

La sobreedificación y la subedificación en la propiedad horizontal (Estudio de Derecho comparado hispano-francés)

MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ
Profesora Titular Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: PLANTEAMIENTO PRELIMINAR. POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN DE LA FACULTAD DE SOBRE O SUBEDIFICACIÓN EN EL SENO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL: I. *La facultad de sobre o de subedificar configurada como elemento común*: 1. Derecho comparado. 2. El vuelo y el subsuelo como elementos comunes. 3. La facultad de sobre o de subedificar como elemento común por destino.—II. *La facultad de sobre o de subedificar atribuida privativamente*: 1. Atribución privativa *ab initio* y por enajenación. 2. Atribución privativa a integrantes de la copropiedad y a extraños a la misma: A) Atribución privativa a sujetos pertenecientes a la copropiedad: a) Como componente único de un lote: los lotes transitorios. b) Como componente privativo más de un lote de copropiedad. B) Atribución privativa a extraños a la copropiedad: su configuración como derechos reales en cosa ajena.—CAPÍTULO PRIMERO. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE SOBRE O SUBEDIFICAR COMO ELEMENTO COMÚN EN EL SENO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL: EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL: I. *El supuesto fáctico contemplado por el precepto*: 1. Sobre o subedificación que afecta al título constitutivo. 2. Ausencia de atribución privativa de la facultad de sobre o subedificación. 3. Con independencia de la finalidad perseguida.—II. *Los requisitos de ejercicio de las facultades de sobre o subedificar cuando son elementos comunes*: 1. El contenido del acuerdo de sobre o subedificación: A) Las menciones obligatorias. B) Las consecuencias del incumplimiento de este requisito. 2. La mayoría necesaria para adoptar el acuerdo: A) Las mayorías necesarias en Derecho francés. B) Derecho español: la remisión del artículo 12 a las mayorías necesarias de modificación del título constitutivo: a) Los supuestos que se sustraen a la necesidad de acuerdo unánime: las mejoras y otros casos. b) La regla de la unanimidad para sobre o subedificar: b.1. Supuestos para los que es necesario acuerdo unánime. b.2. Valoración de la regla de la unanimidad. b.3. Posibles justificaciones de la regla de la unanimidad: Primera: Las operaciones implícitas en la sobre o subedificación de cara a la caracterización de los nuevos locales creados.

Segunda: No es una función característica de la Junta de propietarios.
 Tercera: El respeto a la configuración original del edificio.—CAPÍTULO SEGUNDO. LA FACULTAD DE SOBRE O DE SUBEDIFICAR ATRIBUIDA PRIVATIVAMENTE: I. *El negocio de atribución privativa*: 1. El contenido del negocio de atribución privativa: A) La construcción que puede realizarse. B) Modificaciones que se van a operar en la copropiedad. C) Las consecuencias de los defectos de contenido del negocio de atribución privativa. 2. Las mayorías necesarias para que la copropiedad atribuya privativamente por enajenación la facultad de sobre o de subedificar: A) La regla de la unanimidad en Derecho español. B) La mayoría necesaria en Derecho francés.—II. *El ejercicio de la facultad de sobre o de subedificar atribuida privativamente*: 1. Plazo para el ejercicio del derecho. 2. Posibilidades de oposición de la Junta de Propietarios: A) El derecho de veto del Sindicato en Derecho francés. B) La posibilidad de oposición de la Junta de propietarios en Derecho español.

PLANTEAMIENTO

Cuando una finca está constituida en régimen de propiedad horizontal, el ejercicio de las facultades de sobre o de subedificar plantea una serie de problemas específicos que merece la pena analizar, habida cuenta, además, de que es relativamente habitual la realización de sobreelevaciones y construcciones en el subsuelo.

A tal efecto, me parece muy importante empezar estableciendo todas las posibilidades de configuración de estas facultades con respecto a una finca en régimen de propiedad horizontal. Posteriormente, se plantearán los problemas de cada una de sus posibles caracterizaciones. En el primer capítulo se analiza su ejercicio cuando las facultades de sobre y de subedificación forman parte del contenido del derecho de propiedad como elemento común, para pasar, después, a estudiar los problemas que acarrea la atribución privativa de estas facultades, y su ejercicio; pero no sólo cuando son elementos privativos integrantes del contenido del derecho de propiedad sobre el edificio, sino que también se tienen en cuenta los supuestos en que han sido desmembradas del dominio e integran el contenido de un derecho real que grava la finca constituida en régimen de propiedad horizontal.

La única mención específica que la Ley de Propiedad Horizontal española hace de las facultades de sobre y de subedificar se contiene en el artículo 12 que se refiere literalmente a la posibilidad de *construir nuevas plantas en el edificio*. La regulación que establece dicho precepto, como se verá a lo largo del estudio, es insuficiente para atender todos los problemas que la sobre o

subedificación plantea en el seno de una finca constituida en régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, la Ley francesa de copropiedad de edificios de 10 de julio de 1965 regula con bastante minuciosidad los problemas que el ejercicio o enajenación de las facultades de sobre o de subedificar pueden provocar. Esto, unido a que las posibilidades de configuración de estas facultades son similares –con algunas matizaciones que se harán en el momento oportuno– en ambos Ordenamientos, nos ha llevado a tomar como referencia para nuestro estudio el Derecho francés.

PRELIMINAR

POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN DE LAS FACULTADES DE SOBRE Y SUBEDIFICACIÓN EN EL SENO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

El artículo 396 CC establece cuál es la estructura típica del derecho de propiedad sobre un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal. Se establece claramente una diferencia entre dos clases de elementos configuradores del edificio cuando se alude, al acabar la enumeración, a *cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos*. Los materiales, entre los que se incluirían, entre otros, los pasillos, chimeneas, fachadas, o el tejado, vienen a ser los componentes del objeto del derecho de propiedad, es decir, los conformadores estructurales del edificio en cuanto realidad física. Los jurídicos, de los que únicamente se menciona expresamente a las servidumbres y entre los que entiendo hay que incardinar la facultad de sobre o de subedificar, serían aquellos que integran el contenido del derecho de propiedad sobre el inmueble.

Ahora bien, ¿se deriva alguna consecuencia práctica de la distinción? ¿Trata el Ordenamiento jurídico de diferente forma a unos y otros elementos? No parece que del artículo 396 CC pueda derivarse un tratamiento diferenciado; más bien al contrario, parece poner a los elementos materiales y jurídicos en un mismo plano.

Con respecto a esta cuestión puede ser ilustrativo recurrir al Derecho francés. Son los artículos 2 y 3 de la Ley francesa de 10 de julio de 1965 los que se ocupan de delimitar qué partes, de las que componen un edificio en régimen de propiedad horizontal, deben considerarse privativas y cuáles comunes, es decir, los que se ocupan de establecer la estructura del derecho de propiedad cuando el mismo está constituido en régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, no nos interesa ahora la diferenciación entre elementos comunes y privativos, sino que vamos a centrar nuestra atención en

el párrafo tercero del artículo 3, en el que se hace mención expresa de una serie de componentes que podríamos denominar –con terminología propia del Derecho español– *elementos jurídicos*: concretamente se alude al derecho de sobreedificar, al derecho de construir en patios, parques o jardines, al derecho de subedificar, o al derecho de medianería. No nos interesa en este preciso momento –porque aún no nos hemos planteado la cuestión– si se consideran partes comunes o privativas, lo que ahora nos preocupa es la circunstancia de que este precepto de la Ley francesa los califica de *derechos accesorios*¹.

¿A qué se refiere la Ley francesa cuando usa el término *accessorios* para calificar estos derechos? A mi modo de ver, tal caracterización es superflua en la medida en que, de no existir un título en sentido contrario, la facultad de ejercitar estos derechos corresponde al propietario de las cosas sobre las que se pretende su ejercicio. En realidad, se trata de facultades que integran el derecho de propiedad, es decir, son contenido del derecho de propiedad que recae sobre la finca y creo que eso es lo que ha querido reflejar con el uso de dicha palabra el legislador francés. Y, además, al igual que en Derecho español, no parece existir un tratamiento diferenciado entre este tipo de elementos y el resto.

El uso del adjetivo «accesorios» viene determinado, probablemente y como ponen de manifiesto ciertos autores², porque antes de la aprobación de la Ley francesa de 10 de julio de 1965 una sentencia del Tribunal de Niza de 4 de abril de 1952 había afirmado que sólo podían considerarse partes comunes los elementos corporales, y no los incorporeales. La utilización del término «accesorio» pone de manifiesto la vacilación que al respecto albergó el legislador francés al redactar el precepto.

Esto trae como consecuencia una separación entre: por un lado, los elementos corporales o materiales que integran las partes comunes, enumerados en el párrafo segundo del artículo 3 –el

¹ Artículo 3.3 de la Ley francesa de 10 de julio de 1965:

«Son reputados derechos accesorios a las partes comunes en el silencio o la contradicción de títulos:

- el derecho de sobreelevar un edificio afectado al uso común o que comporte numerosos locales que constituyan partes privativas diferentes, o de profundizar (construir en el subsuelo) en el suelo;
- el derecho de construir edificios nuevos en los patios, parques o jardines que constituyan partes comunes;
- el derecho de ahondar (construir en el subsuelo) tales patios, parques o jardines;
- el derecho de medianería relativo a las partes comunes.»

² En este sentido, GIVORD, François, et GIVERDON, Claude, *La copropriété*, edit. Dalloz, 4.^a édit., 1992, pp. 61-61, § 68; JOURDAIN, Patrice, *Droit civil, Les biens*, édit. Dalloz, 1995, p. 306, § 242-4.

suelo, los patios, las vías de acceso, los pasillos, los locales de servicios comunes, etcétera-; y, por otro lado, los elementos incorporales, que se contemplan en el párrafo tercero –derecho de sobre y de subedificación entre ellos–³.

Por lo tanto, se percibe cómo, tanto en Derecho español como francés, se refleja en la Ley una diferenciación entre elementos materiales y jurídicos; entre los segundos, se incluyen las facultades de sobre y de subedificación que estamos analizando.

I. LA FACULTAD DE SOBRE Y DE SUBEDIFICAR CONFIGURADA COMO ELEMENTO COMÚN

El artículo 396 CC realiza una larga enumeración de los elementos comunes, y, entre ellos, no aparece la facultad de sobre o de subedificar. Sin embargo, esto contrasta con la mención explícita que de la misma se hace en otros ordenamientos.

1. DERECHO COMPARADO

Así, la Ley 436 del Fuero Nuevo de Navarra establece –al regular los derechos de sobre y de subedificación como derechos reales en cosa ajena– que cuando el edificio está constituido en régimen de propiedad horizontal, la facultad de sobre y subedificar debe considerarse parte común⁴.

Con respecto al Derecho francés también puede afirmarse que los configura como elementos comunes, mencionándolos expresamente en el artículo 3 de la Ley, donde enumera:

- el derecho de sobreedificar o de subedificar sobre una construcción ya realizada, y
- el derecho de construir edificios nuevos en patios, parques y jardines, y el derecho de subedificarlos.

³ En este sentido, y por todos, *vid.* VIGNERON, G., «Copropriété. Eléments constitutifs de la copropriété», en *Juris-Classeur Copropriété*, t. I, éditions techniques Juris-Classeur, Fasc. 62, agosto 1989, p. 1. Se puede ver cómo este autor distingue, dentro de las partes comunes, entre elementos inmobiliarios e incorporales, incluyendo en estos últimos los derechos accesorios a las partes comunes.

