

CEF Legal. -

Revista Práctica de Derecho

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1699-129X

Revista mensual núm. 181

Febrero 2016

- **Usucapión extraordinaria de elementos comunes de la propiedad horizontal.** *Luis Corpas Pastor*
- **Modificaciones de la responsabilidad civil en el seguro del automóvil.** *Miguel Ángel Toledano Jiménez*
- **El nuevo régimen jurídico de seguridad ciudadana.** *Roser Andreu Llovet*
- **Tasas judiciales, motivos de inconstitucionalidad.** *Eduardo Sánchez Álvarez*
- **Víctimas del delito ante la excarcelación de presos.** *Vicente Magro Servet*
- **Carácter informativo del inventario de la masa activa del concurso de acreedores.** *Adelaida Medrano Aranguren*
- **Validez de un testamento ológrafo.** *Casto Páramo de Santiago*
- **Capacidad procesal y su apreciación de oficio en cualquier momento.** *José Ignacio Atienza López*

www.ceflegal.com

USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA DE ELEMENTOS COMUNES DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Luis Corpas Pastor

*Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de Málaga*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier GÓMEZ GÁLIGO, don Fernando CALBACHO LOSADA, don Carlos CALVO CALVO, doña Matilde CUENA CASAS y don Claudio RAMOS RODRÍGUEZ.

EXTRACTO

La propiedad es el señorío más pleno que se pueda tener sobre una cosa, que comprende el derecho a gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Una de estas limitaciones la establece, en su artículo 1, la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960).

En este trabajo presentamos la propiedad horizontal como una institución de acción colectiva, con claro componente redistributivo y con una evidente matriz de incentivos para permitir el intercambio de utilidades; que tiene un contenido flexible, pues permite alcanzar, mediante diferentes regímenes de mayorías, un acuerdo que modifique el título constitutivo de la misma.

Entre los incentivos de la propiedad horizontal se encuentra la prohibición de realizar alteraciones de la cosa común, así como que las partes en copropiedad solo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.

Por su parte, el artículo 609 del Código Civil señala como medio de adquirir la propiedad, entre otros, la prescripción. En este trabajo analizamos la posibilidad de adquirir por usucapión ciertos elementos comunes de la propiedad horizontal.

Palabras claves: propiedad horizontal, elementos comunes y usucapión.

Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015

autores de

EXTRAORDINARY USUCAPION OF HORIZONTAL PROPERTY COMMON ELEMENTS

Luis Corpas Pastor

- I. La propiedad
- II. La propiedad horizontal
- III. Desafección de elementos
- IV. La usucapión de elementos
- V. Conclusiones

Bibliografía

ABSTRACT

The property is the fullest manor you can have on one thing, which includes the right to enjoy and dispose of a thing without other limitations than those established by law. One of them, the states in article 1 of Law 49/1960 of 21 July on Horizontal Property (BOE 176 of July 23, 1960).

We present the horizontal property as a collective action, with a clear redistributive component and a matrix obvious incentive to allow sharing of profits; having a flexible content, allowing majorities by different regimes, to reach an agreement to modify the constitutive title of it.

Incentives condo is the ban on changes in the commonplace and the parties in ownership may only be alienated, encumbered or seized together with certain custodial part of which are annexed inseparable.

For its part, article 609 of the Spanish Civil Code states as a means of acquiring property, among others, prescription.

This paper analyzes the possibility of acquiring certain common elements by adverse possession condo.

Keywords: horizontal property, common elements and usucapion.

I. LA PROPIEDAD

Según WALRAS¹ la propiedad no es más que la apropiación legítima o conforme a la justicia. Así, el artículo 609 del Código Civil (CC) señala que «la propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción».

Por su parte, el artículo 348 del CC define la propiedad como «el derecho a gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla».

Cuando hablamos de derechos de propiedad hablamos de utilidades. Por lo tanto, un derecho de propiedad es una utilidad o conjunto de utilidades respaldada por un determinado título habilitante (legítimo o conforme a la justicia) que acredita que es el propietario de la cosa, que le permite la total disposición sobre dicha cosa. En palabras de Díez-PICAZO², la propiedad consiste en «gozar», «disponer» y «reivindicar», y comprende «el señorío más pleno» que se puede tener sobre una cosa.

II. LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Constituye una verdad absoluta e intemporal que la sociedad es consustancial a la noción de ser vivo. Esto es así, no solo a partir de la observación de cualquiera de los *phaenomena* humanos, sino también desde cualquier ámbito ecológico, mínimamente organizado que se observe.

¹ WALRAS, M. E. L.: «De la riqueza social. Triple consecuencia de la escasez. Del fenómeno del valor del cambio y de la economía política pura», en *Elementos de economía política pura (o Teoría de la riqueza social)*, sección 1, lección 3.ª, León: Alianza, 1987, págs. 155-158.

² Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La Propiedad», en *Sistema de Derecho Civil. Derechos Reales en General*, 8.ª ed., vol. III. (Tomo 1), Capítulo 11, Madrid: Tecnos, 2012, págs. 141-155.

En nuestro caso, el progreso de la humanidad se ha basado en la malthusiana realidad de la existencia de un mundo con recursos limitados y una población creciente; lo que ha condicionado los derechos de las personas hasta tal punto que exige una distribución racional en el intercambio de utilidades, mediante instituciones como la propiedad horizontal.

El derecho de propiedad absoluto no ha podido substraerse a este condicionamiento: para vivir en sociedad –aprovechando las utilidades que esta reporta, y soportando las contrautilidades que la misma genera–, los derechos de propiedad, de señorío sobre las cosas, han tenido que «adaptarse» a instituciones como la propiedad horizontal, con un claro componente redistributivo, para permitir la vida en sociedad. No es posible actualmente mantener una producción económica que permita al hombre superar la escasez de recursos sin vivir en sociedad, donde exista una matriz de incentivos como la que ofrece la propiedad horizontal.

Podemos definir la propiedad horizontal como un derecho real de propiedad especial, donde concurre la propiedad exclusiva, absoluta y excluyente sobre los bienes privativos, junto a la copropiedad existente sobre los elementos comunes. Las partes privativas son aquellas que cumplen dos características: por un lado, se trata de un espacio suficientemente delimitado, y por otro, tienen salida a un elemento común del edificio o a la vía pública. Sobre estos elementos privativos existe un señorío cuasi pleno y, por el contrario, sobre los elementos comunes del edificio, los cuales son necesarios para su adecuado uso y disfrute, el régimen de copropiedad.

