

ANÁLISIS DE LA SERVIDUMBRE FIJADA EN EL ART. 9.1.c) DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL; ELIMINACIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS EN ELEMENTOS COMUNES.

No ofrece duda alguna la cuestión controvertida que aquí se trae. Se “mezclan” dos figuras jurídicas –perfectamente definidas en nuestro ordenamiento jurídico- pero, que en la sustantividad legislativa de la propiedad horizontal, plantea, cuando menos, un serio conflicto entre intereses comunitarios y privativos dentro de una comunidad de propietarios. Se confrontan, de plano y abiertamente, dos formas de entender el Derecho: de un lado la corriente doctrinal que consagra como paradigma el derecho real ilimitado de propiedad; de otro, la que entiende y antepone el derecho social al material; esto es, la limitación del derecho de propiedad absoluto en diferentes cuestiones y, en todo caso, supeditado al interés general y/o social. Entre ambas posturas, como casi siempre, se apunta una corriente ecléctica que encamina su dialéctica por limitar el derecho de propiedad exclusivamente en determinados supuestos. A continuación, empezaremos el análisis del derecho real de servidumbre donde nace y se regula específicamente, para pasar posteriormente a estudiarla dentro del régimen jurídico de la propiedad horizontal y, finalmente, en lo que a eliminación de barreras arquitectónicas se refiere.

La Servidumbre en el Código Civil se regula en el Título VII, Arts. 530 y ss.

Artículo 549. *Las servidumbres impuestas por la ley tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares.*

Servidumbre es, etimológicamente, la acción de servir a alguien o algo para un concreto fin. Es, pues, un silogismo condicional y entimemático. Han de darse todas las premisas para su verdadera existencia; si alguna no se da: no hay servidumbre.

Concepto jurídico y sistematización clásica:

Derecho en predio ajeno que limita el dominio en éste y que está constituido en favor de las necesidades de otra finca perteneciente a distinto propietario, o de quien no es dueño de la gravada.

~ aparente.

1. f. *Der.* La que muestra su existencia por un signo externo.

~ continua.

1. f. *Der.* La que para ejercitarse siempre no requiere acto del hombre.

~ de abrevadero.

1. f. *Der.* La que grava un predio adonde los ganados de otro van a beber.

~ de acueducto.

1. f. *Der.* La que grava un predio por donde pasa una conducción de aguas.

~ de luces.

1. f. *Der.* Aquella que limita la construcción o altura de un edificio para dejar libre paso de la luz a otra finca inmediata, sin permitir la vista desde esta.

~ de paso.

1. f. *Der.* La que da derecho a atravesar una finca ajena en beneficio de otra propia.

~ de vistas.

1. f. *Der.* La que da al predio dominante el derecho de tener ventanas u otros huecos en su casa, desde donde pueda mirar al predio sirviente, con la consiguiente obligación de este de no impedirlo con nuevas construcciones o plantaciones.

~ discontinua.

1. f. *Der.* La que se usa con intervalos y requiere actos del hombre.

~ forzosa.

1. f. *Der.* Aquella al otorgamiento de la cual puede ser legítimamente compelido el dueño del predio sirviente.

~ legal.

1. f. *Der.* La que por ministerio de la ley grava los inmuebles, sin expreso otorgamiento de título para constituirla.

~ **negativa.**

1. f. *Der.* La que prohíbe ejercitar derechos al dueño del predio sirviente.

~ **positiva.**

1. f. *Der.* La que impone al dueño del predio sirviente ejecutar actos o permitir los del dueño del predio dominante.

~ **pública.**

1. f. *Der.* La que está constituida para el uso general o de indeterminada colectividad de personas.

Quizás, el nudo gordiano esté más en lo teleológico que en la institución de la servidumbre; en otras palabras, averiguar si es un servicio general (cual puede ser aguas fecales o pluviales) o una mejora no necesaria. Hete aquí el *quid* de la cuestión; pues ambas pueden ser permanentes en el tiempo y ambas gravan la propiedad privada *sine die*. Lo que parece ofrecer más que dudas es comparar estos servicios básicos de saneamiento y sus inherentes servidumbres a la impuesta *ex novo*, por ejemplo, al instalar un ascensor que ocupe parte de un espacio privativo. El artículo 551 del Código Civil permite constituir servidumbres por causa de utilidad privada, cuando así lo dispongan las Leyes, que es lo que ocurre en estos supuestos.

Otro motivo que coadyuva a este enfrentamiento es, sin ambages, cuando se entiende que se hace “inservible” el local o vivienda objeto del predio sirviente. Cuestión ésta que no ayuda mucho a esclarecer jurídicamente la solución más beneficiosa y pacífica para los Juzgados y Tribunales, habida cuenta que el criterio es más que subjetivo en la mayoría de los casos. Piénsese que no se ha de tener en cuenta tan sólo los metros cuadrados a ocupar; sino también la utilidad funcional del habitáculo o espacio donde, obligatoriamente, irá destinado el nuevo servicio de ascensor. Es decir, si tuviéramos un local de más de 1.000 metros cuadrados y sólo necesitamos 2,5 para la colocación del aparato elevador, *prima facie* no deberíamos tener problemas en cuanto al espacio requerido para la constitución de la servidumbre; pero ¿qué ocurriría si estos 2,5 metros cuadrados están, precisamente, en una zona del local (o vivienda) que hace privar a éste o aquélla de toda funcionalidad? La respuesta parece devenir del sentido común: si la única ubicación del ascensor es la que priva de funcionalidad o hace inservible el predio sirviente (sin que haya otra alternativa) no se podrá constituir servidumbre alguna.

LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. Art. 9.1.c) *Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y **permitir en él 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.*

Servidumbre que le viene impuesta a la propiedad por imperio de la ley. Más adelante veremos distintas críticas que se le pueden hacer al Art. 17 del mismo cuerpo legal. Pero, en todo caso, no ofrece duda de que tal servidumbre está condicionada al citado Art. 17. Bien, así pues, aparenta no tener más inconveniente el asunto. Nada más lejos de la realidad. Es la propia Ley de Propiedad Horizontal la que –de forma enrevesada- complica esta “aparente” claridad. Veamos el articulado subsiguiente.

Art. 10.1. ***Será obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, **habitabilidad, accesibilidad** y seguridad.***

Este artículo se ve redimido a un “canto de sirenas” pues, como se aprecia en el desarrollo del mismo, poco de cierto tiene esta declaración de intenciones primigenia que, inmediatamente le salen “peros”.

Art. 10.2. *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.*

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación cuando la unidad familiar a la que pertenezca alguno de los propietarios, que forman parte de la comunidad, tenga ingresos anuales inferiores a 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), excepto en el caso de que las subvenciones o ayudas públicas a las que esa unidad familiar pueda tener acceso impidan que el coste anual repercutido de las obras que le afecten, privativas o en los elementos comunes, supere el treinta y tres por ciento de sus ingresos anuales.

Se limita este artículo a elementos comunes (nunca privativos) y cuyo importe no supere tres mensualidades. Se aprecia que el derecho a la propiedad privada queda inmune, y el comunal a que no supere una indeterminada cantidad. Ésta variará según el presupuesto de gastos de cada comunidad –criterio poco objetivo- que dará al traste con la mayoría de las obras, importantes, que suprimen barreras arquitectónicas. Tampoco es fácil cumplir los requisitos económicos introducidos por la nueva redacción dada a este artículo 10 por el art.15.1 de Ley 26/2011 de 1 agosto 2011.

Art. 10.3. *Los propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes dictadas por la autoridad competente responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa.*

Art. 10.4. En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar resolverá lo procedente la junta de propietarios. También podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la ley.

En la praxis, son los interesados (personas discapacitadas) los que tienen que encargar costosos informes para poder llevar a cabo las obras de accesibilidad que, si exceden de tres mensualidades, la mayoría de propietarios disidentes se negarán a abonar las obras; con el consiguiente desembolso por parte del necesitado que, en el mejor de los casos, podrá repetir contra la comunidad. De nuevo, claro está, gastándose más dinero en iniciar acciones judiciales.

Art. 10.5. 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.

Art. 11.3. 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 doce mensualidades ordinarias de gastos comunes.

El art.15.2 de Ley 26/2011 de 1 agosto 2011 modificó el número de mensualidades de tres a doce.

Otrora nos limita la cantidad o importe, ahora parece dar la esperanza de obligar a todos los comuneros al pago de la obra –aunque exceda de doce mensualidades– eso sí, condicionado a que el acuerdo esté válidamente adoptado. Este apartado

del artículo 11 es, claramente, inútil e inadecuado. Carece de cualquier lógica jurídica ¿se entiende la ejecución de un acuerdo que no esté válidamente adoptado? Es notorio que no. ¿Qué busca el legislador? La respuesta nos la da el siguiente apartado: la ambigüedad (recordemos que nada se dice aún de elementos privativos)

Art. 11.4. Las innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario requerirán, en todo caso, el consentimiento expreso de éste.

Si difícil estaba la glosa de lo *ut supra* comentado, imposible de aunar criterios con este último apartado. ¿Cómo se interpreta “*alguna parte del edificio*”? Habría que dedicar un estudio monográfico a este menester. Tan sólo cabe decir que de una interpretación restrictiva –la más perjudicial para la persona con discapacidad- del 11.4, se necesitaría el consentimiento expreso de la propiedad que se considere mermada en su uso no sólo del elemento privativo; sino también, por ejemplo, de aquel que usa un patio común de uso privativo. Tal le prive de una parte (habría que delimitar que se considera parte, o, hasta donde se puede entender que no es parte significativa) del uso de un elemento común su consentimiento será “capital” para, no ya constituir una servidumbre; sino una simple actuación menor. Esperemos que esta tesis no tenga acogida entre nuestros Tribunales.

Art. 17.1ª, párrafo 3º. 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.

Finalmente, tras tantos titubeos, el Art. 17 parece arrojar una luz para poder acometer las obras necesarias, así como establecer servidumbres que tengan como fin la eliminación de barreras arquitectónicas; puesto que el Art. 9.1.c) se remite a él tanto en elementos comunes como privativos. Si bien la primera aseveración es el criterio general, la segunda –privativos- no es bien acogida por los defensores de la propiedad privada sin límites dentro de la Propiedad Horizontal.

