

GRADO EN DERECHO
TRABAJO DE FIN DE GRADO

ELEMENTOS COMUNES DE USO PRIVATIVO EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

AUTOR: CRISTINA MORRO VILLALONGA

TUTOR: MIGUEL COCA PAYERAS

ÍNDICE

1. Introducción.....	1
2. Elementos comunes y elementos privativos. Concepto de elementos comunes de uso privativo o exclusivo.....	1
2.1. Concepto de elementos comunes.....	1
2.2. Concepto de elementos privativos.....	6
2.2.1. Cuestión específica: Los anejos.....	7
2.3. Concepto de elementos comunes de uso privativo o exclusivo.....	7
3. Extensión y límites.....	8
3.1. Realización de obras en elementos comunes de uso privativo sin consentimiento de todos los copropietarios.....	9
3.1.1. El consentimiento tácito.....	13
3.2. Financiación de obras y mantenimiento de elementos comunes de uso privativo o exclusivo.....	13
3.2.1. Régimen de responsabilidad.....	16
3.2.1.1. Responsabilidad extracontractual.....	17
3.2.1.2. Responsabilidad contractual.....	19
3.3. Posibilidad de que un elemento común por naturaleza se convierta en un elemento común de uso privativo o exclusivo.....	20
4. Conclusión final.....	23
5. Bibliografía.....	24

ELEMENTOS COMUNES DE USO PRIVATIVO EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

1. Introducción

Para empezar a exponer las ideas en las que se va a centrar el presente estudio, cabe decir que éste va a intentar sintetizar los conceptos y los problemas más importantes surgidos en base a los elementos comunes de uso privativo o exclusivo en el régimen de Propiedad Horizontal.

Hay que tener en cuenta que la norma que vamos a manejar, es decir, la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, fue modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

2. Elementos comunes y elementos privativos. Concepto de elementos comunes de uso privativo o exclusivo.

En cuanto a la concepción o a la idea de elemento común de uso privativo o exclusivo podemos afirmar que no se trata de un concepto que venga recogido por la teoría en sí mismo, sino que para entender a qué nos referimos con la expresión “*elemento común de uso privativo*” debemos acudir, en primer lugar, a los conceptos de elemento común y de elemento privativo, por separado.

Siendo esto así, cabe afirmar que los elementos, tanto comunes como privativos, suponen la realidad física de una finca, es decir, constituyen la estructura del bloque.

2.1. Concepto de elementos comunes

Entrando ya en la definición de los diversos elementos, el artículo 396 del Código Civil, en su actual redacción, establece un listado de elementos comunes que serán, según dicho precepto, todos aquellos que sean adecuados para el uso y disfrute del inmueble.

En cuanto a la diferenciación entre elementos comunes y elementos privativos debemos centrarnos en el régimen jurídico de cada uno de ellos, ya que los elementos comunes se diferencian de los privativos en cuanto a que en los primeros rige un sistema de copropiedad, es decir, la utilización de los elementos comunes pueden llevarla a cabo todos los copropietarios y, por el contrario, los segundos pueden estar sujetos a cualquier titularidad. De este modo, los diferentes pisos o locales de un edificio ó las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, definidos en el ya citado artículo 396 del Código Civil.¹

Así, en cuanto al mencionado precepto 396 del Código Civil se debe afirmar que éste realiza una enumeración de elementos que se consideran de carácter común puesto que éstos son adecuados para el uso y disfrute de la finca. Anteriormente, el Código Civil en el citado precepto 396 establecía una lista cerrada de elementos comunes, es decir, un “*numerus clausus*”, por lo cual los elementos comunes eran los que se citaban en dicha norma y no podía haber ninguno más. Siendo esto cierto, el artículo 396 del Código Civil, en su redacción originaria, establecía textualmente lo siguiente:

“Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, podrán ser, objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, poyos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbres. Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable. En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo

¹ DEPARTAMENTO JURÍDICO SEPIN. *Los Elementos Comunes en la Propiedad Horizontal* (Noviembre, 2003).

ni de retracto. Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.”

Esta consideración de que el artículo 396 del Código Civil llevaba a cabo una enumeración cerrada de elementos cambió con la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal. Así pues, esta norma llevó a cabo la modificación del precepto anteriormente citado mediante su Disposición Adicional Única, estableciendo en ella que *“el artículo 396 del Código Civil quedará redactado en los siguientes términos: Los diferentes pisos o locales de un edificio ó las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elemento de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores: el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquéllos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles. Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable. En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto. Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la*

voluntad de los interesados. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las modificaciones introducidas en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria por los artículos 1 y 2 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, permanecen en vigor en su redacción actual.”

Posteriormente a la reforma mencionada, la actual enumeración de elementos comunes que realiza el Código Civil en su artículo 396 ya no es una enumeración cerrada puesto que el mismo precepto, después de haber mencionado todos los elementos que la norma considera como comunes, a modo ejemplificativo, establece de forma textual la cláusula “*cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles*”. Así pues, mediante dicha expresión se establece un régimen de “*numerus apertus*” o enumeración abierta. Siendo esto así, en la actualidad, el mencionado precepto añade tal afirmación, estableciendo así un elenco abierto de elementos que pueden tener la consideración de comunes.²

Siguiendo este esquema, se hace referencia, en este punto, a los elementos materiales o jurídicos. Para realizar un mejor análisis, debemos definir qué se entiende por elemento material y qué se entiende por elemento jurídico. Así pues, los elementos materiales son aquellos elementos físicos, es decir, son tales como instalaciones, conducciones, canalizaciones, desagües, espacios comunitarios, elementos estructurales tales como el suelo o los pilares. Por el contrario, los elementos jurídicos son aquéllos que no tienen un carácter físico, sino que ostentan una naturaleza jurídica, como las servidumbres.