El artículo primero de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (LPH) dice textualmente: «La presente Ley tiene por objeto la regulación de la forma especial de propiedad establecida en el artículo 396 del CC, que se denomina propiedad horizontal. A efectos de esta Ley tendrán también la consideración de locales aquellas partes de un edificio que sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común de aquel o a la vía pública». Como vemos en la exposición de motivos de la LPH, «la propiedad horizontal hizo su irrupción en los ordenamientos jurídicos como una modalidad de la comunidad de bienes. El progresivo desenvolvimiento de la institución ha tendido principalmente a subrayar los perfiles que la independizan de la comunidad. La modificación que introdujo la Ley de 26 de octubre de 1939 en el texto del artículo trescientos noventa y seis del CC ya significó un avance en ese sentido, toda vez que reconoció la propiedad privativa o singular del piso o local, quedando la comunidad, como accesoria, circunscrita a lo que se ha venido llamando **elementos comunes...**»

Por lo tanto, como señala BERCOVITZ³, «la existencia de diferentes pisos o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquel o a la vía pública puede producir como consecuencia jurídica lo que se denomina propiedad horizontal, una suerte de propiedad especial», así como se describe en el artículo 1 de la LPH.

³ BERCOVITZ R.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, 1999, com. artículo 1.

Como sostiene BAÑOS LÓPEZ⁴, «uno de los aspectos más problemáticos en el ámbito de la PH es el de las relaciones entre los condueños. A tal efecto se dictan una serie de normas reguladoras en orden a garantizar un civilizado relacionamiento...».

En este sentido, la institución de la propiedad horizontal viene a delimitar el contenido y alcance de los derechos y deberes de los propietarios con vocación a ordenar sus relaciones, sus interacciones, sus procesos productivos o intercambios (porque todo proceso productivo es un intercambio).

No en balde, la LPH establece tanto obligaciones como derechos a los propietarios y establece límites al poder de disposición sobre parcelas de organización de la propiedad. Así, por ejemplo, en el número 1 de su artículo séptimo, la LPH prohíbe a los propietarios realizar alteraciones en los elementos comunes; pero también ciertos límites al poder de disposición sobre los elementos privados, al establecer que «el propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquel cuando **no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario**, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad», si bien «en el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna...», como establece el segundo párrafo del mismo número.

La propiedad horizontal es, en definitiva, una institución de acción colectiva donde coexiste la propiedad privativa con la común; y en la que se regulan las interacciones, derechos y deberes de propietarios, las utilidades y contrautilidades entre los copropietarios, con un claro fin redistributivo de rentas, que recuerda la «agrupación política» que describe VILLAR PALASÍ⁵, cuando —como señala BAÑOS LÓPEZ—⁶, las normas de propiedad horizontal regulan «una democrática formación de la voluntad común, mediante un régimen de acuerdos adoptados por distintas mayorías».

Por otra parte, la propiedad no tiene un contenido rígido, sino, por el contrario, flexible, variable en función de la vinculación social⁷, por eso creemos que la redistribución está subyacente en su regulación: la LPH obliga a cada propietario a «contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización» [art. 9.º, apdo e)], dotando incluso de privilegio especial a los créditos que de estos gastos generales se deriven, en favor de la comunidad.

⁴ BAÑOS LÓPEZ, A.: «Estudio básico de propiedad horizontal en el Derecho Común y Particular Catalán», *Noticias Jurídicas*, febrero 2008 (con acceso 24 de febrero de 2015).

⁵ VILLAR PALASÍ, J. L.: «Fisco versus Administración», *Rev. Administración Pública*, 1957, 24, págs. 11-38.

⁶ BAÑOS LÓPEZ, A.: *Noticias Jurídicas*, 2008, *op. cit.*

⁷ VILLAR PALASÍ, J. L.: «La traslación del iustum pretium a la esfera de la expropiación forzosa», *Rev. Administración Pública*, 1964, 43, págs. 161-194.

Lo c
comunes,
doctrina,
y SERRAN
establecer
recho sing
miento in
comunes
al servicio

En l
son aquel
otros y lo
adecuada

La e
particular
los eleme
un edifici
propia a
da, que l
que son t
taciones
carga; las
do su im
exteriores
recintos
ciones co
conducci
incluso la

⁸ PONS G
2000, p

⁹ MARTÍN
delimita

¹⁰ MARCO
mismos

¹¹ SERRAN
Díez-Pi
Thoms

¹² BAÑOS

Lo cierto es que en la LPH lo que no es privativo es común y, dentro de estos, hay elementos comunes *por naturaleza* y aquellos otros que lo son *por destino*, como distingue profusamente la doctrina, entre otros PONS GONZÁLEZ y DEL ARCO TORRES⁸, MARTÍN PÉREZ⁹, MARCOS JIMÉNEZ¹⁰ y SERRANO DE NICOLÁS¹¹ y BAÑOS LOPEZ¹². La STS de 10 de mayo de 1965 señala que «cabe establecer una clasificación bipartita: elementos comunes por naturaleza, como inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los locales delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente, que son objeto de enumeración *ad exemplum* en la propia ley; y elementos comunes por destino, cuales son aquellos que en concepto de anejos se adscriben especialmente al servicio de todos o de algunos de los propietarios singulares...».

En la distinción entre comunes por naturaleza y por destino, los *esenciales o por naturaleza* son aquellos que no permiten su conversión en propiedad privativa salvo que sean sustituidos por otros y los *no esenciales, o accesorios* son los que siendo comunes, permiten —con las mayorías adecuadas— su conversión en bien privativo, en anejo, etc.

La enumeración de elementos comunes contenida en el artículo 396 del CC, a la luz de su particular fórmula de cierre, puede afirmarse que se trata de un criterio de *numerus apertus*, pues los elementos que se citan son a mero título ejemplificativo: «Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquel o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquellos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire

⁸ PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M. A.: *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal*, Granada: Comares, 2000, págs. 66 y 67.

⁹ MARTÍN PÉREZ, J. A.: «Elementos comunes y privativos en la propiedad horizontal. Criterios para su calificación y delimitación», *Consultor Inmobiliario: Revista Mensual de Actualidad para Profesionales*, 2001, 13, págs. 4-31.

¹⁰ MARCOS JIMÉNEZ, M.: «Elementos comunes, precomunales y anejos: Caracteres diferenciales y disposición de los mismos», *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1977, Año n.º 53, n.º 518, págs. 131-152.

¹¹ SERRANO DE NICOLÁS, A.: «Aspectos jurídicos-reales de los elementos comunes en la Ley de Propiedad Horizontal», en Díez-Picazo y Ponce de León, L. (coords), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel Aranzadi* Thomson Reuters, 2014 (volumen II), págs. 3.313-3.348.

