

INSTALACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE ASCENSORES EN EDIFICIOS EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL: ADOPCIÓN DEL ACUERDO Y ATRIBUCIÓN DEL GASTO

Carmen Fernández Santiago

Doctora en Derecho. Investigadora del Área de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN:

Problemática generada por la instalación *ex novo* o la sustitución de ascensores en edificios sometidos al régimen de Propiedad Horizontal. Adopción del acuerdo: especial tratamiento ante la existencia de personas con discapacidad o cuando se pretenda la eliminación de barreras arquitectónicas y mayorías requeridas en los supuestos ordinarios en que la obra no se justifique por la concurrencia de las anteriores circunstancias. Viabilidad técnica de la obra: posible afectación de elementos comunes o privativos. Atribución del gasto: la obligación de contribuir y el juego de las cláusulas de exoneración.

Palabras clave: propiedad horizontal; comunidad de propietarios; ascensor; discapacitados; supresión de barreras arquitectónicas; adopción de acuerdos; atribución del gasto; cláusulas de exoneración.

ABSTRACT:

Problematic generated by the *ex novo* installation or the substitution of elevators in buildings submissive the regime of Horizontal Property. Adoption in the agreement: special treatment by the existence of handdicappers or when one tries the elimination of architectonic barriers and majorities required in the ordinary assumptions in that the work is not justified by the concurrence of the previous circumstances. Technical viability of the work: possible affectation of common or privative elements. Attribution of the cost: the obligation to contribute and the game of the exoneration clauses.

Key words: Horizontal Property; community of proprietors; elevator; handicappers; suppression of architectonic barriers; adoption in agreements; attribution of the cost; exoneration clauses.

Instalación y sustitución de ascensores en edificios en régimen de propiedad horizontal: adopción del acuerdo y atribución del gasto

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN: ASCENSORES Y COMUNIDADES DE PROPIETARIOS. II.- ASCENSORES: SU CONSIDERACIÓN DE ELEMENTO COMÚN. III.- LA INSTALACIÓN DEL ASCENSOR Y PERSONAS CON MINUSVALÍAS FÍSICAS. a) Consideraciones generales. b) La ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad: el procedimiento previsto en la misma. c) 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 en la Ley de Propiedad Horizontal. d) Régimen jurídico aplicable: la relación actual entre la LPH. y la Ley 15/1995. 1.- *Introducción*. 2.- *La condición de minusválido: los beneficiarios de la especial protección para la eliminación de barreras arquitectónicas*. 3.- *La acreditación de la condición de minusválido*. 4.- *Régimen de adopción de acuerdos: mayoría exigible*. 5.- *En definitiva: aplicación del régimen más favorable*. IV.- LA INSTALACIÓN EX NOVO DE ASCENSOR: REQUISITOS GENERALES. a) Régimen de adopción del acuerdo cuando la instalación del ascensor no se justifica en la minusvalía de los propietarios. 1.- *Quórum necesario*. 2.- *Propietarios sobre los que habrá de realizarse el cómputo para contabilizar aquella mayoría cualificada*. b) Viabilidad técnica de la instalación: posible afectación de elementos comunes o privativos. 1.- *Elementos comunes*. 2.- *Elementos privativos*. c) ¿Quién ha de afrontar el pago de los gastos de instalación del ascensor? 1.- *Naturaleza de las obras*. 2.- *Distribución del gasto*. 3.- *Forma de contribución: las cláusulas de exoneración*. IV.- SUSTITUCIÓN DEL ASCENSOR.

I.- INTRODUCCIÓN: ASCENSORES Y COMUNIDADES DE PROPIETARIOS.

Antes de comenzar con el análisis jurídico de la cuestión propuesta, y para llegar a entender previamente el verdadero alcance de la misma, pensemos en una Comunidad de Propietarios que se propone, en un momento dado, instalar un ascensor en un edificio que no contaba inicialmente con este servicio, o cambiar el que ya existía, pensando en todo caso en mejorar la calidad de vida y la comodidad de los vecinos, ya sea de todos o sólo de parte de aquéllos que, por sus especiales circunstancias personales o por la concreta ubicación física de sus propiedades, vayan a hacer un especial uso de este servicio.

Es lógico pensar que el coste de aquella instalación o sustitución va a suponer para los copropietarios un gasto que superará en mucho la cuota de la mensualidad ordinaria, y por ello puede suceder que los interesados se encuentren con la oposición de algunos de los propietarios, que argumentando, por ejemplo, que no van a hacer uso del ascensor, se nieguen a admitir la obra o, en su caso, a contribuir al gasto originado por la misma.

Y es aquí donde comienzan los problemas que, dada la naturaleza cotidiana de la que este elemento goza en la actualidad¹, son ciertamente representativos y relevantes,

¹ Según datos de uno de los mayores fabricantes mundiales de ascensores, en nuestro país existían ya en el año 2001 más de 650.000 ascensores, y cada 72 horas los ascensores de todo el planeta transportan el equivalente a toda la población mundial -más de 6.000 millones de personas (Revista Consumer, septiembre-2003).

sobre todo si se atiende al número de controversias jurídicas que originan. Efectivamente, en la mayoría de los supuestos de denuncias y reclamaciones presentadas al respecto de la instalación de ascensores el principal objeto de discusión no lo representa tanto la instalación en sí como la forma en que habrá de afrontarse y ser asumida la financiación de la obra.

Así, tanto la necesaria instalación del servicio de ascensor, como la sustitución del ya existente, cuando su estado adolezca de un nivel de deterioro que así lo requiera, en aquellos edificios sometidos al régimen de la Propiedad Horizontal, constituyen en la actualidad una realidad social no exenta de cierta problemática jurídica, que si bien encuentra en parte solución en la normativa especial reguladora de aquella propiedad especial, cuenta sin embargo con otros aspectos respecto de los que la solución no está tan clara, por no venir contenida expresamente en la norma.

En relación con aquella cuestión cabría preguntarse, por ejemplo, cuál habrá de ser la mayoría necesaria para adoptar los anteriores acuerdos (en principio se trataría de una modificación de la descripción del inmueble que aparece en el título constitutivo, por lo que parece que habría de requerir la unanimidad; sin embargo, la LPH. ha suavizado esta exigencia), si el régimen de mayorías habrá de ser o no el mismo para la adopción del acuerdo de instalación y para aquellos otros en los que se plantea la distribución del gasto generado por la misma, si este gasto habrá de ser asumido por todos los copropietarios o si, por el contrario, va a obligar sólo a una parte de los mismos, si pueden los copropietarios establecer exenciones de pago para algunos de estos o en qué medida aquella instalación podría afectar a elementos privativos, y con qué consecuencias, ...

Especial atención habrá que prestar también a aquellos supuestos en los que la instalación del ascensor tenga como finalidad principal la eliminación de barreras arquitectónicas, ya sea por beneficiar especialmente la movilidad de aquellas personas que, viviendo en el edificio, tengan especiales dificultades para desplazarse, o por pretender en general adaptar las instalaciones para posibilitar su uso a cualquier persona discapacitada o con movilidad reducida, siendo necesario determinar cuál sea el régimen aplicable en estos casos.

Cuestiones como éstas se discuten a diario en nuestros Tribunales, y algunas de ellas no han encontrado en la doctrina jurisprudencial una respuesta unánime, sobre todo como consecuencia de las diferentes interpretaciones que pueden hacerse de la Ley de Propiedad Horizontal y, concretamente, de sus artículos 11 y 17, que no hacen más que agravar los problemas y contribuir a la controversia.

Así, por un lado, la Ley establece que la Comunidad no puede negarse a una reforma en aras de mejorar la habitabilidad del inmueble. Los interesados en instalar el ascensor esgrimen el artículo 17, según el cual el acuerdo adoptado con el voto favorable de las 3/5 partes de los copropietarios, que a su vez representen las 3/5 partes de las cuotas, "obliga a todos", y todos deben pagar la instalación. Por otra parte, los que se oponen a la instalación del ascensor, y que en la inmensa mayoría de los casos suelen coincidir con los propietarios de los bajos y de los pisos de la primera planta, apelan a la no necesidad de dicha instalación. Y aunque están dispuestos a soportarla por el acuerdo adoptado por las 3/5 partes de los copropietarios, consideran no obstante que, en función de lo previsto en el artículo 11 de la LPH., que señala que si la cuota de instalación excede del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes "el disidente no resultará obligado, ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja", no deben pagar.

Sobre cuál sea realmente el régimen aplicable en los diferentes supuestos que pueden plantearse trataremos de pronunciarnos en las páginas que siguen.

II.- ASCENSORES: SU CONSIDERACIÓN DE ELEMENTO COMÚN.

El artículo 396 del Código Civil, en redacción dada por la Disposición Adicional Única de la Ley 8/1999, de 6 de abril, incluye entre la enumeración de los elementos comunes, que define como todos los necesarios para el adecuado uso y disfrute del edificio, y junto a aquellos otros destinados a depósitos, contadores, telefonías u otros servicios o instalaciones comunes, los recintos destinados a ascensores, así como los ascensores propiamente dichos, que cita junto al resto de instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad,... Así, los ascensores, al igual que el resto de elementos comunes, aparecen definidos básicamente por su relación con los elementos privativos y, más en concreto, por la función que cumplen respecto de aquellos, prestando los elementos comunes, en general, y los ascensores, en particular un servicio que resulta de gran utilidad, cuando no indispensable, para el correcto y efectivo aprovechamiento de las propiedades individuales.

Podemos apreciar en primer lugar cómo, a pesar de que atribuye a ambos elementos idéntica configuración, el Código Civil distingue entre los recintos o espacios destinados a ascensor, por un lado, y, por otro, los ascensores propiamente dichos, con sus instalaciones correspondientes, siguiendo la línea de diferenciar el servicio común en sí de la porción de edificio que lo alberga². De ello se deriva la necesidad de distinguir entre el espacio físico efectivamente ocupado, o destinado a serlo, por el ascensor³, ya se encuentre este dentro del edificio o en el espacio circundante de titularidad de todos los propietarios⁴, y el ascensor, como elemento al servicio de la comunidad, y que habrá de comprender no sólo el aparato propiamente dicho, sino también toda la maquinaria e instalaciones necesarias para su correcto funcionamiento⁵.

La determinación de su consideración como elemento común o privativo deviene fundamental para la delimitación del concreto régimen jurídico que vaya a resultar aplicable, ya que la calificación jurídica de los diferentes espacios va a provocar que las facultades de los copropietarios, así como el sistema de adopción de acuerdos sobre los mismos, difieran de manera importante. No obstante, la calificación como elemento común de ambos resulta en la actualidad indiscutida, sobre todo

2 Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, C. Y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., en *La Ley de Propiedad Horizontal*, Ed. Aranzadi, 1999; pág. 261.

3 Al que LOSCERTALES FUENTES (en *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones. I Comentarios y Jurisprudencia*, SEPIN, 2000; pág. 371) define como “el foso y el hueco por donde está instalado y hace su recorrido el elevador, uno o varios, o el montacargas, desde abajo hasta el final”.

4 Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Ed. Aranzadi, 1999; pág. 797).

5 Considera LOSCERTALES FUENTES (en *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones. I Comentarios y Jurisprudencia*, cit.; pág. 37) que “Con esta denominación hay que incluir cualquier tipo de aparato elevador; por ejemplo, los montacargas. Y no sólo la cabina en sí misma, sino las instalaciones complementarias, de cables, maquinaria, etc., es decir, todo aquello que sirve para su correcto funcionamiento”.

Por su parte, FUENTES LOJO (en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal. Después de la Reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*, J.M. BOSCH EDITORES, Barcelona, 1992; pág. 1091), entiende en la misma línea que “En un sentido amplio, el término «ascensor» ha de comprender la cabina y el mecanismo, la caja y los locales que la instalación ocupe en el subsuelo, bajo el desván o sobre el techo”, y define a continuación, y en base a lo establecido en la reglamentación de 30 de junio de 1966, algunos elementos que considera especialmente relevantes en relación con esta materia, tales como el amortiguador, el bastidor, el camarín, el cuarto de máquinas o el foso, entre otros.

si se atiende a la especial finalidad de servicio al interés general de la comunidad a la que su instalación responde⁶.

Cuestión distinta será, como ya apuntábamos al inicio de este trabajo, aquella relativa a la determinación del concreto régimen jurídico aplicable a la realización de obras de instalación o sustitución del ascensor y resto de aspectos directamente relacionados con aquél, cuestiones de las que pasamos a ocuparnos a continuación.

III.- LA INSTALACIÓN DEL ASCENSOR Y PERSONAS CON MINUSVALÍAS FÍSICAS.

a) Consideraciones generales.

Especiales características presentan aquellos supuestos en los que la instalación del ascensor en el edificio tenga como finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o la movilidad de personas con minusvalías, pues en este caso aquella instalación habrá necesariamente de encuadrarse en el ámbito de la normativa especial destinada a la promoción de la accesibilidad y a la eliminación de barreras arquitectónicas respecto de estos colectivos sociales especialmente sensibles.

Y es que vigente en la actualidad una clara tendencia a conseguir que las ventajas del actual Estado del Bienestar alcancen, en la medida de lo posible, al mayor número de ciudadanos, la instalación de aparatos elevadores en aquellos edificios que, ya sea por su antigüedad o por otras circunstancias, no cuentan con este servicio, se magnifica cuando la instalación del referido servicio de ascensor se constituye como un medio idóneo para superar barreras arquitectónicas por parte de personas discapacitadas o con movilidad reducida⁷.

Por otra parte, la dotación del servicio de ascensor va a suponer, en todo caso, una obra de alteración de la cosa común.

Atendiendo a ambas circunstancias, cabe referirse a la evolución legislativa y jurisprudencial que respecto de esta cuestión se ha venido produciendo en los últimos tiempos.

Cabe incidir, en primer lugar, en el hecho de que nos encontramos ante un ámbito jurídico muy sensible, tendente a facilitar a las personas minusválidas, en general, y a cada una de ellas que en el supuesto concreto lo necesite, en particular, el efectivo ejercicio de su derecho a una vivienda digna. Constatada, por tanto, la existencia de barreras arquitectónicas en la Comunidad y de personas residentes en la misma con minusvalías y mayores de 70 años (personas que viven en la Comunidad que tienen avanzada edad o padecen enfermedades que reducen su movilidad) y que verán mejo-

⁶ Entiende FUENTES LOJO que, a pesar de ello la afirmación de su consideración como elemento común "no quiere decir que deba considerarse como esencialmente común, ya que es obvio que puede, de una parte, estar construido para servir de un modo exclusivo a una determinada parte del inmueble, y de otra, puede surgir como una innovación introducida por determinados propietarios, siquiera los demás contribuyendo a los gastos, puedan hacerlo común" (en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal. Después de la Reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*, cit; pág. 1092).

⁷ La barrera arquitectónica bien podría venir representada por la presencia de una escalera como medio único de entrada al edificio y, dentro de él, de acceso a cada una de sus dependencias, viniendo la instalación del ascensor a eliminar o suprimir aquella barrera, en tanto se crea una vía alternativa que favorece la adecuada movilidad dentro del inmueble y permite que las personas con movilidad reducida entren fácilmente al edificio, salgan sin impedimento de él y puedan desplazarse en su interior en condiciones más favorables (STS. de 13 de julio de 1994).

rada su calidad de vida con la instalación del ascensor, por verse mejorados el acceso y la movilidad en el edificio, se darán los presupuestos requeridos para la aplicación de las normas especialmente diseñadas para la regulación de este supuesto de hecho, disposiciones legalmente previstas con la finalidad de suprimir barreras que dificulten el acceso o la movilidad de aquellas personas.

Así, cuando la instalación del ascensor tenga como finalidad la supresión de barreras arquitectónicas, esta circunstancia va a provocar, como ponen de manifiesto las últimas reformas legislativas que se han producido en la materia, que se origine una importante modalización del régimen de adopción del acuerdo, o incluso que aquel acuerdo no sea necesario, como veremos a continuación.

La Constitución de 1978 reconoce a todos los españoles el derecho a una vivienda digna, condición que se erige en fundamento del orden político y social en todo Estado de Derecho. Por ello, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9 del referido texto constitucional, se impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones necesarias para conseguir que la libertad y la igualdad del individuo sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, lo que en relación con los discapacitados, y para que estos puedan disfrutar de los derechos que se otorgan a todos los ciudadanos, se traduce en el establecimiento de las condiciones necesarias y de las normas pertinentes para integrar a los disminuidos físicos, psíquicos o sensoriales, destacando especialmente de entre las normas encaminadas a lograr aquella integración social las relativas a la supresión de barreras arquitectónicas⁸.

Y de entre estas y por lo que a nosotros nos interesa, hemos de destacar aquellas promulgadas en materia de vivienda, por cuanto uno de los principales problemas con los que habitualmente se encuentran las personas discapacitadas, las personas mayores o aquellas que, por el motivo que fuese, tengan reducida su capacidad motriz, es el que representan las barreras arquitectónicas con las que se encuentran en los edificios en los que residen y que les impiden o dificultan el acceso tanto a sus viviendas como a otras partes del edificio. Interesa determinar el régimen jurídico aplicable cuando para la eliminación de aquellas barreras arquitectónicas, en edificios ya construidos⁹ y sometidos al régimen de la Propiedad Horizontal, se pretenda la instalación del servicio de ascensor.

En cuanto al marco normativo específico que regula los diferentes aspectos integradores del régimen jurídico al que habrán de someterse las obras encaminadas a la instalación del servicio de ascensor en una comunidad de propietarios para facilitar la accesibilidad de los colectivos referidos, cabría referirse de manera principal por un lado a la Ley de Propiedad Horizontal, con las diferentes modificaciones que respecto a este particular han ido introduciendo sucesivamente la Ley 3/1990, de 21 de junio, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, para facilitar la adopción de acuerdos que tengan por finalidad la adecuada habitabilidad de minusválidos en el edificio de su vivienda, la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y por otro lado a la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre

8 Como acertadamente señala TEJEDOR MUÑOZ, en "La eliminación de barreras arquitectónicas en las Comunidades de vecinos", *El Consultor Inmobiliario*, nº 14, 2001; pág. 17.