⁴ Ley 436 del Fuero Nuevo de Navarra: Copropiedad y propiedad horizontal:

«Cuando el edificio se halle en régimen de copropiedad o de propiedad horizontal, la facultad de sobreedificar o subedificar pertenecerá a los condueños en proporción a sus respectivas cuotas...»

Estos derechos los configura el artículo 3.3 de la Ley francesa, en el silencio o la contradicción de títulos, como elementos accesorios a las partes comunes. Es decir, en lo que ahora nos preocupa, los considera elementos comunes.

Aunque el Derecho italiano no va a ser objeto de estudio, no me resisto a mencionar la peculiar configuración que realiza el artículo 1127 CC italiano de esta facultad que atribuye, con ciertas limitaciones, al propietario del piso superior la facultad de construir por encima del edificio, y al del piso inferior la de subedificar, siempre y cuando no resulte otra configuración distinta del título.

2. EL VUELO Y EL SUBSUELO COMO ELEMENTOS COMUNES

Aunque el artículo 396 CC no mencione la facultad de sobre o de subedificar, la misma habrá de atribuirse al propietario del espacio que puede ocuparse al ejercitarla, es decir, al propietario del vuelo y del subsuelo⁵.

En base a lo dicho, no es irrelevante para la caracterización de la facultad de construir en el seno de la propiedad, que el artículo 396 CC configure el vuelo como elemento común. Es más, creo que dicha mención permite incluir la facultad de sobreedificar entre los elementos comunes del edificio. Ahora bien, la mención del vuelo sólo puede relacionarse con la facultad de construir hacia arriba, pero no con la facultad de construir por debajo del edificio ya existente. Sin embargo, siendo esperable la mención del subsuelo –entendido como la parte del subsuelo no construida–, como elemento paralelo al vuelo, dicha mención no aparece en el artículo 396 CC.

El subsuelo no construido se suele asimilar al suelo, de modo que, al igual que este elemento, se suele considerar elemento común, no sólo por la doctrina⁶, sino también por la jurispruden-

⁵ La vinculación entre la propiedad del espacio y la facultad de construir ha sido criticada por CARRASCO PERERA, Angel, en *Ius aedificandi y accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, edit. Montecorvo, Madrid, 1986, p. 27, que dice: *se acude inmediatamente al dogma de la propiedad del espacio y se entiende que es esta extensión objetiva del dominio la causa próxima del ius aedificandi declarado en el artículo 350*. Para este autor, la facultad de edificar no debe presuponer la propiedad del espacio, sino que la concreción de dicha facultad debe obtenerse desde el poder general de goce y disfrute.

⁶ Así, MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, p. 112, que entiende el subsuelo como la parte del mismo a la que no se extiende el derecho de propiedad, de manera que, cuando habla de suelo, alude también al subsuelo. VENTURA-TRAVESET, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 6.ª edición,

cia⁷. Aunque se encuentran opiniones que parecen admitir la posibilidad de su privatización⁸.

No obstante, entre el suelo y el subsuelo no construido hay diferencias sustanciales, que impiden, a mi modo de ver, su equiparación. Con respecto al suelo, consideramos que necesariamente tiene que ser elemento común porque los artículos 350 y 358 del CC obligan a que el dueño del suelo lo sea de todo lo construido encima o debajo del mismo, de manera que si no fuera elemento común perteneciente a todos los que tienen derechos de propiedad separados en el edificio se estaría vulnerando dicho precepto imperativo y el principio de accesión inmobiliaria operaría atribuyendo la titularidad de todo el edificio al dueño del suelo.

En mi opinión creo que el subsuelo debe considerarse también elemento común, pero no por su asimilación al suelo, sino por su paralelismo con el suelo, al que sí se puede equiparar, si no en su materialidad, sí en su tratamiento jurídico.

editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 96, § 259. PONS GONZÁLEZ, Manuel, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal* (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios), 6.ª edición, editorial Comares, Granada, 1995, p. 141, dicen, en relación al subsuelo no edificado que: *en principio, el subsuelo seguirá la condición jurídica del suelo*. DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Comentario a la disposición adicional única de la Ley 8/1999», en VVAA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, 2.ª edic., Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 803. GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, y GÓMEZ MARTÍNEZ, Juan, en *La Ley de Propiedad Horizontal*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 252.

⁷ La STS de 3 de febrero de 1987 (RJ 677), resuelve un caso en el que el propietario privativo de los sótanos creía tener derecho a construir en el subsuelo; el Tribunal estima que el subsuelo que se encuentra bajo los sótanos, es decir, el que no está construido, debe considerarse elemento común.

La STS de 30 de noviembre de 1984 (RJ 5692) dice lo siguiente:

«... afectan al suelo del edificio, elemento común del mismo según el artículo 396.1 del CC, sin que quepa hacer distinciones entre suelo y subsuelo en este caso, ya que, conforme a la acepción lingüística oficial, suelo es el sitio o solar de un edificio, y también la superficie artificial que se hace para que el piso esté sólido y llano, formando parte del mismo en esta acepción el subsuelo o terreno que está debajo de la capa labrantía o laborable o en general debajo de una capa de tierra, y esa capa de tierra integrante de suelo y subsuelo...»

Por su parte es significativo que en la STS de 13 de julio de 1995 (RJ 5963), donde se aborda el problema de un sótano excavado en el subsuelo, sólo se refiera al suelo, al que califica de elemento común. Asimismo ocurre en la de 18 de diciembre de 1987 (RJ 9584) en la que se dice que se pretendía la apropiación de un *suelo* común, tratándose de un problema referido a un sótano. En la STS de 27 de marzo de 1984 (RJ 1438), referida a una excavación en el subsuelo realizada por un copropietario, se dice que dichas obras afectaban al suelo que es elemento común.

Es evidente, por tanto, la asimilación que el Tribunal Supremo realiza entre el suelo y el subsuelo, y que a ambos les aplica la calificación de elementos comunes, como en la Sentencia de 4 de marzo de 1985 (RJ 1107) en la que se afirma que el suelo y el subsuelo son elementos comunes.

⁸ Vid. MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio, *La Ley de Propiedad Horizontal* (Jurisprudencia, comentarios doctrinales y concordancias), edit. Comares, Granada, 2002, p. 45: *En principio –se refiere al suelo– ha de presumirse como elemento común en tanto no se demuestre lo contrario*.

3. LA FACULTAD DE SOBRE O SUBEDIFICAR COMO ELEMENTO COMÚN POR DESTINO

Como sabemos, la enumeración de elementos comunes del artículo 396 CC no es Derecho imperativo, sino que los componentes del edificio que aparecen en dicha lista pueden adoptar la configuración de elementos privativos en el seno de la propiedad horizontal. Y ello porque el último párrafo de dicho precepto reconoce la posibilidad de que esta forma de propiedad se rija por la voluntad de los particulares en cuanto lo permitan las disposiciones legales especiales. Ahora bien, se entiende que no todos los elementos catalogados como comunes en dicho precepto pueden ser privatizados, sino sólo algunos de ellos⁹. A esta idea responde la distinción entre elementos comunes por naturaleza, que no pueden ser privatizados, y los elementos comunes por destino, que sí pueden serlo. La cuestión ahora consiste en analizar si la facultad de sobre y de subedificar hay que incluirla en una u otra categoría.

A diferencia de lo que ocurre en Derecho español, el artículo 3 de la Ley francesa de copropiedad de edificios, contempla la posibilidad de que se pueda privatizar cualquier parte de las que configura como comunes, al decir que las partes que enumera son comunes *en el silencio o la contradicción de títulos*. De manera que la distinción existente en Derecho español entre elementos comunes por naturaleza y por destino no existe en Derecho francés puesto que todo puede privatizarse, de modo que, en dicho Ordenamiento, todos los elementos comunes serían –con terminología española– partes comunes por destino. Por tanto, también la facultad de sobre y de subedificar –que hay que entender contemplada en el párrafo tercero del artículo 3 cuando alude a la facultad de edificar en patios, parques y jardines, y a la facultad de sobreedificar y de subedificar en el terreno ya ocupado por el edificio– es privatizable.

En cuanto al Derecho español para ver si la facultad de construir debe ser calificada como elemento común por destino o por naturaleza hemos de analizar qué ocurre con el vuelo y el subsuelo, entendidos como el espacio inferior y superior al inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal que no están ocupados por el edificio, es decir, el espacio no construido.

⁹ Hay autores que parecen sostener que cualquier elemento común es susceptible de ser desafectado o reservado como privativo: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano, «Los elementos comunes en el régimen de Propiedad Horizontal», en *Foro Gallego*, 1982, núm. 178, p. 55; también en MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, tomo I, pp. 176 ss.

En principio, los elementos privativos, tal y como aparecen definidos en el artículo 396 CC, deben ser pisos, locales o partes del edificio susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común o a la vía pública. Esto permite configurar como privativos elementos considerados comunes por el artículo 396, tales como los patios o los jardines¹⁰, porque son espacios suficientemente delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común o a la vía pública. Tampoco existe inconveniente en admitir la privatización cuando se trata de locales edificados como los destinados a porterías, o los garajes. Sin embargo, cuando el elemento común es una parte no edificada como el vuelo o el subsuelo es más difícil afirmar la posibilidad de su privatización, ya que se trata de elementos que carecen de la materialidad física que parece exigir el artículo 396 al describir los elementos privativos y referirse a ellos como *pisos o locales de un edificio o las partes de ellos*, es decir, como partes ya edificadas.

En cuanto al *vuelo*, se afirma su carácter de componente común y, pese a encontrar autores que lo califican como elemento común por naturaleza¹¹, la mayoría contemplan la posibilidad de reservarlo¹², de modo que podríamos calificarlo de elemento común por destino. Jurisprudencialmente es muy ilustrativa la STS de 7 de noviembre de 1979 (RAJ 3644), en la que se trata de un derecho de sobreedificación que se había constituido sobre un edificio en propiedad horizontal, con respecto al cual dice el Tribunal que:

«... sólo después de la obra innovadora puede hablarse de la calificación del vuelo como elemento común, a tenor de lo dispuesto en el artículo 396 CC.»

¹⁰ La STS de 6 de junio de 1979 (RAJ 2323) contempla un supuesto en el que se privatiza el patio.

¹¹ Vid. ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 543. No obstante, luego parece reconocer la posibilidad de reservarlo, en la p. 549. También PASTOR ÁLVAREZ, M.^a del Carmen, *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes del edificio*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 87.

¹² En este sentido vid. VENTURA-TRAVESET, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 6.^a edición, editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 100, § 264. PONS GONZÁLEZ, Manuel, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal* (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios), 6.^a edición, editorial Comares, Granada, 1995, pp. 84 y siguientes. Este autor, al estudiar el vuelo, alude al derecho de vuelo y considera que éste derecho sí puede ser objeto de reserva. CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, *Derecho de la construcción y de la vivienda*, editorial Dilex, Madrid, 1997, p. 349; parece clara la postura de estos autores en el sentido de que el vuelo es elemento común por naturaleza, pero aluden a la posibilidad de su reserva. DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Comentario a la Disposición adicional única de la Ley 8/1999», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, de VVAA, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 804.

Es decir, que, conforme a este pronunciamiento, el vuelo existente por encima del edificio es común una vez que se ejercita la sobreelevación; mientras que antes de la edificación parece presuponerse en esta sentencia la posibilidad de que el vuelo que ha venido a ser ocupado por la sobreedificación se haya privatizado.