¹² BAÑOS LÓPEZ, A.: *Noticias Jurídicas*, 2008, *op. cit.*

acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que **por su naturaleza o destino** resulten indivisibles.

Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y solo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable. En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto. Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados».

Para determinar si un elemento del inmueble tiene carácter privativo o común, habrá de estarse a lo dispuesto en el título constitutivo de la propiedad horizontal o a un posible acuerdo unánime de desafectación, como dice, por ejemplo, la STS de 22 de junio de 2009 (fundamento segundo).

Sobre el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales, la LPH aclara en su artículo quinto que el mismo «describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquellos al que se asignará número correlativo... En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes».

La propia LPH establece la posibilidad de un uso privativo de los elementos comunes, cuando en su artículo noveno señala: «1. Son obligaciones de cada propietario: a) Respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, **ya sean de uso general o privativo** de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen daños o desperfectos».

Como vemos, esta distinción entre los distintos elementos de la propiedad horizontal está refrendada por la jurisprudencia y tiene importancia radical en el diferente régimen jurídico de los mismos. Así, por ejemplo, el fundamento de derecho tercero de la Sentencia de 18 de junio de 2012 concluye: «Los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal se componen por elementos comunes y privativos. Dentro de los denominados elementos comunes, algunos tienen tal consideración **por su propia naturaleza** y otros **por destino**. La diferencia estriba en que los primeros no pueden quedar desafectados, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales que configuran el edificio, mientras que los denominados **elementos comunes por destino**, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, **podrían ser objeto de desafectación**».

Como recoge la STS de 6 de febrero de 2012, «reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial vienen manteniendo que cuando un edificio se halla dividido en régimen de propiedad horizontal deben distinguirse en él las partes privativas de cada copropietario, constituidas por los espacios susceptibles de aprovechamiento independiente atribuidos a cada uno con carácter exclusivo, de las partes comunes necesarias para el adecuado uso y disfrute de las mismas cuya propiedad se adscribe, como anejo inseparable, a la que de aquellas –arts. 396 del CC y 3 de la LPH–, debiendo diferenciarse dentro de los elementos comunes los que lo son "por naturaleza" de los que lo son "por destino" o adscripción voluntaria al servicio comunitario de todos y algunos de los elementos privativos, distinción de importancia que se establece por cuanto que en tanto los comunes esenciales –por naturaleza– son inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los espacios limitados susceptibles de aprovechamiento independiente, indivisibles por ley física, los segundos, los accidentales, o por destino, deben entenderse como aquellos que en concepto de anejos se adscriben al servicio de todos o algunos de los propietarios singulares, sin que ello sea necesario por ley física, por lo que los primeros –comunes por naturaleza– siempre ostentan tal condición de esenciales sin que puedan llegar a perderla por decisión o acuerdo alguno, mientras que, por el contrario, los segundos –comunes por destino– sí pueden llegar a perder tal carácter si así se acuerda válidamente en Junta de Propietarios, desafección que exigiría, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.1 de la LPH acuerdo unánime de todos los copropietarios».

III. DESAFECCIÓN DE ELEMENTOS COMUNES

Como decimos antes, para determinar si un elemento del inmueble tiene carácter privativo o común, habrá de estarse a lo dispuesto en el título constitutivo, o bien a un posible acuerdo unánime de desafección, como reza el fundamento de derecho segundo de la STS de 22 de junio de 2009, de la que fue ponente don José Antonio Seijas Quintana: «La desafección de un elemento común de un inmueble sometido a la Ley de Propiedad Horizontal exige el voto unánime de todos los copropietarios». Una posterior enajenación sería posible, en tanto que una vez desafeccionados podrían considerarse copropiedad ordinaria.

El acuerdo de desafección de un elemento común por destino «supone que dicho elemento se convierte, en virtud de dicho acuerdo en parte privativa y la titularidad de dicho espacio debería corresponder a todos los copropietarios en comunidad ordinaria» (CAÑIZARES LASO)¹³.

Como describe CLIMENT GALLART¹⁴, cabe una desafección inicial de tales elementos comunes por destino en el título constitutivo y una desafección posterior, cuando por decisión unánime de la junta, se decide la transformación jurídica de un elemento común en privativo.

¹³ CAÑIZARES LASO, A.: *La propiedad horizontal en el Código Civil*, Madrid, 2009, pág. 161.

¹⁴ CLIMENT GALLART, J. A.: «Elementos comunes y elementos privativos», *Noticias Jurídicas*, junio, 2001 (con acceso 24 de febrero de 2015).

Expresión esta última de la «comercialidad» de los elementos comunes por destino. Por lo tanto, como sostiene la doctrina, entre otros, también SIERRA GIL DE LA CUESTA¹⁵, «cabe una desafectación inicial y una desafectación posterior, cuando por decisión unánime de la Junta se decide la transformación jurídica de un elemento común en privativo». Acuerdo que supone una «alteración en el título constitutivo, al aparecer un elemento privativo más, además de una alteración en la cuota de participación de todos los condóminos».

Sin embargo, como reflejo de la realidad social que es el Derecho, y de la observación de sus *phaenomena*, una de las situaciones a las que frecuentemente el ordenamiento debe responder es la adquisición de la propiedad separada por parte de un comunero de un determinado elemento común aparentemente *contra legem*: **«Las partes en copropiedad... solo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable»**.

En opinión de LARROSA AMANTE¹⁶, «las cláusulas estatutarias que atribuyen a los propietarios la facultad de dividir o segregar sus pisos o locales no comprenden la desvinculación de los anejos». Sin embargo, veremos que realmente puede operar la prescripción adquisitiva de elementos comunes a favor de un comunero, que manteniendo su propiedad privativa, aumenta la misma al usucapir un elemento común determinado para su uso exclusivo, siempre y cuando reúna los requisitos para ello, privando al resto de los comuneros de ese elemento común accesorio o por destino. Dicha prescripción adquisitiva no va en contra de la enajenación prohibida, puesto que realmente, lo que se opera es una «desafección legal» de un elemento común que pasa a ser privativo.

El CC determina en su artículo 397 que «ninguno de los condueños podrá, sin **consentimiento** de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos», lo que nos lleva inexorablemente a hacer la siguiente reflexión acerca del consentimiento de los demás, donde un **consentimiento tácito** puede teóricamente (y de hecho lo hace en la práctica, como recogen, entre otros LÓPEZ DE LA PEÑA¹⁷ y DÁVILA GONZÁLEZ¹⁸) convalidar las alteraciones hechas en la cosa común por parte de un codueño, sin que dicha alteración suponga de por sí una determinada ventaja privativa, o común. Así lo ha recogido también la jurisprudencia.