9 Prescindiremos deliberadamente de toda referencia a los edificios de nueva construcción por cuanto a este respecto existe en la actualidad normativa específica, tanto de ámbito estatal como autonómico, en las que se establecen las condiciones requeridas para que los nuevos edificios cumplan con las exigencias de la accesibilidad.

inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, a la que nos referiremos en primer lugar¹⁰.

b) La ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad: el procedimiento previsto en la misma.

Dentro del marco constitucional diseñado por el artículo 49 de nuestra Carta Magna¹¹, y haciendo uso de la facultad que el artículo 33 concede de delimitar el contenido del derecho de propiedad, en atención a su función social, la Ley 15/1995, y a tenor de su propia Exposición de Motivos, pretende dar un paso más en el camino de facilitar la movilidad de las personas minusválidas mediante la progresiva eliminación de las barreras arquitectónicas, ampliando su ámbito de 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.

Esta Ley viene a suponer la consagración de un régimen alternativo al previsto tradicionalmente por la Ley de Propiedad Horizontal para la realización de obras en elementos comunes, y en el que, como señala GALLEGO DOMÍNGUEZ¹², ni siquiera va a ser necesario el acuerdo, ni unánime ni mayoritario, de la Junta, “sino que se consagra un derecho de ciertos sujetos –minusválidos y mayores de 70 años- a su realización, cumpliendo ciertos requisitos, fijándose a su cargo los costes de la operación”, y pudiendo realizarse incluso las obras con la oposición de la Comunidad de Propietarios.

Según lo prescrito en la referida norma, se concede a las personas mayores de setenta años (lo que tiene que acreditarse con el certificado de nacimiento del Registro Civil) y a los menores que sean minusválidos con disminución permanente para andar, subir escaleras o salvar barreras arquitectónicas se precise o no el uso de prótesis o de silla de ruedas (lo que tiene que acreditarse con el certificado de la Administración competente), siempre que sean titulares de alguna de las viviendas o locales de la casa en calidad de propietarios, arrendatarios, subarrendatarios, usufructuarios o usuarios de los mismos, el derecho a imponer la realización de la obra correspondiente en un elemento común de la casa, siempre que la misma no afecte a la estructura o fábrica del edificio, que no menoscabe la resistencia de los materiales empleados en la construcción y que sea razonablemente compatible con sus características arquitectónicas e históricas (lo que tiene que acreditarse con un certificado de la Autoridad administrativa competente), pero el solicitante o solicitantes mayores de 70 años o menores minusválidos deben correr con todos los gastos que se origine por la instalación del ascensor, quedando la obra en beneficio de la Comunidad de Propietarios de la casa.

Y, para hacer efectivo su derecho, deberá el solicitante notificar por escrito, a la Comunidad de Propietarios de la casa, la necesidad de instalación del ascensor por causa de su edad avanzada o minusvalía (al que deberá acompañar las certificaciones acreditativas de la edad, la minusvalía, que la obra no afectará a la estructura o fábrica

10 Sobre la evolución normativa en materia de eliminación de barreras arquitectónicas, *vid.* TEJEDOR MUÑOZ, en “La eliminación de barreras arquitectónicas en las Comunidades de vecinos”, *cit.*; págs. 18 y ss., o también GALLEGO DOMÍNGUEZ, en “La supresión de las barreras arquitectónicas en edificios en régimen de propiedad horizontal”, *El Consultor Inmobiliario*, nº 15, 2001; págs. 6 y ss.

11 Que 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 españoles, y de entre los que destaca el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, consagrado en el artículo 47.

12 En “La supresión de las barreras arquitectónicas en edificios en régimen de propiedad horizontal”, *cit.*; pág. 12.

del edificio y el proyecto técnico detallado de la obra a realizar). En el plazo máximo de 60 días, la Comunidad de Propietarios de la casa debe comunicar por escrito, al solicitante, su consentimiento o su oposición razonada a la ejecución de la obra.

Si la Comunidad de Propietarios de la casa presta su consentimiento o nada comunica al solicitante o solicitantes en el reseñado plazo de los 60 días, pueden estos iniciar la ejecución de la obra a su costa. Y si la comunidad de propietarios de la casa comunica por escrito, dentro de los 60 días, su oposición, pueden los solicitantes acudir a los Tribunales de Justicia promoviendo un juicio verbal en el que deducirán la pretensión de ejecución a su costa de la obra de que se trate contra la Comunidad de Propietarios de la casa.

Respecto de la posible inclusión de las obras de instalación *ex novo* de un ascensor bajo el ámbito de aplicación que, desde el punto de vista objetivo, es propio de esta norma especial, cabría en principio pensar, debido a la entidad que estas obras habrán de comportar necesariamente en todo caso, que aquella no va a ser posible, por cuanto estas obras serían de tal magnitud que por lo general afectarían a la estructura o fábrica del edificio, lo que expresamente proscribía el apartado b) del artículo 3.1 de la Ley 15/1995¹³, lo que obligaría siempre para la instalación de este servicio y la realización de las obras que de manera necesaria aquella instalación lleva implícitas a recurrir al régimen previsto en la LPH, concretamente en los artículos 10, 11 y 17 de la misma, para la realización de obras o la instalación de nuevos servicios comunes, especialmente cuando tengan por finalidad la eliminación de barreras arquitectónicas¹⁴.

Sin embargo, la propia Ley, en su artículo 1º y en la descripción de lo que sea el objeto de la norma, contempla entre las obras de adecuación de fincas urbanas ocupadas por personas minusválidas que impliquen modificación de elementos comunes del edificio, y junto a escaleras, pasillos, portales y cualquier otro elemento arquitectónico, a aquellas obras necesarias para la instalación de dispositivos electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, en general, y se refiere también expresamente y de manera particular, a los ascensores.

No resulta, por tanto, de recibo mantener *a priori* la posibilidad contraria, sobre la base de defender que este tipo de instalaciones en todo caso supondrían afectar a la estructura o fábrica del edificio, pues, según lo que señalábamos en el párrafo anterior, tal interpretación resultaría contraria al propio espíritu de la norma. Cabe abogar, eso sí, por la necesidad de estar al caso concreto y, atendiendo a las particularidades de cada uno, pronunciarse al respecto, debiendo de mantenerse una postura favorable a una interpretación amplia de la norma, teniendo en cuenta la finalidad que la misma persigue respecto de un colectivo social especialmente desfavorecido, como es el representado por las personas discapacitadas y los ancianos¹⁵.

13 Según el referido precepto, y entre los requisitos que habrán de concurrir para que los titulares y usuarios a que se refiere el artículo 2 de la propia norma tengan derecho a promover y llevar a cabo las obras de adecuación de la finca urbana y de los accesos a la misma desde la vía pública, se contempla el siguiente:

“b) Ser necesarias las obras de reforma en el interior de la finca urbana o en los pasos de comunicación con la vía pública para salvar barreras arquitectónicas, de modo que se permita su adecuado y fácil uso por minusválidos, siempre que las obras no afecten a la estructura o fábrica del edificio, que no menoscaben la resistencia de los materiales empleados en la construcción y que sean razonablemente compatibles con las características arquitectónicas e históricas del edificio”.

14 Régimen en cuyo análisis nos vamos a detener a continuación, por lo que conscientemente obviamos en este instante una mayor referencia al mismo.

15 A favor de esta interpretación amplia del objeto de la norma se pronuncia también GALLEGO DOMÍNGUEZ (en “La supresión de las barreras arquitectónicas en edificios en régimen de propiedad horizontal”, cit.; pág. 17), que entiende que aquel habrá de comprender “tanto la realización de obras –ej. Supresión de escaleras y sustitución por rampas–, como el establecimiento de servicios –ej. servicio de ascensor, renovación de ascensor que no permite el uso por silla de minusválido, etc.–”.

Y así parece que ha venido entendiéndolo también la jurisprudencia de nuestros Tribunales, que califica el establecimiento de un ascensor en un edificio como una evidente supresión de barreras en cuanto favorece la movilidad y el acceso a todas las plantas del inmueble¹⁶. E incluso aún cuando no lo hace expresamente, asume en sus fallos de manera implícita la posibilidad de que entre las obras a que se refiere el comentado texto legal se incluyan las referentes a la instalación de ascensores, y que cuando no accede a la demanda en la que se pretende aquella instalación lo hace en base no a esta cuestión, sino por otras razones diferentes, como la falta de comunicación a la Comunidad de la intención de realizar las obras, la no asunción de los gastos por parte del solicitante de las mismas o la falta de presentación del correspondiente proyecto técnico de las obras¹⁷.

Además, cabría aún en todo caso, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Ley, la posibilidad de que fuese la propia Comunidad la que propusiese la instalación del ascensor como alternativa a otra solución solicitada, a las obras cuya ejecución pretendiese inicialmente el solicitante, alternativa respecto de la que éste habrá de comunicar en todo caso su conformidad o disconformidad antes de iniciar,

16 *Vid.* la SAP. de Madrid de 7 de abril de 2004 (AC. 2357, 2004), en la que el Tribunal entiende que cuando se trate de obras o instalación de nuevos servicios que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalías, tales obras comportan un bien para todos, "por lo que la interpretación de la norma debía ser efectuada con un criterio sociológico propio del momento en el que se aplica", refiriéndose además expresamente a aquellas obras relativas a la instalación de ascensores en edificios donde no los hubiera.

17 Así, por ejemplo, la SAP. de Madrid de 12 de abril de 2005 (Ar. 106385, 2005), en un supuesto en el que la Comunidad ya ha ofrecido a la demandante de manera reiterada la dotación del servicio de ascensor a la planta semisótano si es costeada la obra por los propietarios de las viviendas de esta planta, y aquella propuesta ha sido rechazada categóricamente.

O también la SAP. de Vizcaya de 5 de julio de 2005 (Ar. 240132, 2005), que contempla un asunto en el que la Comunidad de propietarios recurrente se alza frente a la sentencia de instancia afirmando que no se cumplen los requisitos legales para la instalación del ascensor, al haberse omitido por los actores durante todo el proceso la información solicitada por la Comunidad demandada para conocer cómo se realizaría la instalación del ascensor y en qué medida se iba a afectar al inmueble

Y aún sin oponerse en manera alguna a la instalación del ascensor al amparo de la normativa contenida en la Ley 15/1995 de 30 de mayo, sobre Límites del Dominio sobre Inmuebles para Eliminar Barreras Arquitectónicas a las Personas con Discapacidad, entiende el Tribunal que la Ley exige, en todo caso, y además de que corra el usuario con los costes de las obras, "el cumplimiento de unos trámites específicos estableciendo un procedimiento que, como en su Exposición de Motivos se indica, tiene por 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; de tal manera que en caso de desacuerdo una vez seguido este procedimiento es cuando podrá "... el titular o usuario de la finca urbana acudir en defensa de su derecho a la jurisdicción civil". (artículo 6.1).

En la regulación de este procedimiento entre titular o usuario y Comunidad la Ley impone al usuario unos requisitos formales (artículos 3 y 4), siendo necesario que junto con el escrito en que el titular, o en su caso el usuario, notifique al propietario o a la Comunidad la necesidad de ejecutar las obras de adecuación por causa de minusvalía se acompañe la certificación de haber cumplido 70 años o de la condición de minusválido, el proyecto técnico detallado de las obras a realizar y el acompañamiento de certificación relativa a la no afectación de tales obras a la estructura del inmueble, ni menoscabo a la resistencia de los materiales empleados en la construcción, amén de ser compatibles con las características arquitectónicas e históricas del edificio.

Y es aquí donde van a tener acogida las alegaciones de la parte recurrente puesto que no se ha acreditado en las actuaciones se hubiese presentado a la Comunidad de Propietarios en este trámite previo al proceso civil el "proyecto técnico detallado de las obras a realizar" específicamente requerido en el artículo 4 de la Ley, puesto que no puede tomarse como proyecto técnico de las mismas al plano o simple croquis que como documento nº 1 c se acompaña a la demanda, en que por demás ni consta ni se sabe, lo que tampoco se ha podido dilucidar en el proceso, el técnico que lo ha emitido si es que por tal ha sido emitido. En este plano solo se define gráficamente la ubicación del ascensor en planta. No hay una mínima definición de las características básicas del ascensor, de la estructura del hueco, acceso...y menos de las obras a realizar para su instalación".

en el caso de que no esté de acuerdo, el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales¹⁸.

Frente al procedimiento que acabamos de describir, existe aún una vía alternativa cuando la instalación del ascensor en una Comunidad de Propietarios sometida al régimen de la Propiedad Horizontal responda a una finalidad clara de eliminación de barreras arquitectónicas, que no es otra que la de pretender aquella instalación en base a las disposiciones que al respecto se contienen en la propia LPH. y sin necesidad de recurrir, por tanto, a la Ley especial y a las peculiares condiciones previstas en su articulado.

c) 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 en la Ley de Propiedad Horizontal.

Las normas que en materia de eliminación de barreras arquitectónicas se contienen en la LPH. han sufrido una importante evolución en los últimos años, transformándose de manera importante en este punto el régimen jurídico que inicialmente se contenía en la redacción inicial de la Ley 49/1960, con el objetivo de adaptarse a las nuevas exigencias sociales en materia de protección e integración de las personas discapacitadas.

En un primer momento, y bajo la vigencia del texto legal de 1960, en su redacción original, para la instalación *ex novo* de un ascensor en una Comunidad de propietarios no dotada inicialmente con este servicio, y en la medida en que tal instalación venía a suponer en todo caso una alteración de elementos comunes, requería en todo caso del acuerdo unánime de todos los copropietarios, y ello aún en el supuesto que aquella instalación se pretendiese para facilitar el acceso a personas con discapacidades motrices¹⁹. No existía en la Ley ninguna previsión especial para el caso de que las personas con discapacidad pudiesen hacer efectivos sus derechos en relación con la eliminación de barreras arquitectónicas que supusiesen la realización de obras en elementos comunes, por lo que alcanzar un acuerdo en este sentido resultaba en muchos casos más complicado de lo que sería deseable²⁰, ante la necesidad de acudir en todo caso al régimen general de adopción de acuerdos.

Con posterioridad y de manera sucesiva, tanto la propia Ley, en unos casos, como los Tribunales a través de sus resoluciones jurisdiccionales, en otros, han ido abriendo caminos tendentes a habilitar nuevas vías que hiciesen más fácil la adopción de este tipo de acuerdos, y permitiendo incluso la realización de estas obras de eliminación de barreras arquitectónicas en contra o, cuando menos, al margen, de la propia voluntad de la Comunidad de Propietarios, por entender que el régimen que resultaba

18 Lo que habrá de hacer necesariamente cuando pretenda el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 6, y así lo contempla expresamente su nº 1, según el cual “Comunicada en el tiempo y forma señalados la oposición a la ejecución de las obras de adecuación, o no aceptadas las soluciones alternativas propuestas, el titular o usuario de la finca urbana podrá acudir en defensa de su derecho a la jurisdicción civil”.

19 Concretamente, y siguiendo el modelo que el artículo 397 del Cc. establecía para las comunidades ordinarias, originariamente la Ley de 1960 imponía la regla de la unanimidad para aquellas reformas o modificaciones, cualesquiera que fuesen, que afectasen a las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos. A su vez, el artículo 11 del referido texto legal entendía que afectaba al título constitutivo cualquier alteración en las cosas comunes, por lo que todo acuerdo en este sentido habría de someterse al régimen establecido al efecto.

20 Señala GALLEGO DOMÍNGUEZ (en “La supresión de las barreras arquitectónicas en edificios en régimen de propiedad horizontal”, cit.; pág. 7) cómo “Esta situación en la práctica generó situaciones verdaderamente dolorosas, que venían a acrecentar los padecimientos de sujetos con minusvalías afectantes a sus capacidades motrices, que veían cómo la negativa de uno sólo de sus vecinos impedía la realización de obras de adaptación en elementos comunes del edificio. Modificaciones que, por otra parte, redundarían en beneficio de la comunidad”.

de aplicación no se adecuaba convenientemente a las especiales necesidades que generaba este colectivo ni respondía a sus específicos intereses²¹.

Y si bien la creciente sensibilidad en este sentido era palpable, no será hasta la década de los 90 cuando se produzcan las primeras modificaciones normativas en este sentido.

Así, fue la Ley 3/1990, de 21 de junio, *de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal para facilitar la adopción de acuerdos que tengan por finalidad la adecuada habitabilidad de minusválidos en el edificio de su vivienda*, la primera que vino a poner de manifiesto normativamente aquella preocupación social emergente, sustituyendo de forma excepcional la regla de la unanimidad consagrada en el texto de 1960 y modificando el *quórum* necesario por el del voto favorable de las tres quintas partes del total de propietarios, que representen, a su vez, las tres quintas partes de la cuotas de participación (*ex art. 16.1*), cuando los acuerdos tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía²².

Algunos años más tarde, la promulgación de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal²³, supuso la que es hasta el momento la reforma más importante en la Ley de 1960 desde su promulgación, y entre las numerosas cuestiones que regula se ocupa también de la que ahora nos ocupa. Así, teniendo en cuenta que ya en su Exposición de Motivos proclamaba como uno de los principios que inspiraban la reforma el de la flexibilización en la adopción de acuerdos por la Junta de Propietarios, y si bien la unanimidad sigue siendo la norma general para la modificación de elementos comunes, el artículo 17, en redacción dada por la nueva norma, prevé (entre otras cuestiones) que sea ahora suficiente con el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que representen a su vez la mayoría de las cuotas de participación, para la adopción de acuerdos que supongan la eliminación de barreras arquitectónicas, y ello aún cuando aquellos impliquen la modificación del título constitutivo o de los estatutos.

