

AGREGACIÓN DE LOCALES CON INCORPORACIÓN DE PASILLO COMUN

La LPH permite unir pisos y locales y sus anejos para agregarlos o disminuirlos con los colindantes.

La posibilidad de que los elementos privativos se modifiquen mediante la **agregación** de todo o parte de elementos vecinos, debe entenderse comprendida dentro de la facultad de división de elementos privativos contenida en el artículo.8 LPH .

Según este artículo, los pisos o locales y sus anejos podrán ser aumentados por **agregación** de otros colindantes del mismo edificio, o disminuidos por segregación de alguna parte.

En tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados , la aprobación de la junta de propietarios , a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados con sujeción a lo dispuesto en el artículo.5 LPH , sin alteración de las cuotas de los restantes.

Pasillos

Los pasillos pueden ser incluidos dentro del concepto de los corredores. En principio han de considerarse elementos comunes, salvo que se disponga lo contrario en el título constitutivo o en los estatutos.

Tendrán derecho a su utilización, todos los propietarios conforme a las normas generales.

Sin acuerdo unánime, no cabe modificar su configuración o estructura porque se iría contra la naturaleza del mismo. artículo.12 LPH

Cabe la posibilidad de su pertenencia a terceros, aunque todos los propietarios deban utilizarlos forzosamente. Por ejemplo, hay edificios en los que no dando a la calle principal, sino a jardines o patios interiores, es necesario para su acceso atravesar el portal del edificio que sí da a la calle. Existirá en el supuesto anterior una servidumbre de paso a favor del inmueble, que se registrará por las normas de tal derecho real.

Se trata de un elemento común por destino, por su ubicación, funcionalidad o por ser susceptible de adscribirse al servicio de alguno de los propietarios singulares, lo que supone, como primera consecuencia, la posibilidad de que pierda el carácter de común así se acuerda válidamente. La Jurisprudencia del TS viene proclamando con reiteración que determinados elementos comunes como terrazas, patios o corredores, que en principio tienen la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo.396 CC , puedan adquirir el carácter de privativos, bien por el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la Comunidad de Propietarios adoptado por unanimidad, pues la relación del referido artículo no es de "ius cogens", sino de "ius dispositivus", siempre y cuando dichos elementos comunes no lo sean por naturaleza o esenciales. SAP Vizcaya de 22 marzo 2000

De especial interés es la sentencia del STS Sala 1ª de 11 noviembre 2002 que trata de dos apartamentos, situados a uno y otro lado del pasillo a través del cual tenían acceso, que fueron unidos, formando uno sólo, ocupando parte de dicho pasillo, elemento común del edificio, sin que conste en legal forma la **agregación** realizada. Estima el Alto Tribunal que la acción de la Comunidad contra el cerramiento e invasión de un elemento común sin su consentimiento, no ha prescrito al no haber transcurrido los treinta años que marca la ley para las acciones reales.

Referido al asunto concreto que nos plantea y con la información facilitada, hemos de entender que los propietarios de los locales pueden ser agregados entre sí e incorporar la zona de pasillo, ya que al agregarse la totalidad de los elementos el añadido del pasillo no impide el paso a ningún otro y dichas facultades fueron otorgadas en el título Constitutivo. Y todo ello sin más requisitos que efectuarlo de forma legal, es decir, otorgamiento y registro de documento público, comunicación a la comunidad, obtención de la licencia municipal y que las obras no altere la configuración, estructura y seguridad del edificio.

Nos ha parecido oportuno adjuntarle la siguiente sentencia:

AP Barcelona, sec. 14ª, S 14-3-2005, nº 168/2005, rec. 198/2004. Pte: Domingo Loren, Victoriano