¹⁵ SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: «Desafectación y obras en elementos comunes en la Propiedad Horizontal», *Abogacía*, 2009, n.º 1, págs. 43-51.

¹⁶ LARROSA AMANTE, M. A.: «Facultades de división, segregación y agrupación de pisos o locales y sus anejos», *Propiedad Horizontal: Cuaderno Jurídico*, n.º 301, 2009, págs. 13-21.

¹⁷ LÓPEZ DE LA PEÑA SARDIÑAS, J. F.: «Alteración de elementos comunes: Consentimiento tácito. Comentario a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo núm. 4479/2000 de 5 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6469)», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n.º 7, 2007, págs. 445-446.

¹⁸ DÁVILA GONZÁLEZ, F. J.: «16 de octubre de 1992. Propiedad horizontal. Obras en elementos comunes; consentimiento unánime prestado en forma tácita. Acción confesoria de servidumbre por destino del padre de familia; posible incongruencia no denunciada», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 30, 1992, págs. 895-904.

cia: «El cons
afectan a ele
ser tácito, ta
sentimiento o
en la que se p
dos. En defin
estarse a los l
to tácito o ma
noviembre de

Pero na
algún comun
gadas juntan

La STS
inherentes al
tibles de apro
al servicio de
CASTILLO²⁰. S
acordado en l

Por tanto
puede desgaja
por destino.

Un paso
un comunero
privativo de un
ble de aprove

IV. LA US

A tenor
están en el co

¹⁹ PÉREZ-JIMÉNEZ
la Facultad de

²⁰ MACÍAS CAST
960-962.

²¹ MACÍAS CAST
de la STS de 2

cia: «El consentimiento que debe ser otorgado para considerar lícitamente realizadas obras que afectan a elementos comunes en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal puede ser tácito, tal y como esta Sala tiene declarado. No obstante el conocimiento no equivale a consentimiento como exteriorización de una voluntad, ni el silencio supone una declaración genérica en la que se pueda encontrar justificación para no obtener los consentimientos legalmente exigidos. En definitiva, con valor de doctrina jurisprudencial, se ha declarado por esta Sala que ha de estarse a los hechos concretos para decidir si el silencio cabe ser apreciado como consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad». (SSTS de 23 de octubre de 2008 y 5 de noviembre de 2008, 26 de noviembre de 2010).

Pero nada dice el CC acerca de la adquisición privativa de la cosa común en beneficio de algún comunero exclusivamente, salvo que **«solo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable»**.

La STS de 10 de mayo de 1965 distingue también entre elementos comunes *por destino*, inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los espacios delimitados, susceptibles de aprovechamiento independiente, y elementos comunes *por naturaleza*, que se adscriben al servicio de todos o algunos de los propietarios singulares¹⁹, como también sostiene MACÍAS CASTILLO²⁰. Si bien, para la desafección de elementos comunes se necesita el acuerdo unánime acordado en la junta de propietarios debidamente convocada para ese fin²¹.

Por tanto, el uso —como facultad emanada de la propiedad, como utilidad separada de esta— puede desgajarse de la propiedad a favor de propietarios singulares, en estos elementos comunes por destino.

Un paso más será la adquisición del pleno dominio de alguno de estos elementos comunes por un comunero en detrimento de los otros copropietarios de la comunidad. Es decir, la conversión en privativo de un elemento común previa desafección, entendiendo este como un piso o local susceptible de aprovechamiento independiente y con salida propia a un elemento común o bien la vía pública.

IV. LA USUCAPIÓN DE ELEMENTOS COMUNES

A tenor del artículo 1.936 del CC, son susceptibles de prescripción «todas las cosas que están en el comercio de los hombres». Por lo tanto, tendremos que convenir que si hay elemen-

¹⁹ PÉREZ-JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, M.^a C.: «Utilización exclusiva de elementos comunes en la propiedad horizontal», *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.ºs 17-20, 1989-1992, págs. 447-460.

²⁰ MACÍAS CASTILLO, A.: «Desafección de elementos comunes de un inmueble», *Actualidad Civil*, n.º 8, 2007, págs. 960-962.

²¹ MACÍAS CASTILLO, A.: «Requisitos para la validez de la desafección de elementos comunes del inmueble: Análisis de la STS de 20 de noviembre de 2007», *Actualidad Civil*, n.º 10, 2008, págs. 1.071-1.074.

tos comunes por destino que forman parte del comercio de los hombres, los mismos son susceptibles de transformación jurídica en privativo, y serán susceptibles también de desafectación y por ende, los mismos podrán usucapirse.

Esta es precisamente la tesis que vamos a analizar en este trabajo: la usucapión del pleno dominio de elementos comunes de la propiedad horizontal por parte de un comunero en beneficio propio.

Centrémonos –por su frecuencia en la realidad social–, en el caso de las obras inconsistentes realizadas por un comunero sobre superficies comunes de la comunidad de propietarios. Pensemos qué ocurre si el comunero realiza una obra sobre elementos comunes para su aprovechamiento privativo, convirtiéndola en una unidad funcional de destino independiente: evidentemente, su acción inconsistente conllevaría inexorablemente primero a la reclamación por parte de la comunidad de propietarios y posteriormente a la reposición a su estado inicial. Decimos inconsistente porque a veces la aquiescencia de la comunidad, cumpliendo unos determinados requisitos, puede llevar a considerar la realidad de un *consentimiento tácito* de dicha alteración, como vimos antes y también recoge la STS de 22 de diciembre de 2010 acerca de obras inconsistentes en elementos comunes «y que estén autorizadas por el Título o los Estatutos de la comunidad de propietarios no se consideran contrarias a derecho, siempre que no afecten a la seguridad o estabilidad del edificio ni perjudiquen el derecho de otro propietario». La misma insiste en que «el *consentimiento* que debe ser otorgado para considerar lícitamente realizadas obras que afectan a elementos comunes en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal **puede ser tácito**».

Otras veces, el mero transcurso del tiempo puede ser determinante del nacimiento de un derecho de propiedad del comunero en su propio beneficio y contra la comunidad, como dice el artículo 609 del CC en su último párrafo, cuando señala la prescripción como forma de adquisición de la propiedad.