Finalmente, constituye el último escalón en la evolución normativa de la LPH. en esta materia en aras a la flexibilización progresiva de las exigencias para la elimina-

21 Con una inefable intención de síntesis, señala la SAP. de Barcelona de 5 de diciembre de 2002 (*Ar. 57385*, 2003), refiriéndose a otros pronunciamientos anteriores del TS, cómo “esa misma jurisprudencia de nuestro más alto tribunal (SSTS 77/89 [RJ 1989, 5413], 13/7/94 [RJ 1994, 6435], 5/7/95 [RJ 1995, 5463]), en aplicación de la antigua legalidad ya prescindieron de la necesidad del acuerdo unánime donde en base a la avanzada edad de algunos copropietarios para los que el ascensor constituye un medio de supresión de obstáculos constructivos y en atención a razones sociológicas y de realidad social postuló la mayoría cualificada y no la unanimidad. Incluso esa línea jurisprudencial denunció como supuesto de abuso de derecho la obstinada cerrazón del propietario que sin justificación alguna mostraba una voluntad enderezada únicamente a impedir la unanimidad para conseguir que no se instalaran los aparatos elevadores a pesar de ser totalmente beneficiosos para la mayoría de convecinos y absolutamente imprescindibles para las personas con discapacidad”.

22 Señala GALLEGO DOMÍNGUEZ cómo, a su entender, y si bien esta norma supuso un avance con respecto a la situación normativa anterior, sin embargo tuvo poca significación práctica, por seguir haciendo depender la decisión de supresión de barreras del acuerdo de los comuneros, suponiendo un retroceso en relación a la práctica jurisprudencial que, en aras a la consecución de la justicia material, se había venido implantando hasta ese momento a través de diversas vías, tales como la *interpretación integradora* del art. 16.1 de la LPH conforme a criterios sociológicos y teleológicos, el recurso a la teoría del *abuso del derecho* del art. 7.1 del Cc. o la aplicación directa de la Constitución para fundamentar el derecho de un minusválido a la supresión de barreras arquitectónicas aún sin contar con la predisposición de la mayoría de los copropietarios del edificio (*vid.* “La supresión de las barreras arquitectónicas en edificios en régimen de propiedad horizontal”, *cit.*; págs. 8 y ss.).

23 Entremedias se promulgó la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, que, a diferencia de estas, introduce un régimen normativo propio, sin implicar reformas directas en el articulado de la LPH., y a cuyo contenido nos hemos referido ya expresamente.

ción de barreras arquitectónicas en los edificios sometidos al régimen de Propiedad Horizontal, la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que ya en su Exposición de Motivos señala cómo su Disposición Adicional Tercera modifica la Ley de Propiedad Horizontal *para obligar a la comunidad de propietarios a la realización de obras de accesibilidad en elementos comunes a favor de personas con discapacidad*, si bien *con el límite de que tales no excedan del importe de tres mensualidades*; resultando exigibles únicamente en caso contrario cuando hayan sido aprobadas con el acuerdo de la mayoría correspondiente válidamente adoptado, quedando entonces la Comunidad obligada en todo caso al pago de las mismas (*ex art. 11.3 de la LPH. según redacción dada por la Ley 51/2003*).

Así, la Comunidad, *ex art. 10.2* (según la nueva redacción dada por la Ley 51/2003) vendrá obligada a realizar, 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, las obras que sean necesarias para que el edificio reúna las debidas condiciones de accesibilidad²⁴, para un uso adecuado del mismo por aquellas personas, así como *la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior*, siempre y cuando en ambos casos no se exceda el importe total de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes. Cuando el importe de la obra o servicio exceda el señalado, se requerirá entonces del correspondiente acuerdo comunitario, adoptado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 17 de la LPH²⁵ y normas concordantes.

Se instaura, de este modo, una doble alternativa basada directamente en la LPH. para la instalación del ascensor comunitario (en él nos hace pensar necesariamente el nuevo art. 10.2 cuando se refiere a los dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezca la comunicación con el exterior) cuando la misma suponga la eliminación de barreras arquitectónicas, según exista o no acuerdo favorable de la Comunidad al respecto, resultando de aplicación el artículo 17.1.3 o el 10.2 de la referida norma, respectivamente.

d) Régimen jurídico aplicable: la relación actual entre la LPH. y la Ley 15/1995.

1.- Introducción.

En definitiva, y a tenor de las sucesivas reformas legislativas a las que venimos de hacer referencia en el apartado anterior, cuando el establecimiento del servicio de ascensor y la realización de las obras que su instalación conlleve se pretenda con la finalidad de suprimir barreras arquitectónicas, el acuerdo que haya de adoptarse al respecto no habrá de someterse al régimen de mayorías previsto en la regla del artículo 17.1º.2, sino al más favorable contenido en la norma 3 del nº 1º del men-

²⁴ Sobre qué habrá de comprender el concepto de *accesibilidad* y qué implica la obligación que la Ley 51/2003 atribuye a los comuneros en relación con el mantenimiento del edificio en las debidas condiciones de accesibilidad, así como su necesaria relación con lo que al respecto prescribe el artículo tercero de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, *vid.* MORETÓN SANZ, en "Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal", *RCDF.*, nº 687/2005; págs. 99 y ss.

²⁵ La Disposición Adicional Tercera de la Ley 51/2003 mantiene, en lo esencial, la redacción dada a este artículo 17 por la Ley 8/1999, limitándose a añadir un pequeño inciso en el que precisamente se hace referencia a los reformados artículos 10 y 11. En definitiva, el párrafo tercero de la norma 1ª del artículo 17 reza ahora de la siguiente manera: "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".

cionado precepto, sin perjuicio, en todo caso, de lo previsto al respecto en los artículos 10 y 11 de la LPH²⁶.

Pero a pesar de las modificaciones que la Ley 8/1999 y la Ley 51/2003 introducen en la LPH. en materia de eliminación de barreras arquitectónicas, ni una ni otra suponen en modo alguno la derogación del singular procedimiento establecido previamente en la Ley de 1995, sino que ambas normas resultan complementarias²⁷; sin embargo, las modificaciones introducidas por aquellas han venido a incidir de alguna manera, si bien con diferente intensidad, en la determinación del grado de utilidad que ésta habrá de tener en la práctica. Por ello, y en la medida en que existe de esta manera una duplicidad de normas que permitirán a la persona discapacitada articular su petición, con diferentes consecuencias jurídicas según cual sea la norma en la que aquella petición se ampare, habrá que determinar de qué manera debe articularse la compatibilidad entre los regímenes jurídicos contemplados por cada una de ellas para, de este modo, poder precisar cuál sea en la actualidad el régimen jurídico efectivamente aplicable o, cuando menos, aquel cuya aplicación resulte en cada caso más adecuado o conveniente.

En efecto, en el caso de la Ley 8/1999, poca incidencia tuvo la misma respecto de la vigencia práctica de la Ley de 1995 pues, de manera sorprendente y desaprovechando una buena ocasión para ello, omite cualquier referencia expresa a la misma, así como a la integración o coordinación de ambos regímenes jurídicos, y muchas fueron las dudas que a la hora de su aplicación práctica surgieron, originadas en gran medida como consecuencia de aquella falta de coordinación²⁸.

Sin embargo, no debe decirse lo misma de la reforma operada por la Ley 51/2003, que a pesar de no referirse tampoco expresamente a la norma del 95, sí resuelve algunas de las principales dudas que su predecesora había planteado respecto de determinadas cuestiones que venían siendo objeto de debate doctrinal y jurisprudencial como consecuencia de las sucesivas interpretaciones a las que había dado lugar la anterior redacción de la norma en relación con las prescripciones de la Ley del 95.

2.- La condición de minusválido: los beneficiarios de la especial protección para la eliminación de barreras arquitectónicas.

Así, la referencia expresa que al respecto se contiene en el nuevo artículo 10.2 deja claro que van a poder resultar beneficiarias de estas obras y servicios tanto las personas discapacitadas como las mayores de setenta años, ostentando la legitimación para solicitar de la Comunidad su ejecución o instalación aquellos propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios las mismas.

26 Proclama FUENTES LOJO (en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal. Después de la Reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*, cit.; pág. 597) la necesidad, en todo caso, de que la supresión de la barrera arquitectónica (en este caso, la instalación del ascensor) tenga relación con la minusvalía que sufra quien vaya a resultar beneficiario de aquella, "porque no tendría sentido hacerlo con carácter general so pretexto de tener la condición de minusválido sin más".

27 Y en este sentido se han pronunciado reiteradamente doctrina y jurisprudencia.

Así, por ejemplo, y por lo que respecta a la doctrina, GALLEGO DOMÍNGUEZ (en "La supresión de las barreras arquitectónicas en edificios en régimen de propiedad horizontal", cit.; pág. 12), TEJEDOR MUÑOZ (en "La eliminación de barreras arquitectónicas en las Comunidades de vecinos", cit.; pág. 21) o FUENTES LOJO (en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal. Después de la Reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*, cit.; pág. 595), entre otros.

En el caso de la jurisprudencia, podemos citar la SAP. de Madrid de 12 de abril de 2005 (Ar. 106385, 2005), que entiende que las disposiciones de ambas normas ni derogan ni modifican las de la otra, sino que se complementan.

28 Así, por ejemplo, si el concepto de minusválido habría de extenderse o no a las personas mayores de 70 años, o cómo habría de acreditarse aquella condición,...

La determinación de aquellos sujetos que habrían de resultar beneficiarios de las normas especiales elaboradas para la eliminación de barreras arquitectónicas en comunidades de propietarios había sido una de las cuestiones más debatidas tras la Reforma de 1999. La controversia se origina porque el referido artículo 17 hace referencia exclusivamente a las *personas con minusvalía*, en contra de lo que unos años antes y de manera novedosa proclamaba la Ley 15/1995, que ampliaba el círculo de personas tradicionalmente protegidas por este tipo de normas, extendiendo los derechos reconocidos en la misma también a las personas mayores de setenta años, respecto a las que no se hacía mención alguna en el nuevo artículo 17.1.3 de la LPH.

Al respecto, y de manera mayoritaria, la doctrina ha optado por acoger un concepto amplio de *minusvalía* (o *discapacidad*), entendiendo que han de extenderse los derechos reconocidos a los minusválidos en la LPH. también a las personas mayores de setenta años, basándose en una interpretación que parte de la aplicación analógica del apartado 3 del artículo 1 de Ley 15/1995²⁹, y pese a no contenerse expresamente referencia alguna a esta ampliación en el texto de la norma³⁰.

También la pequeña jurisprudencia, siguiendo las directrices marcadas por el Tribunal Supremo, ha acogido una interpretación amplia del concepto de minusvalía³¹, yendo más allá de conceptos formales administrativos o calificaciones de minusvalía en vía gubernativa, por entender que ha de imponerse un concepto amplio de minusválido, entendido como persona que o no puede valerse absolutamente o que se vale mucho menos que el común de sus conciudadanos y que, desde luego, engloba a ancianos en edad de jubilación o personas más jóvenes que por cualquier causa no pueden deambular por escaleras o lo hacen con grandes dificultades. Asimismo, entiende la jurisprudencia que cuando la Ley 15/1995 incluye en su ámbito de aplicación tanto personas minusválidas como mayores de 70 años, sean o no minusválidas, lo hace desde una perspectiva constitucional, ofreciendo una solución de continuidad en cuanto a un

29 Según el cual “Los derechos que esta Ley reconoce a las personas con minusvalía física podrán ejercitarse por los mayores de setenta años sin que sea necesario que acrediten su discapacidad con certificado de minusvalía”.

30 Así, entiende TEJEDOR MUÑOZ (en “La eliminación de barreras arquitectónicas en las Comunidades de vecinos”, cit.; pág. 22) que “pese a que la Ley actual no amplía el concepto, nos inclinamos por entender que tanto la ley 15/1995, de 30 de mayo, como la Ley 8/1999, de 6 de abril, son aplicables a las personas con discapacidad, término más amplio, y que actualmente resulta más adecuado, ya que con él se hace referencia a las personas que pueden presentar algún tipo de discapacidad física, sensorial, psíquica o intelectual, o una combinación de ellas, y se habla de personas con minusvalía cuando, además, tenemos en cuenta que estas personas, a menudo, se ven afectadas por una serie de factores sociales que limitan su participación plena en la sociedad. Asimismo, creemos que deben incluirse las personas mayores de 70 años, presenten o no discapacidad, ya que en todas estas personas concurre la misma dificultad para poder salvar las barreras arquitectónicas”.

En el mismo sentido, *vid.* también GALLEGO DOMÍNCUEZ (en “La supresión de las barreras arquitectónicas en edificios en régimen de propiedad horizontal”, cit.; pág. 18), que partiendo de la finalidad de la norma considera adecuado “aplicar el criterio que marca la Ley 15/1995 con relación a las personas mayores de 70 años”, partiendo de la consideración del carácter unitario del sistema jurídico y del hecho de que, partiendo precisamente de la unidad del sistema, “las distintas normas han de ser aplicadas de un modo conjunto”.

En contra, sin embargo, se pronuncia por ejemplo CARRASCO PERERA (en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Ed. Aranzadi, 1999; pág. 525), por entender que “el concepto de minusválido es un concepto normativo, no sociológico”, que “se corresponde con una categoría expresamente definida en las leyes, y necesita una acreditación administrativa, competencia del INSERSO o de las CC AA que hayan asumido las correspondientes funciones”, de manera que “el juez civil no puede calificar la minusvalía administrativamente no declarada, aunque se den las condiciones que bastarían para obtener una calificación de minusvalía”; por ello, “no es minusválida la persona anciana discapacitada, o simplemente anciana, a falta de una previsión legal expresa como la que hace el artículo 1.3 de la Ley 15/1995”.

31 Así, por ejemplo, cabría mencionar la SAP. de la Coruña de 8 de septiembre de 1998 (AC. 1659, 1998), la SAP. de Burgos de 9 de marzo de 1998 (AC. 4685, 1998), la SAP. de Zamora de 12 de febrero de 1999 (AC. 112, 1999) o, más recientemente, la SAP. de Barcelona de 5 de diciembre de 2002 (Ar. 57385, 2003).

mayor abanico de personas que deben ser protegidas sobre la base de unas previsiones constitucionales que abogan por un claro favorecimiento de estos colectivos, lo que conlleva necesariamente una integración amplia y flexible del término minusválido, que abarque también a los mayores de setenta años o a aquellas personas con problemas físicos graves³².

La cuestión ha quedado definitivamente zanjada con la Ley 51/2003, que pone fin a las anteriores dudas doctrinales al hacer referencia expresa, en cuanto a la descripción del ámbito subjetivo de las reglas específicas para la protección de los minusválidos en el ámbito de la Propiedad Horizontal y por lo que respecta a la determinación de los beneficiarios de aquellas normas, tanto a las personas con discapacidad como a los mayores de setenta años que vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios en la vivienda del propietario que inste la realización de las obras (artículo 10.2 de la LPH.).

Así, y en cuanto a la persona de la que deba predicarse aquella condición, esta cuestión sí ha encontrado respuesta satisfactoria en la Reforma del 2003 que, esta vez sí, de la misma manera que lo había hecho previamente la Ley de 1995³³, cuya aplicación analógica en este punto venía siendo ampliamente defendida por la doctrina³⁴, no limita la condición de beneficiario al propietario de la finca³⁵ de la vivienda, haciendo referencia expresa, además de a este, a aquellas personas discapacitadas o mayores de setenta años que vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios en la vivienda (*ex* artículo 10.2 LPH.).

32 *Vid.* SAP. de Vizcaya de 30 de octubre de 2003 (*Ar.* 23919, 2003).

Sostiene la tesis contraria la SAP. de Madrid de 7 de abril de 2004 (*AC.* 2357, 2004), que situados en el ámbito de aplicación de la nueva Ley, dado que el acuerdo fue aprobado por mayoría simple al pretender eliminar una barrera arquitectónica (artículo 17.1.3) y no con la mayoría de 3/5 que señala el artículo 17.1.2, y discutiéndose la aplicabilidad de la normativa contenida en la Ley 15/95, “concretamente en su artículo 1.3 que equipara la situación de minusvalía física a la de ancianidad a partir de los 70 años, puesto que uno de los propietarios de pisos sobrepasa tal edad, a los efectos de modificar el régimen de mayorías para la adopción de tal tipo de acuerdos, es decir, si en el presente caso al existir una persona mayor de 70 años sería suficiente el voto de la mayoría simple de los propietarios, que representen la mayoría de las cuotas de propiedad, para aprobar el acuerdo, como se ha hecho, o bien es necesario el voto cualificado de los 3/5 de los propietarios, con independencia de que el establecimiento de un ascensor en un edificio de las características del presente es calificado por las sentencias anteriormente citadas y en especial por la de 22 de noviembre de 1999, como una evidente supresión de barreras en cuanto favorece la movilidad y el acceso a todas las plantas del inmueble”, entiende que si bien “en un principio el referido artículo 1.3 de la Ley 15/95, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, permite equiparar a las personas con una edad superior a los setenta años con las personas que adolecen de minusvalías físicas ello es al efecto de ejercitar los derechos recogidos en la propia Ley y con los límites y condiciones que marca la misma, pero en ningún caso puede entenderse que tal equiparación constituya un medio para soslayar la mayoría cualificada que se establece en el artículo 17.1.2 de la Ley de Propiedad Horizontal (3/5) y sustituirla por la mayoría simple de la que se habla en el párrafo siguiente para el caso de minusvalía física pues, de haber querido lo contrario, el legislador lo habría hecho constar expresamente”.

33 Que acogía también un concepto amplio de beneficiario, integrando en esta categoría a “quienes, padeciendo una minusvalía de las descritas en el artículo siguiente, sean titulares de fincas urbanas en calidad de propietarios, arrendatarios, subarrendatarios o usufructuarios, o sean usuarios de las mismas” (artículo 2.1 de la Ley 15/1995).

34 TEJEDOR MUÑOZ, (en “La eliminación de barreras arquitectónicas en las Comunidades de vecinos”, cit.; pág. 24), GALLEGO DOMÍNGUEZ (en “La supresión de las barreras arquitectónicas en edificios en régimen de propiedad horizontal”, cit.; pág. 18) o CARRASCO PERERA, (en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, cit.; pág. 525) así lo señalan.