RESUMEN

La AP estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la comunidad demandante contra la resolución de instancia, que desestimó la demanda y absolvió a los codemandados; revoca la resolución, en el sentido de declarar la ilegalidad de las obras realizadas por los demandados, mediante la apropiación de pasillos comunitarios. La Sala considera, entre otros pronunciamientos, que debe ser acogida la pretensión de la apelante, al haber quedado acreditado que el promotor y los demandados alteraron los elementos comunes sin que hubiera sido reflejado en el Registro de la Propiedad, habiendo la comunidad -los miembros que la integran- adquirido de acuerdo con lo previsto en el registro, de manera que el elemento litigioso -pasillo- tenía la condición de elemento común.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimo la demanda interpuesta por Dª Marta Durbán Piera, Procuradora de los Tribunales, actuando en representación de la DIRECCION000, contra D. Juan María y Dª Araceli y en la que ha actuado como interviniente la mercantil "Finaf 92 SA". Se impone a la DIRECCION000 el pago de las costas generadas en estas actuaciones incluidas las del interviniente."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 4 de noviembre de 2004.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D/Dª VICTORIANO DOMINGO LOREN .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone la comunidad actora demanda contra los propietarios del ático 5º 3ª y también de 16 trasteros, alegando que sin recabar la correspondiente licencia de obras y sin consentimiento ni autorización de la comunidad, estaban realizando una serie de obras consistentes en la agrupación de las fincas de que eran propietarios en una única vivienda de dos plantas, con apropiación de espacios comunes originarios (esencialmente la zona de pasillo existentes entre los trasteros), creación de una escalera de unión entre dos plantas, modificación de huecos en fachadas y paredes de carga para acceder a las terrazas y en patio de ventilación, y aumentando la sobrecarga de aquella lo que afecta a la estructura del edificio, por lo suplicaban una sentencia por la que "se declare la ilegalidad de las obras realizadas por los demandados, consistentes en la apropiación de espacio comunes originarios, creación de una escalera de unión entre dos plantas, modificación de huecos en

fachadas y paredes de carga para acceder a terrazas y en patios para ventilación, así como sobrecarga en el alero que cubre las galerías de la fachada posterior (también elemento común) condenándoles a demoler los mismos, así como a realizar a su costas las obras necesarias para reponer los elementos comunes a su primitivo estado".

La sentencia de instancia desestima la demanda con imposición de costas a la parte actora por entender:

- que ya en la escritura de constitución de la finca en propiedad horizontal, en el art. 4 de los Estatutos, se disponía que: "Los propietarios de todos y cada uno de los departamentos o entidades resultantes de la división horizontal de la casa, podrán, por si solos, realizar respecto de los mismos, agrupaciones, segregaciones, **agregación** y divisiones, sin necesidad de la autorización de la junta de condueños. Estas operaciones podrán ser horizontales o verticales y para su realización bastara el consentimiento de los titulares afectados quien por si solos designaran las cuotas que corresponda a cada uno, siempre y cuando su suma no exceda ni sea inferior a la primitiva, sin precisar tampoco del consentimiento de la comunidad de Propietarios"

Y que en contrato privado de compraventa se indicaba (cláusula 7ª) que se "autorizaba al comprador para realizar las obras necesarias para unir las entidades registrales adquiridas y las reformas interiores que considere convenientes, siendo de su exclusiva competencia el obtener las licencias y permisos necesarios.";

- que a éste se acompañaba un plano firmado también por la vendedora en el que aparecían señaladas las obras a realizar;

- que los elementos comunes pueden ser desafectados de ese destino y convertidos en privativos, lo que puede ocurrir, según STS 12-12-94, de dos maneras: bien "ab initio" cuando así se ha determinado en el título constitutivo, dando lugar lo que se conoce como "reserva de titularidad", o bien "a posteriori" en virtud de acuerdo adoptado unánimemente por todos los propietarios después de la creación del título constitutivo (art. 17 LPH),

Aun cuando esto no figurara en el contrato, que hacía caso omiso de la venta del pasillo y de la cesión por los adquirentes a la comunidad de dos trasteros para la construcción de un pasillo que sería común, en realidad esto fue lo que constituyó el objeto de la venta;

- El único límite a la autorización otorgada vendría si acaso determinado por el peligro en la estabilidad del edificio;

- en el caso de autos los demandados cambiaron dos de los trasteros de su propiedad en pasillo, lo que permite a los dueños de los trasteros restantes acceder cómodamente a ellos.

Sentando como conclusión que la desafectación fue consentida por ab initio por la propiedad al autorizar la unión de las entidades adquiridas por los demandados, afectación que al no constar que conllevará una alteración de la seguridad del edificio no puede obligar a los demandados a deshacer nada lo que han realizado.

Se alza contra ella la actora que alega en síntesis, en su extenso recurso

- falta autorización a los demandados tanto estatutaria como de la propietaria inicial única del inmueble, para apropiarse de superficies comunes o alterarlas.

Si la voluntad del propietario único era la de desafectar elementos o zonas comunes para convertirlas en privativas, debió esto constar claramente en la redacción de los Estatutos, lo que no ocurre. Es mas FINAF 92 S.L. ha expresado en el presente juicio cual fue su intención, no habiendo autorizado jamás a los demandados para que se apropien de zonas comunes, ni a que unan bienes comunes a las zonas adquiridas y exigiendo en todo momento que las obras que realizara el demandado contaran con los permisos y licencias correspondientes.