Tras la evolución histórica en la que los votos necesarios para la eliminación de las barreras arquitectónicas ha ido reduciendo el quórum necesario de la originaria unanimidad, pasando por los 3/5 de los votos a favor de la reforma de 1990, hasta que la de 1.999 estableció la mayoría de los votos de los propietarios. Hemos de tener en cuenta que la servidumbre, como tal, puede constituirse en elemento privativo (se ocupa parte de una vivienda o local) o en elemento común (se ocupa espacio procomunal). Nos centraremos sólo en la primera ocupación, pues si el espacio a ocupar lo es en elemento común la doctrina es pacífica en su interpretación. Especificando que: la aceptación por la Junta de propietarios de la obra de supresión de barreras arquitectónicas, lo es también de la servidumbre inherente. Incluso llega aún más lejos: en caso de

distribuir el pago de, por ejemplo, el coste del ascensor, unánimemente se está considerando por nuestras Audiencias Provinciales que la misma mayoría necesaria para acordar la supresión de barreras lo es para modificar –en su caso– la distribución de este concreto gasto.

La reforma reciente de la LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL ha establecido en el art. 17.1, párrafo 3

“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”.

Esta reducción del *quórum* supone mejora pero no solución. Exposición de Motivos de la reforma de 1999:

“ Se considera así hoy en día que la regla de la unanimidad es en exceso rigurosa, en cuanto obstaculiza la realización de determinadas actuaciones que son convenientes para la comunidad de propietarios e incluso, por razones medioambientales o de otra índole, para el resto de la colectividad. Se ha considerado así conveniente flexibilizar el régimen de mayorías para el establecimiento de determinados servicios (porterías, ascensores, supresión de

barreras arquitectónicas que dificulten la movilidad de personas con minusvalía, servicios de telecomunicación, aprovechamiento de energía solar, etc)”.

Necesidad de consentimiento. Cuando la comunidad niega el permiso para las obras se abre, en ese instante, todo un frente de controversias jurídicas que van: desde la legitimación que pueda tener un órgano de esta índole para prohibir tales obras; hasta la relevancia constitucional de los derechos que se limitan. La polémica de este acuerdo queda resuelta desde el punto de vista de la Ley de Propiedad Horizontal, pues, una vez se cumpla el *quórum* necesario para aprobar las obras, el acuerdo es legal.

Dejando para el próximo apartado la dudosa constitucionalidad de ese "derecho a negarse" por parte de los propietarios, nos centraremos ahora en si su uso, establecido legalmente, estaría dentro de la figura del abuso de derecho. La profesora doña BEATRIZ ALONSO SÁNCHEZ, al valorar las posibles actitudes de la comunidad de propietarios en las Juntas a la hora de aprobar acuerdo, dice:

"...en definitiva, para valorar en éstos como en otros supuestos de hecho una determinada actitud o conducta bajo la doctrina del abuso del derecho, hay que examinar detenidamente, como claramente lo expresa la Sentencia de 9-6-1975, cuál es el interés sin derecho que en estas situaciones jurídicas se enfrenta al derecho normalmente sin interés o con interés más débil que aquél para, de este modo, comprobar si el ejercicio del derecho en cuestión supone una extralimitación o una arbitrariedad legal no aparecer justificado en cuanto a la

utilidad que persigue o al ir encaminado a una finalidad diversa para la cual ha sido ordenado."

Centrándonos en la controversia objeto de este estudio, parece posible que, a la luz de la doctrina analizada, la negativa de la comunidad de propietarios a suprimir las barreras siempre que sea física y técnicamente realizable, puede entrar dentro de la figura del abuso del derecho, aunque, obviamente, habrá que estar a cada caso concreto. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 19-11-1991 establece:

"...de suerte que si la regla es la necesidad de esa mayoría para que se puedan realizar las precisas alteraciones en los elementos comunes, la denegación o la no autorización de los mismos por más de dos quintas partes de los comuneros imposibilita la eliminación de las barreras arquitectónicas salvo que una evidente falta de justificación de esa oposición o negativa por los demás evidencie comportamiento abusivo, en el ejercicio de un derecho actuado sin el fin de proteger unos intereses verdaderos y con el propósito único de perjudicar al minusválido."

En este sentido, también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21-06-1992 (Arz. Civil 1127/1992) establece:

"SEXTO.- En definitiva, la conducta de la comunidad, exponente de una abusiva interpretación de las facultades de los propietarios que la constituyen y no de una razonable oposición a la invasión o menoscabo de sus derechos, no

puede prevalecer frente a la protección que la Constitución otorga a los minusválidos..."

Nuestro código civil en su Art. 3 dispone:

1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.

En otras palabras, que las normas se aplicarán al tiempo y momento social que al que coetáneamente subsisten. Justamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha encargado de dar a este principio jurídico la máxima aplicación; esto es, "ha quitado" imperatividad y rigidez a la norma. Famosas sus sentencias donde se enerva la unanimidad en determinados supuestos. Igualmente, en el plano del consentimiento del propietario/a afectado/a, el mismo Tribunal ha antepuesto la necesidad social al susodicho consentimiento, v.gr.: Nuestro alto Tribuna así lo entiende incluso antes de la última reforma de la LPH

TS 5 Julio 1995: La doctrina de la Sala declara que no es necesaria la unanimidad de los propietarios en régimen de Propiedad Horizontal para la

instalación de un ascensor en el inmueble, ya que aunque el art. 16,1 LPH era aplicable al caso, esta norma debe ser interpretada de acuerdo con un criterio sociológico propio del momento en que tiene lugar

TS 22 Septiembre 1997 El TS rechaza dicha tesis, pues no tiene en cuenta que la instalación "ex novo" del elevador estaba asistida de plena justificación y se presenta como actuación necesaria, ya que el acuerdo tomado estuvo inspirado por la grave minusvalía que afectaba a uno de los ocupantes, aunque careciera de reflejo literal en el acta de la junta. La decisión del Tribunal de instancia se presenta, a juicio de la Sala, dotada de corrección legal, ya que aplicó el Art. 16,1 LPH, reformado por la Ley de 21 junio 1990, y la jurisprudencia más reciente, en función interpretativa de la norma con criterios sociológicos y adaptación a la realidad social. El carácter no sólo exigible de la innovación acordada, sino necesario y requerido para la habitabilidad y uso total del inmueble conduce a que el Art. 10,2 LPH que invoca el recurrente deba ceder ante el art. 9, tanto en su numeral 3ª como en el 5º.