En cuanto al *subsuelo* no edificado hemos dicho que se suele asimilar al suelo, de modo que, al igual que éste, suele considerarse como elemento común¹³. Pero lo que ahora estamos intentando dilucidar no es si el subsuelo es elemento común sino si la facultad de edificar en el espacio inferior al solar es elemento común por destino o por naturaleza, es decir, si es privatizable o no. Y en relación a este aspecto es donde se manifiesta la no homogeneidad entre el suelo y el subsuelo, y donde se demuestra que, como decía más arriba, para calificar al subsuelo como elemento común, mejor que al suelo, debe asimilarse al vuelo.

Ahondando en las diferencias existentes entre el suelo y el subsuelo, hay que tener en cuenta que, como ya he dicho anteriormente, el suelo, en el seno de la propiedad horizontal, es elemento común por naturaleza, lo que significa que no es posible su privatización porque, de lo contrario, se infringirían los artículos 350 y 358 CC.

Si el subsuelo está construido, debe aplicársele el mismo tratamiento que al edificio construido en el vuelo. Si los pisos en altura son susceptibles de ser privatizados, lo mismo ocurre con los locales que se encuentren situados en el subsuelo¹⁴.

En este sentido se pronuncia la STS de 6 de mayo de 1991 (RAJ 3564), que viene a decir que:

«Aunque no se mencione *nominatim* al sótano de un edificio para su uso en propiedad horizontal como elemento común en el

¹³ Así, MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, p. 112. VENTURA-TRAVERSESET, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 6.ª edición, editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 96, § 259. PONS GONZÁLEZ, Manuel, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios)*, 6.ª edición, editorial Comares, Granada, 1995, p. 141, dicen, en relación al subsuelo no edificado que: *en principio, el subsuelo seguirá la condición jurídica del suelo.*

¹⁴ Cuando se encuentra el subsuelo edificado pueden ser objeto de privatización los diferentes locales que se encuentren en él, pudiéndose citar, en tal sentido, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: así la de 18 de diciembre de 1987 (RAJ 9584) alude a que se pretendía privatizar un suelo que era elemento común, en el que se había realizado un sótano; la STS de 17 de junio de 1988 (RAJ 5115) en la que se contempla la posibilidad de privatizar el subsuelo que se había excavado –con lo que estaba construido–, siendo elemento común; la de 6 de mayo de 1991 (RAJ 3564) también alude a la posibilidad de privatizar un sótano; también la STS de 13 de julio de 1995 (RAJ 5963) contempla un caso de privatización del subsuelo en el que un copropietario habría realizado un sótano.

artículo 396, ello no es óbice para considerarlo como tal, cuando responde por su propia ubicación... a ello habrá que añadirse que, por la propia ubicación de tal sótano en el subsuelo del edificio, en principio, en tanto no se acredite la expresa inclusión en el título correspondiente del mismo como tal elemento privativo, habrá de seguirse el decurso general de que es un elemento al servicio de la Comunidad...»

En cuanto al subsuelo no edificado debe aplicársele el mismo tratamiento que al vuelo no edificado y considerarlo como elemento común por destino y no por naturaleza, ya que las razones que hacen al suelo elemento común por naturaleza no concurren en este caso.

II. LA FACULTAD DE SOBRE O DE SUBEDIFICAR ATRIBUIDA PRIVATIVAMENTE

En la medida en que las facultades de sobre y de subedificación deben ser consideradas como elementos comunes por destino habrá que admitir la posibilidad de su privatización. No obstante a tal posibilidad se opone la *famosa* Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999/2886). Dice la sentencia literalmente que:

Por ello, esta Sala no puede conceder eficacia jurídica al artículo 16 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947/476, 642 y NDL 18733), porque este precepto se opone al CC y a la Ley de Propiedad Horizontal, en su concreta confrontación con los artículos 369 CC y 3 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal.

El derecho de elevación es una realidad en la vida jurídica española y está consagrado en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario; su establecimiento es correcto en algunos casos e incorrecto en los supuestos de edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal.

Este derecho, tal como se programa en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, es incompatible con el CC y con la Ley de Propiedad Horizontal, y por tanto, su regulación es inaplicable al caso por contrariar al principio de jerarquía normativa.

Este aserto es verdadero, como lo demuestra la simple lectura combinada del artículo 396 CC y del artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 396 establece que los diferentes pisos o locales de un edificio podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones fosos y cubiertas.

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario proclama la inscripción del derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edi-

ficaciones resultantes que se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero.

Si hacemos pasar este último precepto por la piedra de toque del artículo 396 CC se advierte claramente que deviene inviable. *El elevar plantas tiene que hacerse sobre el vuelo, sobre las cubiertas del edificio, que son elementos comunes y como tales pertenecientes proporcionalmente a todos los propietarios del inmueble una vez que el constructor haya enajenado las diferentes partes determinadas. Y, por tanto, para apoyar en un elemento común es preciso contar con el consentimiento de la Junta de propietarios; si no, lo construido, por cesión, será otro elemento común, también perteneciente a todos los dueños.*

Lo mismo cabe decir de la otra modalidad del derecho: la realización de construcciones bajo el suelo del edificio. El suelo y las cimentaciones son elementos comunes que pertenecen en copropiedad compartida a todos los vecinos, y a todos corresponderá, por cesión, lo que se construya subterráneamente, ya que no se puede disponer aisladamente de los elementos comunes sin transmitir al mismo tiempo la propiedad de cada piso.

El que este derecho de elevación se mencione en las escrituras de venta de los diferentes pisos no implica consentimiento tácito de los adquirentes de los apartamentos, dada la indisponibilidad institucional y aislada de los elementos comunes.

La doctrina contenida en esta sentencia negaría la posibilidad de que el derecho de sobre o de subedificación se atribuyera privativamente cuando la finca está constituida en régimen de propiedad horizontal. Se trata de un pronunciamiento aislado, ya que, en sentencias posteriores, como la de 9 de junio (RJ 1999/4733) y 15 de noviembre (RJ 1999/7532) de ese mismo año, el Tribunal Supremo no se cuestiona la posibilidad o imposibilidad de atribución privativa de este elemento. Dicha sentencia fue oportunamente contestada por Albaladejo, para el cual debe admitirse tal posibilidad¹⁵.

Creo que la facultad de sobre y de subedificación en una finca constituida en régimen de propiedad horizontal no sólo puede privatizarse, si no que, además, ha de tenerse en cuenta que existen diferentes formas de articular dicha privatización, que, a continuación, examinamos.

1. ATRIBUCIÓN PRIVATIVA *AB INITIO* Y POR ENAJENACIÓN

De entrada, la privatización de las facultades de sobre y de subedificación puede venir ya establecida desde el mismo momen-

¹⁵ Vid. ALBALADEJO, Manuel, «¿Inadmisibilidad legal del derecho de elevación del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario? (Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 1999)», en *Revista de Derecho Privado*, 2000, mayo, pp. 413 a 436.

to en que se constituye el régimen de propiedad horizontal, en el propio título constitutivo. Cuando quien resulta ser titular de estos derechos es el propietario único del edificio que se los atribuye antes de comenzar la venta de los pisos y locales se habla de reserva de estos derechos.

Pero puede ocurrir también que quien desde el principio es titular de este derecho lo haya adquirido, bien por donación, o en pago de servicios prestados –por ejemplo, al Arquitecto, al Notario etcétera–, bien por haberlo comprado mediando precio. Así, García-Granero, nos relata un caso en el que este derecho lo transmitían los propietarios del edificio que iban a venderlo en favor del agente de la propiedad inmobiliaria que había mediado en las gestiones¹⁶. En estos casos entiendo que no cabe hablar de constitución por reserva; designación que sólo hay que usar para el caso en que el propietario único del edificio se atribuye unilateralmente el derecho.

La facultad de sobre o subedificación atribuida privativamente puede ser objeto de sucesivas transmisiones, ínter vivos o mortis causa¹⁷.

Un ejemplo de constitución por reserva del propietario único de la finca lo tenemos en la RDGRN de 25 de septiembre de 1991 (RAJ 6236), en el que la propietaria única constituye un régimen de propiedad horizontal sobre un inmueble, reservándose el derecho de construir cuatro plantas más. Otro ejemplo aparece en la RDGRN de 6 de noviembre de 1996 (RAJ 7928).

Cabe, también, que, configuradas estas facultades, desde el principio, como elementos comunes, sean privatizados, por enajenación decidida por un acuerdo del conjunto de copropietarios. El problema a resolver en este caso, y al que nos referiremos más adelante, es la determinación de la mayoría por la que debe válidamente adoptarse dicho acuerdo.

A estas dos formas de privatización de componentes del edificio en régimen de propiedad horizontal aluden la STS de 31 de diciembre de 1993 (RAJ 9920), o la de STS de 22 de diciembre de 1994 –RAJ 10368–, que dice:

«La posibilidad de que un elemento en principio común pueda ser desafectado de tal calificación comunitaria convirtiéndose en

¹⁶ Vid. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan, «Derechos de sobreedificación y subedificación», en *Conferencias sobre Derecho foral*, Seminario de Derecho foral, curso 1975-1976, Facultad de Derecho de San Sebastián, editado por la Diputación Foral de Guipúzcoa, Zarauz, 1978, p. 123.

¹⁷ Enajenaciones para las que el titular del derecho no precisa consentimiento del resto de copropietarios de la finca, como afirman las Resoluciones de la DGRN de 28 de octubre de 1988 (RAJ 8002) y de 31 de octubre de 1988 (RAJ 8003).

privado puede operarse en la Ley de Propiedad Horizontal de dos formas: la que pudiera denominarse inicial o atributiva *ab initio*, que surge cuando así se ha constatado en el título constitutivo y que 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 acuerdo unánime (art 16.1 LPH), dando lugar a la auténtica desafectación.»

2. ATRIBUCIÓN PRIVATIVA A INTEGRANTES DE LA COPROPIEDAD Y A EXTRAÑOS A LA MISMA

La atribución privativa puede operarse, bien en favor de personas que no forman parte de la comunidad, bien en favor de personas que sí son copropietarios. Que sea una u otra forma de privatización es relevante a efectos de establecer el régimen jurídico que rige el ejercicio de dichas facultades y también las relaciones del titular con el resto de copropietarios del edificio. Entre otras cosas saber ante qué tipo de relación estamos permitirá determinar si el titular de las facultades a que nos referimos forma parte de la copropiedad o no, es decir, si tiene derecho a voto y obligación de contribuir a los gastos comunes, y, además, permite precisar el momento de ingreso en la comunidad¹⁸.

A) **Atribución privativa a sujetos pertenecientes de la copropiedad**

Caben aún dos posibilidades en este supuesto. Una consiste en que, a un adquirente de un piso, se le atribuyan privativamente estas facultades como componente privativo más de un lote de copropiedad conformado, además, por un piso o local. La segunda consiste en atribuir las como componente privativo único de un lote, al que se le han vinculado ya, desde el principio, una cuota en los elementos comunes del inmueble, entre ellos el suelo.

El ejercicio de la facultad de sobre o subedificar en estos casos y las relaciones de su titular con el resto de copropietarios se regirá por la Ley de Propiedad Horizontal. De manera que, en la medida en que forman parte de la copropiedad, tendrán derecho a voto y

¹⁸ Sobre las dudas doctrinales en relación a esta cuestión puede verse en ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, pp. 564 ss.

deberán contribuir a los gastos comunes en la medida en que proceda. Y ello desde el primer momento, es decir, antes incluso de que se efectúe la sobre o subedificación. No obstante cabe que en el acuerdo de atribución se haya pactado algo distinto en cuanto a la obligación de contribuir a los gastos comunes en la fase previa al ejercicio de la facultad y a ello habrá que atenerse.

a) *Como componente privativo único de un lote: los lotes transitorios*

En este caso, nos encontramos ante un lote integrado por un derecho de sobre o subedificación y una cuota parte en los elementos comunes; figura que la doctrina y la jurisprudencia francesa denominan *lote transitorio*.

