, mal se puede pretender que se establezca una participación menor del demandante (*op. cit.*).

(201) «...la novedosa instalación se ha acordado válidamente [por mayoría de 3/5], más a tenor del artículo 11 de la LPH no ha de ser costeada por el disidente al exceder su coste con mucho de las tres mensualidades ordinarias de gastos comunes que el precepto contempla. Su actitud impugnando el acuerdo que con vulneración de dicho precepto se adoptó, no cabe ser calificada de abusiva, pues se limita a ejercitarse un derecho que la Ley le confiere, negándose a costear una instalación que ciertamente supone una mejora para el inmueble, mas que tiene un elevado coste, de la que no gozaba cuando todos los propietarios adquirieron sus viviendas y que va a reportarle escasa ventaja dado que utiliza el piso pocos meses al año» (citada por MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 248).

(202) LLAMAS POMBO, «Mayorías requeridas para la adopción de acuerdos en el régimen de propiedad horizontal», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 5, 2000, pág. 18.

(203) MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, pág. 106.

(204) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 12.

(205) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal*, 7.^a ed., *op. cit.*, pág. 251.

(206) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, pág. 70.

TORRES (207), ÁLVAREZ SÁNCHEZ (208), LÓPEZ ORELLANA (209), RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (210), JAIME LÓPEZ y ROSAT ACED (211) y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (212). También la revista *Sepín* se ha mostrado favorable a la no existencia de disidentes en sus respuestas a varias consultas. En SP/CONS/36252 (abril de 2004) se afirma: «La negativa de un local a participar en los gastos de adaptación del edificio a minusválidos adoptado en Junta no tiene base legal alguna, toda vez que el actual artículo 11 de la LPH hace la diferencia entre las obras en beneficio de los discapacitados, que obligan a todos aunque excedan de tres mensualidades (apartado 3) y las demás que pueda afrontar la Comunidad, en las que el disidente puede dejar de pagar (apartado 2), aparte la obligación general contenida en el artículo 10.1 y 2, así como lo establecido en el artículo 17.1.^a, todos ellos de la misma LPH.

En consecuencia, que con independencia de que el local no participe en los gastos de escalera, portal, etc., que es donde se van a realizar las obras, se trata de una mejora para los minusválidos en la que sí está obligado a participar».

En términos similares: SP/CONS/42195 (junio de 2005) y SP/CONS/429910 (julio de 2005) (213). Tampoco admite la existencia de disidentes cuando la obra de accesibilidad excede de tres mensualidades, la SAP de Palencia, Sección 1.^a, de 22 de junio de 2006 (SP/SENT/96293) (214).

Frente a las posturas anteriores admite la disidencia, parcialmente, MAGRO SERVET, y totalmente ILLESCAS RUS, en los términos que expusimos antes.

MAGRO SERVET considera que si el acuerdo de realización de obras de accesibilidad se logra con el *quórum* del artículo 17.1.^a 3.^º, en relación con

(207) DE LA ROCHA, Ernesto, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, «La Ley de Propiedad...», *op. cit.*, pág. 9.

(208) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 4.

(209) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 7.

(210) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, págs. 9 y 10.

(211) JAIME LÓPEZ, Inmaculada, y ROSAT ACED, José Ignacio, *Comunidades de propietarios. Guía del profesor*, Generalitat Valenciana, 2006.

(212) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, Bercal, S. A., 2005, pág. 230.

(213) «Sin duda estos propietarios de locales, aunque no participen en los gastos ordinarios de escalera y ascensor, deben abonar en la reforma de ambos elementos comunes en beneficio de los discapacitados, salvando seis peldaños y bajando el elevador a pie de garaje, porque se trata de unas modificaciones en la estructura del inmueble, que como copropietarios les afectan; de ahí que la Ley exige contar con su voto, cuando en el artículo 17.1.^a establece la obligación de que se obtenga la mayoría absoluta de "todos", no solamente de aquellos que paguen los gastos ordinarios de las zonas o servicios afectados.

Por lo tanto, no cabe tener voto y luego no pagar; sería una interpretación carente de base legal. No obstante, como suele ocurrir en bastantes casos, sobre todo cuando se trata de la instalación de ascensores en fincas en las que no existía este servicio, se suele exonerar a los locales precisamente para evitar que con sus votos el resultado sea negativo».

(214) REVISTA JURÍDICA SEPÍN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, enero de 2007, núm. 276, pág. 58.

el 11.3, no se aplicará la exclusión en el pago de los disidentes, pero sí será posible la disidencia si se logra el acuerdo sin dicho *quórum*, o sea, por la norma del artículo 17.3.^a (215).

Nosotros nos sumamos a la tesis de ILLESCAS Rus, que es la acertada en la materia, entendiendo que siempre que se trate de una disidencia justificada por razones económicas o por resultar las obras gravemente perjudiciales a la comunidad (por ejemplo, las obras no respetan los requisitos básicos de seguridad en caso de incendio a que se refiere el art. 3.1 de la LOE), tal disidencia es legítima. Dicen GARAY y GARAY que «el permitir la disidencia (en caso de mejoras no necesarias) cuando la obra o mejora excede de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes ha dado un respiro a los propietarios de pisos de barrios de pocos ingresos donde una obra extraordinaria podría ser insopportable para la economía de una familia que además lleva la carga de la hipoteca» (216). Si esto es así, el mismo respiro debe permitirse a dichas familias o pensionistas en el caso de obras de accesibilidad que excedan *del mismo límite* de tres mensualidades.

Por otro lado, la ley no es tan clara en cuanto a entender que obliga al pago a todos los comuneros. Según el artículo 17.1.^a, final, los acuerdos tomados con arreglo a lo dispuesto en esta norma primera obligan a todos los propietarios *aunque no dice a qué* (217). *Incluso en el caso de entender que vinculan económicamente a todos los comuneros, el artículo 17.1.^a 3.^o, en su nueva redacción, deja a salvo lo previsto en el artículo 11 y por lo tanto en sus párrafos 2.^o y 3.^o,* como explica ILLESCAS Rus. Luego el precepto admitiría la disidencia, no pudiendo interpretarse el 11.3.^o como una discriminación positiva en favor de los discapacitados. La solidaridad en que se basaría ésta y a la que apelan algunas de las sentencias que hemos reseñado antes tiene límites y debe respetar prioridades (el levantamiento de las cargas familiares) y además, parece que no puede imponerse, pues en tal caso deja de ser solidaridad.

La no admisión de disidentes supone además una injerencia estatal excesiva en la vida de la comunidad. Imaginemos una obra de accesibilidad en favor de un discapacitado o mayor de setenta años que acude a una finca a realizar servicios altruistas. Se adopta el acuerdo por mayoría del artículo 17.3.^a y en relación con el artículo 11.3 de la LPH, tal como lo entiende LOSCERTALES FUERTES, no se admitiría la existencia de disidentes. ¿Qué pensará el comunero que quizás gane un sueldo inferior al del discapacitado ante la acometida de tales obras? ¿No es un exceso de intervención estatal en la vida comunitaria el imponer a toda costa el pago de tales obras? Los argu-

(215) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, págs. 160 y 161.