35 Que sí será en todo caso el único legitimado, debido precisamente a su condición de tal, para solicitar frente a la Comunidad, en su nombre propio o en el de las personas que vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios en su vivienda, la realización de las obras que en cada caso resulten pertinentes.

3.- La acreditación de la condición de minusválido.

Otras cuestiones importantes, sin embargo, no han encontrado todavía una solución satisfactoria desde el punto de vista de la legalidad vigente. Así, por ejemplo, la necesidad o no de que aquella minusvalía haya de hacerse valer necesariamente mediante la correspondiente acreditación administrativa, aspecto sobre el que la LPH. en su redacción actual, la dada por la Ley 51/2003, guarda silencio, estableciéndose nuevamente una importante diferencia con el régimen previsto en la Ley 15/1995, que exige en todo caso que la condición de minusválido se haga valer mediante certificación que lo acredite emitida por la Administración competente³⁶.

Al respecto, podemos encontrar en la doctrina opiniones encontradas sobre cuál sea la postura que se deba sostener en el ámbito de aplicación propio de la LPH., sobre la base del sostenimiento de argumentos diferentes en uno u otro sentido. Así, mientras algunos consideran que para hacer valer los derechos que esta Ley reconoce en materia de eliminación de barreras no va a ser necesaria una declaración administrativa de minusvalía³⁷, sin embargo otros estiman que por ser el concepto de minusválido un concepto normativo y no sociológico, necesita en todo caso de una acreditación administrativa, sin que pueda el Juez civil calificar la minusvalía administrativamente no declarada aún cuando se den todas y cada una de las condiciones que bastarían para ello³⁸.

Por su parte, la jurisprudencia parece inclinarse por una respuesta favorable a la admisión de la condición de minusválido aún cuando esta no haya sido administrativamente declarada, y así lo evidencian sentencias como la de la AP. de Zamora, de 12 de febrero de 1999 (*AC. 112, 1999*), a cuyo tenor “con frecuencia existen personas que por ignorancia o falta de asesoramiento, aun padeciendo enfermedades aptas para calificarlas de minusválidas a efectos legales, no han acudido ante los Organismos públicos para solicitar y obtener dicha calificación”. Ello provoca que en muchas ocasiones no se exija en la práctica el reconocimiento administrativo de la situación de minusvalía, siendo suficiente su puesta en evidencia por otros medios³⁹.

36 *Ex* artículo 3.2 de la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad.

No así cuando los beneficiarios de las obras sean personas mayores de 70 años, en cuyo caso no va a ser necesario acreditar su discapacidad con certificado de minusvalía (*ex* artículo 1.3 de la Ley 15/1995), siendo suficiente con acreditar esta circunstancia por cualquier medio de prueba que así lo constate.

37 Así, TEJEDOR MUÑOZ, (en “La eliminación de barreras arquitectónicas en las Comunidades de vecinos”, cit.; pág. 23), o GALLEGO DOMÍNGUEZ (en “La supresión de las barreras arquitectónicas en edificios en régimen de propiedad horizontal”, cit.; pág. 18).

38 En este sentido, CARRASCO PERERA, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, cit.; pág. 525.

39 En este sentido *vid.*, entre otras, la SAP. de Girona de 15 de enero de 1999 (*AC. 40, 1999*), en un supuesto en el que lo que se pretendía era precisamente la instalación de un ascensor sobre la base de la eliminación de barreras arquitectónicas, y que estima que la supresión de barreras arquitectónicas prevista en el anterior art. 16.1º (hoy 17) de la LPH. “no está sujeta a un reconocimiento administrativo o judicial de minusvalía de algunos de los comuneros para que las modificaciones constructivas en elementos comunes o del título constitutivo puedan verse incluidas en el supuesto específico referenciado, bastando que por uno u otro medio se acredite la existencia de personas con deficiencias deambulatorias o de cualquier tipo que dificulte su acceso a la vivienda -máxime si se trata de personas de avanzada edad-, que razonablemente permita deducir una real dificultad de acceso a su vivienda sin que, al estar jubilados, puedan obtener una declaración de invalidez en algún grado, para que quede justificado el acuerdo de los copropietarios adoptado válidamente con la aprobación cualificada que establece la norma, ya que de esta manera se ajusta a la realidad amparada por la reforma de 1990, que como dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6820), vino a dar respuesta positiva al art. 33 CE, en cuanto a la función social de la propiedad, y al art. 49, que impone a los poderes públicos -incluidos los Tribunales de Justicia- el amparo de los minusválidos, considerándose como tal a los efectos del caso, no sólo a quienes tienen reconocida oficialmente una minusvalía, sino también a quienes presenten una movilidad reducida o sufran cualquier otro tipo de limitación que afecte a sus facultades deambulatorias”.

En contra, la SAP. de Asturias de 3 de febrero de 1999, que desestima la ejecución de las obras solicitadas precisamente por la inexistencia del reconocimiento del grado de minusvalía.

Especial consideración ha de hacerse de esta cuestión si, como propone en una reciente aportación doctrinal MORETÓN SANZ, se atiende a una visión amplia y de conjunto de la Ley 51/2003, por cuanto si bien en el ámbito de la propiedad Horizontal el legislador no aborda directamente la cuestión, con lo que en principio todas las interpretaciones serían posibles, sin embargo y si se revisan el resto de leyes modificadas por la de diciembre de 2003, puede observarse cómo todas ellas se hacen partiendo del reconocimiento del grado de minusvalía; asimismo, la propia Ley 51/2003, en su artículo 1º, considera personas con discapacidad “aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100”. Por ello, atendiendo tanto a la finalidad de la ley como a su estructura y lógica interna, cabría pensar que “es más consecuente estimar la necesidad de acreditación de la minusvalía”, que deviene así en un concepto puramente reglamentario, que “requerirá, en definitiva, su certificación acreditativa previa”⁴⁰.

4.- Régimen de adopción de acuerdos: mayoría exigible.

Cuando para la eliminación de barreras arquitectónicas se pretende la instalación del servicio de ascensor, al amparo de las normas de la LPH., podría plantearse aún, por la peculiar condición de la obra que se pretende, la cuestión de si la misma podría encuadrarse en el ámbito de los acuerdos para los que la norma 3ª del artículo 17.1 requiere sólo el voto de la mayoría (de propietarios y cuotas de participación) o si, por el contrario, y debido a la especial naturaleza del servicio al que se hace referencia, habría de encuadrarse en la norma 2ª del mencionado precepto, que lo contempla expresamente entre aquellos que relaciona, y resultando exigible entonces, en todo caso, el voto favorable de las tres quintas partes de los propietarios, que representen al menos idéntico porcentaje de las cuotas de participación.

La cuestión no es baladí, por cuanto la alegación y posterior comprobación, por alguno de los vecinos, de la condición de minusválido o de persona mayor de setenta años, va a adquirir una especial relevancia, y no sólo en relación a la determinación de la mayoría que resulte necesaria para la adopción del acuerdo, sino también, como acertadamente señala la doctrina⁴¹, para determinar la propia calificación jurídica de la instalación del ascensor y, consecuentemente, la eficacia obligatoria del acuerdo.

En este caso la jurisprudencia es clara, y entiende que, en relación con el contencioso de determinar si el acuerdo adoptado por la comunidad de instalación de un ascensor y los consiguientes referidos a la forma de instalación, precisan mayoría de 3/5 y por tanto son nulos al adoptarse por mayoría simple o se hallan dentro de lo previsto en el artículo 17.1.3 de la actual Ley de Propiedad Horizontal, al dirigirse la obra a suprimir barreras arquitectónicas, ante la existencia de algún propietario discapacitado o de avanzada edad, el establecimiento de un ascensor en un edificio en las condiciones descritas debe ser calificado como una evidente supresión de barreras en cuanto favorece la movilidad y el acceso a todas las plantas del inmueble⁴². La justificación de este

40 MORETÓN SANZ, en “Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal”, cit.; págs. 103 y ss.

41 *Vid.* FERNÁNDEZ ARÉVALO, en “Gastos de instalación o sustitución de ascensores en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal. A propósito de la SAP. de Asturias 354/2004, de 16 de septiembre”, *Revista de Derecho Patrimonial* nº 15/2005-2; pág. 349.

42 En este sentido, SAP. de Asturias de 26 de febrero de 2002 (SP/SENT/36639), y también SAP. de Madrid de 7 de abril de 2004 (AC. 2357, 2004).

En contra, la SAP. de Burgos de 25 de septiembre de 2001 (SP/SENT/31953), que estima que existe fraude de ley en el hecho de apoyar la instalación del ascensor en la supresión de barreras arquitectónicas, al tratarse de dos supuestos distintos previstos por el legislador⁴³

Señala expresamente el referido fallo que “No cabe, pues, intentar instalar un ascensor en un edificio donde antes no lo había bajo la idea de que con ello se evitan barreras arquitectónicas que dificulten el acceso

razonamiento nos la ofrece también la propia jurisprudencia, que en la SAP. de Barcelona de 5 de diciembre de 2002 (*Ar.* 57385, 2002) señala cómo no hay mayor injusticia que tratar igual lo que es desigual, por lo que “la Ley opta por una discriminación positiva y favorece aún a costa de determinados propietarios la instalación de elevadores que supongan la eliminación de barreras arquitectónicas” una vez que se obtengan las mayorías requeridas al efecto.

La instalación del ascensor será, en todo caso, una alteración necesaria para la habitabilidad del edificio y requerida para mantener las condiciones de accesibilidad del mismo. Así, y a tenor de la nueva redacción dada al mismo por la Ley 51/2003, señala el artículo 11 de la LPH. que cuando los acuerdos para la realización de obras de accesibilidad se hayan adoptado válidamente “la comunidad quedará obligada al pago de los gastos aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes”, obligatoriedad que una vez más viene a poner de manifiesto la trascendencia práctica de la cuestión que ahora nos ocupa.

5.- En definitiva: aplicación del régimen más favorable.

Finalmente, resulta obvio a tenor de todo lo expuesto que nos encontramos en la actualidad en relación con esta materia ante una duplicidad de procedimientos. Así, la vigencia simultánea de los dos regímenes jurídicos previstos en la Ley 15/1995, por un lado, y en la LPH. (con las diferentes modificaciones que normas sucesivas han ido provocando en la misma), por otro, no son incompatibles, sino que simplemente va a tratarse de la existencia de dos vías alternativas para lograr un mismo resultado, si bien a través de un procedimiento diferente, con exigencias diversas y, lo que es fundamental, con un coste económico muy diferente para el interesado en ambos casos, lo que hace que resulte imprescindible determinar el concreto ámbito de actuación que sea propio de cada una de ellas, para así poder precisar cuál resulte más favorable en cada supuesto concreto.

Atendiendo al marco normativo que determina el juego de los artículos 10, 11 y 17 de la LPH. en su redacción actual (que deriva de la Ley 51/2003), la instalación del ascensor requerirá, si su objeto es la eliminación de barreras arquitectónicas, del acuerdo favorable de la Junta, válidamente adoptado por la mayoría de propietarios que a su vez representan mayoría de cuotas, en cuyo caso serán todos los copropietarios los que vendrán obligados a asumir el gasto. Si, por el contrario, no fuese posible lograr aquel acuerdo mayoritario, la Comunidad vendría aún obligada tanto a la ejecución de las obras como a la asunción del gasto, a instancia del propietario de la finca en la que se encuentre la persona anciana o discapacitada, cuando éste no superase el límite económico que determine la suma de tres mensualidades de renta (lo que, por pura lógica, es de suponer que no va a ocurrir en el caso de los ascensores, por la propia envergadura de la obra de que se trata).

Por su parte, la Ley de 1995 instaura un régimen especial que no exige acuerdo de la Comunidad para llevar a cabo las obras de adecuación⁴³, por lo que tendrá generalmente carácter supletorio del de la LPH., reservándose su aplicación a aquellos supuestos en

o movilidad de personas con minusvalía. Se trata de dos supuestos jurídicamente diferentes que no pueden ser confundidos, y cuyo intento sólo tiene un tratamiento jurídico, cual es el del artículo 6.4 del Código Civil y el del artículo 11.2 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial –y, ahora, el artículo 247 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, en cuanto integrante de un claro fraude de ley”.

No obstante, no precisa el Tribunal que ello habrá de entenderse así siempre y cuando no concurren los requisitos necesarios para que pueda apreciarse el supuesto de hecho del artículo 17.1.3, pero nunca en el caso contrario.

43 Y ello porque, como señala CARRASCO PERERA (en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, cit.; pág. 528), “El derecho a promover y llevar a cabo las obras de adecuación no se concibe en la Ley 15/1995 como el objeto de un acuerdo de mayoría cualificada, sino como un derecho individual del minusválido o anciano. No es un asunto comunitario como tal”.

los que, excediendo su importe de tres mensualidades de gastos comunes, no se hubiese obtenido el acuerdo de la Junta de Propietarios favorable a la instalación del ascensor por no contarse con la mayoría legalmente exigida. En este caso, las obras habrán de ser costeadas íntegramente por el minusválido, aunque quedarán finalmente en beneficio de la finca⁴⁴; por todo ello, mientras que para los mayores de setenta años y para los discapacitados resultará más favorable, sin duda alguna, el procedimiento de la LPH, sin embargo para el resto de copropietarios resultará más ventajoso el previsto en la Ley de 1995.

IV.- LA INSTALACIÓN EX NOVO DE ASCENSOR: REQUISITOS GENERALES.

Pero aún en aquellos supuestos en los que la obra no venga requerida por la existencia en el inmueble en régimen de Propiedad Horizontal de personas de avanzada edad o aquejadas de cierta minusvalía, la instalación del ascensor no puede ser considerada en la realidad social actual como un elemento superfluo, por cuanto, muy al contrario, debe ser considerado como un servicio común de interés general⁴⁵.

Con carácter general, la instalación del ascensor en aquellos edificios no dotados inicialmente con este servicio sólo va a resultar obligatoria en aquellos supuestos en los que así lo impongan la Ley, las normas generales de la contratación o derive de la propia voluntad de los copropietarios, del acuerdo entre ellos.

En este sentido, y a tenor de lo expresamente establecido en la Orden de 29 de febrero de 1944⁴⁶, será obligatorio el ascensor en aquellas viviendas con una altura “de más de 14 metros medidos desde niveles del arranque de la escalera en los portales”⁴⁷.

Pero aún para el caso de que la misma no resultase obligatoria, cabría imponer su instalación, tanto en el caso de que en la Comunidad convivan personas mayores de setenta años o discapacitadas, como hemos visto, y con los requisitos y en las circunstancias que hemos referido en las páginas precedentes, como cuando ello no sea así, por existir al respecto un acuerdo válidamente adoptado, y es precisamente de este supuesto del que vamos a ocuparnos a continuación.

a) Régimen de adopción del acuerdo cuando la instalación del ascensor no se justifica en la minusvalía de los propietarios.

Así, y aunque abogemos en todo caso por la admisión de la instalación del ascensor aún cuando aquella no derive de la existencia de una obligación previa que lo exija, lo que resulta de todo punto indiscutible es que para ello exista una decisión al

44 Por ello, y en la medida en la que prácticamente se va a tratar en todos los supuestos de obras que van a superar el límite económico señalado, “al titular del piso donde se encuentren personas mayores de setenta años y/o con discapacidad, le cabe persuadir a la comunidad de que apruebe las obras y asuma el gasto” para que aquellas no le resulten especialmente gravosas, ya que “es poco probable que las Juntas aprueben la realización de obras que les suponen incurrir en gastos que pueden evitar” (vid. MORETÓN SANZ, en “Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal”, cit.; pág. 107).

45 Vid. SAP. de Vizcaya de 30 de marzo de 2005 (Ar: 201054, 2005).

46 Que, como señala FUENTES LOJO (en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal. Después de la Reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*, cit.; pág. 1092), “hay que entender vigente, por fijarse en ella las condiciones mínimas que han de reunir las viviendas”.

47 Por su parte, y para el caso de viviendas de protección oficial, la Ordenanza 12 de 29 de mayo de 1969 exige la instalación del ascensor cuando la altura del edificio exceda de los 12 metros, contados desde la rasante de la acera, hasta la última planta.

respecto de la Junta de propietarios⁴⁸, sin cuyo acuerdo no es posible, a priori, la realización de mejoras, ni la creación de servicios o nuevas instalaciones.

Por otra parte, y aunque no altere la estructura y configuración del edificio, no cabe duda de que la obra para dotar del servicio de ascensor a un edificio que inicialmente no contase con este servicio supondrá, en todo caso, la alteración de un elemento común, así como la modificación del título constitutivo⁴⁹, por implicar que se dote al edificio con un nuevo servicio con el que no contaba hasta ese momento. Por ello, resultará básica, en primer lugar, la determinación del régimen de mayorías al que tendrá que someterse el acuerdo de la Comunidad de Propietarios en este sentido, por cuanto con carácter general, prescribe el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal que cualquier alteración de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido por las modificaciones del mismo.

1.- *Quórum* necesario.

Y el régimen para la modificación del título constitutivo se establece en el párrafo primero de la norma 1ª del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, referido a la mayoría requerida para la adopción de acuerdos de la Junta de Propietarios, al indicar que: «la unanimidad sólo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad». Regla de la unanimidad que encuentra su excepción cuando se trata del establecimiento del servicio de ascensor, en cuyo caso basta el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez represente las tres quintas partes del total de las cuotas de participación (párrafo segundo de la norma 1ª del artículo 17 de la LPH)⁵⁰.

Así, con la nueva redacción dada al artículo 17 LPH. por la Ley 8/1999, y si bien la unanimidad se concibe como la regla general cuando se trate de la adopción de acuerdos que modifiquen el título constitutivo, acto seguido el legislador ha considerado oportuno excepcionar de la necesidad de obtener aquella unanimidad los supuestos de realización de obras o establecimiento de nuevos servicios comunes de interés general, entre los que se incluye expresamente la mención al servicio de ascensor, para los que se establece la exigencia de mayoría cualificada de 3/5 de propietarios y cuotas de participación para la validez del acuerdo.