Esta posibilidad de adquirir por usucapión una copropiedad exigiría actuar en concepto de dueño, por lo que el comunero invasor haría valer una titularidad única frente a sí mismo, lo que parece imposible. Sin embargo, el artículo 609 del CC no distingue entre propiedad de elemento privativo, ni propiedad de elemento común. Porque lo apropiable será un objeto (más bien un derecho sobre un objeto) y es una ficción convencional o legal la catalogación del objeto como elemento privativo o común. Como sostiene Díez PICAZO²², «la usucapión se produce siempre que el usucapiente sea poseedor en el que concurren unos determinados requisitos legales, por lo que es claro que la usucapión puede ser un efecto de la posesión, conduciendo esta a aquella».

A priori, resultaría lógica la reticencia de un operador jurídico que al leer lo anterior entendiese imposible que un comunero pudiera hacer valer una titularidad única frente a la cotitula-

²² Díez-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La Usucapión», en *Sistema de Derecho Civil. Derechos Reales en General*, 8.ª ed., vol. III. (Tomo 1), Capítulo 10, Madrid: Tecnos, 2012, págs. 123-137.

ridad de los de
oponiendo con
como más ade
consolidación
elemento que s
por abandonad
de ese derecho

En este se
los derechos, o
fundamento es
Tribunal Supre
abril de 1925, 2
5 de mayo de 1
diciembre de 19
(la comunidad)
fiesta la utilidad
adquisición tier
derechos reales

El ordena
le da precisame
su propiedad, p

Este fund
por el principio
relaciones jurí
por tanto que la
el transcurso de

Recordem
va, con la comú
comunes por n
coexistencia leg
tinción. ¿Sería
la prescripción
de la Audiencia
dencia del TS, l
por su naturaleza
escaleras, y, de
patios interiores
Supremo de 10
de febrero de 19

ridad de los demás, para ganar la usucapión de un elemento común; puesto que estaría también oponiendo contra sí mismo –como comunero– un supuesto derecho individual. Sin embargo, como más adelante defendemos, lo que realmente se va a oponer es una titularidad única por consolidación tras la adquisición del resto de cuota que a este le falta para ostentar el 100% del elemento que se adquiere en virtud de usucapión. Precisamente, porque el resto de comuneros da por abandonado su derecho a esa copropiedad, lo que fundamenta subjetivamente la usucapión de ese derecho de propiedad.

En este sentido, la institución de la usucapión se basa en la necesidad de dar certidumbre a los derechos, o dar fijeza a las situaciones jurídicas, lo que es exigido por el interés público; su fundamento es la presunción de que el derecho de que se trata fue abandonado por su titular. El Tribunal Supremo se refiere así a lo que considera fundamento de la usucapión (SSTS de 27 de abril de 1925, 26 de junio de 1927, 29 de junio de 1935, 21 de abril de 1958, 11 de junio de 1960, 5 de mayo de 1961, 14 de diciembre de 1967, 17 de mayo de 1988, 9 de octubre de 1990, 26 de diciembre de 1995). La presunción de que el derecho de propiedad fue abandonado por su titular (la comunidad) expresa la «no utilidad» para la misma de ese elemento común que a su vez manifiesta la utilidad que reporta al comunero usucapiente. Resulta importante resaltar que esta forma de adquisición tiene su fundamento subjetivo precisamente en el abandono o dejadez del titular de los derechos reales que permite la posesión contradictoria por parte de otra persona que se la atribuye.

El ordenamiento redistribuye así las utilidades, asignando la propiedad a una persona (que le da precisamente utilidad a la cosa) sancionando la negligencia de quien no percibe utilidad a su propiedad, perdiéndola, pues la abandona durante un tiempo razonable.

Este fundamento subjetivo se muestra, por otro lado también en un fundamento objetivo, por el principio de seguridad jurídica en tanto que resulta necesario dotar de certidumbre a las relaciones jurídicas o en la objetiva inadmisibilidad del ejercicio tardío de un derecho. Resulta por tanto que la prescripción es la transformación que la ley reconoce del hecho en derecho por el transcurso del tiempo, como una suerte de justicia material.

Recordemos que en la institución de la propiedad horizontal coexiste la propiedad privativa, con la común y, como hemos visto, dentro de esta última, existe la distinción entre elementos comunes por naturaleza y elementos comunes por destino o accesorios. Precisamente por esta coexistencia legal, en la institución de la propiedad horizontal, resulta de gran trascendencia tal distinción. ¿Sería factible en relación con estos elementos comunes *por destino o accesorios*, operar la prescripción adquisitiva si se reúnen los requisitos exigidos para ello? Como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP n.º 382/10, de 26 de julio de 2010), «la Jurisprudencia del TS, ha distinguido dos grupos de elementos comunes: de un lado aquellos que lo son por su naturaleza o esencia, entre los que se incluyen el suelo, las cimentaciones, los muros y las escaleras, y, de otro lado, los que lo son por destino o accesorios, entre los que se comprenden los patios interiores, las terrazas a nivel o las cubiertas de parte del edificio, Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1965, 27 de febrero de 1987, 5 de junio y 18 de julio de 1989 y 10 de febrero de 1992). También se ha señalado que la posibilidad de que un elemento en principio

común pueda ser desafectado de tal calificación comunitaria, convirtiéndose en privado, puede operarse en la LPH de dos formas: la que pudiera denominarse inicial o atributiva *ab initio*, que surge cuando así se ha constatado en el título constitutivo dando lugar a lo que en realidad, y con un sentido técnico puede calificarse de reserva de titularidad, y la a posteriori, que se opera en virtud de acuerdo adoptado después de constituido dicho régimen de propiedad por decisión unánime, dando lugar a la técnicamente auténtica desafectación (STS de 22 de diciembre de 1994); asimismo que, según reiteradamente ha señalado la jurisprudencia: "Integran el edificio, a efectos de la LPH, no solo la construcción principal y el solar que le sirve de soporte, sino también los terrenos y construcciones anejas. Los terrenos anejos (patios interiores y exteriores, jardines, etc.) son, como regla, elementos comunes. Mas no se trata de elementos que sean esencialmente comunes, como las cimentaciones o los muros, pues cabe que adquieran por disposición especial del título constitutivo, o acordada en modificación del mismo (RDGRN 31 de marzo de 1989)".

Así, sobre estos elementos comunes *por destino* de la propiedad horizontal podría operarse la adquisición del pleno dominio por parte de un tercero en beneficio propio; siendo perfectamente legítima la adquisición de la propiedad de estos elementos comunes por destino o accesorios, desafectados, por cualquiera de los caminos señalados por el artículo 609 del CC, excepto por ocupación y donación (pues la propiedad horizontal exige un dueño inicial y nadie puede donar lo que no es suyo).