(216) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pág. 74.

(217) *Op. cit.*, pág. 101.

mentos revisten mayor peso aún, ante obras de más calado como las del artículo 17.1.^a3.^º y por consiguiente, hay que pensar que más costosas. Sería más justa la solución de que el discapacitado o anciano pudiera hacerlas a su costa, supuesto no previsto en la Ley 15/1995, quizá por entenderse que tales obras no son esenciales para la vida del discapacitado y que obligar a la comunidad a soportarlas es un gravamen excesivo no proporcionado a la causa por la que se acude al inmueble. *Si las obras que exceden de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes son voluntarias para la Comunidad, con mayor razón deberán ser voluntarias para los comuneros.*

Pese a no admitir la existencia de disidentes, GARAY y GARAY contemplan en particular el caso de la instalación del ascensor y de la obligación de pago de la misma *para las plantas bajas y los locales*.

Señalan que es corriente la queja de los dueños de pisos de planta baja o de los locales de que ellos no deben pagar el ascensor [hablan en este caso de la instalación de ascensor *en general* sin referirse al caso particular de que haya discapacitados en la finca]. «En parte tienen razón —dicen— pues es un bien que no lo pueden usar», salvo que el ascensor llegue hasta el sótano donde se guardan los coches. Hay razones, pues para que estos propietarios que no pueden usar del ascensor no paguen su gasto...

Sin embargo, ésta no es la opinión de la jurisprudencia prevaleciente, la cual vemos en una sentencia del TS que obliga a los de la planta baja, incluyendo los locales, a pagar lo relativo al ascensor. Se basa esta decisión en que el ascensor realza el valor del edificio, lo cual beneficia también a los de la planta baja (218). *Pero nosotros creemos que las viviendas de planta baja adquirirían mayor valor si no existiera el ascensor...* (219) (cursiva nuestra). [Esto en ciertos casos o para algunas personas puede ser así, si bien no de un modo general.]

Centrándose ya en el caso de instalación de ascensor por la existencia de discapacitados o ancianos afirman que exigir a los dueños de las plantas bajas que contribuyan al pago implica una injusticia adicional... «Está bien esta ayuda —dicen— y que los dueños de los pisos paguen el costo, pues aunque la instalación del ascensor es para ayudar al discapacitado, ellos se benefician también pues lo van a usar. *Pero lo que debería ser una obligación de toda la sociedad debidamente atendida por el Estado, resulta que se pone también*

(218) Este argumento ha sido barajado por la jurisprudencia menor en cuanto a la instalación en general de ascensor en edificio que carecía del mismo, para entender que conforme al artículo 17.1, los gastos de aquélla debían ser sufragados por todos los comuneros incluyendo a los titulares de locales sin acceso al edificio. SAP de Guadalajara, de 4 de julio de 2001; SAP de Burgos, de 24 de septiembre de 2001; SAP de Madrid, de 23 de abril de 2001; SAP de Jaén, de 15 de octubre de 2002 [citadas por MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 247].

(219) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pág. 60.

a cargo de los propietarios de las plantas bajas, gentes por lo general de pocos medios pues se trata de fincas muy antiguas. [En esto radica, según los autores, la injusticia adicional.] Existe un común sentir en la gente de que las plantas bajas no deberían correr con gastos de instalación de ascensores. Los jueces podrían tenerlo en cuenta» (220).

Estas razones que alegan los autores para admitir que bajos y locales no sufraguen los gastos de ascensor en el fondo refuerzan la tesis que mantenemos de necesaria permisión de la disidencia.

Desde el punto de vista jurisprudencial cabe alegar en favor de la exención de pago a los disidentes las siguientes sentencias: SAP de Navarra, de 3 de abril de 1998 (*AC* 1998/942); SAP de Palencia, de 17 de enero de 2000 (*AC* 2000/2607); SAP de Navarra, de 4 de marzo de 1998 (*AC* 1998/4336); SAP de Granada, de 7 de noviembre de 1996 (*AC* 1996/2307), y SAP de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994 (*AC* 1994/846) (221).

En todo caso, los locales y bajos a los que no reporta utilidad alguna el ascensor, pueden alegar para exonerarse de pago (si no se admitiera la disidencia ni se acordara su exención en Junta) que con arreglo al artículo 9.2 LPH, los gastos de ascensor no son gastos generales, ya que son imputables a varios pisos (todos, menos los bajos y locales).

7. POSIBILIDAD DE EXONERACIÓN DE PAGO O DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE REPARTO DE GASTOS POR ACUERDO DE LA JUNTA

Si no se admitiera la disidencia, cabe preguntarse si, para el caso de instalación del servicio de ascensor para supresión de barreras arquitectónicas, sería posible un acuerdo de la Junta por el que se eximiera del pago de los gastos de instalación y mantenimiento a ciertos comuneros (por ejemplo, locales y bajos a los que no reporte ninguna utilidad el ascensor, lo cual suele hacerse y es de justicia, como dice LOSCERTALES FUERTES) (222), o por el que se acordara un sistema de reparto de gastos de instalación diverso al sistema de cuotas. Esta posibilidad de abonar gastos que serían inferiores a los que resultarían de aplicar el porcentaje correspondiente a la cuota de participación o incluso la posibilidad de no abonar gasto alguno, pueden ser fructíferas a la hora de conseguir la mayoría necesaria indicada por el artículo 17.1.^a 2.^º (la mayoría de 3/5 sería la exigible, según lo que expusimos en

(220) *Op. cit.*, pág. 61.

(221) Citadas por RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, «La accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 114, nota 206.

(222) No sería el caso si hubiese zonas comunes en el sótano utilizables por los bajos y locales comerciales o allí, por ejemplo, radicasen las calderas de la casa, de manera que el ascensor es utilizado para dicho servicio de calderas reportando así una utilidad a los bajos y locales que se benefician de la calefacción y del agua caliente sanitaria.

el epígrafe III.4) (223). Como señala DOMÍNGUEZ LUELMO, la validez de este tipo de acuerdos es restrictiva, existiendo dos posiciones al respecto:

A) Dicho tipo de acuerdos requiere unanimidad. Como ya dijimos páginas antes, «los [gastos] generales y los de las cosas comunes se satisfarán a tenor de lo establecido en el título constitutivo [Estatutos 5.3.^º] o a lo especialmente acordado *por unanimidad* para el caso, y, en defecto de ambas cosas, a tenor de la cuota señalada a cada piso [arts. 3, párrafo penúltimo, 5.3.^º y 9.1.e)]. Salvo que haya unanimidad, no cabe que un gasto, aunque sea atípico (es decir, sea un gasto extraordinario distinto de los que corrientemente ha de atender la comunidad), haya obligación de atenderlo a tenor de cuotas distintas de las establecidas en el título constitutivo (STS de 3 de mayo de 1997) (224). Dicha doctrina es lógica. Tales acuerdos implican de suyo una alteración de las cuotas por la Junta, y por lo tanto, del título constitutivo requiriéndose entonces unanimidad (art. 17.1.^a 1.^º LPH).

Dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «que la cuota de cada propiedad separada —y su función en la distribución de beneficios y gastos— debería ser considerada —una vez fijada en el título— intocable por la Junta. El «acuerdo unánime» exigido para que sea posible su variación (cfr. art. 3.IV LPH) no debería entenderse como acuerdo de Junta (órgano *comunitario*) sino como acuerdo que debería ser adoptado directamente por todos y cada uno de los propietarios, a título individual, por afectar al contenido *esencial* de su respectivo derecho. Mas no se entendió así por la jurisprudencia (cfr., por ejemplo, sentencias de 9 de noviembre de 1994 y 9 de diciembre de 1997).

Después de la reforma de 1999, parece resultar de la Ley misma (cfr. art. 18.2, inciso final LPH) que el acuerdo de la Junta puede tener por objeto no sólo el establecimiento sino también la *alteración* de las cuotas de participación (*al menos, en cuanto a su función de repartir las contribuciones pecuniarias exigibles*).

A nuestro entender, debería darse a esta posibilidad de la Junta una interpretación restrictiva. La Junta sólo debe tener competencia para establecer o alterar las cuotas en los casos en que legalmente surja la necesidad de hacerlo por no haber previsión suficiente en el título de constitución del régimen; y entonces deberá dar satisfacción a esta necesidad, sin alterar, por lo demás, el contenido esencial del derecho de cada uno, tal como resulte del título constitutivo. Así ocurrirá: ...3.^º En los casos de creación de nuevos servicios no previstos en el título de constitución y sólo en cuanto a los nuevos gastos que originen...»

Lógicamente si a la posibilidad de la Junta de alterar las cuotas hay que darle una interpretación restrictiva, no cabrá admitir que tal alteración de las

(223) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras...», *op. cit.*, pág. 10.

(224) ALBALADEJO, «Derecho Civil, III», *op. cit.*, pág. 422.

mismas para el caso concreto que se contemple, se produzca por un acuerdo que no sea unánime.

Exigen la unanimidad las SAP de Alicante, Sección 5.^a, de 24 de julio de 2003 (SP/SENT/50736), alegando el último párrafo del artículo 5 LPH en relación con el artículo 17.1 LPH; SAP de Valladolid, Sección 1.^a, de 18 de junio de 2001, y la SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 8 de mayo de 2003 (SP/SENT/48350), la cual declara: «Distingue claramente dicha sentencia entre el acuerdo comunitario adoptado para el establecimiento... del servicio del ascensor, único al que es aplicable el nuevo régimen especial de los 3/5 de propietarios y de cuotas instaurado por la reforma... [de 1999], y el acuerdo que tiene por objeto la distribución o reparto entre los comuneros del coste originado por dicha instalación, que requiere unanimidad cuando implique alteración de las cuotas de participación establecidas en el Título Constitutivo. El acuerdo adoptado por la Comunidad para distribuir los gastos de instalación del ascensor (los pisos más altos deben pagar una cantidad superior a los pisos más bajos) modifica el sistema de cuotas y coeficientes de participación establecido en el Título Constitutivo, luego, para que tal acuerdo fuera válido, debió ser aprobado o, en su caso, tácitamente aceptado, por todos los propietarios, cosa que no ha ocurrido. Cierto es que el artículo 9.1.e) de la LPH permite que la Comunidad pueda acordar un régimen de distribución de gastos distinto del contenido en el Título (...“o a lo especialmente establecido”), pero para ello debe obtener el acuerdo unánime de todos los propietarios que integran la Comunidad» (225). Igualmente exigen unanimidad para la exención de pago de los gastos de instalación del ascensor las SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 27 de enero de 2005 (SP/SENT/67588); SAP de Cuenca, Sección 1.^a, de 4 de octubre de 2004 (SP/SENT/61888); SAP de Guadalajara, Sección 1.^a, de 21 de julio de 2004 (SP/SENT/60165); SAP de Guipúzcoa, Sección 1.^a, de 24 de mayo de 2004 (SP/SENT/62467), y exigen unanimidad para la modificación del reparto de los gastos de instalación del ascensor la SAP de León, Sección 2.^a, de 14 de junio de 2004 (SP/SENT/59102) y la SAP de Asturias, Sección 7.^a, de 18 de junio de 2002 (SP/SENT 39900) (226).

B) Para dicho tipo de acuerdos basta la mayoría del artículo 17.1.^a2.^o Apoya esta tesis la SAP de Teruel, de 6 de mayo de 2003 (SP/SENT/48386), que señala: «Entiende el Tribunal que si el Legislador, en la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la LPH, optó por flexibilizar el riguroso régimen de unanimidad establecido en el artículo 17.1 de la LPH para el establecimiento de determinados servicios y confirió a una mayoría cualificada de

(225) FUENTES LOJO, Apéndice a la obra «Comentarios...», *op. cit.*, pág. 282.

(226) «Jurisprudencia al detalle. La instalación del ascensor», *op. cit.*, págs. 31 a 33 y 35 a 37.

propietarios la facultad de acordar el establecimiento... de aquellos, incluso cuando ello suponga una modificación del título constitutivo o de los estatutos, en dicha facultad debe entenderse implícita la facultad de distribuir los gastos que conlleve la instalación de dicho servicio y su mantenimiento, ya que la solución contraria, pretendida por la parte demandante, en muchas ocasiones no sólo haría inviable *de facto* el establecimiento de aquellos servicios, ya que aún existiendo acuerdo mayoritario para su establecimiento, no se obtendría mayoría suficiente a la hora de determinar el reparto de los costes de instalación..., sino que además conduciría a situaciones injustas, ya que la aplicación rigurosa del régimen de participación establecido en el Título, haría que, en muchos casos, propietarios que no hiciesen uso de aquel servicio, o lo hiciesen de una forma muy limitada (piénsese, por ejemplo, en locales comerciales que pudieran estar situados en el exterior del inmueble o propietarios de viviendas a nivel de la vía pública) se vieran obligados a efectuar una contribución al establecimiento y mantenimiento del servicio muy superior a otros que, por la situación de sus elementos privativos, hiciese un uso incesante del mismo. Por todo ello, estima la Sala que la mayoría exigida para el establecimiento del servicio común de ascensor es igualmente suficiente para distribuir los gastos que la instalación y mantenimiento de ese servicio conlleve, sin que sea necesario para ello la unanimidad de todos los propietarios». En la misma línea, la SAP de Burgos, Sección 2.^a, de 18 de enero de 2001 (AC 2001, 794) (227); SAP de Guipúzcoa, de 21 de febrero de 2001, y SAP de Teruel, de 6 de mayo de 2003 (AC 2003, 903), en la que se pone de relieve que, cuando el artículo 9 de la LPH establece la obligación de todo propietario de contribuir con arreglo a la cuota de participación establecida en el título «o a lo especialmente establecido», lo que está es permitiendo «*en determinados casos y en relación a determinados servicios comunes, la posibilidad de modificar la cuota de participación por encima o por debajo de la establecida en el título, en función del mayor o menor uso que por cada uno de los propietarios se haga de un servicio común concreto, e incluso establecer exclusiones a favor de alguno o algunos de los propietarios*». A ello se añade más adelante: «*la sentencia recurrida entiende que si bien el establecimiento del servicio de ascensor puede llevarse a efecto con una mayoría cualificada de los tres quintos de los propietarios, la determinación de una cuota de participación distinta a la establecida en el título para la instalación y mantenimiento de dicho servicio están sometidas en todo caso al régimen de unanimidad de todos los propietarios; sin embargo esta tesis no puede ser compartida por la Sala, y ello porque entiende la misma, en contra de lo afirmado en la sentencia recurrida, que no puede disociarse el acuerdo de establecimiento de un servicio común del que esta-*