Esta última consideración jurisprudencial, trae causa de una contradicción en nuestra norma. Como es sabido, las leyes necesitan reposo para conocer su eficacia. La que ahora nos ocupa lo tuvo, no obstante, se han realizado modificaciones en ésta –sobretudo en integración de personas con discapacidad y, por ende, en eliminación de barreras arquitectónicas- que no han sabido conjugar de forma definitiva y, por qué no, “valiente” lo que debe primar e imperar en estos casos. Motivo de esta ambivalencia es que coexistan, de forma

contradictoria, por un lado la protección a la propiedad privada (expresa autorización del propietario afectado); por otro, la socialización de las comunidades de propietarios (eliminación de barreras e imposición de servidumbres). De nuevo, será nuestro Alto Tribunal el que tendrá que tomar tan delicada decisión, de tal modo que sea referente para una próxima modificación legislativa. No obstante lo anterior, hemos de aclarar que no hay falta de legislación que establezca estos parámetros; sino falta de cumplimiento de las mismas, valga como modelo superlativo el **Art. 3.1 RD 24-07-89. Se pretende evitar que en la Comunidad exista el derecho de veto de los propietarios o un solo propietario para servicios específicos y de interés general, lo que supondría un freno para la modernización de las edificaciones antiguas que no disfrutaban de la instalación del ascensor. Y además la norma habrá que interpretarla siempre conforme a la realidad social del tiempo que haya de ser aplicada.**

Aquello/as juristas detractores de este tipo de servidumbres, no dudan en calificar de expropiación a esta ocupación y/o privación del espacio requerido para, p.ej. la instalación de un ascensor u otro mecanismo que “supere” y elimine la barrera arquitectónica. Bien, ante esta postura tan radical, hemos de mantenernos, cuando menos, en alerta. En ningún caso estamos ante una expropiación; ni en “cubierta” como algunos la llaman, ni expresa. No entraremos a valorar los aspectos de derecho administrativo y urbanístico que regulan la materia expropiatoria. Estudiaremos esta materia de forma civilista, abstrayéndonos de cualquier prejuicio.

No obstante lo anterior, como es sabido, es difícil interpretar una norma jurídica disolviéndola del resto de nuestro Ordenamiento Jurídico. Para ayudarnos a entender “*el espíritu de las leyes*” es necesario traer a colación la legislación sustantiva que aprovecha al colectivo de personas discapacitadas, por ejemplo:

LEY 15/1995, de 30 de mayo, SOBRE LÍMITES DEL DOMINIO SOBRE INMUEBLES PARA ELIMINAR BARRERAS ARQUITECTÓNICAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Exposición de motivos

El artículo 49 de la Constitución Española establece como uno de los principios que han de regir la política social y económica de los poderes públicos, el de llevar a cabo una política de integración de las personas con discapacidad amparándolas especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos. Entre estos derechos, el artículo 47 consagra el de disfrutar de una vivienda digna y adecuada. En consonancia con ambos preceptos constitucionales, **la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, se ocupa de la movilidad y de las barreras arquitectónicas.**

Dentro de este marco constitucional, y haciendo uso de la facultad que **el artículo 33 de la Constitución le concede de delimitar el contenido del derecho de propiedad, en atención a su función social, el legislador ha dado ya buena muestra de su decidida voluntad de facilitar la**

movilidad de las personas minusválidas mediante la progresiva eliminación de las barreras arquitectónicas. En esta línea cabe citar la Ley 3/1990, de 21 de junio, que modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, suavizando el régimen de adopción de acuerdos por las juntas de propietarios para la realización de obras de supresión de barreras arquitectónicas, y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que en su artículo 24 faculta a los arrendatarios con minusvalía a efectuar reformas en el interior de la vivienda para mejorar su habitabilidad.

La presente Ley pretende dar un paso más en este camino, ampliando el ámbito de la protección y estableciendo un procedimiento que tiene como objetivo, que el interesado y el propietario o la comunidad o mancomunidad de propietarios lleguen a un acuerdo sobre la forma de ejecución de las obras de adaptación.

Artículo 1

1. La presente Ley tiene por objeto, de acuerdo con la función social que ha de cumplir la propiedad, hacer efectivo a las personas minusválidas el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, de conformidad con los artículos 47 y 49 de la Constitución Española y, en consecuencia, con lo establecido en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.
2. **Las obras de adecuación de fincas urbanas ocupadas por personas minusválidas que impliquen reformas en su interior, si están destinadas a usos distintos del de la vivienda, o modificación de 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 que favorezcan su comunicación con el exterior, se realizarán de acuerdo con lo prevenido en la presente Ley.