Por lo tanto, es posible –al menos teóricamente– la adquisición de estos elementos comunes por destino a posteriori, en virtud de acuerdo adoptado después de constituido dicho régimen de propiedad, mediando el **consentimiento unánime** de los copropietarios, incluido aquel alcanzado tácitamente, y también mediante **la ley, la sucesión testada e intestada** –pensemos por ejemplo en una conversión en propiedad ordinaria por la que todos los pisos o locales del edificio familiar se reúnan en un único heredero, extinguiéndose la propiedad horizontal (art. 23.segundo LPH), y pasando este a utilizar en exclusiva un determinado elemento hasta entonces común–, y mediante ciertos **contratos** mediante la tradición, reuniendo los requisitos del artículo 1.261 del CC, y por último, podría adquirirse por medio de la **prescripción**. En estos supuestos, no cabe hablar de copropiedad de los elementos comunes si no hay más de un propietario.

Queremos llamar la atención en este último caso, que sin duda revela mejor que ninguno el reflejo que del hecho social hace el Derecho; y en concreto en la **usucapión extraordinaria de elementos comunes de la propiedad horizontal**.

DÍEZ PICAZO²³ acude al artículo 1.959 del CC para exponer los requisitos de la usucapión inmobiliaria extraordinaria (posesión no interrumpida durante más de 30 años –sin necesidad de título ni de buena fe–, con las mismas características de la usucapión ordinaria, es decir, la posesión del art. 1.941). Si bien exige que la intención de poseer como dueño hay que *traducirla en*

²³ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La Usucapión. XII. Usucapión inmobiliaria extraordinaria», *Sistema de Derecho Civil. Derechos Reales en General*, 8.ª ed., vol. III. (Tomo 1), Capítulo 10, Madrid: Tecnos, 2012, pág. 133.

actos, citando la 1997 recoge: «L. necesidad de just

Como soste de propiedad ha mismo de la pro aparece la conse de aplicación del niendo en diferer de modo sucesiv supuesto de hech

Si el supue hería impedir car intercambios que

Pensemos e extraordinaria. L un elemento com otros comuneros de utilidades en l

La utilidad gitudinaria sancion

La jurisprud acoge que solo la para adquirir el d de 1894, 27 de n de 1962, 4 de juli 6 de junio de 198 julio de 1991, 29 tubre de 1994, 29 febrero de 1997, de octubre y 21 d destino, como es

Es decir, pa medio de adquiri

²⁴ MIGUEL, J. M.: «

actos, citando la STS de 19 de junio de 1984. En este mismo sentido, la STS de 7 de febrero de 1997 recoge: «La usucapión extraordinaria precisa simplemente de los requisitos comunes, sin necesidad de justo título ni buena fe».

Como sostenemos, la propiedad tiene un contenido flexible y cuando hablamos de derechos de propiedad hablamos de utilidades. Esta flexibilidad se muestra desde el momento del inicio mismo de la propiedad horizontal, pues como señala MIQUEL²⁴, cuestionarse en qué momento aparece la consecuencia jurídica recogida por la norma desemboca en que el supuesto de hecho de aplicación del régimen de la propiedad horizontal puede presentarse de modo sucesivo, reuniendo en diferentes momentos los elementos necesarios para su aplicación. Puede producirse de modo sucesivo, con efectos gradualmente más complejos según el grado de concreción del supuesto de hecho o los pasos que se hayan ido produciendo.

Si el supuesto de hecho de la propiedad horizontal se puede dar sucesivamente, nada debería impedir caminar en sentido contrario y realizar cambios en función del verdadero flujo de intercambios que se puedan dar en el seno de la institución.

Pensemos en la otra institución que analizamos: en el supuesto de hecho de la usucapión extraordinaria. La utilidad que le reporta al comunero que se apropia durante más de 30 años de un elemento común o parte de este, en beneficio propio exclusivo y excluyente del derecho de los otros comuneros, contando con la inacción de la comunidad, constituye una evidencia del juego de utilidades en los que el derecho flexible de propiedad se manifiesta.

La utilidad exclusiva y excluyente se dota mediante la institución de la usucapión de una legitimidad sancionable por los tribunales, siempre y cuando se den los demás requisitos para ello.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha sancionado tales requisitos: acoge que solo la posesión que se adquiere y disfruta *en concepto de dueño* puede servir de título para adquirir el dominio, como dice el artículo 447 del CC y reitera el 1.941 (SSTS de 17 febrero de 1894, 27 de noviembre de 1923, 24 de diciembre de 1928, 29 de enero de 1953, 3 de octubre de 1962, 4 de julio de 1963, 6 de octubre de 1975, 13 de diciembre de 1982, 16 de mayo de 1983, 6 de junio de 1986, 5 de diciembre de 1986, 20 de noviembre de 1990, 14 de marzo de 1991, 2 de julio de 1991, 29 de febrero y 10 de julio 1992, 3 de junio de 1993, 3 de julio de 1993, 18 de octubre de 1994, 29 de octubre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 25 de octubre de 1995, 7 y 10 de febrero de 1997, 17 de noviembre de 1997, 16 de noviembre de 1999, 29 de diciembre de 2000, 6 de octubre y 21 de noviembre de 2011 y 11 de junio de 2012), incluso de un elemento común por destino, como es este caso (STS 28 de noviembre de 2002).

Es decir, para que pueda originarse la prescripción adquisitiva, incluso la ordinaria, como medio de adquirir el dominio, se requiere, no solo el transcurso de los 30 años sin interrupción

²⁴ MIQUEL, J. M.^a: «Comentario del Código Civil», Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, com. artículo 396, págs. 1.083.

en la posesión, sino también que esta posesión no sea simple tenencia material o la posesión natural, sino que sea la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer la cosa como suya, «en concepto de dueño» (como señala la STS de 14 de marzo 1991). La posesión en concepto de dueño, como requisito esencial básico, tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *animus domini* (STS de 19 de junio de 1984).