De este modo, los elementos comunes no son más que las partes o porciones de un edificio sujeto al régimen de Propiedad Horizontal, necesarios para su correcto uso y disfrute, que pertenecen, en régimen de copropiedad, a todos los propietarios de elementos privativos, sin que su propiedad en sí misma pueda ser atribuida a ninguno de ellos individualmente.

² D. LOSCERTALES FUERTES. *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones* (Madrid, 2005).

Cabe decir, por otro lado, que los elementos comunes no son susceptibles de división y son inseparables de los elementos privativos, por cuanto no podrán ser enajenados, gravados o embargados separadamente de éstos.

Siguiendo con los elementos comunes, debemos acudir al artículo 3.b) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal que establece que el según el régimen de propiedad contenido en el artículo 396 del Código Civil le pertenece a cada piso o local la copropiedad de los elementos comunes, es decir que, como ya hemos afirmado con anterioridad, los diversos propietarios ostentarán la copropiedad de los elementos comunes.³

En cuanto a los tipos de elementos comunes existentes, se debe mencionar que dichos elementos pueden serlo por naturaleza o por destino. Los elementos comunes por naturaleza, también llamados esenciales, son aquéllos que no pueden ser objeto de pura división física. Algunos ejemplos de elementos comunes por naturaleza son tales como muros, techos, suelos, escaleras, etc. Por el contrario, los elementos comunes por destino son aquéllos que se establecen como tal para el mejor uso y disfrute de los elementos privativos. Se trata, en esencia, de elementos que, pudiendo ser de propiedad privada, se destinan al uso común. Dichos elementos sí son divisibles, físicamente hablando. Un ejemplo claro de elemento común por destino sería una terraza. La mencionada diferenciación entre elementos comunes por naturaleza y elementos comunes por destino puede verse claramente recogida en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1981, en la cual se describe a los elementos comunes por naturaleza como aquéllos esenciales que constituyen el soporte de la propiedad individual del piso o local y, por ello, son incluidos con carácter imperativo en el régimen de copropiedad ya que, por razones físicas, no puede ser de otro modo. Así, los elementos comunes esenciales o por naturaleza se caracterizan, básicamente, por su indivisibilidad o inseparabilidad. Por otro lado se describe, en la mencionada Resolución, a los elementos comunes por destino como aquéllos que cumplen una finalidad comunitaria estando al servicio de la totalidad los propietarios individuales en su aprovechamiento y utilización, aunque éstos

³ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (Pamplona, 1999).

puedan ser objeto de desafectación debido precisamente a su carácter circunstancial o accidental y, por ello, dejar de formar parte del régimen de copropiedad. De este modo, los elementos comunes por destino se caracterizan por su divisibilidad o separabilidad, por cuánto éstos pueden ser liberados del régimen de copropiedad, siempre y cuando medie acuerdo entre todos los copropietarios.

2.2. Concepto de elementos privativos

En relación a los elementos privativos, debemos acudir nuevamente al artículo 396 del Código Civil en su primer inciso. Dicho precepto establece que los pisos, locales u otros elementos susceptibles de aprovechamiento independiente que tengan acceso propio a los elementos comunes podrán ser objeto de propiedad separada. Dicha propiedad del elemento privativo llevará consigo la copropiedad de los elementos comunes del inmueble.

De este modo, los elementos privativos se configuran como partes o porciones de las que solamente puede aprovecharse el propietario puesto que es el que ostenta el título de propiedad.⁴

Por otro lado, y en relación también con los elementos privativos, debemos acudir al artículo 3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, en el cual se dispone que por el régimen de propiedad que se establece en el mencionado artículo 396 del Código Civil corresponderá a cada piso o local, es decir, elementos privativos, el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio delimitado y apto para el aprovechamiento independiente, así como los elementos arquitectónicos que se encuentren dentro de esos mismos límites.

Por tanto, los elementos privativos son aquéllos que solamente pueden ser aprovechados por su propietario. En cuanto a la consideración del concepto de piso, debemos entender que se trata de aquella porción de la finca que constituye una

⁴ D. LOSCERTALES FUERTES. *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones* (Madrid, 2005).

vivienda. Por el contrario, el concepto de local se refiere, en esencia, a una parte del inmueble apta para desarrollar una actividad comercial o de industria.⁵

2.2.1. Cuestión específica: Los anejos

En este punto debemos hacer referencia al concepto de los anejos. Los anejos son una serie de elementos accesorios que complementan la propiedad singular de cada propietario y, por ello, se extiende a estos elementos accesorios el régimen de propiedad que ostenta el dueño sobre los elementos privativos. Así pues, varios ejemplos de anejos pueden ser los garajes o los trasteros.