Parece que “*el espíritu*” antes indicado es palmario: prevalece la eliminación de barreras arquitectónicas y se limita el derecho de propiedad (todo ello con argumento y base constitucional); como palmario es su incumplimiento. El paso del tiempo la han convertido en lo que la doctrina italiana llama “*Legges manifesto*”, leyes que el profesor MUÑOZ MACHADO caracteriza como proclamas políticas, incorporadas para satisfacer demandas electorales” *pero que no responden a una voluntad efectiva de hacer, ni a una evaluación seria de las necesidades, ni a una preparación eficiente de los medios precisos para atenderlas.*”

Para intentar dar un nuevo “impulso” a la integración social de las personas discapacitadas y, concretamente, a lo que este estudio se refiere, debemos detenernos en la **Ley 51/2003, de 2 de diciembre, para la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad**. Hemos de indicar que tampoco esta Ley ha venido a dar la solución definitiva que todos esperamos en tan importante cuestión. La modificación introducida por esta Ley, en la Ley de Propiedad Horizontal,

sencillamente, no aclara el contenido de la servidumbre contenida en esta última. Tan sólo “se queda” en establecer la obligatoriedad de la comunidad de propietarios –siempre que no supere tres mensualidades de cuotas comunitarias- a efectuar obras encaminadas a la eliminación de barreras arquitectónicas; pero ni aún así deja claro qué ocurre si para estas obras son necesarias la constitución de servidumbres o permiso de la propiedad. Otra vez, el legislador se “jacta” en la exposición de motivos de esta Ley de cumplir con ésta principios y mandatos constitucionales: *“La Constitución Española, en su artículo 14, reconoce la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. A su vez, el artículo 9.2 de la Ley Fundamental establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social, así como el artículo 10 de la Constitución, de los derechos y deberes fundamentales, que establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. En congruencia con estos preceptos la Carta Magna, en su artículo 49, refiriéndose a las personas con discapacidad, ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos”.*

Tras 33 años de vigencia, lamentamos tener que afirmar que aún siguen sin cumplirse de forma efectiva estos principios constitucionales.

A nuestro entender, en torno a la mayor o menor afección constitucional de los derechos de la persona discapacitada, gira el problema normativo para la supresión de barreras arquitectónicas. ¿Qué dice nuestra Constitución de 1978 sobre los discapacitados? El artículo 49 establece:

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”

De entre esos derechos encontramos la igualdad, libertad de residencia, de circulación, etc. Aquí radica el nudo gordiano de las relaciones de la/os discapacitada/os con los poderes públicos. Nuestras administraciones, desde las locales hasta la estatal, no perciben que el problema de la supresión de barreras arquitectónicas es directamente constitucional. La persona discapacitada que no puede suprimir barreras arquitectónicas en su edificio de vecinos está siendo cercenado en sus derechos fundamentales; el/a discapacitado/a que no goza de la accesibilidad adecuada para acudir a su trabajo, al cine o al hipermercado. O no puede pasear porque hay escalones insalvables en los parques, no hay vados en las calzadas o se encuentra con 50 cms. de ancho para pasar entre el quiosco de la esquina y la papelera, está siendo igualmente coartado en el ejercicio de sus derechos básicos.

El catedrático de Derecho Administrativo SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, en su Código de las Minusvalías (Editorial La Ley, 1989), dice:

“Ni que decir tiene que la minusvalía es una de esas condiciones o circunstancias personales que no pueden ser óbice para el ejercicio de la llamada igualdad formal, la cual se tutela jurisdiccionalmente, de manera reforzada, por el artículo 53, párrafo 2º, mediante el procedimiento ante los Tribunales ordinarios basado en los principios de preferencia y sumariedad (actualmente regulado por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección de los derechos y libertades fundamentales) y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.”

Es decir, habla de la minusvalía como una situación bajo protección directa de la Constitución por afectar a derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, y por poner sólo un ejemplo, se siguen concediendo multitud de licencias de apertura de establecimientos que cumplen con la normativa de incendios pero no con la de eliminación de barreras arquitectónicas

Existe ya un buen número de sentencias que han interpretado el problema de las barreras como atentatorio contra derechos fundamentales. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 20 de junio de 1990, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de junio de 1992 o las de los Juzgados de 1ª Instancia núm. 15 de Sevilla de 24 de mayo de 1994, o la del núm. 20 de 1 de abril de 1997, hablan de ataques al artículo 14 de la Carta Magna, es decir, al derecho de igualdad.

Por otro lado, tenemos una serie de referencias a derechos como el de una vivienda digna y adecuada (artículo 47) y el de la dignidad de las personas o el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10), que no pueden obviarse cuando se aborda el problema de las barreras arquitectónicas.

No obstante, no podemos olvidar una realidad de interpretación estrictamente técnico-jurídica: el artículo 49 está dentro del mandato programático de la Constitución del 78, es decir, de la parte de la Constitución que, por decirlo de una manera prosaica, no es directa e inmediatamente exigible a los poderes públicos. Todo el íter normativo posterior, ha venido consolidando la percepción de que esta eliminación de barreras no es algo tan consustancial al desarrollo personal de un sector de la población, como para considerarse una prioridad su total consecución. Esto es, la normativa sobre discapacidad se sigue abordando desde el punto de vista asistencial como desarrollo del genérico artículo 49, sin que los llamados derechos fundamentales parezcan ser aplicables al colectivo.