La jurisprudencia ha interpretado siempre estas autorizaciones, como excepciones a la regla general del consentimiento unánime, en sentido restrictivo, exigiendo además que sean claras, terminantes y precisas, como dice la SAP Oviedo de 8 octubre 1981.

- En lo que respecta a esta posibilidad de desafectación, se coincide con el juzgador en que la misma puede hacerse ab initio, en el título constitutivo o a posteriori, por acuerdo unánime de todos los copropietarios (art. 17).

La cláusula séptima del contrato privado debe ser interpretada en sus propios términos, de los que se deriva una autorización del comprador para que realice las obras necesarias para unir las unidades registrales adquiridas y las reformas interiores que considere conveniente, pero condicionada a la obtención de los permisos correspondientes, que en caso de autos debían necesariamente ser otorgados por la comunidad por afectar a elementos comunes.

- desde el inicio de las obras ha existido constante oposición por parte de la comunidad, primero por el vecino del 5º 2ª que las denuncia al Ayuntamiento y mas tarde de manera reiterada por la comunidad, como reflejan las actas de las juntas.

- El legal representante de la vendedora FINAF 92 declaró en juicio que nunca autorizó las obras que se proponía hacer el demandado, que en todo caso estaban condicionadas a la obtención de los correspondientes permisos y licencias como consta claramente en el documento privado de venta.

- el segundo motivo de apelación es la incorrecta aplicación de los artículos 3,5, 7, 9, 12 y 17.1 LPH reformada por Ley 8/1999 porque nunca hubo autorización ninguna por FINAF 92 para que los demandados se apropiaran de superficies pertenecientes a la comunidad y abrieran huecos en fachadas posteriores y anterior del edificio, ni alteraran las paredes divisorias.

2.- La sentencia de instancia viene a responder al siguiente esquema:

a) "El régimen de comunidad horizontal queda constituido, entre otros supuestos, desde el momento mismo en los pisos o locales de un edificio, susceptibles de aprovechamiento independiente, pasan a pertenecer por cualquier título a personas distintas (SSTS 10-2-71, 25-5-84);

b) "La de autos por tanto se constituyó mediante la escritura de 25-2-98, inscrita en el registro el 15-4-98";

c) De acuerdo con el título constitutivo y por la autorización que en el mismo figura, lo que ha hecho el demandado era lícito "siempre que ello no afecte a otros elementos comunes mas allá de los imprescindibles para tal agrupación";

d) Después hace una serie de consideraciones sobre lo que deba entenderse por elementos comunes y habla de la posible "desafectación" de éstos, si bien recalando que ello exige unanimidad, reconociendo sin embargo que en el caso de autos "no consta que hubiere acuerdo de la comunidad respecto de las obras realizadas, ya que desde la junta de 15-11-99 se planteo el problema en las Juntas de Propietarios";

e) Hace hincapié, además, en que FINAF, como reconoció su legal representante en el juicio, se encargó de realizar el pasillo que discurría por los trasteros 19 y 20 encomendado esta obra a FREMARPE;

f) Dice después que es ilógico pensar que los demandados adquirieran 16 trasteros solo para unirlos entre sí sin tocar el pasillo, razonando que una interpretación del contrato privado lleva a la conclusión de que lo vendido incluía el pasillo ocupado si bien con la condición de ceder dos trasteros como pasillo de acceso a los trasteros no adquiridos que pertenecían a otros dueños.

Existió, dice, autorización de FINAF para que los demandados pudieran hacer lo que han hecho, ya que la expresión "siendo de su exclusiva competencia el obtener las licencias y permisos necesarios", no puede tener otro alcance que el referido a las autorizaciones y licencias administrativas, ya que "los permisos civiles serían innecesarios en el momento en que se firmó el documento privado de compraventa. El único límite a esta autorización sería el de no poner en peligro la estructura del edificio";

g) Pero, recalca, el problema es que esto no se reflejó en el registro, lo que podría haberse hecho perfectamente, y ni tan siquiera se reflejó en la escritura publica que sustituyó al documento privado. Pero como las obras ya se habían iniciado cuando se otorgó la escritura la firma de ésta supone la aceptación de una realidad contraria a la contratada.

"Ello hace - se lee en la misma - que se estime que los demandados sí que actuaron con el consentimiento del único que debía dárselo cuando contrataron, quien si no reflejó ello en el registro, fue por una causa únicamente a él imputable, que no ha de afectar a los adquirentes y respecto a la que se deben ver afectados los restantes vecinos pues era una realidad perceptible que las obras se estaban realizando cuando adquirieron sus propiedades, hasta el punto de haber aceptado el uso del pasillo de acceso a los demás trasteros en situación actual".

h) y termina diciendo como lo realizado no afecta a la seguridad y estructura del edificio, según las periciales de autos, la demanda debe ser desestimada.