No obstante, la admisión de tales lotes como verdaderos lotes de copropiedad no es cuestión pacífica, existiendo autores que les niegan tal condición¹⁹, mientras otros aceptan tal posibilidad²⁰.

Desde el punto de vista jurisprudencial, existe una tendencia clara hacia el reconocimiento de los mismos como verdaderos lotes de copropiedad, y, en consecuencia, a otorgar a sus titulares derecho de voto en las asambleas y poniendo a su cargo la obligación de contribuir a los gastos comunes²¹. Esta tendencia jurisprudencial

¹⁹ Los que niegan su condición de verdaderos lotes de copropiedad, como GIVERDON, Claude, et BOUYEURE, Jean-Robert, «Les lots transitoires de copropriété», en *Administrer*, núm. 119, décembre, 1981, p. 9, § 11, se basan en el artículo 5 de la Ley de 1965, que establece las bases para fijar la cuota-parte que cada piso o local tiene en los elementos comunes, para el caso de que no haya pacto expreso que lo determine. En el § 12 de la p. 10 insiste en la idea diciendo que: *está permitido, por tanto, avanzar, que un lote transitorio no es verdaderamente un lote de copropiedad; no es una fracción del inmueble en el sentido y para la aplicación del estatuto de la copropiedad de inmuebles **construidos***. (La traducción es mía y el subrayado en negrita aparece así en el original.)

No obstante tener presente el carácter dispositivo del precepto, los defensores de esta tesis se basan en él para afirmar que es necesario que el lote tenga una *consistencia, una superficie y una situación, lo que, finalmente, no se concibe más que para un lote que depende de un inmueble construido, o, al menos, de un inmueble cuyo permiso de construcción permita precisar la consistencia exacta*. Vienen a decir que el lote transitorio no tiene la estructura de un verdadero lote de copropiedad.

²⁰ LAFOND, Jacques, «Le statut juridique des programmes immobiliers en copropriété inachevés», *La Semaine Juridique, JCP*, éd. N., 1988, I, Doctrine, p. 29, § 13. TOMASIN, Daniel, «Les lots “transitoires” et le statut de la copropriété», en *Revue de Droit Immobilier*, 10 (2), avr.-juin, 1988, p. 166 ss, § 17 ss.

²¹ Entre las sentencias ya decididamente partidarias de considerar estos lotes como verdaderos lotes de copropiedad, pueden citarse:

La Sentencia de la Cour de Cassation de 15 de diciembre de 1989 –Cour de Cassation 15 décembre 1989, troisième chambre civile, consultada en: *Dalloz*, 1990, p. 216–. Se considera en esta sentencia que un lote constituido por el derecho de usar una superficie determinada para edificar así como una cuota-parte de la propiedad del suelo y de las partes comunes es un inmueble por naturaleza.

La Sentencia de la Cour de Cassation de 14 de noviembre de 1991 –Cour de Cassation, 14 novembre 1991, troisième chambre civile, consultada en: *La Semaine Juridique*,

cial ha hecho variar la opinión de algunos autores que habían mantenido una postura contraria al reconocimiento de estos lotes como verdaderos lotes de copropiedad²².

En cuanto al Derecho español creo que debe admitirse esta posibilidad, en la medida en que una de las alternativas para determinar el régimen jurídico aplicable cuando se constituye un derecho de sobre o de subedificación con transmisión inicial de una cuota de suelo es la Ley de Propiedad Horizontal²³.

J. C. P., 1992, II, p. 223— resuelve un recurso de casación contra la Sentencia de 2 de mayo de 1989, dictada por la Cour d'appel de Chambéry como consecuencia del envío que a este Tribunal se hizo por la Sentencia de 13 de mayo de 1987 de la Cour de Cassation. La segunda sentencia alude expresamente a la constitución de lotes de copropiedad formados de terrenos no construidos, privativamente reservados para el ejercicio del derecho exclusivo del titular de edificar en ellos una construcción. La doctrina entiende que esta sentencia es definitiva sobre el tema, y que viene a afirmar que los lotes transitorios son verdaderos lotes de copropiedad. *Vid* en este sentido: GIVERDON, Claude, et GIVORD, François, *La copropriété*, Dalloz, 1992, p. 30, § 34; GIVERDON, Claude, «Les “lots transitoires” sont de véritables lots de copropriété», en *La Semaine Juridique, JCP*, éd. Notariale, núm. 24, 1992, p. 330.

²² Por ejemplo, GIVERDON, Claude, que en el artículo que escribe con BOUYEURE, Jean-Robert, «Les lots transitoires de copropriété», en *Administrer*, núm. 119, décembre, 1981, pp. 11 ss, había sostenido la no asimilación de estos lotes transitorios a los lotes de copropiedad, y en el artículo «Les “lots transitoires” sont de véritables lots de copropriété», en *La Semaine Juridique, JCP*, éd. Notariale, núm. 24, 1992, p. 329 ss, cambia su postura a la vista de las decisiones judiciales. Mantiene este cambio de postura en «L'exercice du droit exclusif de bâtir constituant la partie privative d'un lot transitoire», en *La Semaine Juridique, JCP*, éd. Notariale, núm. 44, 1992, p. 54.

²³ Sobre esta cuestión puede verse mi trabajo: *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, edit. por Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000. En la parte dedicada al derecho de sobre y de subedificación se contempla la posibilidad de que se admitan estos lotes de copropiedad, ya que considero, como alternativa posible, la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a un derecho de sobre y de subedificación constituido con transmisión de una cuota del suelo *ab initio*. Podría asimilarse a una situación de prehorizontalidad. *Vid* concretamente, pp. 286 ss.

No obstante, la RDGRN de 21 de noviembre de 2002 (RJ 2003/3938) podría verse como un supuesto de lote transitorio, sin embargo la DGRN dice que:

Y respecto del elemento número cuatro las normas estatutarias contenidas en la cantidad escriturada configuran sobre él un derecho análogo al de vuelo, al que podría aplicarse por analogía la norma del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476, 642). Pero lo cierto es que aun configurado como derecho de vuelo (sin prejuzgar sobre si solo es posible el derecho de vuelo sobre edificio y no sobre un terreno) tampoco este derecho permite abrir folio propio en el Registro mediante el recurso de atribuirle número y cuotas actuales, independientes de los que le correspondan en él una vez construido, que por concurrir las mismas razones vistas respecto del elemento número cinco no responden actualmente a una propiedad privativa.

Esas razones a las que se refiere la Resolución son:

«... es evidente que los “dos espacios abiertos o porciones de solar no edificadas”, tal como están descritos en la escritura, no son susceptibles de aprovechamiento independiente ni cumplen los requisitos que los artículos 396 del CC y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal (RCL 1960, 1042) exigen para ser objeto de propiedad separada. La que se identifica con el número cinco se limita a determinar un espacio dentro del suelo común, que se califica de privativo sin atribuirle función ni finalidad ni interés alguno protegido y con tal incongruencia respecto del título de adquisición de la propiedad privativa que se alega que es, según la propia escritura, la construcción ab initio.

b) *Como componente privativo más de un lote de copropiedad*

Puede atribuirse a un propietario de un piso o local privativamente la facultad de sobre o de subedificar en determinado lugar del inmueble. Se da este supuesto, por ejemplo, cuando al propietario del piso superior se le permite edificar una planta más que ocupe la superficie del piso del que es propietario; también cabe que al del piso de abajo se le permita realizar algún sótano en el subsuelo, o cabe también que el propietario de la primera planta se le permita edificar encima de lo que constituye el tejado de la planta baja.

Supuestos como el ahora abordado aparece contemplado en la STS de 30 de noviembre de 1994 (RAJ 8638), en la cual el propietario único de un edificio se había reservado el derecho de vuelo, tanto sobre la parte de edificio destinada a viviendas, que tenía dos plantas, como la destinada a almacén, que sólo tenía una planta. El titular del derecho de sobre y subedificación enajena en favor del propietario del almacén, que formaba ya parte de la Junta de Propietarios, la posibilidad de construir encima del mismo. De tal manera que nos encontramos con un titular del derecho de vuelo integrante de la copropiedad.

También aparece contemplado un supuesto de atribución privativa en favor de un copropietario en la STS de 23 de febrero de 1993 (RAJ 1223), en la que se atribuye el derecho de edificar sobre una terraza al propietario de uno de los pisos, que asume –desde el principio– los gastos de su conservación y, además, hace frente a los daños que, por causa de la terraza, se provocaron al local comercial que se encuentra debajo.

El problema que se suscita en relación a este supuesto es la posibilidad de disposición de estos derechos que tiene su titular. En principio, no hay ningún problema, en la medida en que el artículo 8.º de la Ley de Propiedad Horizontal, permite dividir los pisos o locales y sus anejos para formar otros más reducidos e independientes, siempre y cuando haya un acuerdo de la Junta para atribuir cuotas a los nuevos pisos así creados. Si cabe la división del piso, no veo por qué ha de haber problema para que el titular enajene estos derechos separadamente del piso o local del que es propietario. Ahora bien, también hay que diferenciar los casos que pueden darse.

Si lo que se enajena es sólo la facultad de sobre o de subedificación con carácter superficiario –es decir, sin transmitir una cuota de elementos comunes– parece obvio que no es necesario el consentimiento de la Junta de Propietarios, puesto que no se produce alteración en las cuotas ni del copropietario cuyo lote está integra-

do por ese anejo, ni en las del resto de copropietarios. Transcurrido el plazo de duración del derecho de superficie, la construcción realizada retornará a la propiedad del piso al que se encontraba vinculado, cuyo titular tiene atribuidas las cuotas correspondientes a esa nueva construcción, y, además, es quien habrá venido pagando los gastos comunes, si es que no se había pactado algo al respecto con el titular del derecho de superficie durante su vigencia.

Si lo que pretende es enajenar estas facultades y, además, la correspondiente cuota de participación en los elementos comunes, el titular del derecho podrá enajenarlo sin necesidad de que consienta la Junta, siempre y cuando el título constitutivo prevea una modificación de todas las cuotas de participación en los elementos comunes a raíz del ejercicio del derecho. Si no se contempla dicha modificación, y no pretende establecer una relación superficiaria, podrá consentir la enajenación la Junta de Propietarios para proceder al reparto de las cuotas de participación pertinentes; en cualquier caso, siempre queda el recurso a los órganos jurisdiccionales para que fijen el reparto de cuotas en base a los criterios objetivos señalados en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal.

B) Atribución privativa a extraños a la copropiedad: su configuración como derechos reales en casa ajena

Es posible que la atribución privativa de estas facultades se realice en favor de sujetos que no tengan la consideración de copropietarios, ni la adquieran al incorporar ese derecho a su patrimonio.