Dicha posesión que exige el artículo 447 del CC «impone necesaria prueba de que el poseedor no es mero detentador y sí precisa un plus de la actividad de tenencia material en cuanto los actos posesorios no han de ser equívocos, sino que han de manifestarse externamente al tráfico como efectivos actos de dominio –*in nomine proprio*– para lo que no es suficiente la mera intención ni el acto volitivo interno de querer o creer (SSTS de 2 de julio de 1991, 3 de junio de 1993, 30 de diciembre de 1994, 25 de octubre de 1995, 10 de febrero 1997, 6 de octubre de 2011, 21 de noviembre de 2011, 11 de junio de 2012). "Actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, sin que baste la mera tenencia material, sino que a ella se añadirá la intención de haber la cosa como suya, en concepto de dueño" (STS de 3 de junio de 1993). No hay precepto que autorice a presumir la posesión en concepto de dueño (Sentencias de 4 de julio de 1963 y 18 de octubre de 1994). Y concluye la de 18 octubre 1994 (RJ 1994\7721): no es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador, cuya prueba tampoco se ha producido en este supuesto litigioso, sin que exista ningún precepto que sostenga que la posesión en concepto de dueño deba presumirse». En sentido parecido, STS de 16 de noviembre de 1999. «Toda posesión capaz de generar la usucación o prescripción adquisitiva precisa que la misma sea en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida... del que "... siempre se consideró dueño, y como tal ejerció las facultades dominicales, requisito este imprescindible, asimismo, para el éxito de la prescripción adquisitiva"» (STS de 24 de marzo y 16 de mayo de 1983), entendiendo que dicha posesión tiene el expresado carácter desde el momento que no solo se detenta la cosa, sino que existe el ánimo o intención de hacerla como propia (como cita la SAP de Murcia, 11 de abril de 1995). Por su parte la Sentencia núm. 467/2002, de 17 mayo, afirma que «la doctrina sobre la relevancia de acreditar los "actos inequívocos con clara manifestación externa de tráfico" es también plenamente aplicable al caso de que se pretenda haberse producido un cambio en el concepto posesorio (art. 436 CC), de precario en concepto de dueño, y así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que declara que la inversión o interversión del concepto o título posesorio no puede operar por el mero "animus" o unilateral voluntad del tenedor sin aquella conducta externa (Sentencias de 6 de octubre de 1975, 13 de diciembre de 1982, 16 de mayo de 1983, 29 de febrero y 10 de julio de 1992, 25 de octubre de 1995), lo que por lo demás no supone más que aplicar una antigua regla del Derecho Romano recogida en textos del Corpus Iuris (D. 41. 2. 3. 19, y C. 7. 32. 5), aceptada por los ordenamientos jurídicos modernos, y de la que se hicieron eco diversas Sentencias de esta Sala (6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 13 de diciembre de 1988 y 25 de octubre de 1995) con arreglo a la que "nadie puede por sí mismo cambiar la causa de su posesión" (*neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*, en el texto del Digesto; y *nemo causam sibi possessionis mutare possit* en el texto del Codex...)».

Asimismo
(así como la 467/2002)
en actos inequívocos
material, sino que
y concluye la
poseer en concepto
revele que el po

Pongamos
estas constituy
propiedad hori
mines. Eviden
leza y otros qu
de los comune
trastorno para su
ni autorización
frente al comu
tolera durante

La respue
efecto de tener
las relaciones
las normas de

Estaremo
contratilidad
Pero, podría p
de la comunid
tar un benefici
cargo de esos
Y así durante

¿Es la pr
lo que la reali
común tiene la
vo de su señor

¿No es
viene la adqu

²⁵ DIEZ-PICAZO,
Derecho Civi

www.ceflegal.com

Asimismo, como decimos *ut supra* y recoge Díez-PICAZO²⁵, la STS de 3 de junio de 1993 (así como la 467/2002, de 17 mayo) reitera que la posesión «en concepto de dueño... ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, sin que baste la mera tenencia material, sino que a ella se añadirá la intención de haber la cosa como suya, en concepto de dueño» y concluye la de 18 de octubre de 1994 que «no es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador».

Pongamos el ejemplo de una comunidad de aparcamientos, en la que ciertas zonas delimitadas constituyen propiedad privativa en pleno dominio y que llevan aparejadas en régimen de propiedad horizontal una cuota determinada de participación en las correspondientes zonas comunes. Evidentemente, habrá dentro de estas zonas comunes elementos que lo sean por naturaleza y otros que arbitrariamente lo sean por destino. Pues bien, pensemos en el caso en que uno de los comuneros realice una obra en principio ilegal, cerrando una esquina y construyendo un trastero para su aprovechamiento privativo exclusivo. No mediando el correspondiente contrato, ni autorización alguna por parte de la comunidad, lo lógico sería que la misma iniciara acciones frente al comunero «invasor». Pues bien, insistimos: ¿Qué ocurriría si esa obra incontestada se tolera durante cierto tiempo sin reacción por parte de la comunidad?

La respuesta jurisprudencial está clara: «Sin formular reclamación alguna, debe producir el efecto de tener por renunciado al derecho impugnatorio pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales, y del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe» (STS de 19 de diciembre de 2005).

Estaremos de acuerdo en que la obra no reporta utilidad alguna a la comunidad, más bien una contrautilidad, puesto que merma su poder de disposición sobre determinado elemento común. Pero, podría por el contrario pensarse en que tal superficie no necesitará mantenimiento a cargo de la comunidad, puesto que el invasor la mantiene en perfectas condiciones, además de reportar un beneficio en limpieza y ahorro de dinero a la comunidad. Por otra parte, el invasor se hace cargo de esos gastos, y obtiene a cambio la utilidad de guardar en el trastero enseres personales. Y así durante 30 años...

¿Es la prohibición recogida en el artículo 7.1 de la LPH suficientemente fuerte para romper lo que la realidad ha creado? El comunero que realiza una obra incontestada sobre una superficie común tiene la clara intención de hacerse dueño de la misma. Elemento causal y precedente objetivo de su señorío. Recordemos que la propiedad necesita de un derecho, pero también de un hecho.

¿No es más fuerte aun la previsión del párrafo final del artículo 609 del CC cuando previene la adquisición de la propiedad mediante la prescripción? La jurisprudencia entiende que

²⁵ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La Usucapión. XII. Usucapión inmobiliaria extraordinaria», *Sistema de Derecho Civil. Derechos Reales en General*, 8.ª ed., vol. III. (Tomo 1), Capítulo 10, Madrid: Tecnos, 2012, pág. 133.

sí, pero con limitaciones lógicas inherentes a la función social de la institución de la propiedad horizontal. No es lógico que se pueda adquirir un *elemento esencial* (recordemos que la propiedad horizontal es una institución de acción colectiva), privando al resto de los comuneros de su uso. No es tampoco posible, porque tal elemento no está en el comercio de los hombres (la propia existencia de **elementos comunes por naturaleza** configura un incentivo poderoso de la institución de la propiedad horizontal). Sin embargo, sí lo es operar la prescripción adquisitiva sobre **elementos comunes por destino**, a favor de uno de los comuneros cuando se reúnen los requisitos necesarios para usucapir. No en balde, tales elementos comunes sí forman parte del comercio de los hombres.