(227) Citada por DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 11.

blece la contribución de cada propietario a la creación y mantenimiento del mismo, ya que el segundo es subsidiario del primero y consecuencia ineludible del mismo, no existiendo razón alguna para exigir una mayoría distinta y más rigurosa en el acuerdo accesorio que en el principal (...) todo ello estima la Sala que la mayoría exigida para el establecimiento del servicio común de ascensor es igualmente suficiente para distribuir los gastos que la instalación y mantenimiento de ese servicio conlleve, sin que sea necesario para ello la unanimidad de todos los propietarios» (228). También sostienen que para la modificación del sistema de reparto basta la misma mayoría que para el acuerdo de instalación las SAP de Baleares, Sección 5.^a, de 7 de febrero de 2005 (SP/SENT/67233); SAP de Vizcaya, Sección 3.^a, de 3 de enero de 2005 (SP/SENT/67598), y SAP de Gerona, Sección 1.^a, de 28 de junio de 2004 (SP/SENT/60353) (229).

Ante la disyuntiva planteada, DOMÍNGUEZ LUELMO afirma: «Desde luego no creo que por acuerdo de la mayoría se pueda hacer pagar a los que votan en contra un porcentaje superior a su cuota de participación. Pero, si los afectados por un aumento de su porcentaje en los gastos, [por ejemplo, el propietario en cuya casa vive el anciano] asumen voluntariamente el mismo, no veo motivos para negar esta posibilidad, ya que con ella puede llegarse a cambiar el voto de los propietarios reticentes a cambio de asumir éstos un coste menor» (230).

Se sustente una u otra posición, lo que es indudable, desde luego, es que no cabe que los propietarios que resultarán beneficiados con el nuevo sistema de reparto de gastos impongan éste por mayoría del artículo 17.1.^a 2.^º a quienes pagarán más.

Si los Tribunales no admiten la disidencia, las comunidades de propietarios deben buscar la solución justa para cada caso, por la vía de la adopción de acuerdos de los tipos descritos.

8. EL VETO DEL ARTÍCULO 11.4 Y LA OBLIGACIÓN DE PERMITIR LAS SERVIDUMBRES IMPRESCINDIBLES REQUERIDAS PARA LA CREACIÓN DE SERVICIOS COMUNES DE INTERÉS GENERAL (EN CONCRETO, ESTABLECIMIENTO DEL SERVICIO DE ASCENSOR)

Existen tres preceptos en la LPH que hay que deslindar cuidadosamente si no quiere caerse en cierta confusión. Son los artículos 9.1.c), 11.4 y 18.1.c).

El artículo 11.4 afirma que «las innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario requerirán, en todo

(228) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 11.

(229) «Jurisprudencia al detalle. La instalación del ascensor», en *SEPIÑ. Revista de Propiedad Horizontal*, octubre de 2006, núm. 273 PH, págs. 34 y 37 a 39.

(230) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 11.

caso, el consentimiento expreso de éste». Dice LOSCERTALES FUERTES que estamos en presencia de una especie de voto, que opera tanto si se trata de mejoras, servicios o nuevas instalaciones necesarias o exigibles como innecesarias o no exigibles (231). GÓMEZ DE LA ESCALERA entiende que el precepto se refiere a las partes o elementos comunes del inmueble, por la razón de que sobre los elementos privativos ninguna facultad de disposición tiene la Comunidad sin la voluntad del propietario afectado, pero destaca, sin embargo que el texto del precepto utiliza la expresión «alguna parte del edificio», que por su generalidad incluiría tanto las partes privativas como las comunes (232). FUENTES LOJO también se inclina por esta última posición (233), pero la discusión parece estéril, pues el resultado jurídico al que se llega es el mismo (necesidad del consentimiento del propietario para que las obras [de accesibilidad no obligatorias] puedan hacer inservible su elemento privativo). El consentimiento del propietario afectado ha de ser expreso, siendo válido el prestado mediante una compensación económica.

Junto a este precepto, el artículo 9.1.c) obliga al propietario a soportar en su vivienda o local las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el artículo 17, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados. Ahora bien, procede precisar cuidadosamente qué deba entenderse por servidumbre. Ésta no puede implicar que se haga inservible total o parcialmente el elemento privativo, pues entonces estaríamos en el ámbito del artículo 11.4, siendo imprescindible el consentimiento del perjudicado. El elemento privativo afectado ha de continuar siendo servible para el uso y disfrute del propietario, aunque tal uso y disfrute se halle gravado. Por otro lado, como han señalado la doctrina y la jurisprudencia, «no puede ampararse en el concepto de «servidumbre», que se rige por los artículos 530 y siguientes del Código Civil, la pretensión de algunas Comunidades de obligar a un determinado titular a la cesión parcial o total de su propiedad. Esto no es jurídicamente una «servidumbre», ya que supone la privación del derecho dominical y, desde luego, la equiparación resulta improcedente legalmente». Para que estemos en presencia de una servidumbre debe existir un predio sirviente y un predio dominante (por ejemplo, paso de cables para el ascensor por el local), lo que deja de existir si la propiedad, en todo o en parte, pasa a la Comunidad (234). En este sentido, se han pronunciado la SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 11 de noviembre de 2004 (SP/SENT/64967); SAP de Toledo, Sección 2.^a, de 30 de diciembre de 2003 (SP/SENT/54324); SAP de La Coruña, Sección 5.^a, de 19 de noviembre

(231) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal», 7.^a ed., *op. cit.*, pág. 162.

(232) Citado por FUENTES LOJO, Apéndice a la obra «Comentarios...», *op. cit.*, pág. 509.

(233) FUENTES LOJO, Juan Ventura, «Comentarios...», Tomo I. *op. cit.*, pág. 394.