En este caso nos encontramos, por supuesto, ante derechos reales en cosa ajena, en la medida en que, a su titular, no se le transmite, ni tiene atribuida, ninguna cuota de participación en los elementos comunes²⁴. El titular de estas facultades lo será de un derecho real en cosa ajena, que, necesariamente, será o un derecho de superficie o un derecho de sobre o de subedificación. Evidentemente, en este tipo de relaciones, el ejercicio del derecho y las relaciones del titular con los copropietarios de la finca gravada, se

²⁴ Vid. ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 544, dice, en este sentido, que: *el carácter ajeno no se pierde aunque el titular del derecho sea propietario de una cuota del edificio sobre el que aquél recae*. Es decir, para este autor, aunque la facultad se atribuya a un copropietario, nos encontramos ante un derecho real en cosa ajena. Sin embargo creo que, en tal caso, es mejor hablar de facultad del dominio que se atribuye privativamente a uno de los condóminos. Esto es importante a la hora de establecer el régimen aplicable, ya que si es facultad del dominio debe regirse por la Ley de Propiedad Horizontal; pero si es derecho real en cosa ajena, dicha norma no será aplicable, sino que regirán las propias del derecho real de que se trate.

regirán por las normas aplicables al derecho de superficie y a los derechos de sobre y de subedificación –según se trate de un caso o de otro–, y no por la Ley de Propiedad Horizontal. De entrada, los titulares de estos derechos reales en cosa ajena no tienen derecho a voto en la Junta –porque no forman parte de ella–, ni tienen que contribuir a los gastos y cargas comunes.

Se puede tratar de un derecho real de superficie, en cuyo caso el titular nunca participará de los elementos comunes, nunca tendrá la consideración de copropietario, ni tan siquiera cuando proceda a la sobre o subedificación. Al extinguirse el derecho de superficie, lo construido revertirá a la propiedad a la que estaba vinculado el derecho –sea la comunidad u otro copropietario–²⁵.

Puede tratarse también de un derecho de sobre y de subedificación, en cuyo caso el titular adquirirá una cuota en el suelo y en el resto de elementos comunes cuando realice la sobre o subedificación, incorporándose entonces como copropietario, y asumiendo entonces derecho a votar y obligación de contribuir a los gastos comunes.

Un supuesto de atribución a un extraño a la copropiedad es el contemplado por la STS de 30 de noviembre de 1994 (RAJ 8638), en la cual el propietario único de una finca, que él mismo constituye en propiedad horizontal, en el momento de la enajenación de las dos plantas en que había dividido el edificio, se reserva *el derecho de mayor elevación sobre el edificio de referencia, haciendo suyas las edificaciones resultantes*.

CAPÍTULO PRIMERO

EL EJERCICIO DE LA *FACULTAD* DE SOBRE O SUBEDIFICAR COMO ELEMENTO COMÚN EN EL SENO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL: EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Vamos a estudiar, en este primer capítulo, los derechos de sobreedificación y de subedificación cuando son elementos comunes en el seno de la propiedad horizontal. En realidad, cuando estos

²⁵ En Derecho francés, la atribución de estas facultades a través de la constitución de un derecho real, sólo puede operarse a través de un derecho de superficie que excluye –al igual que en Derecho español–, cualquier participación del titular del derecho de superficie en la copropiedad del suelo y de los elementos comunes. Los derechos de sobre y de subedificación no existen como derechos reales en cosa ajena en Derecho francés, en la medida en que al poder ser el derecho de superficie perpetuo no precisan de tal institución jurídica.

componentes inmateriales de la finca tienen tal configuración, es como si nos encontráramos ante el supuesto de ejercicio de la facultad de sobre o subedificar por el propietario único de la finca. Lo que ocurre es que, cuando el inmueble pertenece a una pluralidad de propietarios y está sometido al régimen de propiedad horizontal, se hace necesario regular el ejercicio de la facultad a que nos referimos por la complejidad estructural de la institución y por los problemas que puede provocar.

Es obvio que en este caso el ejercicio de estos derechos corresponde al conjunto de copropietarios, y no a uno de ellos exclusivamente. No obstante, en la práctica, es bastante frecuente que el propietario del piso inferior o del superior sobre o subedifiquen individualmente; posibilidad que, evidentemente, no existe, cuando, no habiéndoseles otorgado privativamente a ellos, la facultad de sobre o de subedificar está configurada como elemento común²⁶.

La regulación del ejercicio del derecho de sobre o de subedificación cuando es elemento común está contenida en el artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal, que dispone que:

«La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afec-

²⁶ Cuando la facultad de sobre o de subedificar es elemento común no puede ser ejercitada por un copropietario individualmente. En la STS de 27 de marzo de 1984 (RAJ 1438), el propietario de la planta baja, para legitimar la excavación que había realizado en el sótano, argumenta que, según el artículo 350 del CC, el dueño del suelo es propietario de lo que hay encima y debajo. A dicha argumentación responde el TS,

«CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria debe correr el séptimo de los motivos en el que, por el mismo cauce del núm. 1.º del artículo 1692 de la L.E.Civ., se denuncia la falta de aplicación del artículo 350 del C.Civ., conforme al cual “El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convenga”; pues, en efecto, no pueden pariguarse, el dueño de un terreno (que es el autorizado por el artículo citado para efectuar excavaciones sin otras limitaciones o salvedades que “las servidumbres”, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas –(RCL 1973/1366 y NDL 20019)– y Aguas (NDL 1054) y en los reglamentos de policía –(RCL 1958/1912 y NDL 1079)– con las facultades que corresponden a los partícipes en una propiedad horizontal a quienes en el párr. 1.º (del art. 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal) se autoriza para que modifiquen (con ciertas limitaciones) el respectivo piso o local de que sean titulares, mas consignando a continuación (en el párr. 2.º del mismo artículo) la prohibición terminante de que cada propietario “no podrá realizar alteración alguna” en el “resto del inmueble” que no es sino “los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute” del párr. 1.º del artículo 396 del C.Civ. “tales como el suelo” y los otros varios que enuncia en relación abierta; y de ahí que la sentencia de esta Sala de 30 junio 1967 (RJ 1967/3496) conceptuase infracción del recordado ordenamiento legal la excavación de seis metros de longitud por 2,80 de profundidad y 0,90 de anchura, siendo la del juicio de que el ahora presente recurso dimanaba de un metro de profundidad por cuatro o cinco en cuadro; desprendiéndose de lo razonado que la excavación en la cosa común afecta al título constitutivo al igual que la otra modificación ya considerada y debió someterse también al régimen establecido para las modificaciones del mismo (art. 11) [en la actualidad artículo 12] que es el de la unanimidad de la norma primera del 16 [actualmente artículo 17.1].»

tan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos.»

I. EL SUPUESTO FÁCTICO CONTEMPLADO POR EL PRECEPTO

1. SOBRE O SUBEDIFICACIÓN QUE AFECTA AL TÍTULO CONSTITUTIVO

La formulación del supuesto de hecho del artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal induce, a mi modo de ver, a confusión. El primer inciso —«La construcción de nuevas plantas...»— parece, por sí solo, configurar el supuesto fáctico que se pretende normar, de manera que, podríamos extraer la idea de que, con independencia de la caracterización que las facultades de sobre y de subedificación tengan en el seno de la propiedad horizontal, ha de aplicarse este precepto a cualquier ejercicio de los mismos que se realice en el edificio. Seguramente es esta, a mi entender, poco clara formulación del supuesto de hecho de la norma, lo que ha determinado que los autores no suelen plantearse qué supuestos de sobre o de subedificación se están contemplando en ella, o, en el caso de que se lo planteen, a considerar comprendidos en la misma todos los supuestos, es decir, tanto los casos de ejercicio de estos derechos cuando están configurados como parte común, como cuando han sido ejercitados por quien los tenía reservados privativamente ²⁷.

²⁷ En esta línea puede citarse a: VENTURA-TRAVERSET, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 6.ª edición, editorial Bosch, Barcelona, 2000, en la p. 439, considera que este artículo se refiere a la construcción de nuevas plantas, sin precisar si se refiere al caso en el que el derecho a realizar esa sobre o subedificación aparece configurado como elemento común, o se encuentra reservado privativamente a alguien. Esta falta de matización se corrobora cuando, al analizar los supuestos contemplados en este precepto, considera incluidos en él, en primer lugar, la construcción de nuevas plantas, y, en tercer lugar y como supuesto diferente al primero, el de alteración en las cosas comunes. Con lo que parece que puede entenderse que este autor no limita el ámbito de aplicación del precepto a los casos en los que los derechos de sobreedificación y de subedificación aparecen configurados como elementos comunes. Tampoco matiza los supuestos que deben entenderse aquí regulados: MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, Tomo I, cuando dice en la p. 1016 que: *A propósito de esa «construcción de nuevas plantas» que aparece en el artículo, creemos conveniente indicar que dicha frase comprende el generalmente conocido con las denominaciones de «derecho de levante» y «derecho de vuelo».* Pero no distingue si sólo cuando es parte común o también cuando

Sin embargo, entiendo que una adecuada delimitación del supuesto de hecho del artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal y, por ende, del ámbito de aplicación de dicho precepto, viene perfilada por lo que parece ser una consecuencia jurídica. Concretamente, me estoy refiriendo al inciso «afectan al título constitutivo». Conforme a la formulación literal del precepto, parece que la afectación del título constitutivo se produce necesariamente y en todo caso cuando se procede a construir nuevas plantas en el edificio, ya sea por arriba o por abajo. Sin embargo, creo que dicha alteración no se produce porque la ley lo establezca; es decir, no toda sobre o subedificación afecta al título constitutivo, si no que el que se produzca o no una alteración del mismo, depende de su contenido.

En mi opinión, creo que es más coherente entender que el precepto está contemplando sólo los supuestos en los que el título constitutivo va a resultar afectado como consecuencia de la construcción de las nuevas plantas ²⁸. O sea, sería –a mi modo de ver– más conveniente entender el precepto como si en él se dijera: «cuando la construcción de nuevas plantas afecte al título constitutivo».

2. AUSENCIA DE ATRIBUCIÓN PRIVATIVA DE LA FACULTAD DE SOBRE O SUBEDIFICACIÓN

Claro que, ahora, la cuestión se centra en precisar los casos en que la construcción de nuevas plantas va a implicar una modificación del título constitutivo.

está atribuido privativamente a alguien. Sin embargo, más adelante se manifiesta en el sentido de entender contemplados los supuestos en que la propia comunidad ha enajenado los derechos, de modo que es clara su posición de entender aquí comprendidos todos los casos de ejercicio de estos derechos que se dan en el seno de la propiedad horizontal. Postura que queda absolutamente corroborada con las siguientes afirmaciones contenidas en las pp. 1017-1018: *Nos encontramos, en consecuencia, con que mientras la materialización del «levantante» o la «elevación» de plantas puede realizarse por el propietario que se hubiese reservado tal facultad en el «título constitutivo», la inmediata y consustancial consecuencia del ejercicio de dicho derecho, esto es, la modificación de las cuotas de participación, no podrá realizarse sin mediar acuerdo unánime, lo que en realidad deja reducida la «facultad de levante» a una declaración puramente programática sin otra posibilidad de concreción real que el asentimiento de todos los propietarios a la modificación de cuotas.* En su opinión, también en ese caso se opera una modificación del título constitutivo, en la medida en que implica una modificación de cuotas y, por tanto, debe aprobarse por unanimidad. *Vid.* también, GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, y GÓMEZ MARTÍNEZ, Juan, en *La Ley de Propiedad Horizontal*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 138 y 139; VVAA *Las comunidades de propiedad urbana*, edit. Colex, Madrid, 1999, p. 148.