Ni el legislador, ni la administración ejecutante, ni muchos órganos judiciales abordan esta materia como derecho fundamental, sino que siguen considerando más aspectos emocionales y sensibles, que jurídicos y de derechos humanos: es un colectivo al que hay que ayudar, pero en modo alguno se trata de derechos esenciales que haya que garantizar.

Sería ocioso explicar, y más aún justificar hoy en día, el derecho que todos los ciudadanos tenemos a movernos en nuestro entorno, a ir al trabajo, pasear, desplazarnos al cine o hacer la compra diaria en el supermercado. Igualmente

sería innecesario explicar por qué todas las administraciones, en sus diferentes ámbitos, tienen que garantizarnos ese derecho, mediante carreteras, aceras, ascensores, escaleras, vados y caminos en estado practicable y suficientemente acondicionados para nuestro desplazamiento. Sin embargo, al trasladar dichos parámetros al discapacitado surgen dudas teóricas y justificaciones de su incumplimiento. Por un lado, su derecho a transitar va siendo logrado muy poco a poco, no ha sido concebido como un derecho natural otorgado por su simple condición de tales -derecho sencillo que sí disfrutamos los demás (los que no somos discapacitado/as)-, sino que mientras que se han universalizado otros derechos como la educación o la sanidad por considerarse, con enorme acierto, derechos inherentes a todas las personas, no ha tenido igual protección el derecho de una pequeña parte de ellas al movimiento libre garantizado, por lo que se considera un derecho graciable.

La jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales -la llamada jurisprudencia menor-, no es unánime en esta cuestión. Incluso se da, algo que es muy difícil de entender por aquellas personas legas en derecho, la paradoja de que en distintas salas de una misma Audiencia Provincial, se resuelve de distinta forma esta misma cuestión, según se imponga un criterio u otro. En estos últimos años, se observa un cambio significativo a favor de la constitución de la servidumbre –siempre que no haga inservible y/o funcional el predio sirviente- que tenga por objeto la eliminación de barreras arquitectónicas. Sin embargo, el Tribunal Supremo, parece menos dubitativo en esta cuestión a lo largo de estos años. Su postura ha sido la permanente vocación finalista de la integración social de las personas con discapacidad o minusvalías en las comunidades de

propietarios y, favorecer, la remoción de cualesquiera obstáculos que impidan esta integración; a *sensu contrario* “apuesta” decididamente por la eliminación de barreras arquitectónicas que faciliten el acceso a la vivienda de todo/as los ciudadano/as. Aun así, algunas de nuestras Audiencias Provinciales y Juzgados de Instancia siguen sin aceptar la línea jurisprudencial propuesta por el Alto Tribunal, de ahí, la necesidad de legislar de forma contundente sobre este tema tan controvertido.

¿Puede una comunidad de vecinos decidir sobre si un ciudadano puede o no acceder a una determinada vivienda?, ¿cuál es la naturaleza del derecho del vecino minusválido a pedir supresión de barreras arquitectónicas?, ¿estamos ante el ejercicio de Derechos Constitucionales?, ¿tendrían, por tanto, que autorizar forzosamente las obras el resto de los vecinos?

Desde la óptica del/a discapacitado/a se plantea el alcance que determinados Derechos Fundamentales recogidos en la Constitución pueden tener en este problema. El hecho de que acceder a la propia vivienda pueda ser limitado por la decisión de un grupo de propietarios, plantea la posibilidad de que el Derecho de Igualdad o las Libertades de Circulación y Residencia se proyecten sobre ese *quórum* que exige el artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal. Efectivamente, parecería poco admisible en el marco de nuestros Derechos Fundamentales que la Ley reseñada pudiera establecer requisitos al ejercicio y aplicación de derechos y libertades de la naturaleza de los aludidos

En primer lugar el artículo 14 de la Constitución proclama la **igualdad** de todos ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de cualquier circunstancia o condición personal. Es evidente que la minusvalía física de un individuo podría impedirle acceder a su vivienda en las mismas circunstancias que el resto de los vecinos si existen barreras arquitectónicas.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 20-6-1990 estableció con respecto al acuerdo de oposición:

"Es nulo por vulnerar el artículo 14 de la Constitución, que recoge el derecho fundamental de todo ciudadano a la igualdad y a no ser discriminado por cualquier circunstancia o condición personal. La Constitución, como es sabido, es directamente aplicable sin necesidad de desarrollo ordinario, en lo que respecta a este tipo de derechos. Pero además en el caso concreto de minusválidos, como hemos puesto de relieve de esta resolución, el legislador ordinario y el Ejecutivo han producido una serie de normas de concreción del derecho reconocido en el artículo 14 de la Constitución a las personas con deficiencias haciendo desaparecer, en lo que a construcción de edificios, calzadas, vías públicas, parques, jardines, etc. se refiere, toda barrera arquitectónica que suponga una imposibilidad o dificultad de integración de modo que tales bienes sean accesibles y utilizables también por estas personas con minusvalías físicas. Se trata en definitiva de desarrollar para estos supuestos la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la discriminación activa a favor de los ciudadanos que de hecho se encuentran en una situación de inferioridad relativa, como forma y camino de llegar al desideratum constitucional de la igualdad real de todos ante la

Ley. De modo que no se quiebra el derecho a la igualdad cuando partiendo de situaciones desiguales los poderes públicos promueven o exigen un trato desigual y favorecedor de quienes se hallan en niveles inferiores a la generalidad de los ciudadanos. Pero bien entendido que, con desarrollo o sin desarrollo normativo ordinario, el derecho del actor (o más concretamente de su esposa) es fundamental, radical e indiscutible, y sienta su raíz legitimadora directa e indirectamente en la Constitución y ha de ser respetado por los poderes públicos y los particulares (art. 9.1 de la Constitución), y también por una comunidad de vecinos."