(234) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 243.

de 2002 (SP/SENT/68256); SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, de 21 de diciembre de 2001 (235), y 1 de febrero de 2002 (236), y SAP de Jaén, Sección 2.^a, de 20 de mayo de 2003 (SP/SENT/48381) (237); SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 24 de noviembre de 1998; SAP de Madrid, de 30 de junio de 2000, y SAP de Sevilla, de 21 de diciembre de 2000. Igualmente cabe señalar que en una encuesta hecha por la Revista *Sepín* a nueve magistrados, en el sentido de si en base al artículo 9.1.c) se podía obligar a los comuneros a

(235) «...esta compensación que se previene en el artículo 9.1.c) de los daños y perjuicios que suponga la creación de la servidumbre, pone sobre la pista el verdadero alcance de la servidumbre, pues bajo esa compensación económica no puede escondese, en la realidad de las cosas, una suerte de expropiación privada y forzosa, comprando el valor de lo ocupado cuyo destino permanente será ya el propio de todo elemento común. Consideraciones que en el supuesto de autos deben llevar a la estimación del recurso, pues la instalación del ascensor viene a suponer la privación de la práctica totalidad de un espacio que, por mucho que tenga una funcionalidad instrumental o auxiliar en el local, excede de lo que jurídicamente debe soportar el propietario del local, pues, y en esto la doctrina ha sido unánime al resaltarlo, si legalmente aquellas innovaciones conlleven que un copropietario no pueda utilizar un elemento común, no se podía hacer sin su consentimiento expreso, con mucha más razón será necesaria su autorización cuando la pretendida servidumbre le suponga la práctica totalidad de la privación de un espacio del local (tres cuartas partes del mismo). Por más que la instalación del ascensor responda a un interés general de la comunidad, y por ello ha sido propiciado por el legislador, ello no puede hacerse a costa de los elementos privativos con un impacto de la intensidad como la que, en el caso de autos, se pretende...».

(236) «...Quinto. La sentencia 780/2001, de 21 de diciembre, de esta misma sección, aborda idéntica cuestión a la presente: es decir, la ocupación de un determinado volumen de un local por la nueva instalación del servicio de ascensor. Ya en esa resolución se acusaba al citado artículo 9.1.c) de una "significativa imprecisión", sobre todo cuando la "servidumbre" afecte a un elemento privativo relevante, pues es preciso cohonestar el interés general subyacente en los artículos 9.1.c) y 17 con el derecho dominical individual recogido en el artículo 3.a) del mismo texto legal. En este sentido, es cierto que toda servidumbre aparente o no, continua o discontinuada, supone una limitación del derecho real de propiedad. Sin embargo, *ese gravamen no puede llegar al extremo de conllevar un menoscabo que inutilice total o parcialmente el elemento privativo y mucho menos que llegue a convertirse en una especie de "expropiación" privada de naturaleza forzosa...*

Sexto. Y en el supuesto cuyo enjuiciamiento ahora nos ocupa, la colocación del ascensor va a suponer la privación de un volumen que no tanto por su amplitud, sino por su eficacia, va a suponer una importante limitación para el local. Es decir, los 3,456 m³, que suponen 1,20 m² de altura y 2,88 m² de superficie, impedirán el acceso al local de camiones, aunque no el de furgonetas y turismos. Sin duda, esto supone una merma importante en el dominio del señor C. No sólo desde un punto de vista de la extensión de uso dominical, sino desde la óptica de la funcionalidad del local.

Séptimo. Por lo tanto, entiende este tribunal que esa privación dominical excede del concepto de "servidumbre" al que se refiere el artículo 9 de la LPH, lo que conllevará necesariamente a la desestimación de la demanda y a la estimación del recurso de apelación; sin perjuicio, claro está, de los posibles acuerdos extrajudiciales a los que pudieran llegar. Acuerdos que, por tal naturaleza no son imponibles jurídicamente» (Apéndice a la obra FUENTES LOJO, *Comentarios...*, pág. 510).

(237) La sentencia entiende por servidumbre una *ocupación mínima* o con alcance similar al que genera el encofrado de bajantes, vigas maestras, cables, etc. Dicha ocupación mínima debe entenderse como *inapreciable* en el caso.

ceder o vender una parte de su propiedad privada para la colocación, por ejemplo, de un ascensor, ocho sostuvieron que no, entre ellos, MAGRO SERVET, y solamente uno argumentó que sí (238).

Por lo tanto, si las obras de instalación del ascensor suponen privación a algún propietario de parte de su propiedad privativa, no es posible la adopción del acuerdo por mayoría de 3/5 [o por mayoría del 17.1.^a 3.^º] sino con unanimidad. Así se mantiene en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 15 de mayo de 2002. Ello es así porque la referencia contenida en el artículo 9.1.c) LPH no tiene en ningún caso efectos expropiatorios. La LPH reconoce el derecho exclusivo y singular de cada propietario sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, como afirma el artículo 3 LPH (239). Por otro lado, el acuerdo implicaría alteración de cuotas de los pisos o locales afectados, y toda modificación de cuotas debe realizarse por unanimidad (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS).

Ante un acuerdo comunitario, pues, que imponga a un comunero la cesión de todo o parte de su elemento privativo (o de sus anejos) el afectado puede oponerse [veto del 11.4 frente a una pretendida servidumbre del 9.1.c)], primando su derecho de propiedad y no estando obligado a tal cesión. Si se adopta, a pesar de todo, el acuerdo en Junta por la doble mayoría exigida en el artículo 17.1.^a 2.^º ó 17.1.^a 3.^º LPH, el propietario deberá oponerse en el acta a la adopción del acuerdo y votar en contra para proceder a la impugnación por la vía del artículo 18.1.c). Conviene destacar que la constitución de servidumbre, en caso de establecimiento del servicio de ascensor por la vía del artículo 17.1.^a 3.^º, puede ser viable, en cuanto dicho gravamen no sólo beneficia al interés particular del discapacitado o anciano, sino a toda la comunidad, ya que el nuevo servicio establecido no deja de ser de interés general (art. 9.1.c). Cosa distinta sería si a consecuencia de otras obras encuadrables

(238) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 288 La respuesta de este magistrado, cuyo planteamiento era el mismo que el de los restantes encuestados, fue la siguiente: «*La referencia contenida en el artículo 9.1.c) no tiene, en ningún caso, efectos expropiatorios o afectantes al derecho de propiedad que tienen los comuneros sobre su propio inmueble. La LPH reconoce el derecho exclusivo y singular de cada propietario sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, como recoge el artículo 3 LPH. Ahora bien, ello no evita que en determinadas circunstancias deba asumir cada propietario la obligación de permitir las reparaciones que exija el servicio del inmueble con las servidumbres atinentes a su propio piso o local y con la indemnización que le corresponda por los daños y perjuicios causados, pero sin que ello lleve a pensar que tal facultad que otorga el artículo 9.1.c) LPH lleve a extender esta posibilidad a un contenido expropiatorio de la comunidad respecto al propio piso o local de cada comunero, ya que prima el artículo 3 LPH anteriormente citado. Las consecuencias indemnizatorias consentidas en este artículo 9 no significan el alcance al derecho de propiedad de las facultades concedidas a la comunidad frente a cada propietario respecto a su piso o local».*

(239) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 245.

en el artículo 17.1.^a 3.^º LPH se pretendiese imponer una servidumbre que beneficiase exclusivamente al discapacitado o anciano, ¿debería el comunero permitir la servidumbre en su espacio privativo? Dejamos simplemente apuntada esta cuestión.