²⁸ En este sentido, se pronuncia: LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, editorial Sepin, Madrid, 1999, p. 170: *la aplicación de este precepto debe quedar, a mi juicio, solamente para cuando realmente afecte a dicha modificación...*

Podría afirmarse que esa afección del título concurre en cualquier caso, en la medida en que, por ejemplo, en el título constitutivo se describe la finca, y toda sobre o subedificación opera un cambio en lo referente a la descripción de la misma. Por otra parte, en aquellos casos en que deba producirse una alteración en las cuotas de participación de los copropietarios en las partes comunes, porque hay que dar entrada a un nuevo copropietario, también se producirá una alteración de dicho título. Estas apreciaciones podrían llevarnos a considerar acertada la opinión que considera que todos los supuestos de sobre o subedificación están aquí contemplados.

Sin embargo, no creo que sea esta la forma más conveniente de entender la expresión «afectan al título constitutivo». Convendremos en que no es lo mismo que las consecuencias de la sobre o de la subedificación estén previstas en el título, que no lo estén. Y no es lo mismo, porque si ya están previstas, nos encontramos ante una posibilidad de alteración que ya ha sido consentida por todos los copropietarios integrados en el régimen de propiedad horizontal, de manera que no tiene sentido pedir que vuelvan a pronunciarse sobre si les parecen oportunas o no. Es decir, si cuando los copropietarios adquirieron la finca, en el título constitutivo ya constaba la posibilidad de levantar alguna planta más en el edificio y ya estaban previstas las consecuencias que, con respecto a su derecho de copropiedad, podía producir esa eventual sobre o subedificación, entiendo que no tiene sentido afirmar que su ejercicio «afecte al título constitutivo», puesto que las consecuencias del mismo ya estaban previstas y consentidas.

Resultaría afectado dicho título cuando no previera ni la eventualidad de levantar nuevas plantas, ni las consecuencias que se producirían, llegado el caso, en los derechos de los copropietarios.

Conforme a lo dicho, puede entenderse que no se incluyen en el ámbito de aplicación del precepto aquellos casos de ejercicio de las facultades de sobre y de subedificación cuyas consecuencias para el conjunto de la comunidad ya están contempladas en el propio título constitutivo.

Y ¿cuándo se produce esta circunstancia? Pues, precisamente, cuando los derechos de sobre o subedificación se han atribuido privativamente, ya que en ese caso y con independencia de la naturaleza de la relación jurídico-real que surja de la atribución, es necesario que aparezcan una serie de menciones que vienen a concretar las alteraciones que, en caso de ejercitarse el derecho, van a operarse en el título constitutivo, en virtud de la necesidad de que estén perfectamente determinadas. Es decir, que siempre que estas

facultades se atribuyen privativamente, el título constitutivo debe contemplar las alteraciones que en su contenido puede operar la sobre o subedificación.

Si la facultad de levantar más plantas en un edificio se otorga a una persona en el marco de un derecho de superficie, es necesario, como requisito de validez del derecho, que se hayan especificado las características de la construcción que puede realizar el titular, puesto que es preciso que cualquier relación jurídico-real esté perfectamente determinada, en base al principio de especialidad. Por otro lado, no se producirán alteraciones en las cuotas del resto de condóminos, puesto que el superficiario nunca será copropietario.

Si se otorga un derecho real de sobre o subedificación, también es necesario, en aras de la necesidad de que esté perfectamente determinado, que se hagan constar las cuotas, que, en los elementos comunes, va a adquirir su titular una vez ejercite el derecho; lo que implica que se prevean también las modificaciones que se van a operar en el resto de las cuotas de participación del resto de copropietarios. Además, por supuesto, habrá de determinarse la extensión de la construcción que se puede llevar a efecto.

Si lo que se ha concedido es la facultad de sobre o de subedificación vinculada a una cuota de participación en los elementos comunes, es obvio que la única modificación que se operará en el título es la relativa a la descripción de la finca, puesto que las cuotas, o bien no sufren alteración alguna, o si la sufren, ya debe estar prevista en el título constitutivo.

De modo que, en base a estas apreciaciones, parece sensato entender que quedan fuera del supuesto de hecho del artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal, todos aquellos casos en los que los derechos de sobre o de subedificación están atribuidos privativamente; es decir, aquellos casos en los que, o bien son elementos privados en el seno de la comunidad, o bien han sido desmembrados del derecho de propiedad originando derechos reales en cosa ajena.

Consecuentemente, pueden entenderse contemplados en el artículo 12 de la Ley sólo los casos en los que estos derechos tienen la configuración de elementos comunes en el seno de la propiedad horizontal, ya que, en tal caso, las modificaciones que la construcción de nuevas plantas puede operar en el título constitutivo no están previstas en el mismo. No obstante, podría darse el caso de un título constitutivo en el que, configurados estos derechos como partes comunes, esté previsto su ejercicio así como las consecuencias que el mismo pudiera producir con respecto a los derechos de los copropietarios. En este hipotético caso, tampoco habría que entender aplicable este precepto, pero, si es raro, en la práctica, que

la copropiedad ejercite estos derechos cuando son partes comunes, más raro es que, con la adquisición del piso, se esté asumiendo también el compromiso de sobre o subedificar.

Además, si atendemos a las consecuencias jurídicas del precepto, que viene a decir que dichas sobre o subedificaciones deben someterse a los mismos requisitos necesarios para la modificación del título y que se traduce en que debe acordarse por la mayoría que sea preceptiva, y que se fijen las alteraciones que la misma va a operar, parece bastante sensato pensar que si el título ya contempla el ejercicio y las alteraciones –lo que ocurre cuando se reservan privativamente estas facultades– no sea pertinente la aplicación de este precepto.

Por lo tanto, podemos concluir, que se están contemplando en el artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal los casos en los que la sobre o subedificación aparece configurada como elemento común, es decir, como una facultad de la copropiedad en su conjunto en la que todos tienen una cuota de participación y cuyo ejercicio no se ha previsto en el título constitutivo; se trata de un supuesto equiparable al del propietario único de un edificio que decide construir por encima o por debajo del mismo ²⁹.

3. CON INDEPENDENCIA DE LA FINALIDAD PERSEGUIDA

No obstante, cabría preguntarse si este precepto contempla cualquier supuesto de sobre o subedificación –elemento común– por la copropiedad ³⁰ o sólo algunos de ellos, por ejemplo, si se refiere a cuando la misma va destinada a la creación de locales privativos o también cuando se destina a la creación de locales comunes.

²⁹ No está contemplando el precepto, por tanto, el ejercicio de un derecho de sobre o de subedificación, configurado como derecho real en cosa ajena, que atribuye la propiedad de lo edificado a su titular, sino que se trata del ejercicio de una facultad que está ínsita en el derecho de propiedad sobre un inmueble. *Vid.* en este sentido, ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, editorial Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 338. En este mismo sentido se pronuncia este mismo autor en *El estatuto de la propiedad horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 544: *El artículo 12 LPH contempla la sobreedificación como una facultad inherente al dominio que corresponde a todos los propietarios sobre un elemento común por naturaleza como es el vuelo de la finca.*

³⁰ En Derecho francés en la medida en que el sindicato de copropietarios tiene personalidad jurídica, éste puede ser titular a título privativo del derecho de sobreedificación o de subedificación. Sin embargo, en España, esta posibilidad no existe de manera que este precepto sólo puede estar contemplando el ejercicio del derecho de sobreedificar por la copropiedad cuando ese derecho es parte común.

En principio, el artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal absorbe, debido a la formulación del supuesto fáctico, cualquier sobre o subedificación cuando la misma supone una alteración del título constitutivo que el mismo no contempla, es decir y conforme a lo dicho precedentemente, cuando se trata de facultades que no están atribuidas privativamente a nadie.

Aunque, si bien es cierto que este precepto contempla cualquier construcción de nuevas plantas que suponga una alteración del título constitutivo que el mismo no prevea, el régimen de ejercicio de la facultad se encuentra diversificado en algún punto, según la finalidad que se persiga y ello debido a la remisión que el propio precepto hace al régimen establecido para las modificaciones del título constitutivo. El contenido del acuerdo por el que se deciden construir las nuevas plantas es el mismo en cualquier caso, pero, según la finalidad perseguida con la construcción de las nuevas plantas, la mayoría necesaria para aprobar válidamente dicho acuerdo, será una u otra.

II. LOS REQUISITOS DE EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE SOBRE O SUBEDIFICAR CUANDO SON ELEMENTOS COMUNES

El artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal fija cuál debe ser el contenido del acuerdo por el que la Junta de propietarios decide proceder a la sobre o subedificación; además, dispone que el acuerdo se adoptará por la mayoría precisa para modificar el título constitutivo.

1. EL CONTENIDO DEL ACUERDO DE SOBRE O SUBEDIFICACIÓN

Según el artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal:

«... El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos.»

Este precepto prefigura, por tanto, el contenido del acuerdo que debe adoptarse por la Junta de propietarios cuando decide llevar a cabo una sobre o subedificación. En mi opinión, la predeterminación del contenido por la ley es acertada en la medida en que la

adopción de un acuerdo de estas características sin que el alcance del mismo esté fijado de antemano es una fuente casi segura de problemas.

Por su parte, la Ley francesa de copropiedad de edificios de 10 de julio de 1965 no establece en ninguno de los preceptos en los que puede entenderse regulado el ejercicio por la copropiedad de la facultad de construir nuevas plantas en el edificio, cuál es el contenido del acuerdo que debe adoptarse. Ni el artículo 35.1 de dicha Ley, que regula ese ejercicio cuando se van a crear locales de uso privativo, ni el artículo 30 que contempla su ejercicio para crear locales comunes, prefiguran el contenido del acuerdo. Acaso el legislador entendió que su contenido venía fijado por lo dispuesto en el artículo 37 de la misma ley, conforme al cual todo acuerdo de reserva de los derechos en él contemplados –entre ellos los de sobre y subedificación– debe indicar, bajo pena de nulidad:

«... la importancia y consistencia de los locales a construir, y la modificación que su ejecución entrañaría en los derechos y cargas de los copropietarios.»

Sin embargo, la rigidez del sistema que establece este precepto ha llevado a interpretar el supuesto de hecho de una forma muy restrictiva³¹, de tal manera que sólo las reservas deben entenderse contempladas en él; en lo que ahora nos ocupa, no puede considerarse contemplado el supuesto de ejercicio por la copropiedad del derecho de sobre y de subedificación. No obstante, las menciones exigidas por este precepto pueden servirnos de referencia para comparar con las que el legislador español ha considerado conveniente que constaran en el acuerdo de sobre o subedificación, en el caso contemplado en el artículo 12.

A) Las menciones obligatorias

En primer lugar, alude el artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal a la *naturaleza de la modificación*. Es difícil precisar a qué se quiere aludir con ello; podía pensarse que se refiere, en lo que ahora nos afecta, a si lo que se pretende realizar es una sobreedificación o una subedificación.

³¹ En este sentido, *vid.* BOUYEURE, Jean-Robert, «La surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux privatifs (arts. 35-36 et 37 de la loi du 10 juillet 1965)», *Gazette du Palais*, 1973, Doctrine, p. 636; también en *Les travaux dans la copropriété*, Immobilier, Droit et gestion, Sirey, 1989, p. 206, § 470.