La reforma introducida en este punto por la Ley del 99 responde a la necesidad de acoger lo que venía ya constituyendo una doctrina jurisprudencial consolidada en materia de autorización para la instalación de aparatos elevadores en edificios que por su antigüedad no cuentan con ellos, que mostraba una evolución clara tendente a la relajación de la exigencia de la unanimidad en relación con la adopción de este tipo de acuerdos⁵¹.

48 A salvo los supuestos en los que, en virtud de la aplicación de las normas de protección de los discapacitados, cabe la instalación aún en contra de la voluntad de la Comunidad de propietarios, y a los que ya nos hemos referido.

49 Según el artículo 5 LPH., viene integrando el contenido imperativo del título constitutivo la descripción del inmueble en su conjunto, descripción que sin lugar a dudas se verá alterada con la instalación de este nuevo servicio.

50 Excepción que se amplía, como ya tuvimos ocasión de comprobar, si el establecimiento del servicio de ascensor tiene por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, en cuyo caso basta el voto favorable de la mayoría e los propietarios que a su vez, represente la mayoría de las cuotas de participación (párrafo tercero de la regla 1ª del artículo 17 de la LPH).

51 CARRASCO PERERA (en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, cit.; pág. 491) considera, sin embargo, que la exigencia de 3/5 para la adopción de estos acuerdos “impone un tipo de mayoría de votos que es más exigente que el que hasta ahora se venía requiriendo por los Tribunales”, que se limitaba en ocasiones a la simple mayoría, y que, por ello, “la mayoría exigida por la nueva ley no dulcifica la regla de la unanimidad, sino que corrige una más flexible regla de mayoría que venían aplicando los tribunales”.

Así, la jurisprudencia había evolucionado desde un primer estadio en el que por entenderse que la instalación de aparatos elevadores en edificios donde no existía suponía una modificación o alteración sustancial del título constitutivo y, por lo tanto, necesitaba siempre en aplicación de la antigua legalidad del acuerdo unánime, hasta postular suficiente la mayoría cualificada (o simple mayoría, según la naturaleza del acuerdo), y no la unanimidad, aún cuando se alteren elementos comunes, en atención a razones sociológicas y de realidad social⁵², y siempre que no se cause daño y no se obligue a los propietarios contrarios a la instalación a contribuir a los gastos originados por la misma. Incluso esa línea jurisprudencial denunció como supuesto de abuso de derecho la obstinada cerrazón del propietario que sin justificación alguna mostraba una voluntad enderezada únicamente a impedir la unanimidad para conseguir que no se instalaran los aparatos elevadores a pesar de ser totalmente beneficiosos para la mayoría de convecinos y absolutamente imprescindibles para las personas con discapacidad⁵³.

Y en el mismo sentido se pronuncia también la propia Exposición de Motivos de la Ley de reforma, a tenor de la cual “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 mayoría para el establecimiento, de determinados servicios (porterías, ascensores, supresión de barreras arquitectónicas que dificulten la movilidad de personas con minusvalías, servicios de telecomunicación, aprovechamiento de la energía solar, etc.)”⁵⁴.

Cabría preguntarse, a continuación, qué ocurre si no se obtiene la mayoría prevista en el artículo 17.1 párrafo primero: ¿no cabría entonces, en modo alguno, la instalación del ascensor? A favor de la respuesta negativa podría argumentarse que el referido artículo prevé la exigencia de mayoría cualificada *incluso* cuando aquella instalación suponga la modificación del título constitutivo, de lo que inicialmente parece que podría deducirse que este tipo de acuerdos no podrá ser válidamente adoptado en ningún caso con una mayoría diferente, inferior a la prevista legalmente.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han mostrado contrarios a esta tesis, considerando más oportuno admitir la posible instalación del ascensor aún cuando no haya podido alcanzarse el voto favorable de los 3/5 de propietarios y cuotas. Así, por ejemplo, LOSCERTALES FUENTES considera que “una cosa es obtener esta mayoría cualificada, que obliga a todos, y otra que no se puedan adoptar decisiones sobre nuevos servicios, instalaciones o mejoras utilizando la vía del artículo 11, naturalmente sin poder exigir a los disidentes que paguen”⁵⁵. Y

52 En supuestos en los que, por ejemplo, en base a la avanzada edad de algunos copropietarios, la instalación del ascensor constituye un medio de supresión de obstáculos constructivos (*vid.* SAP. de Barcelona de 5 de diciembre de 2002, *Ar.* 57385, 2003).

53 En este sentido, *vid.*, por ejemplo las Sentencias del TS. de 13 de julio de 1994 (*Ar.* 6435, 1994) o de 5 de julio de 1995 (*Ar.* 5463, 1995).

54 Así, entiende la AP. de Valladolid en su sentencia de 30 de junio de 2005 (*Ar.* 203065, 2005) que en el caso de autos “es válido el acuerdo sobre la instalación de ascensores, al haber sido respetado íntegramente el contenido del art. 17-1 de la Ley de Propiedad Horizontal, tras su actualización por Ley 8/99, sobre suficiencia de los 3/5 partes de los votos favorables, 3/5 partes de las cuotas de participación, siendo esto último cuestión novedosa en la reforma, con clara finalidad de dotar de viabilidad a este tipo de acuerdos relativos a las condiciones de habitabilidad de las viviendas, conforme con el carácter de necesidad de la reforma sobre instalación de ascensores, mas allá de la condición de obra de mejora (en solo cuyo caso cabe la exoneración del propietario disidente, por mor del art. 11 de misma Ley de propiedad Horizontal), que obviamente afecta a la habitabilidad del inmueble, que, cuenta con viviendas”.

55 LOSCERTALES FUENTES, en *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones. I Comentarios y Jurisprudencia*, cit.; pág. 247.

en el mismo sentido, la SAP. de Asturias de 16 de diciembre de 2004 (Ar. 34161, 2005), que admite el recurso al artículo 11, como posibilitaba ya la jurisprudencia anterior a la reforma, “por no alcanzar el quórum de los tres quintos o no ser posible acudir al de simple mayoría al no haber en el inmueble personas con discapacidad o mayores de 70 años”.

Creemos que debe ser esta última la postura correcta, y entendemos que de la literalidad de la norma no ha de deducirse otra cosa, y que cuando el legislador exige aquella mayoría cualificada *incluso* cuando vaya a alterarse el título constitutivo se refiere precisamente a que en estos supuestos, que inicialmente requerirían la unanimidad, va a ser suficiente ahora con el acuerdo mayoritario, pero no que éste haya de adoptarse en todo caso con mayoría de 3/5, sino que habrá de admitirse la adopción del acuerdo por mayoría simple, si bien atendiendo entonces a las importantes modulaciones que esta forma de adopción va a provocar, de manera principal en la manera de hacer frente al gasto, según lo que prescribe el artículo 11 de la LPH. Sostener lo contrario no nos parece razonable.

En cuanto a la determinación del quórum necesario, se plantea aún una última cuestión en relación con aquellos supuestos en los que en una misma Comunidad coexisten varios bloques de viviendas, o diferentes escaleras en un mismo portal, y la instalación del ascensor afecta sólo a alguna de ellas⁵⁶. En este caso, es relativamente frecuente que *de facto* cada bloque o escalera funcionen en muchos aspectos de manera independiente, como subcomunidades independientes dentro de la matriz, y cabe plantearse entonces si aquella mayoría de 3/5 habrá de obtenerse en relación con el total de propietarios o si, por el contrario, será suficiente con computar la del bloque afectado.

La cuestión no es de fácil resolución, e inicialmente huelga decir que habrá que estar a lo que dispongan los Estatutos, en el caso de que en los mismos se contenga alguna disposición al respecto. Pero si no existiese norma estatutaria en la que apoyarse, entonces la jurisprudencia menor parece inclinarse por admitir el funcionamiento independiente de cada subcomunidad que *de facto* actúe como tal, que ha de tomar sus propias decisiones computándose las mayorías previstas en el artículo 17 atendiendo al número de copropietarios que la integren, y no a la totalidad de los mismos, y adoptando el acuerdo individualmente, por cuanto es común en estos casos de varias escaleras integradas en un mismo inmueble que cada una de ellas, para facilitar el funcionamiento de la vida comunitaria, forme una comunidad a los solos efectos del uso, disfrute y gestión de los elementos comunes privativos de cada una de ellas, así como para el pago de los gastos exclusivos, acordándose en esta línea que cada Comunidad se reúna y tome sus acuerdos de manera independiente, con lo que se logra una mejor operatividad y una mayor agilidad en la llevanza de los asuntos comunitarios, lo que supone un

Así, entiende este autor que en ningún caso “la falta de las 3/5 partes impide que la Comunidad pueda adoptar acuerdos por simple mayoría con los requisitos ya conocidos, es decir, que no haya menoscabo ni perjuicio de otros elementos comunes o privados, así como de no poder obligar a los que han expresado su disconformidad”, por cuanto la inclusión en el artículo 17.1, por la ley de reforma, del ascensor, tiene como finalidad “acordar, con obligación para todos de participación y pago, cuando se alcance el quórum que allí se indica”.

56 Se trata de un problema que no es fácil que se presente para supuestos de instalación *ex novo* del ascensor, pues en este caso el punto de partida será el mismo para todos (aunque podría ser que no todos estuviesen interesados en dotar a la vivienda con el nuevo servicio), y su frecuencia será mayor en el caso de sustitución del ascensor ya existente.

Así, unos portales pueden estar más dispuestos que otros a hacer el desembolso que aquella instalación supone, o pueden tener más necesidad de este servicio por estar habitados por personas más necesitadas, ...

beneficio para los integrantes de la Comunidad al facilitar la toma de decisiones en el marco de la legalidad vigente⁵⁷.

2.- Propietarios sobre los que habrá de realizarse el cómputo para contabilizar aquella mayoría cualificada.

Cuando el acuerdo sobre instalación del ascensor se adopte al amparo de las prescripciones contenidas en el artículo 17.1 LPH. y sometido, por tanto, al régimen de mayoría cualificada que el mismo consagra, será necesario obtener (si nos movemos en el ámbito de la regla del párrafo segundo, relativo al establecimiento de determinados servicios de interés general, que es el que ahora nos interesa) el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, por venir así exigido por el tenor literal del referido precepto.

Sentada esta premisa básica, se nos plantea seguidamente la cuestión de cómo habrá de realizarse el cómputo para que el acuerdo resulte válidamente adoptado, por concurrir en su adopción las mayorías previstas legalmente, y al respecto será necesario precisar diferentes aspectos; es decir, urge la determinación del conjunto de propietarios sobre el que haya de predicarse aquella mayoría.

⁵⁷ Así, por ejemplo, la SAP. de Madrid de 7 de abril de 2004 (*AC. 2357, 2004*), en un asunto en el que se discutía la falta de quórum en la adopción de acuerdos relativos a la instalación de un ascensor en un portal, elección de la empresa instaladora y forma de pago de la instalación, en una Comunidad que contaba con tres, sobre la base de defender la necesidad se adopten por la totalidad de los propietarios de los tres portales, considera que habiéndose autorizado de manera “por la Junta de Propietarios de los tres portales celebrada el día 28 de febrero de 1997 y por unanimidad que cada uno de los tres portales se instale y pague su ascensor”, ello “sin duda conduce a entender que las juntas y acuerdos sobre tales extremos debían realizarse por cada portal individualmente y en tal sentido están autorizadas las juntas cuyos acuerdos son objeto de impugnación”.

Y continúa diciendo el mencionado fallo que si bien “algunos propietarios habían contemplado la posibilidad de pagar el ascensor de NUM004 entre los tres portales y hacer lo mismo en su momento con NUM000 y NUM003”, sin embargo “la mayoría de los asistentes consideran que no es adecuado porque se pagan en conjunto básicamente los gastos de calefacción, jardinería, conserje, administración, cubierta, reparaciones generales, seguro de la finca y gastos judiciales de interés de la Comunidad, y están individualizados por portales los gastos de agua fría y caliente particulares, alumbrado de la escalera, reparaciones de portal y escalera, porteros automáticos, antenas y como criterio, todos aquellos gastos susceptibles de individualización por portales, por lo que unánimemente se acuerda que NUM004 se instale y pague su ascensor por su cuenta, criterio que naturalmente se aplicará a NUM000 y NUM003 en su día”, unanimidad que, lógicamente en aplicación de la teoría de los actos propios, autoriza a la celebración de Juntas y adopción de acuerdos atinentes a la instalación de ascensor individualizadas por portales tal y como se ha efectuado”.

Podemos citar también la SAP. de Vizcaya de 21 de octubre de 2004 (*Ar. 17639, 2005*), que parte en su argumentación del hecho de que la propia sentencia recurrida y la parte actora “reconoce la actuación independiente de los portales que conforman el edificio, de hecho se reconoce que las subcomunidades han venido acometiendo actuaciones propias, así obras de reparación, si bien en ningún caso supusieron alteración de la cuota de participación atribuida conforme al título constitutivo, esto es lo que realmente afecta a la parte es que en el caso del acuerdo adoptado por el portal núm. NUM001 para la instalación del ascensor al prorratear el costo de la instalación se le altera su cuota de participación sin que haya existido la unanimidad exigida por la Ley”, y de que “la comunidad viene funcionando con tres portales independientes de forma autónoma en los cuales los gastos de cada portal se reparten entre las viviendas y lonjas ubicadas en el mismo sin reclamar importe alguno a los otros dos portales por lo que las cuotas se deberán prorratear en el caso que nos ocupa al 100% en el portal núm. NUM001”.

Así, “la comunidad conforme a las escrituras esta compuesta por los portales NUM000 - NUM001 - NUM002 si bien el funcionamiento es independiente de cada portal, de hecho el portal NUM004 ha instalado el ascensor y los portales NUM001 y NUM002 no han participado ni en el acuerdo de su instalación ni en el pago del mismo. En este caso el acuerdo se toma por el portal NUM001 y el coste se reparte prorrateándose las cuotas del mismo para llegar al 100%”.

En el mismo sentido, *vid.* SAP. de Barcelona de 28 de febrero de 2005 (*Ar. 117517, 2005*) y SAP. de Valladolid de 8 de marzo de 2005 (*Ar. 90304, 2005*).

En primer lugar, huelga decir que en la medida en que se trata de un acuerdo adoptado por mayoría especial y para el que no se requiere, por tanto, la unanimidad, tendrán derecho a voto sólo aquellos propietarios que se encuentren al corriente de sus obligaciones, pues conforme al artículo 15.2 LPH., aquellos que al inicio de la Junta no se encontrasen al corriente en el pago de sus deudas vencidas con la comunidad no tendrán derecho a voto, no pudiendo ser computada ni su persona ni su cuota de participación a efectos de alcanzar las mayorías exigidas por la Ley. Así, los propietarios morosos privados del derecho de voto no se computan.

De este modo, y excepción hecha de los morosos, cada propietario contará como un voto, sumando además los correspondientes coeficientes de participación para comprobar que se obtiene la doble mayoría requerida (mayoría cualificada de votos personales totales y de las cuotas de propiedad), y tras aplicar respecto a los titulares ausentes no privados del derecho de voto⁵⁸ la regla contenida en el párrafo cuarto del artículo 17.1, a decir del cual, y a los efectos previstos en los párrafos que lo preceden, *se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción*⁵⁹. Así, no será suficiente con el voto de los asistentes a la Junta, salvo que sólo con éstos se alcance el *quórum* requerido, sino que habrá que esperar a que los ausentes, una vez notificados y en el plazo de treinta días, manifiesten su negativa al acuerdo o no contesten, quedando vinculados entonces por aquel⁶⁰.

En todo caso, del cómputo de los votos de los propietarios presentes en la Junta ha de resultar, cuando menos, una decisión favorable al acuerdo, atendido el *quórum* general de asistencia a las Juntas previsto en el artículo 16.2.3 LPH., aunque inicialmente no se alcance la mayoría requerida, y sólo cuando ello sea así podrá intentar alcanzarse las mayorías exigidas por el artículo 17, hasta llegar a los 3/5 de propietarios y cuotas, mediante la notificación a los ausentes para ir aumentando las adhesiones⁶¹.

58 En cualquier caso, los propietarios que no estén al corriente de sus obligaciones no tendrán derecho de voto; de no entenderlo así, y como acertadamente señala FERNÁNDEZ AREVALO (en "Gastos de instalación o sustitución de ascensores en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal. A propósito de la SAP. de Asturias 354/2004, de 16 de septiembre", cit.; pág. 348), "los titulares morosos ausentes serían de mejor condición que los asistentes a la Junta".

59 Lo que no sería posible, en ningún caso, si no se alcanzasen las mayorías requeridas el artículo 17.1 para la válida adopción del acuerdo, sería el recurrir al juicio de equidad previsto en el artículo 17.3, aplicable sólo para el caso de acuerdos que hayan de adoptarse por mayoría simple y que no cuenten con una previsión expresa al respecto; en aquellos acuerdos, y en segunda convocatoria, la mayoría podrá obtenerse sólo computando los propietarios asistentes a la Junta, mientras que en éstos será necesario obtenerlo en todo caso sobre la totalidad de los propietarios, presentes o ausentes, computando el voto de los ausentes como hemos visto.

60 La posibilidad de adoptar el acuerdo de instalación del ascensor computando para ello el voto presunto de los ausentes la admite expresamente la SAP. de Asturias de 16 de septiembre de 2004 (Ar. 292800, 2004), que en el caso de autos estima que la doble mayoría requerida fue observada "computando, tal y como establece el apartado cuarto de dicha norma 1^a del art. 17, los propietarios ausentes que no manifestaron su discrepancia una vez informados del acuerdo, según se justificó documentalmente en los autos y no fue discutido por el demandante".