Un tercer precepto a considerar es el artículo 18.1.c). De una interpretación integradora del artículo 17.1.^a LPH con dicho artículo 18.1.c) resulta que debe exigirse el consentimiento del propietario cuando se trate de acuerdos que lleven un claro perjuicio al propietario del inmueble que no tiene obligación jurídica de soportarlo... (240). En la SAP de las Islas Baleares, Sección 3.^a, de 15 de mayo de 2001, se dice que el acuerdo que puede asimilarse al establecimiento o supresión de ascensor u otros servicios comunes de interés general, cuya aprobación exige la mayoría cualificada de 3/5, requiere inexcusablemente el consentimiento de los comuneros perjudicados por dicho acuerdo (241). Lo mismo sería predicable en el caso del artículo 17.1.^a 3.^º La afectación y perjuicio tienen que ser directos y evidentes, a no confundir con meras comodidades del propietario que no quiere consentir...» (242).

9. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 12 Y DEL ARTÍCULO 17.1.^a LPH

Hemos visto que a través del artículo 17.1.^a 2.^º y 17.1.^a 3.^º LPH pueden adoptarse acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo. Así, obras que supongan establecimiento de nuevos servicios generales como el ascensor, siempre que el inmueble reúna todos los requisitos físicos, sin menoscabo grave del resto (no hay alteración, ruptura o desprecio de otros elementos comunes o privados) y sin perjuicio directo para un solo propietario (por ejemplo, caso de que se coloque en el hueco de la escalera) (LOSCERTALES FUERTES) (243).

Ahora bien, como se señala en SP/CONS/24416 (mayo de 2002): «surge la duda de si en los supuestos en los que existe una gran alteración de elementos comunes será necesaria entonces la unanimidad». La opinión de la revista *Sepín*, que también mantuvieron varios magistrados a resultas de una encuesta formulada por aquélla en septiembre de 2000, es que el derecho del artículo 17.1.^a no es un derecho absoluto, pues no es posible olvidar que el artículo 12 establece el acuerdo unánime para cualquier alteración de la estructura o fábrica en el edificio o de las cosas comunes —dice la revis-

(240) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, págs. 292, 293 y 294.

(241) *Op. cit.*, págs. 292 y 293.

(242) *Op. cit.*, pág. 295.

(243) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal*, 7.^a ed., *op. cit.*, pág. 159.

ta—, siendo desde luego aconsejable que los disidentes impugnen en el plazo y forma del artículo 18.1, pidiendo la suspensión cautelar y acompañando informe técnico que acredite que se tiene que modificar, por ejemplo, una viga maestra». Los magistrados encuestados, que coincidían con la opinión de la revista, fueron BAENA RUIZ, FERRER GUTIÉRREZ, GARCÍA-CHAMÓN y SEOANE SPIEGELBERG. Sus argumentos hacían referencia a la colisión entre el artículo 17.1.^a 2.^º y el 12 LPH, pero pueden ser trasladables al caso de colisión del artículo 17.1.^a 3.^º y 12 LPH. BAENA RUIZ opina que salvo unanimidad, no puede afectarse gravemente la estructura o fábrica del edificio (244). FERRER GUTIÉRREZ afirma que si las obras de instalación de un nuevo servicio en los elementos comunes llegan al extremo de *desbordar al servicio* que se pretende instaurar, *haciendo que éste pase a ocupar un segundo plano* frente a las reformas que se hacen necesarias, *e incluso en el caso de que lleguen a situarse en un plano de igualdad o casi igualdad, es decir, que ya no puedan considerarse accesorias, ya no bastaría la mayoría privilegiada de los 3/5, pues el interés general no tiene un valor absoluto.* [El argumento puede trasladarse al caso de instalación de servicio de ascensor para la supresión de barreras arquitectónicas, finalidad esta que tampoco tendría un valor absoluto frente a la conservación razonable del edificio en su fábrica o estructura] (245). GARCÍA-CHAMÓN CERVERA manifiesta que «en el caso de que la nueva instalación y servicio común suponga... la alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes, se produce una evidente antinomia [entre el art. 12 en relación con el 17.1.^a 1.^º y el art. 17.1.^a 2.^º LPH] que sólo alcanzo a resolver limitando las nuevas instalaciones o servicios que se puedan establecer mediante la mayoría cualificada a servicios personales... o servicios o instalaciones que afecten de modo leve a la configuración física y función de las cosas comunes» (246). SEOANE SPIEGELBERG considera que hay que partir de la consideración de que el legislador ha querido flexibilizar el régimen de instalación de ciertos servicios y de que esa instalación normalmente afectará a elementos comunes. Ahora bien, ello no implica que deba permitirse cualquier tipo de obras so capa de la instalación de un nuevo servicio común. Será la ponderación *del grado de afectación que puede generar en los elementos comunes la realización de las obras para la instalación de los nuevos servicios, la que nos determinará a optar por la mayoría cualificada si es escasa o por la unanimidad si es grave* (247) (248). Todos

(244) REVISTA JURÍDICA SEPÍN. Septiembre de 2000. *Encuesta jurídica*, págs. 7 y 8.

(245) REVISTA JURÍDICA SEPÍN. Septiembre de 2000. *Encuesta jurídica*, págs. 8 y 9.

(246) REVISTA JURÍDICA SEPÍN. Septiembre de 2000. *Encuesta jurídica*, pág. 10.

(247) REVISTA JURÍDICA SEPÍN. Septiembre de 2000. *Encuesta jurídica*, págs. 14 y 15.

(248) Entre otras consideraciones, señala que «*es esencial apreciar el grado de afectación que puede generar en los elementos comunes la realización de las obras para la instalación de los nuevos servicios, dado que el artículo 17.1 hay que ponerlo en relación*

estos argumentos son muy ponderados y razonables, por lo que hacen que nos sumemos a la tesis expuesta, considerando que será muy conveniente la intervención de un técnico, arquitecto o aparejador, que pueda dilucidar si se afecta gravemente o no a la estructura o fábrica del edificio o a otros elementos comunes (249).

La doctrina asume estos planteamientos. Así podemos citar a BUTERS. Para este autor no puede decirse que exista una verdadera alteración en el caso de que el ascensor encuentre ya preparada la disposición de los lugares, de tal manera que, en definitiva, se reduzca la operación a hacer una simple colocación o adaptación del mecanismo. En cambio, cuando hay que abrir huecos ensanchando la escalera o precisa la demolición de ciertas partes o una modificación esencial del patio común, es evidente que existe una alteración trascendental [del art. 12 LPH]. Opinión que comparte BATTLE (250).

En línea con lo expuesto, la jurisprudencia ha entendido para la instalación de nuevos aparatos ascensores, que será suficiente la aplicación de un régimen de mayorías, siempre que la instalación sea física y técnicamente posible, sin que haya de procederse a la demolición o derribo de elementos comunes [cfr. SSTS de 5 de julio de 1995 (*RJA* 1995, 5463) y 13 de julio de 1994 (*RJA* 1994, 6435)]. Sin embargo, cuando el hueco que se pretenda utilizar no sea suficiente y haya que realizar obra que altere la estructura y fábrica del edificio, demoliendo, por ejemplo, parte de la escalera, será necesaria la unanimidad [cfr. SAP de La Coruña, de 17 de junio de 1998; SAP de Barcelona, de 30 de septiembre de 1997, y SAP de Cantabria, de 13 de diciembre de 1996] (251).

con el 12, que exige unanimidad. Este criterio de ponderación de la entidad de las obras es habitualmente tenido en cuenta por parte de la jurisprudencia, al resolver sobre el régimen de mayorías precisas; así la regla de minimis o de escasa afectación de los elementos comunes es aplicada por la sentencia TS de 5 de mayo de 1989 para legitimar obras de escasa importancia. Sin embargo en la sentencia de 15 de febrero de 1992, relativa a la instalación de un ascensor, exigió la unanimidad, teniendo presente la grave afectación para los elementos comunes y la configuración del inmueble que supondría su instalación».