En cuánto al concepto de los anejos, la doctrina no adquiere un posicionamiento claro sobre si se trata de elementos comunes o de elementos privativos. Cabe decir que la opinión más generalizada que encontramos en base a este subtipo de elementos es que se trata de piezas que están asignadas separadamente unas de otras a cada uno de los propietarios de pisos o locales (es decir, cada piso o local tendrá un garaje o un trastero numerado).⁶

Así pues, solamente se considerará como anejo el elemento al que no se le hubiera asignado un coeficiente individual, ya que si no es así, se trataría de una propiedad separada del elemento principal y desaparecería el carácter accesorio que representa a los llamados anejos.

2.3. Concepto de elementos comunes de uso privativo o exclusivo

Delimitadas ya las concepciones de elemento común y elemento privativo debemos acudir al concepto de elemento común de uso privativo o exclusivo.

En ciertas ocasiones puede plantearse la cuestión de si un determinado elemento tiene la consideración de común o de privativo puesto que un copropietario puede tener

⁵ DEPARTAMENTO JURÍDICO SEPIN. *Los Elementos Privativos En El Régimen De Propiedad Horizontal* (Noviembre, 2003).

⁶ D. LOSCERTALES FUERTES. *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones* (Madrid, 2005).

el derecho de utilización exclusiva de un elemento que, a priori, se considera como común.

Así pues, los elementos comunes de uso privativo o exclusivo no vienen delimitados legalmente sino que se trata de elementos comunes, de los cuáles su uso ha sido atribuido en el título constitutivo o en los Estatutos de la Comunidad a uno de los propietarios de las unidades privativas. De este modo, el elemento seguirá siendo de carácter común, es decir, la copropiedad sobre él seguirá existiendo, aunque su utilización haya sido atribuida solamente a uno de los copropietarios.

Siendo esto así, el propietario que tenga atribuido el uso exclusivo del elemento, ya sea porque se le haya otorgado en el Título constitutivo o ya sea porque así se haya acordado en la Junta de propietarios, en los Estatutos o mediante acuerdo unánime, deberá disponer del elemento y utilizarlo conforme a su destino y, puesto que la propiedad de éste sigue ostentándola la Comunidad de propietarios, deberá permitir el uso del elemento siempre y cuando proceda.

Esta posibilidad de atribuir el uso de un elemento común solamente a uno de los copropietarios es perfectamente lícita y así lo ha afirmado la doctrina y la jurisprudencia, estableciendo que el uso privativo de un elemento común puede otorgarse a uno de los propietarios siempre y cuando se realice en la forma legalmente prevista para ello.

En cuanto a la forma legalmente prevista para otorgar el uso privativo de un elemento común cabe decir que se trata, como hemos afirmado anteriormente, de su inscripción en el Título constitutivo. También es posible realizar ese otorgamiento disponiéndolo en los Estatutos de la Comunidad o, en último lugar, mediante acuerdo unánime de la Junta de propietarios.

3. Extensión y límites

Habiendo analizado ya el concepto de los distintos tipos de elementos, es decir, elementos comunes, elementos privativos y elementos comunes de uso privativo o exclusivo, debemos realizar un breve estudio de los diversos problemas que pueden

surgir en base a los elementos comunes de uso privativo a los que nos estamos refiriendo.

De este modo, en este punto, nos centraremos en tres cuestiones fundamentales como son la realización de obras en elementos comunes de uso privativo sin consentimiento de todos los copropietarios, la financiación de obras y mantenimiento de elementos comunes de uso privativo o exclusivo y su consecuente responsabilidad, así como la posibilidad de que un elemento común por naturaleza se convierta en un elemento común de uso privativo o exclusivo, asuntos ampliamente tratados tanto en el tanto en el ámbito jurisprudencial como en el ámbito doctrinal.

3.1. Realización de obras en elementos comunes de uso privativo sin consentimiento de todos los copropietarios

La primera cuestión que debemos analizar es, en este caso, la realización de obras en elementos comunes de uso privativo o exclusivo sin el consentimiento de todos los copropietarios.

Se trata, por tanto, de un problema común ya que la única persona que tiene acceso al elemento común de uso privativo es, precisamente, quién tiene atribuida esa facultad y puede ocurrir que ese propietario beneficiado confunda sus derechos.

De este modo, el problema surge cuando el propietario que tiene atribuido el uso privativo del elemento común en el Título constitutivo realiza obras, alteraciones o modificaciones sin contar con la aprobación de los demás copropietarios.

Un ejemplo claro de esta situación es la ejecución de obras en patios o terrazas, designados como elementos comunes de uso privativo, para ampliar la vivienda o el local propiedad del individuo, es decir, el propio elemento privativo.

Así pues, en este punto, debemos cuestionar si es posible que se lleven a cabo dichas modificaciones unilateralmente o, por el contrario, se necesita el consentimiento

de todos los copropietarios para realizar obra alguna en un elemento común de uso privativo.

En primer lugar, para resolver esta cuestión, debemos acudir al artículo 7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal. Así pues, este precepto contiene la base del principio generalizado en la doctrina de que a cada uno de los propietarios de un elemento privativo, piso o local, le corresponden las facultades de dueño exclusivo de éstos, siempre respetando los límites del régimen de Comunidad. De este modo, nos encontramos con una dualidad ya que los elementos privativos pueden modificarse y alterarse libremente por su propietario, puesto que configuran un supuesto de propiedad separada. Por el contrario, los elementos comunes no siguen esta misma premisa puesto que se imposibilita la modificación de dichos elementos sin el consentimiento de los demás copropietarios. Siendo esto cierto, se otorga un derecho de modificación de los elementos privativos al propietario, para que éstos puedan ser alterados conforme a su voluntad y con el fin de obtener su mejor aprovechamiento, siempre y cuando no se altere la seguridad del edificio, su estructura general y su estado exterior, ya que el régimen de propiedad es exclusivo. Tampoco se permitirá realizar una modificación en un elemento privativo cuando ésta perjudique los derechos de otros propietarios.