61 LOSCERTALES FUENTES (en *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones. I Comentarios y Jurisprudencia*, cit.; pág. 248) va más allá, y aún reconociendo que se trata de un tema controvertido que sin duda provocará resoluciones judiciales encontradas, rechaza la posibilidad de que se pueda tomar un acuerdo sin alcanzar el *quórum* de las 3/5 partes entre los asistentes, quedando a la espera de la contestación de los ausentes, y ello por entender que "los acuerdos deben reunir los requisitos en el momento de la Propia Junta, que luego serán o no ratificados, cuando proceda, por los ausentes, pero éstos nunca pueden crear un acuerdo que no tuvo la mayoría cualificada entre los presentes".

Así, será suficiente que concurra el voto favorable de la mayoría de propietarios y de coeficientes de los presentes para que pueda ponerse en funcionamiento el sistema de obtención del voto presunto⁶². La postura contraria no nos parece razonable, por cuanto, a nuestro modo de ver, supondría una clara tergiversación de la voluntad comunitaria, una actitud fraudulenta respecto a lo acordado en su máximo órgano decisorio, y que dejaría en mejor lugar la posición de aquellos que no asistieron a la Junta, por encima de la manifestada por los que sí estuvieron presentes⁶³; sin duda, la finalidad del sistema de voto presunto ha de ser necesariamente distinta de la apuntada⁶⁴.

Finalmente, y respecto a la forma de adopción del acuerdo, señalar que, como no podría ser de otro modo, tendrán plena validez los votos por representación, cuando hayan sido emitidos con la observancia de las necesarias exigencias legales, y así lo ha admitido también la jurisprudencia de nuestros Tribunales⁶⁵. Pero en el ámbito de la representación alguna especificidad contempla al respecto el artículo 15.1 LPH. en relación con la representación ostentada por los usufructuarios respecto del derecho de voto del nudo propietario, representación que aquel ostenta salvo manifestación en contrario, y salvo cuando se trate de los acuerdos a que se refiere la regla primera del artículo 17 o de obras extraordinarias o de mejora, en cuyo caso la delegación habrá de ser expresa.

Por ello la voluntad comunitaria ha de entenderse formada con el voto favorable de todos los propietarios que expresa o tácitamente, firmando posteriormente, aceptaron el acuerdo sobre la instalación del ascensor, reuniendo así las mayorías necesarias previstas en el art. 17 LPH.

Adoptado válidamente el acuerdo al amparo del artículo 17.1, habiéndose obtenido las mayorías previstas en el mismo, computadas como hemos señalado, lo acordado obligará entonces a todos los propietarios, incluidos los disidentes⁶⁶ que, ya sea porque

62 En este sentido, *vid.* CARRASCO PERERA (en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, cit.; pág. 536), según el cual “la junta estará bien constituida en primera convocatoria si asisten la mayoría de propietarios que representen la mayoría de cuotas de la comunidad (art. 16.2.II), si hay *quórum*, se vota el acuerdo, y si se obtiene la mayoría de votos de los asistentes, se procede a requerir el voto presunto de los ausentes; si no se obtiene esta mayoría de voto, no existe segunda convocatoria para intentarlo de nuevo. Si no hay *quórum* de primera convocatoria, cabe una segunda convocatoria, sin exigencia de asistencia determinada; cuando se obtiene en esta nueva convocatoria la mayoría de asistentes y de cuotas, se pone en marcha el sistema de obtención de voto presunto, para que con él puedan obtenerse los sufragios correspondientes a 3/5 del total de propietarios y de cuotas o la mayoría absoluta de propietarios y de cuotas, según el tipo de acuerdo”.

63 Respecto a éstos, cabría apuntar aún que tampoco creemos que las abstenciones hayan de computarse como votos favorables al acuerdo: estos propietarios presentes que se abstienen no pueden ser tratados igual que los ausentes, y su cuota de participación se tendrá en consideración de manera negativa para la obtención de la especial mayoría requerida.

64 Así, el sistema de voto presunto perderá también su virtualidad cuando se trate de obtener por esta vía el de aquel propietario del que la Ley exija su consentimiento expreso, o cuando la decisión comunitaria exceda el límite de la competencia decisoria de la junta por afectar a la condición de comunero en los elementos comunes o al derecho de propiedad privativo de alguno de los condóminos (lo que acontece con relativa frecuencia en los supuestos de instalación *ex novo* de ascensores), en cuyo caso será necesario siempre contar con su consentimiento expreso.

65 En este sentido, *vid.* la SAP. de Álava de 31 de julio de 2001 (AC. 455, 2002), que admite implícitamente aquella posibilidad cuando proclama que en el caso de autos “la validez de los acuerdos adoptados en la referida junta de propietarios resulta materialmente ajustada a derecho conforme a lo razonado en la sentencia de instancia, por cuanto la asistencia por representación puede ser justificada mediante un escrito firmado por el propietario, art. 15.1 LPH, pero nada impide la validez de una representación otorgada verbalmente si en el acto de la junta ningún propietario se opone. Representación que en cualquier caso y en cuanto a la materialidad de los acuerdos puede ser subsanada y convalidado el consentimiento mediante el procedimiento de firma posterior personal del interesado que debe interpretarse como aceptación favorable del acuerdo conforme al párrafo cuarto del art. 17.1º LPH.”.

66 Y sin perjuicio de las modulaciones que respecto de esta obligación de contribuir al pago de los gastos generados por la instalación del ascensor que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, puede decidir la Junta mediante el establecimiento de cláusulas de exención o exoneración de pago y de alteración del régimen de contribución en atención a las cuotas de participación, cuestiones estas de las que vamos a ocuparnos a continuación.

no van a hacer uso del servicio o por otro cualquier otro motivo, hayan votado en contra del mismo. A estos sólo les queda, si consideran que no se han observado las necesarias prescripciones legales, es decir, que a pesar de no haberse alcanzado la mayoría cualificada necesaria se ha adoptado el acuerdo y pretende hacerse valer frente a todos, la vía impugnatoria, impugnación que ha de ejercitarse en el plazo de tres meses, a contar desde el momento de adoptarse el acuerdo por la Junta de Propietarios (o desde la comunicación del acuerdo, en el caso de los ausentes), siendo necesario solicitar con la impugnación la suspensión de la ejecutividad del acuerdo para evitar perjuicios mayores, puesto que aquella suspensión no se produce de manera automática (*ex* artículo 18.4 LPH.). Asimismo, el disidente ha de encontrarse al corriente en el pago de las derramas acordadas pues, en caso contrario, carecerá de legitimación para el ejercicio de la correspondiente acción de impugnación de los acuerdos comunitarios (artículo 18.2 LPH.).

En la medida en que se trata de acuerdos anulables, y no nulos de pleno derecho, cabrá en todo caso la subsanación del defecto que la no obtención de las mayorías necesarias supone por consentimiento posterior del disidente o disidentes o por transcurso del plazo de ejercicio de la acción de impugnación, provocando su caducidad.

b) Viabilidad técnica de la instalación: posible afectación de elementos comunes o privativos.

Expuesta brevemente la forma de adopción del acuerdo, es necesario señalar a continuación que para la instalación del ascensor en edificios que no contasen inicialmente con este servicio aquella ha de resultar técnicamente posible, mediante la utilización y aprovechamiento de elementos comunes, no privativos. Pero si bien la anterior constituye la regla general, sin embargo, ello no quiere decir que en determinados supuestos aquellos elementos privativos no puedan, en alguna medida, verse afectados, y es la propia LPH. la que, admitiendo expresamente esta posibilidad, articula los cauces adecuados conforme a los que se ha de proceder es estos supuestos.

1.- Elementos comunes.

No cabe duda de que, si bien habrán de examinarse las diversas soluciones técnicas propuestas en cada caso, optando por aquella en la que, sin ser lesiva para los intereses de la comunidad, el lugar y forma de instalación del ascensor resulte más acorde al objeto pretendido y, al mismo tiempo, menos perjudicial para el conjunto de copropietarios⁶⁷, sin embargo al colocar por primera vez un ascensor va a existir la necesidad de ocupar un espacio que antes era común, y que tenía un destino diferente, pudiendo incluso tener atribuido un uso privativo. Así, no es poco frecuente en la práctica que la instalación del ascensor deba colocarse en el patio de luces, con la conse-

⁶⁷ Así, por ejemplo, en el supuesto resuelto por la SAP. de Baleares de 6 de octubre de 2004 (*Ar.* 304134, 2004), sobre si la instalación del ascensor en el lugar y forma acordados por la Junta debía de ser consentido por el propietario reclamante, que defendía la existencia de un derecho de luces y vistas a su favor, por considerar la instalación del ascensor un menoscabo o privación de dicho derecho y entender, asimismo, que existía otra posibilidad técnica para dicha instalación, se admite la viabilidad de la instalación del ascensor en la fachada del edificio, al comprobar, a lo largo del procedimiento, que “ha quedado acreditado que la instalación del ascensor en el patio de luces no resulta posible, por cuanto, de instalarse en dicho lugar, o bien no todas las viviendas del edificio tendrían acceso al ascensor, o bien el acceso tendría que realizarse por el lavadero y la cocina de cada piso, habilitando un paso desde la calle Aragón por el lateral del edificio. Y en cuanto a la instalación en el hueco de la escalera interior, pese a ser técnicamente posible y tener un coste prácticamente igual, es mucho menos acertada que la exterior, por cuanto supondría la instalación de una cabina con un espacio interior habitable muy reducido que limitaría muchas de las capacidades de utilización de un ascensor, privándole así de buena parte de su utilidad”.

Así, el referido fallo estima finalmente “que en el supuesto de autos la solución más procedente o conforme a derecho es mantener la validez del acuerdo de instalación del ascensor en el exterior, con la obligación de la Comunidad de indemnizar los daños y perjuicios que se originarán al actor por la pérdida de luces y vistas que sufrirá su piso, a concretar o determinar, tales perjuicios, en la forma indicada en la sentencia apelada”.

cuencia de pérdida para varios propietarios de luces sobre dicho patio y para el propietario del piso inferior la pérdida del uso total o parcial del mismo, en el caso de que lo tuviera atribuido.

No obstante, la admisión de la eficacia del acuerdo cuando aquel pueda afectar a elementos comunes está fuera de toda duda, y la respuesta afirmativa deriva de la propia Ley, que tanto en el párrafo segundo como en el tercero del n° 1 del artículo 17 emplea la expresión «incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo o de los estatutos», por lo que no cabe duda de que, en atención a la importancia que esos servicios tienen para la vida ordinaria de los ocupantes de los departamentos, se permite la alteración de los elementos comunes, en tanto que resulta obligada por la instalación del ascensor⁶⁸, lo que el propietario afectado estará obligado a soportar, necesariamente, en aras a la consecución de la función social de la propiedad.

Pero la mención a la función social de la propiedad en modo alguno puede suponer que al amparo de este principio fundamental, constitucionalmente consagrado, deba constreñirse a quien soporta un perjuicio en su propiedad dimanente, a su vez, de la obtención de un beneficio por parte del colectivo en el que se integra, a no ser resarcido del mismo conforme a los principios y criterios legalmente establecidos⁶⁹. Pues bien, en el ámbito de las comunidades de propietarios sometidas al régimen de Propiedad Horizontal aquellos principios y criterios a los que venimos de referirnos tienen acogida en el artículo 9 LPH., que en su letra c) contempla entre las obligaciones que debe asumir cada propietario la 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 artículo 17*, si bien acto seguido se prevé expresamente el derecho del propietario afectado a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados.

Así, la existencia de un perjuicio evidente merece, en todo caso, un reconocimiento por vía indemnizatoria, al preverlo así expresamente el referido artículo 9 LPH., en relación con el artículo 396 Cc.⁷⁰ Y así lo ha venido proclamando también de manera reiterada la jurisprudencia, que mantiene, con carácter general, que cuando la instalación del ascensor suponga la ocupación de elementos comunes cuyo uso privativo tuviese atribuido algún copropietario habrá que proceder entonces al establecimiento de las correspondientes compensaciones económicas que cubran los daños y perjuicios ocasionados por aquella ocupación, y lo mismo cabrá sostener cuando de cualquier otro modo se lesionen los derechos de alguno de los copropietarios del inmueble afectado⁷¹.

68 Vid. SAP. de Asturias de 16 de diciembre de 2004 (Ar. 34161, 2005).

69 Vid. SAP. de Valladolid de 8 de marzo de 2005 (Ar. 90304, 2005).

70 Y todo ello habría que ponerlo en relación aún con el artículo 11.3 LPH., a cuyo tenor “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”.

71 Ejemplos de ocupación de elementos comunes de uso privativo podemos encontrarlos en la SAP. de Asturias de 18 de junio de 2002 (Ar. 251532, 2002), en la que se plantea un supuesto en el que se priva a un copropietario el uso de unas carboneras, o en la SAP. de Barcelona de 9 de diciembre de 2003 (Ar. 29531, 2004), que partiendo de la premisa de que los acuerdos de instalación del ascensor hayan sido adoptados, con las mayorías que para ello prevé el artículo 17 de la LPH., y no constando que fueran impugnados en forma judicialmente, aplicable a este supuesto, señala que “según el artículo 9. 1 a) y c) los titulares de los pisos entresuelo demandados están obligados a permitir a la comunidad actora a efectuar las obras de instalación del ascensor aunque para ello sea preciso incluso entrar en sus viviendas y privarles del hasta entonces uso tolerado de los patios de luces donde dichos demandados tienen instalaciones privativas y colocados objetos de su propiedad con la tolerancia de la comunidad y que para la instalación del ascensor deberán suprimir o adecuar para que sea posible la primera. Ello siempre con respeto del derecho que a los titulares de las viviendas afectadas, aquí demandados, les corresponda de ser indemnizados de los daños y perjuicios que por tal causa se les ocasione tal y como establece el artículo 9LPH. En consecuencia procederá la

Lo justo sería, entonces, que aquellos propietarios que resulten perjudicados por la instalación sean compensados por ello, pues sería injusto que mientras que unos sólo obtendrían beneficios con el establecimiento del nuevo servicio, otros debieran asumir sin más aquellos perjuicios, y ello aunque también pudieran beneficiarse del ascensor, de su uso.

2.- Elementos privativos.

Pero una cosa es que de la instalación del ascensor puedan derivarse daños o perjuicios, de diversa índole, para uno o varios copropietarios, que verán de este modo afectado su derecho de propiedad (ya sea por una pérdida importante de luces y vistas de las que venía disfrutando, porque se vea obligado a soportar un mayor nivel de ruido o incluso porque haya de verse privado del uso privativo que viniese haciendo de algún elemento común, en cuyo caso se procederá, de la manera en que acabamos de señalar, a fijar la correspondiente indemnización), y otra muy distinta que aquella instalación afecte en tal medida a su derecho de propiedad que el afectado se vea privado de parte de su local: ¿es ello posible?; y de ser así, ¿cuál sería entonces la correcta forma de proceder en estos supuestos?

Por lo que respecta a la afectación de elementos privativos la cuestión es más compleja que cuando nos referíamos a los elementos comunes, ya que si bien no existe duda sobre la no afectación con respecto a bienes de terceros ajenos a la Comunidad (y así el acuerdo de ésta de ubicar el ascensor ocupando parte del solar contiguo resulta obvio que no impide a su dueño ejercitar las correspondientes acciones en defensa de su derecho), sin embargo, la cuestión es más compleja cuando el espacio que se quiere ocupar pertenece a un propietario.

Ya vimos como el artículo 9.1 letra c) impone a los copropietarios la obligación de consentir las servidumbres sobre bienes privativos imprescindibles para la creación de servicios comunes de interés general. No obstante, creemos que ello no puede implicar en ningún caso ni la expropiación ni la inutilidad del local privativo, sino que habrá de tratarse de una afectación parcial del mismo, pues la opción contraria va más allá de la literalidad del precepto.

Y será necesario coordinar en todo caso ambos intereses: por un lado, el de la comunidad en su conjunto, para la que, como veremos, que la instalación de un ascensor es una innovación requerida para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble de acuerdo con los principios de solidaridad entre los comuneros y el carácter necesario, y no de mejora superflua, del servicio de ascensores, atendiendo a la realidad social en el que han de aplicarse las normas, y por otro, la del comunero afectado, para quien el acuerdo adoptado suponga un grave perjuicio por verse privado, en virtud de aquel, de parte de su propiedad o, cuando menos, del uso de la misma. En aras

confirmación de la pretensión de la actora relativa a la obligación de los demandados de permitir el acceso a los patios y la instalación así como el desalojo de los patios de elementos privativos que obstaculicen la utilización del patio por los vecinos para llevar a cabo la instalación del ascensor, si bien añadiendo al pronunciamiento del Juzgado a quo en este sentido, que ello será sin perjuicio del derecho de los titulares de los pisos afectados a ser indemnizados de los daños y perjuicios que se les irrogue con la instalación”.

Por su parte, la SAP. de Valladolid de 8 de marzo de 2005 (*Ar.* 90304, 2005), en un supuesto en el que la el Juez de Primera Instancia había apreciado que “con la instalación del ascensor en el patio de luces del edificio, la vivienda propiedad de los actores se ha visto notablemente perjudicada al producirse una pérdida de la luminosidad que se obtiene del referido patio en aproximadamente un setenta por ciento (70%), mientras que la pérdida de vistas a través del patio de luces resulta escasamente relevante y no afectada la posibilidad de ventilación o aireación de la vivienda”, entiende que ello “supone un perjuicio evidente al afectar a la luminosidad de la vivienda y siquiera mínimamente a las vistas de la misma, que merece un reconocimiento por vía indemnizatoria, al preverlo así el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal en relación con el artículo 396 del Código Civil”.

a la consecución de este equilibrio, la afectación del local habrá de suponer una menor merma en derechos en relación con el ámbito solidario de incidencia en la calidad de vida comunitaria, y de mejora del inmueble⁷².