(249) Por estructura se entiende «la distribución y organización de los diferentes espacios y volúmenes que comprenden las partes comunes del edificio; por fábrica se identifica al edificio en sí, como construcción; y por alteración se concibe todo cambio en la naturaleza, composición o destino de una cosa o elemento común (ECHEVARRÍA SUMMERS, Francisco, «Comentario al artículo 12», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 2.^a ed, revisada y puesta al día. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 346).

(250) Citados por FUENTES LOJO, Juan Ventura, «Comentarios...», Tomo II,, *op. cit.*, pág. 1094.

(251) ECHEVARRÍA SUMMERS, Francisco, «Comentario al artículo 12...», *op. cit.*, pág. 355.

10. OBRAS A REALIZAR Y LÍMITES DE LAS MISMAS. ¿QUIÉN DEBERÍA CORRER CON EL COSTO DE LAS MISMAS?

Como señala DOMÍNGUEZ LUELMO: «el artículo 17.1.^a LPH no aclara gran cosa en cuanto al tipo de obras a que va referido, sino que únicamente habla de la “realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía”. No obstante —dice, y con acierto— necesariamente este tipo de obras tienen que ser similares en la LPH y en la Ley 15/1995, siendo esta última mucho más explícita en sus artículos 1.2 y 3.1.b). Desde este punto de vista, las obras podrán afectar a los elementos comunes del edificio que sirvan de paso necesario entre la finca urbana y la vía pública, tales como escaleras, ascensores, pasillos, portales o cualquier otro elemento arquitectónico, o las necesarias para la instalación de dispositivos electrónicos (o mecánicos. art. 10.2 LPH) que favorezcan su comunicación con el exterior. Sin embargo, la Ley 15/1995 exige que tales obras no afecten a la estructura o fábrica del edificio, no menoscaben la resistencia de los materiales empleados en la construcción y sean razonablemente compatibles con las características arquitectónicas e históricas del edificio. Tales exigencias no aparecen en el artículo 17 de la LPH» (252).

Ahora bien, pese a ello, es posible fijar los siguientes límites a las obras no obligatorias de accesibilidad:

- 1.^º Los que se desprenden del artículo 18.1 LPH (que no causen grave perjuicio a la comunidad, al edificio...).
- 2.^º Los que se desprenden del artículo 11.4 LPH y 12 LPH, tal como hemos explicado anteriormente.
- 3.^º Los que se desprenden del artículo 3.1.b) de la Ley 15/1995, aplicable por analogía: esto es, como señala LLAMAS POMBO, son aplicables las limitaciones, de no menoscabar la resistencia de los materiales empleados y ser razonablemente compatibles con las características arquitectónicas e históricas del edificio, pues no sería lógico que en aras de la supresión de barreras arquitectónicas, se afecte a la resistencia o las características históricas del edificio (en este último aspecto puede ser orientativa la normativa sobre patrimonio histórico artístico). La SAP de Málaga, de 8 de mayo de 2002, citada por LOSCERTALES FUERTES, rechaza la instalación de nuevo ascensor, amparándose en el concepto de supresión de barreras arquitectónicas precisamente *por ser incompatibles las obras con la configuración del edificio*.

(252) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, nota 53.

- 4.^º Como señala FUENTES LOJO están prohibidas por el artículo 11.4 y 12 LPH las obras que afecten a la seguridad, salubridad y solidez del edificio. En este sentido, artículo 3.1.b.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.
- 5.^º Las obras deberán respetar los requisitos básicos señalados en el artículo 3 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación.
- 6.^º Las obras deberán ser proporcionadas, adecuadas a la discapacidad padecida, justificadas, sin causar perjuicio colectivo notorio.
- 7.^º El edificio deberá tener vida útil considerable.
- 8.^º Los límites derivados de la razonabilidad de las obras y del sentido común. Decimos esto porque es evidente que en viviendas de categoría ínfima, que casi no reúnen los requisitos de habitabilidad, será difícil llevar a cabo obras de accesibilidad (ya sean obligatorias, ya no lo sean); por lo que el discapacitado o mayor lo tendrá más difícil en tales casos. Igualmente, es de sentido común, por ejemplo, que una rampa ha de tener un murete en el lateral que no está pegado a la pared para que los que usen las escaleras no se caigan. Y como dicen GARAY Y GARAY, muchísimas veces la instalación de un ascensor será imposible o muy costosa por razones de la configuración del edificio. Hasta una rampa en el portal puede presentar problemas si la inclinación es pronunciada (253). Las obras deben ser, pues, siempre razonables.

En cuanto a quién debe correr con el costo de las obras, si éstas benefician al discapacitado o mayor de setenta años y también a la comunidad parece que ésta deberá afrontarlas, con la admisión de disidentes y sin perjuicio de las exenciones, ayudas y subvenciones existentes (254). Pero si no se admitiera la existencia de disidentes o si la obra beneficia exclusivamente al discapacitado, ésta debería ser afrontada por las Administraciones Públicas. Una alternativa a esta solución sería crear una deducción específica a efectos del IRPF, de las cantidades abonadas para obras de accesibilidad.

(253) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pág. 70.

(254) En la Comunidad de Madrid se ha publicado recientemente la Orden 679/2007, de 2 de marzo, del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones para la instalación de ascensores en edificios de la Comunidad de Madrid y se convocan subvenciones para el año 2007. *BOCM*, núm. 79, de 3 de abril de 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General*, vol. 1.^º, 12.^a ed., José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1991.
- *Derecho Civil, III. Derecho de bienes*, 9.^a ed., puesta al día con la colaboración de José Manuel González Porras. Librería Bosch, S. L., Barcelona, 2002.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, Bercal, S. A., 2005, pág. 230.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 17», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 2.^a ed., revisada y puesta al día, Aranzadi, Navarra, 2002.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad en los nuevos artículos 10, 11 y 17.1.^a de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 51/2003, de 2 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, 5, 51, 2004.
- ECEVARRÍA SUMMERS, Francisco, «Comentario al artículo 12», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 2.^a ed., revisada y puesta al día, Aranzadi, Navarra, 2002.
- FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000*. Tomo I y II. José M.^a Bosch Editor, Barcelona, 2002.
- Apéndice a la obra *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000*. José M.^a Bosch Editor, Barcelona, 2004.
- GARAY, G. Juan, y GARAY D. Miren, *Ley de Propiedad Horizontal*. Londonbil, S. L., Madrid, 2004, pág. 69.
- GARCÍA BARREIRO, G. M.^a, y otros, *El mayor y su casa. Barreras arquitectónicas*. Gerokomos, vol. 15, núm. 3, septiembre de 2004.
- GARCÍA TRASCASAS, Ascensión, «Mayores y trabajo asalariado: de la jubilación forzosa a la prolongación de la vida activa», en ALONSO PÉREZ, M.; MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.^a y REGUERO CELADA, J., *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004.
- GÓMEZ CALLE, Esther, «El régimen jurídico de las innovaciones en la propiedad horizontal», en *ADC*, enero-marzo de 2004, pág. 121.
- GUILARTE ZAPATER, Vicente y cols., *La reforma de la propiedad horizontal*, Editorial Lex Nova, 1999.
- IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, Ramón, *Iniciativa y legitimación en la realización de obras dirigidas a la supresión de barreras arquitectónicas en edificios sometidos al régimen de la LPH*, Sepín, noviembre de 2007, núm. 285, pág. 13 y sigs.
- JAIME LÓPEZ, Inmaculada, y ROSAT ACED, José Ignacio, *Comunidades de propietarios. Guía del profesor*, Generalitat Valenciana, 2006.
- LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil. Tomo Cuarto. Propiedad y Derechos reales de goce*, 5.^a ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona, 2005.
- LOSCERTALES FUERTES, «Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad», en *Sepín*, enero de 2004.