Por el contrario, en cuánto a la alteración de elementos comunes, el artículo 7.1 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal fue concebido, básicamente, para prohibir la modificación de elementos comunes sin el consentimiento de los demás copropietarios ya que, como hemos citado con anterioridad, en éstos rige el sistema de copropiedad, a diferencia de los elementos privativos en los cuales rige un sistema de propiedad ordinaria. De este modo, y en el sentido estricto de la norma, para realizar alteración alguna en los elementos comunes se requiere de la aprobación de la Junta de propietarios.⁷

⁷ D. LOSCERTALES FUERTES. *Comentario Artículo 7. Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal* (Enero, 2010).

Esta desavenencia es muy frecuente en la práctica puesto que el propietario que ostenta el derecho de uso de un elemento común entiende que ese elemento le pertenece, puesto que ningún otro copropietario puede llevar a cabo su utilización.

Reiterada jurisprudencia afirma que se necesita autorización para la realización de una construcción en un elemento común, ya sea de uso privativo o no (no perdamos de vista que lo que se ha atribuido al propietario es el uso privativo o exclusivo del mencionado elemento pero éste sigue constituyéndose como elemento común del edificio y, por ello, sujeto al régimen jurídico de copropiedad que rige dicho tipo de elementos). En base a ello, se condenó a un propietario que había construido cobertizos en la cubierta del edificio sin el consentimiento de todos los miembros de la Comunidad de propietarios a la demolición de éstos ya que se trata de un elemento de carácter común⁸, independientemente de que se haya atribuido el uso privativo a un solo sujeto integrante de la Comunidad.

El dilema se produce cuando un propietario realiza alteraciones en un elemento común no citado expresamente por el artículo 396 del Código Civil. Para resolver dicha cuestión cabe decir que el presente precepto establece textualmente la premisa final *“cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles”*. De este modo, doctrina reiterada afirma que, tal y como citábamos al inicio del presente análisis, el Código Civil no expresa un elenco cerrado y radical de elementos comunes sino que se limita a manifestar una serie de ellos, a modo de ejemplo, aunque la lista está abierta a las posibles necesidades que se imponen en el régimen de Propiedad Horizontal, ya que éste conlleva un tratamiento cuidadoso, debido a su carácter especial. En base a la doctrina del Alto Tribunal, se entiende que las terrazas pueden tener efectivamente el carácter de elemento común.

Siendo esto así, en este ámbito, debemos hacernos la pregunta de qué se entiende por alteración de un elemento común. Respondiendo a esta cuestión, el Tribunal Supremo entiende que la colocación de un jacuzzi o piscina en la terraza no constituye una alteración de un elemento común ya que no se realizan mediando obras de albañilería, ni se causa ningún daño a los vecinos y, por último, que no se vulnera lo

⁸ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª). SAP 10 de abril del 2000. AC\2000\1486.

contenido en el Título constitutivo, ya que la utilización de esa terraza la tiene atribuida un sólo propietario y con la colocación de dichas piezas no se altera la terraza, sino que únicamente se hace uso de las facultades de uso y disfrute ordinarias que corresponden.⁹

Por otra parte, el Tribunal Supremo sí entiende como alteración de un elemento común las obras de soldado y adecentamiento de un jardín situado en las inmediaciones de un local, ya que se entiende que la verdadera finalidad de esa alteración no es la realización del uso y disfrute corriente sino que se trata de un abuso.¹⁰

Siguiendo el presente razonamiento, el Tribunal Supremo declaró ilícita la construcción de un gimnasio llevada a cabo por una propietaria en la terraza-cubierta superior del edificio, dónde se proyecta el vuelo del mismo, de la cual tenía atribuido el uso exclusivo en el Título (es decir, se trataba de un elemento común de uso privativo)¹¹. Con la alteración de la terraza y la construcción del mencionado habitáculo, pretendía la propietaria hacerse suyo propio dicho elemento, cuando en realidad lo único que le correspondía es la utilización del mismo de forma exclusiva.

Por otro lado, también se consideró ilícita la instalación de chimeneas y tuberías extractoras de humos en terrazas de carácter común¹² o la realización de construcciones subterráneas, ya que tanto el suelo como los cimientos se consideran elementos comunes.¹³

En conclusión, podríamos afirmar que los elementos comunes de uso privativo no pueden ser modificados o alterados sino con el consentimiento o aprobación de todos los copropietarios puesto que, si bien es cierto que el uso exclusivo de dichos elementos pertenece a uno solo de ellos, debemos recordar que éstos siguen manteniendo el carácter de elemento común ya que el derecho de propiedad corresponde a la Comunidad de propietarios.

⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). STS núm. 699/2011, de 10 de octubre. RJ\2011\7256.

¹⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). STS núm. 866/2011, de 17 de noviembre. RJ\2012\1500.