Siendo ello así, la imposición de una servidumbre como gravámen, en los términos necesarios a la acomodación del ascensor, y que implique por lo tanto la ocupación de una parte de los elementos privativos, no es en absoluto un despropósito⁷³, y la oposición sin más del propietario supondría un supuesto claro de abuso de derecho⁷⁴. Pero precisamente el hecho de esa afectación y la necesidad de un acto depositivo para transmitir la propiedad (*ex art. 609 del Código Civil*) requiere una manifestación de voluntad expresa que revele el consentimiento, consentimiento que la Ley de Propiedad Horizontal, además, exige en el art. 8 en relación con los propietarios cuya propiedad privativa se vea afectada. Además, (no podría ser de otro modo) la transmisión de parte de los elementos privativos requieren de la correspondiente contrapartida equivalente, cuestión que igualmente es objeto del consentimiento expreso de las partes.

La situación es análoga a la que se produce en la constitución de la servidumbre forzosa de paso (a que se refieren los artículos 564, y 569 Cc.), y que se resuelve mediante el pago de una indemnización⁷⁵. Y objeto de aquella indemnización habrán de ser la totalidad de los perjuicios que se ocasionen por la instalación del ascensor, tanto los de carácter permanente, por la afectación del volumen del local,

72 Es decir, “desde el punto de vista técnico, no se trata de imponer una solución técnica en forma abusiva en detrimento de otras posibilidades técnicas viables, lo que se obtiene del procedimiento es la existencia de unas barreras arquitectónicas que deben ser suprimidas y cuya forma lógica y viable ha sido expuesta desde un punto de vista técnico pericial que en una apreciación dentro de parámetros de sana crítica llevan a la conclusión de que la opción mas viable es la propiciada por la Comunidad” (*vid. SAP. de Vizcaya de 30 de marzo de 2005, Ar. 201054, 2005*).

En contra, la SAP. de Madrid de 30 de junio de 2000 (*Ar. 216383, 2000*), que deniega la instalación por afectar a la habitabilidad de las habitaciones, en concreto a la luz que reciben las mismas, al pretender instalar el ascensor en el patio de luces.

73 Favorable a la imposición de este tipo de servidumbres se manifiesta la SAP. de Vizcaya de 21 de octubre de 2004 (*Ar. 17639, 2005*), según la cual el artículo 551 del Código Civil “señala, cierto es, que «las servidumbres que impone la Ley en interés de los particulares, o por causa de utilidad privada, se regirán por las disposiciones del presente título», pero el precepto también añade, acto seguido, que ello lo es: «sin perjuicio de lo que dispongan las Leyes, reglamentos y ordenanzas generales o locales sobre policía urbana y rural», siendo así, por lo que ahora interesa, que la Ley de Propiedad Horizontal en su artículo 9.1 c) establece como obligación de cada propietario la de permitir en su vivienda o local las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el artículo 17, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados».

En el caso de autos, ha quedado acreditado que la instalación del ascensor, y ante la existencia, como ya se ha dicho, de personas discapacitadas o mayores de edad, es el único sistema que permite eliminar las barreras arquitectónicas del inmueble y, por tanto, debe considerarse un elemento imprescindible para la habitabilidad del inmueble, y de la prueba pericial aportada y manifestaciones del autor del informe se acredita que la instalación del foso colgado en la lonja en cuestión, por demás, propiedad de la actora, con lo que no se entiende el alegato de no haber sido traído el afectado en cuestión del local, es imprescindible para que el inmueble cumpla su finalidad situando el acceso en el portal a cota 0 y, por demás, corroborado por el hecho, como bien se apunta de las idénticas características de los portales en los que se ha llevado a cabo la instalación ya de ascensor, n.ºs. NUM005, NUM004 y NUM000, por ello, y atendiendo a que la instalación afectaría a la lonja propiedad de la actora no sería sino en el techo de la misma, por lo que la altura mínima una vez instalado el ascensor y solo en la superficie donde se ubique el foso sería de 2,08 m., altura que garantiza la actividad a desplegar en la lonja, resulta acreditado como única vía para el acceso a las viviendas, que de no ser así y no llevarse a cabo tal instalación del foso, no se podría instalar a cota de portal”.

74 SAP. de A Coruña de 19 de noviembre de 2002 (*RXG. 37, 263*).

75 Al fin y al cabo la situación contemplada en el artículo 9.1 c) de la Ley de Propiedad Horizontal no difiere de la que se produce en la servidumbre de paso y su solución responde a los mismos fundamentos y finalidad.

como los de carácter temporal, por la inutilización o perturbación del mismo mientras duren las obras⁷⁶.

c) ¿Quién ha de afrontar el pago de los gastos de instalación del ascensor?

En cuanto a la determinación de la eficacia vinculante del acuerdo, válidamente adoptado, de instalación del ascensor, se plantean al respecto numerosas cuestiones, pero quizás la principal de todas ellas sea aquella relativa a quién habrá de pagar las correspondientes derramas que traigan como causa aquella instalación, precisando si habrán de hacerlo todos los comuneros o sólo los que hubiesen manifestado su voluntad favorable al acuerdo y vayan a hacer uso del nuevo servicio; y, de inclinarnos por la primera opción, será aún necesario determinar si la Comunidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que tiene atribuida, puede acordar libremente la exención de pago de determinados propietarios, o alterar el régimen de contribución conforme a los coeficientes de participación que la Ley impone como regla general, acordando que el porcentaje en que cada propietario haya de contribuir se disocie de la cuota.

Y si bien la cuestión no está definitivamente resuelta ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, la respuesta que haya de darse a aquellas cuestiones dependerá, en gran medida, de la determinación de la naturaleza del servicio de ascensor, es decir, de su consideración como obra necesaria o como simple mejora. Evidentemente, existe unanimidad a la hora de considerar que en la actualidad un ascensor es un elemento que tiende a facilitar, en gran medida, las condiciones de vida de los vecinos, pero ¿puede considerarse una mejora necesaria? Llegados a este punto, es importante tener en consideración lo que la jurisprudencia estima al respecto.

1.- Naturaleza de las obras.

La determinación de la calificación jurídica que haya de predicarse de la instalación del ascensor no es, ni mucho menos, una cuestión baladí, pues de ello dependerá que exista obligación de todos los copropietarios de contribuir al gasto, conforme a sus cuotas, si entendemos que se trata de una mejora necesaria para la adecuada conservación o habitabilidad del edificio, o que, por el contrario, resulte de aplicación el régimen del artículo 11 LPH., por tratarse de una mejora no exigible, lo que permitiría a los disidentes evitar el pago, aún cuando no pudiera ser privado del uso, cuando aquel excediese del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes.

En este punto, y si bien no existe al respecto unanimidad absoluta, la jurisprudencia se muestra mayoritariamente favorable a la consideración de la instalación del ascensor como una obra necesaria, un servicio de interés general, y no un gasto meramente suntuario, carácter necesario que se muestra de manera especialmente significativa en el caso de edificios de más de tres plantas⁷⁷, o cuando en el inmueble viven personas discapacitadas o de edad avanzada⁷⁸ (supuesto al que ya hemos tenido ocasión de referirnos expresamente).

⁷⁶ En cuanto a los primeros se estará al valor del volumen afectado, con la particularidad de que no podrá excederse de la cantidad de 6.058,55 euros, que es la más económica de las dos contenidas en el informe aportado por los demandados con su contestación y sin que el dictamen del perito que actúe en ejecución deba ceñirse necesariamente a las magnitudes señaladas en dicho informe, debiendo seguir sus propios criterios y mediciones.

Por lo que respecta a los segundos, la valoración se hará a tanto por día de duración de la obra, teniendo en cuenta la afección, total o parcial, del negocio para lo que los demandados deberán facilitar al perito los datos relativos a su explotación necesarios para su labor.

Vid. en este sentido la SAP. de Barcelona de 31 de diciembre de 2003 (*Ar.* 52382, 2004).

⁷⁷ SAP. de Madrid de 16 de noviembre de 2004 (*Ar.* 15741, 2005), o también SAP. de Asturias de 18 de junio de 2002, entre otras.

⁷⁸ SAP. de Vizcaya de 30 de octubre de 2002 (*Ar.* 23919, 2003), o también, de la misma Audiencia, la de 30 de marzo de 2005 (*Ar.* 201054, 2005), entre otras.

Así, el ascensor por definición en la concepción moderna de la vida es tenido como un elemento que mejora la calidad de vida de las personas, y desde esta perspectiva es más razonable pensar que serán mayores los beneficios que los perjuicios que reportará a la comunidad, beneficios que se manifestarán, de manera principal, en aquella mejora de la calidad de vida, pero también incluso en el plano económico, por generar una mayor valoración económica del inmueble, así como de las diferentes unidades privativas que lo integran. Por lo tanto, la instalación del ascensor en ningún caso, atendida la actual realidad social, como un elemento supérfluo⁷⁹.

2.- Distribución del gasto.

Consecuencia directa de lo anterior es la afirmación de que todos los copropietarios han de hacer frente a los gastos que las obras generen; así, adoptado válidamente el acuerdo, todos los propietarios, incluídos los disidentes, vendrán obligados a su cumplimiento, es decir, a costear la instalación del ascensor.

Y aquella obligación se deriva, además, de manera directa de lo prescrito por el artículo 17.1º *in fine* LPH., que la contempla expresamente cuando señala que “los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios”⁸⁰, tras calificar esa instalación como de «interés general»⁸¹, sin excluir del gasto a los propietarios disidentes, cuando en el párrafo siguiente, el 2º sí contempla la excusa de pago a los disidentes en relación con otras instalaciones. Por tanto, no se hace necesario el recurso al art. 11 de la misma⁸², pues la instalación de ascensor, conforme a ese interés general, tasado en la norma, afecta a la adecuada habitabilidad del edificio y por tanto la obligatoriedad del acuerdo alcanza a los disidentes en el aspecto pasivo de la obligación de contribuir a los gastos generados por la instalación y su posterior mantenimiento⁸³.

79 Señala la SAP. de Valladolid de 30 de junio de 2005 (Ar. 203065, 2005) que “a mayor abundamiento hemos de señalar que la instalación del ascensor lleva consigo de ordinario la revalorización del inmueble en su conjunto, pues en ocasiones la compra y venta de cualquiera de los locales del edificio puede venir asociada a la de una vivienda y la existencia del ascensor aprovechará a la finca considerada como una unidad que no puede desmembrarse, en lo que se refiere a los elementos comunes, de la misma forma que cada uno de los elementos privativos constituidos por viviendas y locales”.

80 Si bien algún sector doctrinal entiende que la aplicación de esta cláusula se refiere sólo a los acuerdos adoptados para la eliminación de barreras arquitectónicas, sin embargo, creemos que no puede esgrimirse válidamente ninguna razón que nos lleve a pensar que ello haya de ser así, excluyendo de aquella obligatoriedad el resto de acuerdos a los que se refiere el mencionado artículo 17.1º LPH.

Así, por ejemplo, lo entiende la SAP. de Valladolid de 30 de junio de 2005 (Ar. 203065, 2005).

81 Especialmente significativa en este punto, por venir a condensar, de alguna manera, la jurisprudencia anterior, resulta la SAP. de Zaragoza de 20 de junio de 2004 (Ar. 243674, 2004). A tenor de la misma, y a pesar de que no existía aún un criterio jurisprudencial perfectamente establecido, considera que “no obstante predominaban las Sentencias que consideran que tales obras debían ser entendidas como necesarias a aquellos fines, y así se citaban las de las Audiencias de Salamanca de 20 de julio de 2000, y de Zaragoza, Sección 4ª, de 10 de noviembre de 1998, aun cuando ciertamente también se recogían otras de sentido contrario, pero, en fechas más recientes, es casi unánime aquellas que obligan a todos los propietarios a contribuir al pago de estos gastos, salvedad hecha que estuvieran expresamente dispensados por las reglas estatutarias, argumentándose en la mayoría de ellas que, aun cuando en verdad los titulares de los expresados pisos no se sirvan del ascensor, su instalación revaloriza el edificio y con ello se incrementa también el precio de los respectivos pisos o locales”.

82 Salvo en aquellos supuestos en los que la instalación del ascensor se haya acordado al amparo de este precepto, por no haberse alcanzado la mayoría cualificada prevista en el artículo 17.1º.

No obstante, la aplicación del artículo 11 presentará en ocasiones dificultades en el caso de los ascensores, pues aunque conforme a este precepto el disidente no queda obligado aparece el problema del uso por parte de él del ascensor, uso del que a veces es posible privarle, como en el supuesto que recoge la SAP. de Ciudad real de 15 de junio de 2000 (Ar. 283434, 2000), suprimiendo el botón de parada en el piso que corresponda.

83 En este sentido, precisa la SAP. de Barcelona de 9 de diciembre de 2003 (Ar. 29531, 2004) que mientras “el artículo 11 de la LPH mantiene en esencia el mismo redactado que el anterior artículo 10 por

Además, y en la medida en que se trata de la creación de un nuevo elemento o, para ser más precisos, de un nuevo servicio común, habrán de hacer frente también al gasto los disidentes que hayan mostrado su oposición al acuerdo alegando la falta de uso del servicio, generalmente los propietarios de los bajos o locales o de los garajes sin acceso directo al edificio y de los pisos de las plantas bajas (semisótanos o primeros)⁸⁴, pues la no utilización en modo alguno exime de la contribución al gasto, por las razones ya señaladas de la clara naturaleza de obra necesaria de la instalación del servicio de ascensor⁸⁵. Y ello será así siempre, salvedad hecha que estuvieran expresamente dispensados por las reglas estatutarias o acuerdo expreso de la Comunidad de propietarios eximiendo del gasto.

3.- Forma de contribución: las cláusulas de exoneración.

Adoptado válidamente el acuerdo, y proclamada legalmente su eficacia vinculante para todos los propietarios, queda aún por referir otra cuestión con importantes repercusiones prácticas, cual es la relativa a la proporción en que aquella obligación de contribuir haya de hacerse efectiva, y a la posibilidad o no de adoptar acuerdos que, de alguna manera, vengán a suponer una modalización de aquella obligación primigénea⁸⁶.

Inicialmente, y a falta de previsión especial alguna al respecto, deviene de aplicación la norma general que establece el artículo 9.1.e) LPH., que establece la contribución en los a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización de manera proporcional a la cuota de participación fijada en el título. No obstante, debe recordarse como el referido precepto establece que la obligación de contribuir pueda establecerse también con arreglo « a lo especialmente establecido», autorizando de esta manera a establecer un régimen de distribución de gastos distinto y al margen de las cuotas de participación establecidas en el título constitutivo o en los estatutos, lo que

lo que seguimos hallándonos ante un concepto jurídico indeterminado en lo relativo a que entender por <<innovaciones no exigibles>> que requerirá una valoración individualizada en cada caso”, sin embargo, “en el supuesto concreto de la instalación de ascensores y todos aquellos recogidos expresa y especialmente en el artículo 17.1, el citado precepto dispone imperativamente en el último párrafo de dicho apartado primero que -los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios-, de lo que se ha de colegir necesariamente que estas instalaciones no pueden estimarse como innovaciones innecesarias sometidas por tanto al régimen del artículo 11, sino que tienen en la Ley un tratamiento especial e individualizado según el cual para su adopción se exige una mayoría especial de votos y partícipes y una vez validado el acuerdo obliga a todos los propietarios, sin que se establezca en esta norma específica excepción alguna, por lo que no puede serle de aplicación la genérica del artículo 11 prevista, precisamente para innovaciones innecesarias no definidas, no siendo una de ellas como se ha señalado la instalación de ascensor en una finca que, por otra parte, mejora la habitabilidad del inmueble por mejorar con ello la calidad de vida de todos sus habitantes”.

84 Así, SAP. de Barcelona de 9 de diciembre de 2003 (Ar. 29531, 2004), SAP. de Álava de 8 de marzo de 2001 (AC. 784, 2001), o SAP. de Madrid de 16 de diciembre de 2004 (Ar. 15741, 2004), según la cual “para la instalación de este elemento, el legislador ha decidido que, cuando se reúnan las mayorías necesarias, todos los propietarios, aún votando en contra, están obligados a contribuir a su instalación”, atendidas las actuales circunstancias sociales.

También la SAP. de Girona de 28 de junio de 2004 (Ar. 1436, 2004) entiende que “todos los propietarios, incluso los de los locales que no utilicen el ascensor, están obligados a la contribución por el gasto de la instalación”.

85 Y ello precisamente, como señala la SAP. de Guadalajara de 21 de julio de 2004 (AC. 1391, 2004), porque “no cabe cuestionarse en los tiempos presentes que el ascensor redunda en beneficio de todos los copropietarios, cualquiera que sea la ubicación de sus locales o viviendas, que revaloriza el inmueble en su conjunto, de todo lo cual se desprende, conforme al artículo 17.1 de la norma que comentamos, que los gastos que derivan de su instalación han de ser sufragados por todos los comuneros, incluyendo a aquellos titulares de locales sin acceso al edificio”.

86 Optando, por ejemplo, por un criterio de proporcionalidad según el beneficio, que podría fijarse en función de la altura de cada piso.

permite, en determinados casos y en relación a determinados servicios comunes, la posibilidad de modificar el coeficiente por encima o por debajo de los inicialmente establecidos, en función, por ejemplo, del mayor o menor uso que por cada uno de los propietarios se haga de un servicio común concreto, e incluso establecer exclusiones a favor de alguno o algunos de los propietarios.

Tal alteración de la cuota supondrá por tanto una modificación estatutaria que requerirá aprobación de la Junta de Propietarios, en los términos señalados en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal. Pero, ¿a qué régimen de mayorías, de los previstos en el referido precepto, habrán de someterse estos acuerdos estatutarios para que pueda entenderse que los mismos han sido válidamente adoptados y despliegan, consecuentemente, toda su eficacia?

Se trata de una cuestión esencialmente jurídica, que se refiere a si la regla establecida en el artículo 17.1ª párrafo segundo sobre el establecimiento o supresión de determinados servicios, entre otros el de ascensor, es también de aplicación para la determinación de la contribución a dicha instalación o si, por el contrario, es precisa la unanimidad cuando se modifica el sistema de contribución establecido en el título constitutivo o en los estatutos.