- *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, 7.^a ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2005.
 - *Propiedad Horizontal. Doctrina y Jurisprudencia*, 8.^a ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006.
 - *Las Comunidades de Propietarios y los discapacitados*, SEPÍN, marzo de 2008, núm. 289, pág. 15 y sigs.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17», en CUADRADO IGLESIAS, Manuel (Coord.), *Comentarios a la Ley de reforma de la propiedad horizontal. Ley 8/1999, de 6 de abril*, Dykinson, 2000.
- MAGRO SERVET, Vicente (Coord.). *Guía práctica de propiedad horizontal*. Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2004.
- MAGRO SERVET, Vicente, «Repercusión en la Ley de Propiedad Horizontal del Proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades», en *Diario La Ley*, núm. 5797, año XXIV, 6 de junio de 2003.
- MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 687, enero-febrero de 2005. NICOLÁS DUEÑAS, M., «El valor del domicilio como recurso para la salud», en *Gerokomos*, vol. 12, núm. 2, abril de 2001.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDAZ, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil*, vol. III, «Derechos reales», Colex, Madrid, 2004.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4.^a ed., Tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- DE LA ROCHA, Ernesto, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *La Ley de Propiedad Horizontal*. Normativa. Formularios a ella y a los trámites legales. Granada, 2004.
- RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, *La accesibilidad en los edificios sujetos a propiedad horizontal*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- SEPÍN, REVISTA PROPIEDAD HORIZONTAL, *Jurisprudencia al detalle. La instalación del ascensor*, octubre de 2006, núm. 273, PH.
- SEPÍN, REVISTA PROPIEDAD HORIZONTAL, Encuesta jurídica. *Reforma de la LPH. En principio, para cualquier tipo de obra requerida para la «accesibilidad» bastará el acuerdo de la mayoría simple, aplicando el artículo 11.1 de la LPH, pero el artículo 17, regla 1.^a, que se refiere a la «supresión de barreras arquitectónicas», fija el quórum en la mayoría del total de cuotas y de propietarios. ¿En qué supuestos debe ser aplicada cada una de dichas normas?* SP/DOCT/1924 (marzo de 2004).
- SEPÍN, REVISTA PROPIEDAD HORIZONTAL, Encuesta jurídica. *El artículo 17.1 de la LPH establece el quórum de las tres quintas partes de propietarios y cuotas cuando se pretenda nuevas instalaciones y servicios comunes, pero en el caso de que a la vez suponga obras importantes en otros elementos de la comunidad, ¿bastaría con esta mayoría cualificada o sería necesaria la unanimidad?* (septiembre de 2000).
- TUSÉT DEL PINO, Pedro, *Condiciones que deben cumplir las edificaciones para el acceso de minusválidos según la ley*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S. A., Barcelona, 2003.

- «Nuevas obligaciones de las comunidades de propietarios con minusválidos». en *Inmueble: revista del sector inmobiliario*, año 8, núm. 39 (marzo de 2004).
VILLAS DE ANTONIO, M.^a del Rosario, «La comunidad de propietarios», *BOE*, Madrid, 2004.

RESUMEN

PROPIEDAD HORIZONTAL Y DISCAPACIDAD

La Disposición Adicional 3.^a de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, modifica los artículos 10, 11 y 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, introduciendo por vez primera en esta Ley, como importante novedad, el concepto de «mayor de setenta años». La reforma, que tiene indudables efectos beneficiosos, tanto para los discapacitados como para los ancianos, da lugar, sin embargo, a una compleja problemática en torno a la interpretación de los citados artículos, problemática que se intenta desentrañar en este trabajo. Se trata de determinar cuáles son las nuevas obligaciones de la comunidad de propietarios en materia de accesibilidad (arts. 10.1 y 10.2 LPH), así como precisar el alcance de los acuerdos que voluntariamente pueden adoptarse (arts. 11, 17 y 12 LPH). Particular interés presenta el análisis de los conceptos «vivir, trabajar y prestar servicios altruistas o voluntarios» por parte del discapacitado o anciano, como fundamento legitimador de las obras de accesibilidad, así como el análisis de las cuestiones relativas a si existe o no asimilación entre toda persona mayor de setenta años y un discapacitado; mayoría necesarias para la adopción de los acuerdos; posibilidad de existencia de disidentes y límites existentes a la realización de obras obligatorias y no obligatorias de accesibilidad. El estudio, original y exhaustivo,

ABSTRACT

HORIZONTAL PROPERTY AND DISABILITY

Opportunities, non-discrimination and universal accessibility for persons with disabilities. Additional Provision 3 amends articles 10, 11 and 17 of Act 49/1960 of 21 July on horizontal property, introducing, for the first time in the Horizontal Property Act, as an important new feature, the concept of «persons over 70 years of age». The reform, which has indubitable beneficial effects for both the disabled and the elderly, does however give rise to a complex problem concerning the interpretation of the aforesaid articles. This paper attempts to untangle the problem. The issue is to determine what the new obligations of the tenants' association are in matters of accessibility (articles 10.1 and 10.2, Horizontal Property Act) and to specify the scope of any agreement made voluntarily (articles 11, 17 and 12, Horizontal Property Act). Of particular interest is the analysis of the concepts «to live, work and render altruistic or volunteer services» by the disabled or elderly person as a legitimating foundation of accessibility work, the analysis of questions concerning whether or not all persons over age 70 may be regarded on the same basis as disabled persons, majorities necessary for resolutions, the possibility that there may be dissidents and existing restrictions on the performance of mandatory and non-mandatory accessibility work. This original, exhaustive paper reconciles the rights of the elderly and the disabled with those of tenants' associations and fellow

coherentes los derechos de mayores y discapacitados con los de las comunidades de propietarios y vecinos, ofreciendo también sugerentes reflexiones acerca de quién debería correr con el costo de las obras de accesibilidad.

tenants, and it also offers some suggestive reflections on who should bear the cost of accessibility work.

(Trabajo recibido el 15-10-07 y aceptado para su publicación el 14-05-08)