¹¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). STS 14 de octubre de 1991. RJ\1991\6916.

¹² Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). STS 24 de septiembre de 1992. RJ\1992\7020.

¹³ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). STS núm. 577/1998, de 16 de junio. RJ\1998\5056.

3.1.1. El consentimiento tácito

Una vez afirmado que para realizar obras o alteraciones en elementos comunes se necesita la aprobación de la Junta de propietarios (ya sean de uso privativo o no, puesto que no debemos perder de vista que los elementos comunes de uso privativo o exclusivo no pierden su carácter común, aunque su uso haya sido atribuido a un propietario concreto) debemos hacer referencia a un punto importante como es el consentimiento tácito.

El consentimiento tácito consiste en el hecho de que se realicen obras en elementos comunes tales como terrazas, patios, fachadas, cubiertas u otros, durante un largo período de tiempo y con una utilización continuada y pública. Estos hechos pueden conllevar el consentimiento de forma tácita de dichas alteraciones aunque no hubiera habido autorización expresa por parte de la Junta de propietarios.

Así pues, dicho consentimiento se dará en el momento que se lleven a cabo actos concluyentes e inequívocos que, aunque no expresen de forma directa el parecer de una persona, ésta no muestre asombro ni sorpresa en cuanto al hecho y adopte una conducta que se basa en los usos sociales.¹⁴

3.2. Financiación de obras y mantenimiento de elementos comunes de uso privativo o exclusivo

En primer lugar cabe decir que, en cuánto a la financiación de obras y mantenimiento de los elementos comunes de uso privativo, nos encontramos ante una situación difícil, puesto que estamos tratando una cuestión que afecta a un elemento común, ya que forma parte de la estructura del edificio y, por tanto, no puede ser calificado de elemento privativo, aunque su uso esté limitado a uno sólo de los copropietarios.

¹⁴ D. LOSCERTALES FUERTES. *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones* (Madrid, 2005).

Siendo esto así, suelen surgir discrepancias entre los copropietarios en base a quién tiene la obligación de satisfacer los gastos de las obras que se lleven a cabo en dicho elemento común de uso privativo, así como su mantenimiento, puesto que, ciertamente, se trata de un elemento común por ser parte de la estructura de la finca aunque, como hemos afirmado anteriormente, se trate de un elemento común de uso privativo y, por ello, ese uso se encuentre, en cierta medida, limitado.

De este modo, la respuesta a esta cuestión es que los propietarios deberán sujetarse a lo previsto en lo Estatutos, por regla general, siempre que la situación se encuentre debidamente regulada. Así pues, en caso de silencio, es decir, de que no se hubiera previsto este aspecto en los Estatutos, la jurisprudencia mantiene la idea de que cuando se atribuye el uso y disfrute de un elemento común a un sólo copropietario o a varios de ellos individualmente, los gastos de conservación, como las reparaciones que son consecuencia de un uso normal del elemento en cuestión, como puede ser una terraza, por ejemplo, corresponderán a quién tenga atribuido el mencionado uso y disfrute, es decir, el uso privativo del elemento.¹⁵

Por el contrario, las obras extraordinarias y de reconstrucción serán de cuenta de la Comunidad de propietarios. En este caso podemos exceptuar los supuestos en los que hayan intervenido negligencia o dolo del copropietario beneficiado.

De este modo, es importante saber que la atribución del uso privativo de un elemento común a un copropietario conlleva una serie de obligaciones, como son las de mantenimiento, conservación y reparación del citado elemento que sean consecuencia de un uso y disfrute ordinario. Por otro lado, la Comunidad de propietarios es la que debe hacerse cargo de las reparaciones urgentes o extraordinarias que abarquen más allá del derecho que ostenta el propio copropietario.¹⁶

Así pues, se afirma por reiterada jurisprudencia que cuando las reparaciones afecten a un elemento común y sean consecuencia de la estructura del edificio, éstas

¹⁵ J. CARRERAS MARAÑA. *Complejos Inmobiliarios: Algunos problemas específicos* (Noviembre, 2012).

¹⁶ Audiencia Provincial de Jaén. SAP núm. 303/2009, de 20 de noviembre. AC\2010\289.

deberán ser satisfechas por la Comunidad de propietarios, contando siempre con el hecho de que no exista una conducta dolosa por parte del propietario beneficiado.

Debemos afirmar, por tanto, que se trata de un hecho claro que la Comunidad debe hacerse cargo de la financiación de las obras y reparaciones extraordinarias, de sustitución o de otro tipo, derivadas de los elementos comunes aunque éstos estuvieran siendo usados de forma privativa, exceptuando las situaciones en las que alguno de propietarios beneficiados por el uso privativo o exclusivo actuara en base a una conducta negligente, siendo ésta la causa del defecto. Por otra parte, cuando el problema provenga de materiales de la superficie, será el propietario el que deba hacerse cargo de los daños ocasionados y, por ello, de su consecuente reparación.¹⁷

Un ejemplo claro que encontramos en base a este problema es el de la realización de obras extraordinarias en la cubierta de un edificio. En este caso, el Tribunal Supremo afirmó que la Comunidad de propietarios debía hacerse cargo del desembolso del coste de las reparaciones que se habían realizado.¹⁸

En caso de que existan dudas sobre la procedencia del daño causado o no haya acuerdo entre la Comunidad y el copropietario, lo más factible sería llevar a cabo el nombramiento de un técnico cualificado para que realizara un examen y determinare cuál es exactamente el origen del problema. Si, aún así, no se produjera el acuerdo entre las partes, la última vía a la que se podría acudir sería la judicial, concretamente al proceso ordinario, regulado en el artículo 249.1.8º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En caso de llegar al último recurso, esto es, al proceso judicial, debemos tener en cuenta que será necesaria una prueba pericial para poder acreditar los hechos de referencia.