Además se exige que aparezcan determinadas en el acuerdo *las alteraciones que origine en la descripción de la finca*. Esta mención podría ser equiparable a la que el artículo 37 de la Ley francesa exige, para la reserva de sobre o subedificación, cuando alude a la *importancia y consistencia de los locales a construir*. Esta exigencia hace que, en el acuerdo, se deban fijar el número de plantas que se van a realizar, su altura ³², la superficie de las mismas, etcétera. La doctrina francesa suele entender también que aquí se debe entender exigida la utilización que se va a hacer de las nuevas construcciones, así como su aspecto exterior. Hay quien ha propuesto que sería conveniente adjuntar al acuerdo los planos de la futura construcción que se realizará ³³. En efecto, cuanto más prolijo se sea en la fijación de las informaciones relativas a las futuras construcciones, menos problemas surgirán por su causa en el seno de la copropiedad; los planos son un buen instrumento a tal fin, puesto que precisan la envergadura de la construcción pretendida. Pero, creo que no cabe desechar otros medios.

Es interesante advertir que las menciones que se exigen sobre las alteraciones en la descripción de la finca, tanto por el artículo 37 de la Ley francesa, como por el artículo 12 de la Ley española, permitirían determinar –en ausencia de acuerdo expreso– la cuota-parte en los elementos comunes, así como el reparto de las cargas de conservación, mantenimiento y administración de las partes comunes –artículo 10 de la ley francesa y 9 e) de la española– que hay que atribuir a cada lote, permitiendo resolver cualquier conflicto en este sentido ³⁴.

³² Vid. STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, J.C.P.*, Formules commentées, 1980, p. 85, §§ 12 y 13. En España, ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 554, en virtud del principio de especialidad considera que *debe quedar bien delimitado el número exacto de plantas a construir o la altura que puede alcanzar la sobreedificación*.

³³ BARRIERE, Louis Augustin, «Le droit de surélévation en copropriété», en *La Semaine Juridique, J.C.P.*, éd. N., 1992, *Doctrine*, p. 122, § 26. También alude a los planos, GELINET, Jean-Maurice, «La réserve du droit de surélévation: l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965», *Administrer*, 1995, núm. 272, p. 20. A los planos y al presupuesto se refiere SEGUIN, M., «Copropriété et surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 61.

³⁴ El artículo 5 de la Ley de propiedad horizontal española establece como criterios de determinación de la cuota de participación: la superficie del piso en relación con el edificio, su emplazamiento interior o exterior, situación y uso que se le va a dar.

Con respecto al Derecho francés, es necesario tener en cuenta que el artículo 5 de la Ley francesa dice que hay que tomar en consideración para fijar la cuota de participación: la consistencia, la superficie, la situación de los lotes, su utilización. Vid. STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, J.C.P.*, Formules commentées, 1980, pag. 85, § 13; BARRIERE, Louis Augustin, «Le droit de surélévation en copropriété», en *La Semaine Juridique, J.C.P.*, éd. N., 1992, *Doctrine*, p. 122, § 26.

Pese a que esas menciones permitirían determinar la cuota de participación en los elementos comunes atribuibles a las nuevas construcciones, el artículo 12 de la Ley española exige que conste expresamente en el acuerdo la *variación de las cuotas* que la realización de la sobre o subedificación puede implicar para el resto de copropietarios³⁵. Sin embargo, dicho artículo, a diferencia de lo que dispone el artículo 37 de la Ley francesa³⁶, no exige que conste la medida en que los propietarios de esas nuevas construcciones van a tener que contribuir a los gastos comunes. Cierto es que la cuota de participación es la que permite determinar la contribución a los gastos comunes en defecto de acuerdo conforme al artículo 9.1.e) de la Ley española; sin embargo, creo que es conveniente que la participación en las cargas comunes quede fijada en el acuerdo.

Además, el artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal exige que conste ya en el acuerdo de sobre o subedificación *el titular o titulares de los nuevos pisos o locales*. En consecuencia, debe hacerse constar si se trata de crear partes comunes o privativas, el uso que se les va a dar, y, en caso de que vaya a ser un uso o una titularidad privativa, quiénes van a ser los titulares de las mismas. Este dato es importante en la medida en que la mayoría por la que debe adoptarse el acuerdo –como se verá más adelante– depende del uso que se vaya a dar a los nuevos locales.

Todas estas especificaciones que el texto legal exige que consten tienden a que los copropietarios adquieran plena conciencia de las repercusiones que la realización de la construcción tendrá para ellos³⁷.

B) Las consecuencias del incumplimiento de este requisito

¿Cuál es la sanción que hay que aplicar para el caso de que el acuerdo de sobre o subedificación no tenga el contenido que exige el artículo 12 de la Ley? El precepto no dice nada al respecto, ni encontramos jurisprudencia relativa a esta cuestión. Tampoco las

³⁵ Se refiere también a este punto, VENTURA-TRAVERSESET, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 6.ª edición, editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 441, § 1383. Vid. también PASTOR ÁLVAREZ, M.ª del Carmen, *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes del edificio*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 89.

³⁶ Vid. STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, J.C.P.*, Formules commentées, 1980, p. 85, § 14.

³⁷ BOUYEURE, Jean-Robert, *Les travaux dans la copropriété*, Immobilier, Droit et gestion, Sirey, 1989, p. 205, § 468.

opiniones doctrinales aclaran este interrogante, limitándose a decir que es necesario que consten estas menciones para la validez del acuerdo, pero sin pronunciarse sobre si la falta de alguna mención determina la nulidad absoluta o relativa ³⁸.

La STS de 7 de marzo de 1983 (RAJ 1427) parece referirse a esta cuestión, siquiera tangencialmente puesto que no es un supuesto de construcción de nuevas plantas sino de modificación de un elemento común por un copropietario. Analiza un caso en el que el demandado había construido un sótano, pese a que la Junta se había opuesto expresamente a ello. El demandado –recurrente en casación ante el Tribunal Supremo– entiende que la Junta le había dado su autorización en la medida en que las obras no afectaran la seguridad del edificio. La solución se basa en la inexistencia de autorización por parte de la Junta de Propietarios, pero a mayor abundamiento y para apuntalar la decisión el Tribunal dice que:

«si se tiene en cuenta que, en cumplimiento de lo dispuesto en el ya citado art. 11 de la Ley de Propiedad Horizontal [actualmente artículo 12], en el acuerdo que se adopte por la Junta de copropietarios para la autorización de las obras que afecten a los elementos comunes deberá fijar, entre otros extremos, la naturaleza de la modificación así como las alteraciones que origine en la descripción de la finca; razones, todas ellas que abonan el rechazo de los dos motivos que nos ocupan.»

Sin embargo, otra sentencia, la de STS de 6 de junio de 1979 (RAJ 2323) viene a decir, con relación a un acuerdo de privatización de un jardín y el local de la portería, que, si en el acuerdo no se ha fijado la cuota de participación en elementos comunes y en la contribución a los gastos, siempre es posible acudir a los Tribunales para que se proceda a la redistribución de las mismas. Aunque este supuesto es diferente al que aquí abordamos, ya que aquí se trata de un acuerdo para ejercitar la propia comunidad un derecho de sobre o subedificación, mientras que en esta segunda sentencia citada se trata de la enajenación de un elemento común.

Por su parte, el artículo 37 de la Ley francesa, aunque no contempla el supuesto que ahora estamos analizando, establece que las menciones que exige, deben constar en el acuerdo de reserva, bajo

³⁸ MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, tomo I, en la p. 1016, dice que: *cabe indicar que la validez del referido acuerdo exige, además de la unanimidad, los siguientes requisitos: ... Y, a continuación, enumera las menciones que según el artículo 11 –actualmente artículo 12– deben constar en el acuerdo.*

pena de nulidad³⁹. La mayoría de los autores franceses, considera que se trata de nulidad relativa. Según esta opinión, podrían impugnarse el acuerdo los interesados, a saber el sindicato y los copropietarios mismos, negando la posibilidad de impugnar el acuerdo a quien se ha atribuido privativamente, sea el uso, sea la titularidad del derecho⁴⁰. Se argumenta, en este sentido, que el artículo 37 obedece a la preocupación de proteger los intereses de los copropietarios⁴¹ frente a la sobreedificación⁴², y de ahí el carácter protector de la nulidad que establece el precepto⁴³. No obstante, es

³⁹ Para SEGUIN, M., en «Copropriété et surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 62, la sanción aplicable, pese a la mención expresa del artículo 37 a la nulidad, es la de tener la convención de reserva por no escrita por aplicación del artículo 43, según el cual: «Todas las cláusulas contrarias a las disposiciones de los artículos 6 a 37, 42 y 46, y a las del decreto tomadas para su aplicación se reputan no escritas». Sobre la diferencia entre nulidad y cláusulas no escritas, *vid.* KULLMANN, Jérôme, «Quelques remarques sur les clauses réputées non écrites», en *Dalloz*, 1993, Chronique, pp. 59 a 66.

⁴⁰ CABANAC, Jean, «Le droit de surélévation sous le régime de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 34.

⁴¹ GIVORD, François, et GIVERDON, Claude, avec la collaboration de CAPOULADE, Pierre, *La Copropriété*, édit. Dalloz, Paris, 1992, p. 65, § 72.

⁴² KISCHINEWSKY-BROQUISSE, Edith, *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, Paris, 1989, Quatrième édition, p. 40, § 56.

⁴³ La sentencia de la Cour de Cassation de 6 de noviembre de 1984 –consultada en *La Semaine Juridique, JCP, éd. N*, 1985, pp. 137 a 141 con comentario de STEMMER, B., y en *Administrer*, 1985, núm. 157, sección de Jurisprudence, comentario de GUILLOT, Emile Jean–, analiza un caso en el que no había sido prevista la modificación que la sobreedificación iba a suponer en las cargas de los copropietarios. Ahora bien, ni la Cour de Cassation, ni la Cour d'appel que había analizado el caso con anterioridad [Los pronunciamientos de la sentencia de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence 3.ª Ch. civ. 7 de junio de 1983 aparecen contenidos en la sentencia de la Cour de Cassation] consideran nula la cláusula del reglamento de copropiedad que otorgaba el derecho de sobreedificación a un copropietario. Dice la Cour de Cassation al respecto:

«Señora Lecombe –titular del derecho de sobreedificación– ha ejercido el derecho tal cual le había sido consentido y .../... la irregularidad del reparto de cargas no puede dar lugar más que a una modificación de éste –del reparto–»

¿Cuáles son las motivaciones de los órganos jurisdiccionales para adoptar tal solución? La no aplicación de la consecuencia que prevé el artículo 37 de la Ley de 10 de julio de 1965, que es la de la nulidad, podría venir determinada porque la Cour de Cassation entienda que dicho precepto sólo se aplica a las atribuciones privativas del uso de partes comunes. Sin embargo, la Cour no fija claramente la naturaleza del derecho atribuido a la Sra. Lecombe, ni tampoco toma postura sobre el campo de aplicación del artículo 37; en realidad no necesita, para solventar el asunto, pronunciarse al respecto. La razón de la decisión de la Cour hay que buscarla en el párrafo cuarto del artículo 37, en el que se contempla una excepción a la obligatoriedad de que el acuerdo de reserva del derecho de sobreedificación contenga todas las menciones más arriba expuestas: no serán nulos aquellos acuerdos anteriores a la promulgación de la Ley francesa de 10 de julio de 1965 que no contengan las referidas menciones. En el caso analizado por la sentencia, tanto la fecha del primer reglamento de copropiedad, que se realiza en 1952, como la del nuevo reglamento que hacen los copropietarios los días 20 de agosto y 17 septiembre de 1.962 –el que debe ser considerado, tal y como parece entenderlo la titular del derecho en la medida en que procede a la realización de la sobreedificación antes de que transcurran 10 años desde el otorgamiento del mismo–, son anteriores a la Ley de 10 de julio de 1965. Por tanto, el hecho de que no consten en el acuerdo de reserva las modificaciones en las cargas de los copropietarios no puede conllevar su nulidad.

preciso tener en cuenta que el ámbito de aplicación del artículo 37 de la Ley francesa –reservas del derecho de sobre o subedificar en favor de quien unilateralmente está en disposición de imponer el título constitutivo al resto de copropietarios– puede aconsejar la adopción de una solución que proteja al copropietario a quien, en principio, se ha sustraído –sin que tenga posibilidad de oponerse– la facultad de sobre o subedificar. Ahora bien, cuando nos encontramos ante el ejercicio de dicha facultad por los copropietarios, no parece que haya que proteger ningún interés de los implicados especialmente necesitado de protección.