El mismo criterio sigue la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21-06-1992 que argumenta, que el derecho de la actora, más exactamente, el de su hijo minusválido, *"es fundamental e indiscutible y encuentra su razón legitimadora directamente en la Constitución y como tal debe ser respetado y protegido por los poderes públicos y por los particulares (art. 9-1 de la CE) con lo que se cumple el fin perseguido por el mandato del artículo 14 cuyo cumplimiento exige un trato compensador cuando se parte de situaciones de desigualdad favoreciendo a quienes se hallan en inferioridad de condiciones respecto de la generalidad de los ciudadanos, como es el caso en que se encuentran los minusválidos."*

Por su parte la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Sevilla de 24-05-1994 sólo hace una escueta aunque contundente afirmación señalando:

"A una persona medianamente sensible, se le escapa de la comprensión un asunto de esta índole. ¿Cómo puede depender el acceso a la vivienda de un comunero, del criterio discrecional de otros?. ¿Cómo puede depender la libertad de movimientos de una persona de que los otros propietarios se lleven mejor o peor con aquella?"... "La cuestión es que se está vulnerando el artículo 14 de la Constitución que proclama la igualdad de todos ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de cualquier circunstancia o condición."

En segundo lugar, también podrían estar afectas las **Libertades de Residencia y Circulación recogidas en el artículo 19 de la Constitución**. El minusválido, si cabe, debería gozar de un plus de protección en este sentido ya que su situación física personal necesita de la remoción de todos los obstáculos posibles para su pleno desarrollo personal.

Cabe preguntarse, después de lo expuesto y como materia fundamental para calificar la servidumbre contenida en el Art. 9 de la LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL, ¿es inconstitucional el artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal? Pregunta que, a su vez, se hacen muchos autores. Podemos deducir que el Derecho a suprimir barreras arquitectónicas por parte del minusválido tiene naturaleza constitucional y es directamente exigible y aplicable. Por tanto, ¿puede someterse el ejercicio de tal Derecho a la autorización de unos vecinos? Siguiendo la teoría de la aplicación directa de Derechos Constitucionales, habrá que contestar que no, con lo que estamos afirmando la inconstitucionalidad del artículo.

Nos encontramos pues, ante la paradójica situación de que varios órganos judiciales ponen muy en duda la constitucionalidad de este artículo, pero no se han decidido a utilizar la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. Por otro lado, el Recurso de Amparo al Tribunal Constitucional es un remedio subsidiario previsto para el caso en que quienes deben de modo ordinario ofrecer la protección de los derechos e intereses legítimos -Los Jueces- (art. 24 de la Constitución) no la atiendan. En todos los casos citados, los minusválidos han acudido a la vía ordinaria, ésta les dio la razón, declaró nulo los acuerdos y autorizó las rampas, puso en duda la constitucionalidad del artículo 16.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, pero no la atacó, Por lo tanto, es palpable la imposibilidad del minusválido de acudir al Recurso de Amparo (por ver reconocidos sus derechos en la vía ordinaria) no permiten que el Tribunal Constitucional nos dé una respuesta acerca del interrogante planteado.

Se concluye el presente análisis afirmando lo siguiente: la servidumbre establecida en el Art. 9.1.c) es dominante sobre la propiedad privada, con la única condición de no hacer inservible la vivienda o local. Uniéndonos al criterio fijado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, quién a nuestro juicio, sienta un precedente que deberá servir como paradigma a las legítimas pretensiones de las personas discapacitadas que conviven en comunidades de propietarios, bien como copropietarios bien como residentes.

AP Huelva, sec. 2ª, S 9-2-2006, nº25/2006, rec.24/2006. Pte: Ruiz Yamuza, Florentino Gregorio

F.D. SEGUNDO.- De la propiedad privada y sus limitaciones en la Ley de Propiedad Horizontal. El derecho a la propiedad privada, reconocido en el art. 33 de la Constitución Española, ha venido experimentando a lo largo de la Historia un proceso de transformación y diversificación que ha tenido como resultado que su concepto no sea hoy día reconducible como figura jurídica exclusivamente al tipo extremo descrito en el art. 348 del Código Civil, habiéndose producido “...una extraordinaria diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en el existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos...” (Cfr. S.T.C. 37/1987, de 26 de marzo).

Al derecho a la propiedad privada, recuerda el Tribunal Constitucional en sentencia 204/04, de 18.11.04 , le es aplicable, desde luego una última garantía, un núcleo duro, en palabras de la doctrina alemana, de intangibilidad, que se encuentra en el necesario respeto a su contenido esencial, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 de la Constitución Española , que viene configurado por “...el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así...” Y poniendo el foco en el derecho de propiedad privada, continúa la calendarada resolución explicando que tal derecho “... se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o

intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes” (SSTC 37/1987, de 26 de marzo; 170/1989, de 19 de octubre; 89/1994, de 17 de marzo ; ATC 134/1995, de 9 de mayo).