Prácticamente acepta la Sala la mayor parte de las afirmaciones del juzgador de instancia, salvo en dos extremos:

A) Cuando afirma que de acuerdo con el título constitutivo y por la autorización que en el mismo figura, así como la contenida en el documento privado y lo que resulta del plano firmado FINAF, única propietaria del resto del inmueble, lo realizado por el demandado era lícito.

B) y las afirmaciones del apartado que hemos llamado g) cuando después de reconocer que dichas autorizaciones no se habían reflejado en registro, sostiene que como las obras ya se habían iniciado cuando se otorgaron las escrituras de los demás propietarios, la firma de éstas supone para ellos la aceptación de una realidad contraria a la por ellos contratada.

"Ello hace - se lee en la misma - que se estime que los demandados sí que actuaron con el consentimiento del único que debía dárselo cuando contrataron, quien si no reflejó ello en el registro, fue por una causa únicamente a él imputable, que no ha de afectar a los adquirentes y respecto a la que se deben ver afectados los restantes vecinos pues era una realidad perceptible que las obras se estaban realizando cuando adquirieron sus propiedades, hasta el punto de haber aceptado el uso del pasillo de acceso a los demás trasteros en situación actual".

A) Respecto del primer extremo, porque resulta dudoso que del título constitutivo y de la autorización que figura en el documento privado, pueda deducirse que la propiedad autorizara en ningún momento a la demandada a apoderarse de ningún elemento común.

El título constitutivo solo autoriza a "realizar respecto de los mismos, agrupaciones, segregaciones, **agregación** y divisiones, sin necesidad de la autorización de la junta de condueños", lo que supone: 1) que solo pueden actuar "respecto de los mismos" es decir, de lo comprado; y 2) que para su realización bastará el consentimiento de los titulares afectados, es decir, precisará del consentimiento de la comunidad si afecta a un elemento comunitario.

Si la comunidad, en este caso, estaba representada por el promotor, precisaría de su consentimiento. Pero resulta que FINAF, según consta en el documento privado, solo se autoriza a unir entre sí las entidades registrales adquiridas, nada más y en su declaración en juicio sostuvo que ella solo autorizó lo que dice escuetamente el documento privado.

B) Si lo anterior pudiera entenderse superado desde el momento en que consta en las actuaciones un plano, firmado por FINAF, donde la obra realizada por los demandados - apropiación del pasillo comunitario y cesión de dos trasteros para facilitar el acceso a los trasteros no adquiridos - consta claramente reflejada, el punto neurálgico del debate se centra en los efectos de esta autorización respecto a los demás adquirentes de las viviendas y locales del inmueble que forman la comunidad actora.

Así lo reconoce la propia sentencia cuando dice: "el problema es que esto no se reflejó en el registro, lo que podría haberse hecho perfectamente, y ni tan siquiera se reflejó en la escritura publica que sustituyó al documento privado. Pero como las obras ya se habían

iniciado cuando se otorgó la escritura, el 28-10-98 su firma supone una aceptación de una realidad contraria a la por ellos contratada, pues ya estaban actuando en la forma fijada en el contrato privado"

Pero añade: "ello hace que se estime que los demandados sí que actuaron con el consentimiento del único que debía dárselo cuando contrataron, quien si no reflejó ello en el registro, fue por una causa únicamente a él imputable, que no ha de afectar a los adquirentes y respecto a la que se deben ver afectados los restantes vecinos pues era una realidad perceptible que las obras se estaban realizando cuando adquirieron sus propiedades, hasta el punto de haber aceptado el uso del pasillo de acceso a los demás trasteros en situación actual".

En otras palabras, mediante las palabras destacada obliga a los restantes propietarios a aceptar una realidad extrarregistral siendo así que ellos compraron de acuerdo con lo que figura en el registro, en el que el pasillo aparecía como elemento común. Y este es el motivo principal en que discrepa la Sala, por cuanto si una persona adquiere un piso en un inmueble es cierto que por los ruidos y demás conoce que se están haciendo obras en otro de los pisos, pero en absoluto basa esto para deducir que sepa que estas afectan a elementos comunes, y menos aun que ello implique aceptación de un hecho contrario a lo que dice el registro, en cuya realidad han confiado.

Por otro lado, consta en autos que siempre hubo oposición por parte de los propietarios cuanto advirtieron las obras, y del simple hecho de que dos de ellos, propietarios de dos trasteros, utilizaran el nuevo acceso facilitado por los demandados para acceder a los suyos en modo alguno sirve para deducir que la comunidad consiente lo que se está haciendo.