La STS de fecha 4 de diciembre de 1969 afirmaba que «la jurisprudencia ha mantenido la posibilidad de la usucapión por un comunero siempre que este, con actos claros y manifiestos, evidencie la posesión de la cosa común en concepto de dueño». Es decir, haber realizado actos inequívocos como dueño, con una clara manifestación externa en el tráfico, tal y como exige el Tribunal Supremo (SSTS de 3 de octubre de 1962, 3 de julio de 1993, 18 de octubre de 1994 y 30 de diciembre de 1994).

V. CONCLUSIONES

En conclusión, y a la vista de las opiniones doctrinales, las previsiones legales y su expresión jurisprudencial, podemos afirmar que **sobre los elementos comunes por destino** de la propiedad horizontal, **puede operar perfectamente la prescripción adquisitiva** para obtener el pleno dominio de dicho elemento en detrimento de la propia comunidad de propietarios y a favor de un comunero, siempre y cuando se den los requisitos para ello.

BARRIOS LÓPEZ, A. [2]
lin., *Noticias Jurídicas*

BENÍTEZ CANO,
com. artículo 1, pág.

COÑARES LASO, A.
pág. 180.

CLEMENT GALLART,
(www.noticiasjuridicas)

DÍAZ GONZÁLEZ,
nes; consentimiento
padre de familia; pos
págs. 895-904.

DÍEZ-PICAZO, L. y G.
cias Reales en Gene

- [2012]: «La Pro
(Tomo 1), Capít

LARROSA AMANTE, M.
sus hijos», *Propiea*

LÓPEZ DE LA PEÑA S.
mentario a la Senten
2007, 6469)», *Reper*

MACÍAS CASTILLO, A.
n.º 8, págs. 960-962.

- [2008]: «Requis
la STS de 20 de

MARCOS JIMÉNEZ, M.
posición de los mism

MARTÍN PÉREZ, J. A.
calificación y delimit
n.º 13, págs. 4-31.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.
terio de Justicia, com

PÉREZ-JIMÉNEZ Y JIMÉ
dad horizontal», *Rev.*

PONS GONZÁLEZ, M.
Granada: Comares, p

Bibliografía

- BAÑOS LÓPEZ, A. [2008]: «Estudio básico de propiedad horizontal en el Derecho Común y Particular Catalán», *Noticias Jurídicas*, febrero (www.noticiasjuridicas.com).
- BERCOVITZ CANO, R. [1999]: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Elcano (Navarra): Aranzadi, com. artículo 1, págs. 945-954.
- CAÑIZARES LASO, A. [2009]: *La propiedad horizontal en el Código Civil*, Madrid: Fundación Registral, pág. 180.
- CLIMENT GALLART, J. A. [2001]: «Elementos comunes y elementos privativos», *Noticias Jurídicas*, junio, (www.noticiasjuridicas.com).
- DÁVILA GONZÁLEZ, F. J. [1992]: «16 de octubre de 1992. Propiedad horizontal. Obras en elementos comunes; consentimiento unánime prestado en forma tácita. Acción confesoria de servidumbre por destino del padre de familia; posible incongruencia no denunciada», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 30, págs. 895-904.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. [2012]: «La Usucapión», en *Sistema de Derecho Civil. Derechos Reales en General*, 8.ª ed., vol. III. (Tomo 1), Capítulo 10, Madrid: Tecnos, págs. 123-137.
- [2012]: «La Propiedad», en *Sistema de Derecho Civil. Derechos Reales en General*, 8.ª ed., vol. III. (Tomo 1), Capítulo 11, Madrid: Tecnos, págs. 141-155.
- LARROSA AMANTE, M. A. [2009]: «Facultades de división, segregación y agrupación de pisos o locales y sus anejos», *Propiedad Horizontal: Cuaderno Jurídico*, n.º 301, págs. 13-21.
- LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F. [2007]: «Alteración de elementos comunes: Consentimiento tácito. Comentario a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo núm. 4479/2000 de 5 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6469)», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n.º 7, págs. 445-446.
- MACÍAS CASTILLO, A. [2007]: «Desafectación de elementos comunes de un inmueble», *Actualidad Civil*, n.º 8, págs. 960-962.
- [2008]: «Requisitos para la validez de la desafectación de elementos comunes del inmueble: Análisis de la STS de 20 de noviembre de 2007», *Actualidad Civil*, n.º 10, págs. 1.071-1.074.
- MARCOS JIMÉNEZ, M. [1977]: «Elementos comunes, precomunales y anejos: Caracteres diferenciales y disposición de los mismos», *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n.º 53, n.º 518, págs. 131-152.
- MARTÍN PÉREZ, J. A. [2001]: «Elementos comunes y privativos en la propiedad horizontal. Criterios para su calificación y delimitación», *Consultor Inmobiliario: Revista Mensual de Actualidad para Profesionales*, n.º 13, págs. 4-31.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª [1991]: «Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales», Madrid: Ministerio de Justicia, com. artículo 396.
- PÉREZ-JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, M. C. [1989-1992]: «Utilización exclusiva de elementos comunes en la propiedad horizontal», *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 17-20, págs. 447-460.
- PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M. A. [2000]: *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal*, Granada: Comares, págs. 66 y 67.

PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M. A. [2000]: *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal*, Granada: Comares, págs. 66 y 67.

SERRANO DE NICOLÁS, A. [2014]: «Aspectos jurídicos-reales de los elementos comunes en la Ley de Propiedad Horizontal», en Díez-Picazo y Ponce de León, L. (coords.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Aranzadi Thomson Reuters, (volumen II), págs. 3.313-3.348.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. [2009]: «Desafectación y obras en elementos comunes en la Propiedad Horizontal», *Abogacía*, 1, págs. 43-51.

VILLAR PALASÍ, J. L. [1964]: «La traslación del iustum pretium a la esfera de la expropiación forzosa», *Rev. Administración Pública*, n.º 43, págs. 161-194.

— [1957]: «Fisco versus Administración», *Rev. Administración Pública*, n.º 24, págs. 11-38.

WALRAS, M. E. L. [1987]: «De la riqueza social. Triple consecuencia de la escasez. Del fenómeno del valor del cambio y de la economía política pura», en *Elementos de economía política pura (o Teoría de la riqueza social)*, León: Alianza, sección 1, lección 3.ª, págs. 155-158.