En conclusión, puede afirmarse que los gastos derivados de obras, mantenimiento y conservación de elementos comunes de uso privativo o exclusivo, generalmente, serán de cuenta del copropietario que ostente las facultades de uso y

¹⁷ MAGRO, V., GARCÍA CHAMÓN E., PÉREZ, V. *Propiedad Horizontal. 760 Preguntas y Respuestas* (Madrid, 2007).

¹⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). STS núm. 265/2011, de 8 de abril. RJ\2011\3156.

disfrute del mismo o, dicho de otra forma, el usuario que ostente el uso privativo del elemento.¹⁹

Por el contrario, cuando se trate de obras extraordinarias o de sustitución del elemento, los mencionados gastos deberán ser liquidados por la Comunidad de propietarios, siempre y cuando no se haya llevado a cabo una conducta negligente por parte del copropietario que ostenta el derecho de uso exclusivo ya que, en este supuesto, le correspondería a él hacerse cargo de los gastos derivados de las mencionadas reparaciones.²⁰

3.2.1. Régimen de responsabilidad

Según el estudio realizado, hemos podido concluir que le corresponden la financiación y realización de las obras de reparación, mantenimiento y conservación al propietario que ostente el uso privativo del elemento común y las obras de carácter extraordinario, de sustitución de elementos u otro tipo de reparaciones que no se deriven del uso ordinario del elemento común deberán ser sufragadas por la Comunidad de propietarios, siempre y cuando no intervenga dolo o negligencia del beneficiado que ostenta el uso privativo o exclusivo del citado elemento común.

De este modo, al copropietario que ostenta el mencionado uso exclusivo le atañen una serie de obligaciones que deberá respetar. Dichas obligaciones son tales como las de conservación, mantenimiento o reparación que afecten al uso normal del elemento y, por ello, el copropietario beneficiario del uso privativo del elemento deberá asumir los gastos que se deriven de éstas.

Así, pueden darse dos tipos de responsabilidad de la que podría responder el copropietario beneficiario del uso privativo en el caso de que se produzcan daños, según si se afecta a terceros no ocupantes del edificio o, por el contrario, si afecta a terceros

¹⁹ Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª). SAP 28 de Enero de 2000, Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª). SAP 9 de Marzo de 2001.

²⁰ Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7ª). SAP 18 de Abril de 2002.

ocupantes del edificio. En el primer caso, se tratará de responsabilidad extracontractual y en el segundo hablaremos ya de responsabilidad contractual.

3.2.1.1. Responsabilidad extracontractual

Según reiterada doctrina, el régimen de responsabilidad extracontractual que rige para el copropietario que ostenta el uso privativo de un elemento común será el regulado en el artículo 1907 del Código Civil, que cita textualmente que *el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias.*

De este modo, y centrándonos en lo que hemos concluido anteriormente, el propietario beneficiario solamente debería responder por responsabilidad extracontractual cuando no se realizaran de manera efectiva las obras de reparación, mantenimiento y conservación a las que está obligado y, por consiguiente, llegara el concreto elemento a un estado de ruina derivado de la inactividad del propietario que ostenta su uso privativo.

Así, entiende el Tribunal Supremo que este tipo de responsabilidad responde a un carácter eminentemente subjetivo y solamente se derivará la obligación de responder en base a la responsabilidad extracontractual cuando se hayan obviado las reparaciones necesarias derivadas del uso habitual del elemento por el propietario que tiene atribuido su uso exclusivo ya que si se tratara de defectos en la construcción no se originaría este tipo de responsabilidad. Siguiendo en la misma línea doctrinal, se afirma que cuando un elemento se encuentra en una situación de ruina, existe la presunción de que no se han llevado a cabo las reparaciones necesarias para que no se llegara al mencionado estado, es decir, el citado precepto 1907 del Código Civil realiza una presunción por la cual se desplaza al propietario que ostenta el uso privativo del elemento la carga de probar que la ruina no ha sido producida por la inactividad en el ejercicio de sus obligaciones de conservación y mantenimiento sino por un vicio en la construcción, fuerza mayor o por la aparición de un factor externo que le era imposible controlar. En el caso de que el propietario pudiera probar que el estado de ruina del elemento común de uso privativo

se ha producido por alguno de estos factores, estaría exento de responder en base al régimen de responsabilidad extracontractual.