El TS en la sentencia de 27 de mayo de 1993 EDJ 1993/5022 , contempla un supuesto análogo: una comunidad contra el promotor y los demandados que habían alterado elementos comunes sin que ello se reflejara en el registro, pidiendo que las cosas volvieran a su primitivo estado.

La sentencia de instancia había desestimado las pretensiones de la comunidad, y la Audiencia de Oviedo en apelación, la había revocado con el siguiente razonamiento:

"Si bien cuando no existe alteración en el estado que tenía la edificación al tiempo de verificarse la enajenación de los locales y viviendas, sino que se mantiene un estado de hecho establecido originariamente, sin perjuicio alguno para el adecuado uso y disfrute, no solo de los pisos, sino incluso de las restantes participaciones indivisas, según lo previsto al tiempo de la construcción por los promotores, contratistas y constructores, no se produce una alteración incontestada de los estatutos ni una violación legal, puesto que simplemente persiste una situación de hecho validamente establecida"

Pues bien el TS dice:

"Hemos de salir al paso de la doctrina que sienta la Audiencia Provincial, porque, aunque fuera cierto que las obras se ejecutan antes de la venta de los pisos, no lo es menos que éstos se adquieren en un edificio sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal con la estructura, configuración y distribución que en el registro constan, sin que aparezca acreditado que los compradores conocieran y prestaran su asentimiento al cambio de elementos comunes, aunque éste se hubiera producido antes, supuesto en el cual los propietarios del edificio tenían que haber trasladado la modificación o alteración al Registro, cosa que podían hacer precisamente por ser los únicos propietarios, pero al no actuar así, vendieron lo que en el Registro constaba respecto a los elementos comunes, sin modificación alguna; y si los compradores conocían las alteraciones introducidas y estaban conformes con ellas, debió expresarse tal conformidad en todas y cada una de las escrituras de venta, extremo que no puede presumirse, como hace la Audiencia, por el peligro e inseguridad jurídica que introduce, al infringir el principio de exactitud registral."

Y añade

"Ciertamente que esta presunción tiene carácter de "iuris tantum", pero su destrucción, la prueba en su contra, al igual que la acreditación del consentimiento de los adquirentes, enfrentada a sus manifestaciones y a su actuar, correspondía a los vendedores propietarios iniciales del edificio, no al órgano jurisdiccional por mera presunciones gratuitas, que además se basan

en gran parte en el reconocimiento judicial llevado a cabo, no por el Tribunal colegiado, sino por el Juez de Primera Instancia que fallo en sentido contrario a como lo hizo aquel. En definitiva, ni la doctrina mantenida por la Audiencia es defendible, ni cabe invertir, como hacer la carga probatoria, ni pueden establecerse presunciones como las que realiza para mantener sus peligrosa tesis"

Estas palabras, tan claras y tajantes, no precisan de comentario alguno, sirviendo en todo caso para estimar en parte el recurso de la comunidad.

Y decimos en parte, porque además de lo referente al pasillo, elemento común, en la demanda se pedían también otros extremos - creación de una escalera de unión entre dos plantas, modificación de huecos en fachadas y paredes de carga para acceder a terrazas y en patios para ventilación, así como sobrecarga en el alero que cubre las galerías de la fachada posterior (también elemento común) - que han de desestimarse por cuanto el título constitutivo y la escritura de compra los autorizaba y su realización para nada afecta a la estructura y seguridad del edificio.

Procede por todo lo anterior, estimando en parte el recurso revocar la sentencia de instancia y dictar en su lugar otra que responda a las anteriores consideraciones.

Estimada solo en parte la demanda, no procede hacer condena en las costas de la instancia (art. 394 LEC)

Estimado también en parte el recurso tampoco procede hacer pronunciamiento en las de esta alzada (art. 398 LEC)

FALLO

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de la DIRECCION000, con REVOCACIÓN de la sentencia dictada en fecha 27 de octubre del 2003 por el Juzgado de Primera Instancia numero 44 de Barcelona, en los autos de que el presente rollo dimana, debemos declarar y declaramos la ilegalidad de las obras realizadas por los demandados D. Juan María Y D^a Araceli, consistentes en la apropiación de los pasillos comunitarios existentes en los traseros adquiridos por los mismos, y los condenamos a realizar las obras necesarias para reponer este elemento común en su primitivo estado, desestimando el resto de las pretensiones del suplico de la demanda, todo ello sin hacer condena en las costas de la primera instancia, y sin especial pronunciamiento en las de esta alzada.

Publicación.- En y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.