En este contexto, la Ley de Propiedad Horizontal establece limitaciones y modula el dominio, dentro de un campo especialmente proclive a los contrapesos y cesiones en el uso privativo de elementos y partes de un todo que a su vez constituye un edificio común, ejemplo de ello son las previsiones contenidas en su art. 9.1, especialmente por lo que ahora nos atañe, en el apartado c) del mismo que impone a los propietarios la obligación de: “ Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el art. 17, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados. “

La Sala, en el plano teórico, estima que el gravamen cuya imposición se pretende en la demanda, resulta en principio comprendido dentro de los límites del art. 9.1.c) de la Ley de Propiedad Horizontal, no debiendo confundirse la ocupación de los aproximadamente dos metros cuadrados de superficie de la planta baja propiedad de la Casa Hermandad para la instalación de la caja de un ascensor

con una expropiación o enajenación forzosa de la propiedad privada, sino que, antes al contrario se trata de una servidumbre, en el puro sentido que define el art. 530 del Código Civil de gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, o más concretamente, como prevé el art. 531 de la misma Ley , establecido en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada.

Las servidumbres, aunque usualmente gravan al predio sirviente con la obligación de soportar un uso por parte de los titulares de otro predio o predios dominantes que no implica la ocupación de parte del predio sirviente por la instalación de modo permanente de elementos constructivos, pueden también presentar esta característica, que por lo tanto no puede considerarse como exótica o ajena a la institución jurídica. A título de ejemplo podemos señalar las servidumbres de estribo de presa o de acueducto (arts. 554, 557 y concordantes del Código Civil).

Por otra parte, tampoco pueden asimilarse las consecuencias de la ocupación pretendida por la actora con las que tendría una genuina enajenación forzosa, ya que la Casa Hermandad no ha de perder la propiedad sobre esos aproximadamente dos metros cuadrados (luego veremos que probablemente sean algunos más), sino únicamente la facultad de uso exclusivo previa la indemnización correspondiente. Del mismo modo, si el dominio fuese expropiado no podría el dueño del predio sirviente ejercer la facultad que le otorga el art. 545 del Código Civil para pedir, y obtener, si concurriesen las circunstancias contempladas en el precepto una variación del gravamen.

Y por último, los modos de extinguirse las servidumbres, art. 546 del Código Civil, perfectamente aplicables a la cesión de uso de los dos metros cuadrados que venimos estudiando, constituyen una regulación que no podría operar en ningún

caso si se trasladase el dominio.

En la Jurisprudencia de la Audiencia Provinciales podemos encontrar algunos ejemplos de cómo las distintas Secciones han enfrentado este problema (Cfr. por citar sólo alguna de las más recientes, en relación con supuestos muy parecidos al que estudiamos, es decir instalación de un ascensor que debe ocupar parte de un elemento privativo, las SS. A. P. Zaragoza, Secc. 5ª, de 18.05.05; Málaga, Secc. 5ª, de 29.04.05; Valencia, Secc. 8ª, de 27.04.05; Vizcaya, Secc. 3ª, de 30.03.05, Guipúzcoa, Secc. 2ª, de 15.03.05 ó Asturias, Secc. 6ª, de 07.02.05). Siendo las notas comunes que se reiteran en la mayoría de estas sentencias, aunque existe alguna discrepante por supuesto: **primero, que pueden ser en principio incluidas en el ámbito de las servidumbres que se deben soportar por el propietario este tipo de obras; segundo, que se ha de realizar un examen caso por caso, ponderando las necesidades a las que se pretende dar respuesta y el grado de afección para la propiedad; tercero, que ha de ser imposible otra solución alternativa que no implique la ocupación de elementos privativos y cuarto, que la afectación para el predio sirviente no puede llegar a tal extremo que un menoscabo tan relevante del aprovechamiento del espacio privativo que desnaturalice o vacíe de contenido o prive de utilidad dominical el derecho de propiedad comprometido.**

Una vez sentada la admisibilidad teórica de conceptualizar como servidumbre esta cesión de superficie, hemos de inquirir: ¿es preciso que se trate de obras estrictamente imprescindibles para la comunidad? Siguiendo el tenor literal del art.

9.1.c) de la Ley de Propiedad Horizontal, la compulsión a los propietarios para soportar servidumbres sobre sus pisos o locales no requiere un estado de necesidad, ni la imperiosa adopción de medidas para salvaguarda del edificio, ni otras situaciones más o menos extremas o de emergencia. Por el contrario, el presupuesto de hecho del precepto es más restringido, ciñéndose a aquellas servidumbres que se reputan "... imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el art. 17...." Acudiendo pues al artículo de referencia comprobamos que en su regla primera, párrafo segundo, configura como de servicio de interés general el establecimiento de un sistema de ascensor.

3/ ¿Tiene esta obligación carácter subsidiario o de última ratio? Efectivamente, la redacción de la Ley debe ser interpretada en tal sentido, ya que califica de imprescindibles las servidumbres que se han de tolerar según su art. 9.1.c)

Estando al supuesto concreto, considera la Sala que una vez que se adoptó válidamente el acuerdo de instalar un ascensor en la finca (lo cual ni siquiera se cuestiona por parte de la demandada) y siendo dicho acuerdo, por otra parte, razonable (ya que el edificio cuenta con cuatro plantas además del bajo y viven en él personas septuagenarias, con las limitaciones de movilidad propias de esa edad, así como portadores de marcapasos), nos encontramos en principio dentro del marco de operatividad del art. 9.1.c de la Ley de Propiedad Horizontal .