Siguiendo con el mismo argumento, debemos afirmar que podría originarse una concurrencia de responsabilidades entre el propietario beneficiario del uso privativo del elemento y la Comunidad de propietarios. Este supuesto sucederá cuando el copropietario no haya cumplido con las obligaciones que le atañen sobre el correcto mantenimiento y conservación del elemento común, mientras que la Comunidad de propietarios tampoco haya hecho frente a las obras extraordinarias de reparación que le correspondían. En este caso, reiterada doctrina entiende que en el caso de concurrencia de responsabilidades y en el supuesto de que no fuera posible determinar efectivamente a quién correspondería responder en cuánto a la responsabilidad extracontractual, se establecerá un régimen de responsabilidad solidaria, de acuerdo con lo regulado en el artículo 1144 del Código Civil, por cuánto el tercero perjudicado podría dirigir su demanda hacia el copropietario o hacia la Comunidad de propietarios indistintamente, ya que ambos responden íntegramente por el daño ocasionado.²¹

Por otro lado, cabe decir que nos estamos refiriendo a elementos comunes de uso privativo, por cuánto, efectivamente, existe un copropietario que ostenta la utilización exclusiva de ese espacio. De este modo, el mencionado propietario beneficiado respondería en base al artículo 1910 del Código Civil por los daños ocasionados a terceras personas fundados en cualquier acto por el que se arrojaran o cayeren objetos desde el mencionado elemento común de uso exclusivo. El citado artículo 1910 del Código Civil establece textualmente que *“el cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojaran o cayeren de la misma.”* Así, reiterada jurisprudencia afirma que el propietario beneficiado por el uso exclusivo del elemento común deberá responder por los perjuicios ocasionados por dichas situaciones aunque, en multitud de ocasiones, el propio beneficiado no hubiera podido prever el menoscabo, ya que el artículo 1910 del Código Civil regula la llamada responsabilidad por riesgo.²²

²¹ Tribunal Supremo. STS 31 de octubre de 1991, STS 1 de febrero de 1993, STS 1 de junio de 1994, entre otras.

²² Tribunal Supremo. STS 20 de junio de 2000.

Es importante mencionar, en este punto, la alusión del precepto a la expresión “*cosas*”. El significado de este vocablo, según doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo, alude tanto a objetos que se hayan incorporado de mano del propietario beneficiado por el uso privativo del elemento (jardineras, por ejemplo) como aquellos objetos que no formen parte de la obra inicial (rótulos fijados mediante tornillería)²³ aunque es importante decir que la locución “*cosas*” en el precepto anteriormente citado no tiene la consideración de “*numerus clausus*” y, por tanto, deberá incluirse cualquier tipo de objeto que sea arrojado o que haya caído de un elemento común de uso privativo y que hubiera causado un perjuicio a un tercero, ya sea en su propia persona o en sus objetos.²⁴

3.2.1.2. Responsabilidad contractual

Como ya hemos mencionado anteriormente, la responsabilidad del propietario también puede derivar de una relación contractual como, a modo de ejemplo, de un contrato de arrendamientos urbanos, cuando el tercero perjudicado fuera, en este caso, un arrendatario.

Siendo esto así, si el tercero perjudicado estuviera ocupando la finca en base a una relación de carácter negocial, es decir, un contrato, éste tendría derecho a reclamar el resarcimiento de los daños ocasionados en virtud de la responsabilidad contractual frente al propietario, puesto que en este caso concreto, le corresponderían a éste último el cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento y conservación de la vivienda para su uso en el arrendamiento.

Es importante destacar que podría producirse la concurrencia de ambos tipos de responsabilidades, es decir, contractual y extracontractual, cuando no se hayan cumplido efectivamente las obligaciones derivadas del contrato en cuestión o cuando se incumpla el deber de no causar daño a terceros. De este modo, la persona perjudicada podría interponer una acción de resarcimiento por incumplimiento de una obligación

²³ Tribunal Supremo. STS 14 de abril de 1990, STS 30 de enero de 1991, entre otras.

²⁴ F. UTRILLAS CARBONELL. *Elementos Comunes de Uso Privativo. Régimen de Responsabilidad* (Septiembre, 2007).

contractual cuando la mencionada violación del contrato no vulnere el deber de no causar daño a otros ya que si ello no fuera así, la responsabilidad contractual no eliminaría la responsabilidad extracontractual. Así pues, la responsabilidad contractual solamente podría dejar fuera de juego a la responsabilidad extracontractual cuando el acto dañoso se produzca dentro del núcleo del negocio jurídico y como desarrollo del mismo.

Al margen de todo lo anteriormente explicado, reiterada doctrina y jurisprudencia afirman que el propietario no deberá responder del evento dañoso cuando el perjuicio sea provocado por culpa exclusiva del perjudicado, en cuyo caso será éste el que deba resarcir los daños ocasionados por su negligente conducta.

3.3. Posibilidad de que un elemento común por naturaleza se convierta en un elemento común de uso privativo o exclusivo.

Para empezar a tratar sobre la cuestión de si un elemento común por naturaleza podría convertirse en un elemento común de uso privativo o exclusivo debemos recordar que existen dos tipos de elementos comunes, los elementos comunes por naturaleza y los elementos comunes por destino.