La jurisprudencia mayoritaria parece pronunciarse a favor de la exigencia de la unanimidad para la adopción de este tipo de acuerdos, por entender que resulta distinto el régimen de mayorías preciso para adoptar la decisión de instalación de ascensor en un inmueble, que el artículo 17 de la LPH. determina en un voto favorable de las tres quintas partes del total de propietarios que a su vez representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, del que es necesario para alterar el criterio general establecido en la propia LPH. (artículo 9), para fijar la contribución de cada copropietario al gasto de la nueva de instalación, que como afectante al título constitutivo debería adoptarse por unanimidad y no atendiendo al mismo régimen de mayorías que establece la Ley para adoptar el acuerdo de instalación⁸⁷. Así, adoptado con la mayoría legalmente prevista el acuerdo de instalación del ascensor, para alterar el abono proporcional a sus cuotas de participación por los propietarios no cabría otra posibilidad más que el acuerdo unánime⁸⁸.

87 *Vid.* SAP. de Guipúzcoa de 24 de mayo de 2004 (*Ar.* 289147, 2004), SAP. de Valladolid de 28 de abril de 2005 (*Ar.* 113559, 2005), SAP. de Guadalajara de 21 de julio de 2004 (*AC.* 1391, 2004) o SAP. de Valladolid de 30 de junio de 2005 (*Ar.* 203065, 2005), siendo especialmente significativa esta última, que recuerda cómo “toda la regulación de la Ley de Propiedad Horizontal, se decanta, sobre la técnica de distribución de las cargas y gastos de la Comunidad, en el criterio de proporcionalidad, según las asignadas, en el Título Constitutivo, cuotas de participación de cada piso o local, como criterio contributivo más equitativo (arts. 5, 9-1-e, 10-4, 11-2, 12). Sin perjuicio de que, respetando el tradicional principio civil de autonomía de la voluntad, puedan los propietarios alterar dicho régimen, para los gastos comunes u ordinarios o los extraordinarios, pero entonces, en modificación de las normas contenidas en el Título Constitutivo, que es donde se arbitra el sistema de cuotas de participación, su alteración o modificación, exigirá el acuerdo unánime de los propietarios, pues así se exige en el art. 17-1”.

88 Si bien lo habitual será que la modulación se produzca en el sentido de excluir a determinados propietarios de aquella contribución, el acuerdo, aun para obtener finalmente lo mismo, puede tener otro objeto, como nos muestra la SAP. de Madrid de 16 de noviembre de 2004 (*Ar.* 15741, 2004), que resuelve un supuesto en el que unos propietarios asumen voluntariamente los gastos que corresponderían a los de los locales para obtener la mayoría exigida por la Ley, entendiendo el Tribunal que “los mismos son libres de asumir mayores gastos, siempre que no perjudiquen a terceros, como ocurre en este caso en el que la cuota que correspondería pagar a la demandada no se va a ver alterada de ningún modo”, sin que por ello el referido acuerdo “haya violado las normas que exigen la unanimidad para la alteración del título constitutivo de la propiedad, pues la ley cuando exige la unanimidad es para tutelar los derechos de todos los miembros de la Comunidad que así cuentan con la seguridad que no se va a proceder, sin su permiso u autorización, a la alteración en su perjuicio del título constitutivo, cosa que no ha ocurrido en este caso, pues lo único que se ha aceptado es que unos propietarios voluntariamente asuman los gastos, que conforme al coeficiente, corresponden a otros, pero sin que se vea alterado el coeficiente de la demandante, ni ninguno de los otros, pues simplemente se acordó que los gastos de instalación del ascensor correrían a cargo de los propietarios que votaron a favor del citado acuerdo”.

Si no se observase aquella unanimidad en la adopción de este tipo de acuerdos, la SAP. de Valladolid de 28 de abril de 2005 (*Ar.* 113559, 2005) considera que los acuerdos adoptados de esta manera aún podrá considerarse que afectan y vinculan a los demandados si, pese a que se haya adoptado un acuerdo de modificación del título constitutivo para concretar la contribución de cada copropietario al coste de instalación del ascensor en el inmueble por mayoría cualificada, cuando dicha decisión hubiera requerido unanimidad, por cuanto “la jurisprudencia del Tribunal Supremo, bien que con alguna resolución discrepante, viene señalando como doctrina más asentada, que los acuerdos así adoptados serían meramente anulables y por tanto convalidados por su ratificación ulterior y por la falta de impugnación de los mismos en el plazo legalmente determinado”, propugnando dicha doctrina jurisprudencial un criterio flexible en armonía con las directrices de la LPH., entre ellas el logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de justicia y la atención a las necesidades de la colectividad.

Sin embargo, consideramos más acertada aquella otra tesis, minoritaria, que en virtud del carácter vinculado de ambos acuerdos proclama la aplicación en todo caso del mismo régimen de mayorías, por entender que no puede desligarse el acuerdo relativo a la instalación del ascensor del relativo a la forma en la que los propietarios deben contribuir al gasto extraordinario (ya que el segundo es subsidiario del primero y consecuencia ineludible del mismo), al no existir razón alguna para exigir una mayoría distinta y más rigurosa en el acuerdo accesorio que en el principal⁸⁹.

A favor de esta postura, argumenta (acertadamente, a nuestro modo de ver) la SAP. de Girona de 28 de junio de 2004 (*Ac.* 1436, 2004) que “si el Legislador, en la Ley 8/1999 de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, optó por flexibilizar el riguroso régimen de unanimidad establecido en el artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal para el establecimiento de determinados servicios, y confirió a una mayoría cualificada de propietarios la facultad de acordar el establecimiento o supresión de aquéllos, incluso cuando ello suponga una modificación del título constitutivo o de los estatutos, en dicha facultad debe entenderse implícita la facultad de distribuir los gastos que conlleve la instalación de dicho servicio y su mantenimiento”, sin que deba entenderse que tal interpretación puede suponer en todo caso la adopción de acuerdos discriminatorios y abusivos, pues si bien ello puede ser cierto, no lo es menos “que también puede ser abusivo e injusto que la instalación del ascensor beneficioso para unos, perjudicial o innecesario para otros, sea sufragado de acuerdo con las cuotas de participación del título, siendo más justo que sin llegar a eximir a ningún propietario, salvo que el perjuicio sea mucho mayor que el importe que debe satisfacer por su instalación, se establezca una sistema de reparto equitativo en atención a las circunstancias de cada propietario”⁹⁰.

89 E idéntica argumentación podría sostenerse en relación con otros acuerdos, como la aprobación del presupuesto de la obra o la fijación de las sucesivas derramas, entre otros; en definitiva, todos aquellos a los que FERNÁNDEZ ARÉVALO (en “Gastos de instalación o sustitución de ascensores en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal. A propósito de la SAP. de Asturias 354/2004, de 16 de septiembre”, cit.; pág. 349) se refiere como “decisiones instrumentales necesarias para la instalación y uso del servicio de ascensor”.

90 En el mismo sentido, *vid.* SAP. de Ciudad Real de 25 de octubre de 2004 (*Ar.* 313587, 2004), que entiende que “si el Legislador, en la Ley 8/1999 de 6 Abr. de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, optó por flexibilizar el riguroso régimen de unanimidad establecido en el artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal para el establecimiento de determinados servicios, y confirió a una mayoría cualificada de propietarios la facultad de acordar el establecimiento o supresión de aquéllos, incluso cuando ello suponga una modificación del título constitutivo o de los estatutos, en dicha facultad debe entenderse implícita la facultad de distribuir los gastos que conlleve la instalación de dicho servicio y su mantenimiento, ya que la solución contraria, pretendida por la parte demandante, en muchas ocasiones no solo haría inviable de facto el establecimiento de aquellos servicios, ya que aun existiendo acuerdo mayoritario para su establecimiento, no se obtendría mayoría suficiente a la hora de determinar el reparto de los costes de instalación y mantenimiento,

Cierto es que con ello podrían provocarse situaciones abusivas y perjudiciales para algunos propietarios, pero no habría ningún inconveniente en que pudieran entonces ser impugnados los acuerdos con base a los supuestos b) o c) del apartado 1 del artículo 18 de la LPH.

Señalar, por último, que la inclusión habitual en los Estatutos que eximen a algunos propietarios de la contribución a ciertos gastos comunes no tiene virtualidad alguna respecto al gasto al que ahora nos estamos refiriendo, y en este punto la jurisprudencia es clara, al diferenciar claramente, de manera particularizada en el caso de los ascensores, entre gastos de mantenimiento y conservación, de carácter ordinario y periódico y que aprovechan únicamente a quien utiliza el servicio, y de instalación *ex novo*, de carácter extraordinario y que benefician a todos.

Y así se establece en la SAP. de Baleares de 3 de junio de 2002 (*Ar.* 209575, 2002), que precisa cómo “en el régimen jurídico de la propiedad horizontal no cabe confundir y dar el mismo tratamiento a los gastos comunes para la conservación y funcionamiento de los aparatos elevadores que se caracterizan por su mayor o menor periodicidad y redundar en beneficio directo de solo quienes utilizan ese elemento, con el desembolso mucho más elevado y sin carácter alguno de periodicidad que es necesario hacer para la reforma o sustitución de ascensores, diferencia de tratamiento jurídico que se revela en la regulación estatutaria de numerosas comunidades de propietarios que, haciendo uso de la autonomía de la voluntad privada autorizada en el artículo 1.255, en relación con el artículo 396, ambos del Código Civil, eximen de aquellos gastos comunes a los propietarios de las plantas bajas del inmueble que, normalmente, no utilizan determinados servicios comunes, como es el caso del ascensor, pero de esas cláusulas normativas no puede deducirse, desbordando su finalidad y espíritu, que haya de aplicarse el mismo criterio cuando se trata de sustituir el aparato elevador, confundiendo los conceptos de “gasto de uso” con el importe de una necesaria sustitución o modificación de ese elemento común, ya que estos últimos afectan al conjunto del edificio y, quiérase o no por los titulares de las plantas bajas, producen un incremento de valor que beneficia a todos los titulares inmobiliarios de la finca”⁹¹.

Además, estas cláusulas de exoneración deben ser objeto, atendiendo a una consolidada jurisprudencia, de una interpretación restrictiva, en cuanto suponen una excepción a la norma general de contribución de los comuneros a las cargas comunes del edificio, y porque los beneficiados por la exención, aunque de manera indirecta, vendrán a disfrutar de las ventajas de la instalación, por lo que aquellas cláusulas no alcanzarán nunca a la reforma o sustitución de ascensores⁹².

sino que además conduciría a situaciones injustas, ya que la aplicación rigurosa del régimen de participación establecido en el Título, haría que, en muchos casos, propietarios que no hiciesen uso de aquel servicio, o lo hiciesen de una forma muy limitada (piénsese por ejemplo en locales comerciales que pudieran estar situados en el exterior del inmueble, o propietarios de viviendas a nivel de la vía pública), se viesen obligados a efectuar una contribución al establecimiento y mantenimiento del servicio muy superior a otros que, por la situación de sus elementos privativos, hiciese un uso incesante del mismo”.

Vid. también la SAP. de Teruel de 6 de mayo de 2003 (*Ar.* 903, 2003).

⁹¹ En el mismo sentido, *vid.* SAP. de Barcelona de 31 de julio de 2002 (*Ar.* 22193, 2003), y también SAP. de Asturias de 16 de septiembre de 2004 (*Ar.* 292800, 2004).

⁹² *Vid.* SAP. de Asturias de 16 de septiembre de 2004 (*Ar.* 292800, 2004), y también SAP. de Guipúzcoa de 27 de septiembre de 2004 (*Ar.* 308703, 2004).

Sin embargo, en algunas ocasiones, son los propios Tribunales los que proclaman la exoneración total de la obligación de contribuir a los gastos generados por la instalación del ascensor cuando aquella afecte de manera importante a un elemento privativo. En este sentido, *vid.* SAP. de Girona de 28 de julio de 2004 (*AC.* 1436, 2004).

V.- SUSTITUCIÓN DEL ASCENSOR.

Si de lo que se trata es de la sustitución del ascensor ya existente, y no de su instalación ex novo, nada prevé la LPH. al respecto de cuál sea la manera de proceder que haya de observarse en estos supuestos. Se trata, sin duda, de una cuestión de menor entidad que en el caso de la instalación, pero que en la práctica diaria de las Comunidades de propietarios comportará también una obra de gran relevancia en lo que a coste económico de la misma se refiere.

La sustitución del ascensor puede deberse a razones diversas, pero normalmente vendrá impuesta por encontrarse el mismo en un estado de deterioro tal que tienda a hacer imposible su uso. En este caso, y siempre y cuando aquella sustitución se haga por otro aparato análogo cuya instalación no requiera nuevas obras estructurales, podrá considerarse como obra necesaria o de mejora (de las previstas en el artículo 10 LPH.) y requerir para su adopción tan sólo mayoría ordinaria, sin que sea exigible la unanimidad, y ni siquiera la observancia de un quórum cualificado, por resultar el cambio una exigencia que se impone para mantener el inmueble en las adecuadas condiciones estructurales y de habitabilidad.

Si, por el contrario, la nueva instalación no fuese exactamente como la anterior, y, por la razón que fuera, fuese necesaria la afectación de nuevos elementos comunes, cabría pensar en principio en la aplicación de la regla de la unanimidad, por afectar el acuerdo al título constitutivo y a la descripción que del inmueble constase en los Estatutos, y a falta de una previsión legal expresa que contemple un régimen de mayorías diferentes; sin embargo, no parece razonable que ello haya de ser así cuando para la instalación ex novo se exige sólo mayoría de 3/5 de propietarios y cuotas de participación (ex artículo 17.1º LPH.), resultando en este caso más conveniente la aplicación analógica del referido precepto, de manera que se mantenga la validez del acuerdo adoptado observando aquella mayoría cualificada, y así lo han venido entendiendo doctrina y jurisprudencia⁹³.

Entender lo contrario supondría llegar al absurdo de exigir más requisitos para una modificación menor que puede o no afectar a elementos comunes o determinar la modificación del título, frente a aquellos que por suponer la creación de un elemento que no existía o la supresión del anteriormente existente, sí lo conllevan⁹⁴.

Así, cuando de la antigüedad del ascensor y los gastos de reparación cada vez más reiterados necesarios para que el mismo pueda mantenerse en funcionamiento correctamente que impliquen desembolsos que hagan que resulte antieconómica la reparación del mismo y que sea aceptable la solución de la sustitución del ascensor, así como el peligro que para la seguridad de los habitantes del inmueble pueda suponer la situación del ascensor, la jurisprudencia equipara aquella sustitución a la instalación ex novo, en cuanto a su consideración de innovación necesaria o mejora exigible⁹⁵.

⁹³ Así, por ejemplo, FUENTES LOJO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal. Después de la Reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*, cit.; pág. 1107.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, *vid.* la SAP. de Baleares de 3 de junio de 2002 (*Ar.* 209575, 2002).

⁹⁴ SAP. de Granada, de 5 de diciembre de 2002 (*Ar.* 62172, 2003), que aboga por la adopción de un criterio flexible, "como corresponde a la función económico social del régimen de propiedad horizontal, al logro de una convivencia normal y pacífica entre los vecinos y a la prevalencia del criterio y necesidades de la mayoría frente a la conveniencia individual".

⁹⁵ *Vid.* SAP. de Guipúzcoa de 27 de septiembre de 2004 (*Ar.* 308703, 2004).

Sentadas estas premisa básica, huelga decir que al pago de los gastos que origine aquella sustitución habrán de contribuir todos los copropietarios, incluso aquellos que en virtud de la correspondiente cláusula estatutaria estén exentos de los gastos ordinarios de conservación o mantenimiento⁹⁶, por cuanto la sustitución del ascensor constituye una reparación extraordinaria del mismo, y en ningún modo ordinaria⁹⁷, y por tratarse de un elemento común cuyo cambio beneficia a la totalidad del inmueble, sobre todo cuando la obra de sustitución se realice en aras a la necesaria preservación de la seguridad de los comuneros.

No obstante, para que aquella equiparación se produzca y, con ella, la generalización de la obligación de contribuir a los gastos de sustitución, es necesario constatar que efectivamente se trate de una verdadera sustitución, y no de una reparación, por amplia que esta sea, y que la misma tenga carácter necesario. Para ello, ha de estarse al alcance real de las obras, para comprobar que efectivamente, por su contenido tanto físico como económico, van más allá de la simple reparación, y responden a una cierta necesidad, normalmente apoyada por sus averías constantes, por su carácter obsoleto, ...

96 Nos remitimos en este punto a lo que al respecto comentábamos al referirnos, en el apartado anterior, a la instalación *ex novo* del ascensor comunitario.

97 Así, precisa la SAP. de Baleares de 3 de junio de 2002 (*Ar.* 209575, 2002) que para el sostenimiento de este criterio es indiferente la calificación que se haya dado a la obra en el momento de la adopción del acuerdo, que se haya hablado de simple reparación, de manera que, a pesar de la existencia de una cláusula estatutaria en la que se pactó expresamente que los sótanos y la planta baja del edificio quedarán siempre exentos de los gastos de escalera del edificio, referidos los mismos a la luz y limpieza de la escalera, luz, conservación y reparación de ascensores, “no quedarán exentos de los gastos extraordinarios de reparación; y ello por considerar que nos encontramos ante un gasto ordinario pues se realiza para mantener las condiciones de habitabilidad del edificio, de suerte que, con arreglo a los estatutos, no tiene obligación de sufragar ya que no es un gasto extraordinario, pues el Decreto de la Consellería de Comercio e Industria de las Illes Balears, si bien establece la obligatoriedad de instalar puertas en las cabinas de los ascensores, fija un plazo de cinco años para proceder a realizar la obra, no indicando el propio acuerdo de la comunidad si es un gasto ordinario o extraordinario”.