Así, en la enumeración de los elementos comunes que realiza el artículo 396 del Código Civil pueden destacarse los dos tipos de elementos mencionados, es decir, los elementos comunes por naturaleza, que son aquéllos realmente imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diversos pisos y locales que conforman el edificio y que, por tanto, en principio, no podrían ser objeto de desafectación y los elementos comunes por destino, son aquéllos que sí pueden ser objeto de desafectación si así se estipula en el Título constitutivo del edificio en régimen de Propiedad Horizontal o, por otro lado, por acuerdo unánime de la Comunidad de propietarios.²⁵ Si esto es así, los elementos comunes por naturaleza son aquéllos que no pueden ser desafectados, esto es, que tienen un carácter de elemento esencial en el régimen de Propiedad Horizontal y, por ello, no pueden ser objeto de división. Los mencionados elementos no pueden convertir su carácter de común en privativo. Por otro lado, los elementos comunes por

²⁵ Tribunal Supremo. STS de 8 de Abril de 2011.

destino son aquéllos que se encuentran a disposición de todos los propietarios del edificio pero no ostentan el carácter de imprescindibles, como sucede en los elementos comunes por esencia o naturaleza. Por ello, los elementos comunes por destino si que pueden ser objeto de desafectación y convertirse su carácter en privativo y dejar de formar parte del régimen de copropiedad siempre y cuando exista un acuerdo unánime entre todos los copropietarios.²⁶

Siendo esto así, los elementos comunes por naturaleza no podrían ser objeto de desafectación y no podrían convertirse en elementos privativos. Si bien lo que acabamos de afirmar es cierto, nada obstaría a que un elemento común por naturaleza se transformara en un elemento común de uso privativo o exclusivo ya que, en este caso, no se está cambiando el carácter del elemento de común a privativo, es decir, no se está produciendo una desafectación, sino que más bien lo que se realiza es una cesión del uso del mencionado elemento.

No debemos confundir las distintas cuestiones, eso es, el hecho de que un elemento común pase a ser de utilización privativa o exclusiva y el hecho de que se produzca la desafectación de éste y, por consecuente, se pierda su condición de elemento común para transformarla en la de elemento privativo, quedando al margen del régimen de copropiedad. Se trata de cuestiones totalmente diferenciadas.

En este sentido, reiterada jurisprudencia afirmó que la condición de elemento común por naturaleza no eliminaba la posibilidad de que el uso de dicho elemento pudiera ser cedido a uno sólo de los copropietarios, puesto que no se alteraban sus características sino que únicamente se cedía su utilización y en ningún momento se desafectaba para convertirse en un elemento privativo, cuestión que sería totalmente distinta a la que estamos tratando.²⁷

²⁶ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 1 de septiembre de 1981.

²⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). STS 20 de Abril de 1991, STS 20 de Marzo de 1984, STS 17 de Julio de 1987, entre otras.

Si esto es así, deben deslindarse claramente los conceptos de desafectación de un elemento común y cesión de la utilización privativa de elementos comunes. El Tribunal Supremo afirmó que cuando se utiliza en la Escritura de Declaración de Obra Nueva y División Horizontal la expresión de algunos de los elementos regulados en el artículo 396 del Código Civil, como pudiera ser la palabra “*patio*”, se está aludiendo a un elemento común, salvo que quede fehacientemente acreditado que el mencionado elemento es un elemento privativo.

De este modo, lo que pretende afirmar el Alto Tribunal es que los elementos comunes por naturaleza no pueden ser objeto de desafectación para convertirse en elementos privativos pero si que se puede llevar a cabo una cesión de su uso, en cuyo caso no se estaría alterando su condición de elemento común en ningún momento, puesto que únicamente pasaría a ser de utilización exclusiva de uno de los copropietarios, pero nunca llegaría a ser un elemento de carácter propiamente privativo, ya que son conceptos totalmente opuestos.²⁸

En conclusión, un elemento común por naturaleza puede perfectamente convertirse en un elemento común de uso privativo puesto que mediante la cesión del uso no se está desafectándolo, sino que simplemente se está transfiriendo su utilización exclusiva a uno de los propietarios sin alterar su carácter de elemento común.

²⁸ Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. SAP núm. 789/1996, de 18 de Diciembre. AC\1996\2419.

4. Conclusión final

Para finalizar con el presente análisis de los elementos comunes de uso privativo o exclusivo debemos concluir que los mencionados elementos conservan, en realidad, su carácter naturalmente común aunque se haya realizado una cesión de su uso exclusivamente a uno de los propietarios.

Precisamente por ello, el propietario beneficiado por ostentar la mencionada utilización exclusiva no puede llevar a cabo obras ni alteraciones sin el consentimiento de todos los copropietarios, siempre y cuando esas obras o modificaciones no deriven de la conservación y mantenimiento del elemento común de uso privativo, obligaciones que sí debe seguir el propietario al que se le ha cedido su uso ya que si no se cumplieran dichas obligaciones, el beneficiado debería acarrear con la consecuente responsabilidad.

Finalmente, cabe decir que un elemento común de uso privativo puede serlo tanto un elemento común por naturaleza como por destino ya que, como hemos explicado, no se está desafectando al elemento sino simplemente se cede su uso exclusivo a uno de los propietarios y nunca perdiendo su carácter común.

5. Bibliografía

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Pamplona: ARANZADI, 1999.
- LOSCERTALES FUERTES, D. *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*. 7ª Edición. Madrid: SEPÍN, 2005.
- MAGRO, V., GARCÍA-CHAMÓN, E., PÉREZ, V. *Propiedad Horizontal. 760 Preguntas y Respuestas*. 2ª Edición. Madrid: SEPÍN, 2007.
- PASTOR ÁLVAREZ, M. *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes del edificio*. Valencia: TIRANT LO BLANCH, 2001.
- SEPÍN [Base de datos en línea]. *Propiedad Horizontal*. Las Rozas (Madrid). 1982-2012. www.sepin.es