En Derecho español, si el acuerdo adoptado no determina suficientemente el objeto, es decir, si el alcance de la sobre o subedificación no se ha determinado precisamente, si no se establecen las consecuencias que en el seno de la copropiedad se van a operar, ni son deducibles del propio acuerdo, el mismo será impugnabile por la vía procedente establecida en el artículo 18 de la Ley de propiedad horizontal ⁴⁴.

2. LA MAYORÍA NECESARIA PARA ADOPTAR EL ACUERDO

Hasta la reforma operada en la Ley de propiedad horizontal por la Ley 8/1999, de 6 de abril, cualquier acuerdo que implicara una modificación del título constitutivo requería unanimidad, por aplicación de lo dispuesto en el que, antes de dicha reforma, era el artículo 16. Es decir, que la remisión que el entonces artículo 11 –ahora 12– realizaba al régimen de modificación del título constitutivo, se traducía en la exigencia de unanimidad en cualquier caso ⁴⁵.

Frente a este panorama contrastaba la opción del legislador francés, que exigía una u otra mayoría dependiendo de la finalidad que se persiguiera con la sobre o subedificación. Las reformas operadas en la Ley de propiedad horizontal han venido a incidir en esta materia, permitiendo que, al igual que ocurre en Derecho francés, en determinados supuestos no sea necesario un acuerdo unánime para que la copropiedad decida llevar a efecto una sobre o subedificación.

⁴⁴ Sobre impugnación de acuerdos de la Junta de Propietarios, con carácter general, puede consultarse ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, y VERDERA SERVER, Rafael, *La Junta de Propietarios: constitución, acuerdos e impugnación*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 193 ss.

⁴⁵ Pueden consultarse en este sentido: VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 5^a edición, revisada, ampliada y puesta al día por Antonio VENTURA-TRAVERSESET HERNÁNDEZ, editorial Bosch, Barcelona, 1992, p. 339; MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, Tomo I, p. 1016.

A) Las mayorías necesarias en Derecho francés

En Derecho francés, y conforme a la Ley de 10 de julio de 1965 de copropiedad de edificios, la mayoría necesaria para adoptar válidamente el acuerdo de sobre o subedificación depende del uso, común o privativo, al que se vayan a destinar los nuevos locales.

Por su parte, el artículo 35.1 de la Ley francesa de copropiedad de edificios dispone que:

«La sobreedificación o la construcción de edificios para crear nuevos locales de uso privativo sólo puede ser realizada por el sindicato si la decisión se toma por unanimidad de sus miembros.»

La delimitación del supuesto de hecho contemplado en este precepto se centra, no en la configuración, como elemento común o privativo, que vaya a darse a la nueva parte de edificio creada, sino en el *uso* al que se pretenda destinarla. Es preciso tener en cuenta que, en Derecho francés, al igual que en Derecho español, se puede atribuir privativamente el uso de una parte común ⁴⁶.

El supuesto de hecho contemplado por el artículo 35.1 de la Ley francesa, aparentemente, al menos, es, en principio, ajeno a la naturaleza –común o privativa– de la parte del edificio creada, y viene determinado por el hecho de que se destine a un *uso* privativo. La referencia al *uso* privativo tiene la virtualidad de integrar, de una manera clara, en el supuesto de hecho la construcción de nuevas fracciones del edificio configuradas como *partes privativas destinadas a un uso privativo*. En cuanto a la creación de *partes privativas destinadas a un uso común* resulta excluida del supuesto de hecho del artículo 35.1. Y no sólo porque el mismo haga referencia expresa únicamente a la creación de partes afectadas a un uso privativo, sino porque, además, el artículo 8 de la Ley impide que el reglamento de copropiedad imponga restricciones a los derechos de los copropietarios –como sería el hecho de destinarla a un uso común– fuera de aquellas que estuvieran justificadas por el destino del inmueble. Con lo que las posibilidades de que se dé dicho supuesto son bastante remotas.

⁴⁶ En Derecho francés, el carácter privativo o común del uso que se da a una parte del edificio no determina necesariamente su naturaleza. Por su parte, los artículos 2 y 3 de la Ley de copropiedad de edificios de 10 de julio de 1965, establecen el criterio del uso privado o común que se hace de las diferentes fracciones del edificio para determinar el carácter, común o privativo, de cada una de ellas, pero únicamente en el silencio o la contradicción de títulos. Además el artículo 43 no las incluye entre las normas de carácter imperativo, de modo que una parte común puede destinarse a un uso privativo.

Pero, como el precepto sólo menciona el *uso*, hay que matizar que el supuesto de hecho no está integrado exclusivamente por los casos de construcción de partes privativas destinadas a un uso privativo; también pueden entenderse contemplados, en él, la creación de *partes comunes destinadas a un uso privativo*.

Por tanto, quedan excluidas del supuesto de hecho del artículo 35.1 de la Ley francesa todos aquellos casos en los que la sobre o subedificación que es *parte común se ejercita para crear locales de uso común*. La creación de partes destinadas a un uso común –lo que sólo puede producirse cuando la parte creada es común y no privativa, por lo que hemos dicho anteriormente– se puede entender contemplada en el concepto de mejora del artículo 30 de la Ley francesa. Entre la enumeración que este artículo contiene de lo que se entiende por mejoras, se encuentra la creación de locales afectados a un uso común: como donde la ley no distingue, no debe distinguir el intérprete, habrá que entender comprendida cualquier tipo de construcción, incluso –claro está– la o las que se lleven a cabo a través del mecanismo de la sobre o subedificación. En este caso, el acuerdo requiere, frente a la unanimidad exigida para los supuestos del artículo 35.1, una mayoría de miembros del sindicato que representen dos tercios de los votos.

Si el uso va a ser privativo (con independencia de que sea elemento común o privativo) es necesario acuerdo unánime por aplicación del artículo 35.1. Si el uso que se va a dar a las nuevas partes creadas (por sobre o subedificación) es común, o lo que es lo mismo se crean locales comunes de uso común, la mayoría por la que tiene que adoptarse el acuerdo es la del artículo 30 de la Ley francesa prevista para las mejoras.

Es decir, que la Ley francesa diferencia en atención al uso que se vaya a dar a la nueva parte del edificio creada por sobre o subedificación. El sistema, si bien es complejo, tiene una lógica interna que, en mi opinión, es acertada, ya que no es lo mismo sobreedificar para destinar los pisos o garajes resultantes a la venta, que construir una nueva planta destinada a trasteros o garajes para los copropietarios, o hacer un local que se destine a la reunión de vecinos. Parece acertado que la primera decisión requiera su adopción por el acuerdo más amplio posible –unanimidad–, mientras que, acaso la finalidad de servir a la comunidad, justifique que la mayoría para decidir la sobre o subedificación no sea tan exigente.

Conviene decir que, la Ley francesa de 1938 sobre copropiedad de edificios –la anterior a la actualmente vigente– exigía para sobreedificar un acuerdo unánime, al igual que ocurría en España hasta la reforma operada por la Ley 8/1999. La ley francesa de 1965, al diver-

sificar el régimen de mayorías necesarias para acordar la realización de una sobre o subedificación, lo único que hace es dejarse influir por las decisiones jurisprudenciales que existían sobre el particular.

Éstas, pese a entender aplicable la norma de la unanimidad⁴⁷, intentaban eludir su aplicación en aquellos casos en los que la copropiedad perseguía con la realización de la sobre o subedificación una mejora del edificio, es decir, un servicio común para la copropiedad. Ahora bien, es preciso decir que el hecho de que se obtuvieran beneficios para la comunidad era, más bien, la excusa para no aplicar la sanción que correspondía en la medida en que no se había adoptado el acuerdo por unanimidad. Acaso la sanción de la demolición se juzgaba demasiado severa⁴⁸.

⁴⁷ Pueden citarse sentencias como la del Tribunal civil de Alger de 15 de diciembre de 1954 –consultada en *L'actualité juridique Propriété Immobilière*, 1955, pp. 96 ss., núm. ref. 203– que dice:

«Teniendo en cuenta que el hecho de que la copropiedad eleve un piso sobre la terraza, se consideraría como una modificación de la naturaleza de los derechos de los copropietarios sobre las cosas comunes; que esta modificación y eventualmente la sobreedificación de un piso por un tercero supone un poder de disposición de las cosas comunes (en el caso concreto, la terraza); que estos actos no pertenecen entonces más que a los copropietarios individualmente;

Teniendo en cuenta que, consecuentemente, en razón del rechazo del Sr. Batsère, el Tribunal no debería imponerle que soporte la sobreedificación del inmueble...»

También la sentencia del Tribunal Civil de Grenoble de 18 de febrero de 1954 –consultada en *L'actualité Juridique. Propriété Immobilière*, II, 1955, pp. 290 y 291, núm. ref. 266, comentada por BOUVET, Marc, et CABANAC, Jean–, considera que la sobreedificación así realizada supone un atentado contra los derechos del coindivisario, siendo obligado el demandado a reparar el perjuicio que así se le ha ocasionado, aunque no se ordena la demolición de lo construido.

⁴⁸ Así, vemos como en la sentencia, citada en la nota anterior, del Tribunal Civil de Grenoble de 18 de febrero de 1954 –consultada en *L'actualité Juridique. Propriété Immobilière*, II, 1955, pp. 290 y 291, núm. ref. 266, comentada por BOUVET, Marc, et CABANAC, Jean–, pese a que la sobreedificación no se había realizado con unanimidad de todos los copropietarios, no se obliga a demoler, sino que lo que se hace es indemnizar el perjuicio que al copropietario disidente se le había causado como consecuencia de haber efectuado la nueva construcción sin su consentimiento.

Por su parte, la sentencia de la Cour de Cassation de 11 de mayo de 1954 –consultada en *L'actualité Juridique. Propriété Immobilière*, 1955, II, pp. 114 a 116, núm. referencia 91, con comentario de CABANAC, Jean, et BOUVET, M.–, resuelve un caso en el que un copropietario opuesto a la sobreedificación solicita la demolición de las partes del edificio construidas. En lo que al tema interesa, la sentencia considera que dicha operación constructiva se había realizado para asegurar la estanqueidad del techo-terraza, de modo que al tratarse de una decisión relativa a las partes comunes, el acuerdo mayoritario por el que se había aprobado era adecuado. Por otro lado, el motivo argumentado de que la decisión no se había tomado en asamblea no es atendido por la Cour de Cassation porque no se había argumentado ante la Cour d'appel. No obstante se concede al demandante una indemnización por daños y perjuicios. En esta sentencia está latente la idea de que es necesario un acuerdo unánime para proceder a la sobre o subedificación. Sin embargo, para evitar la aplicación de la norma que hubiera llevado a la demolición de lo construido, el Tribunal afirma que la sobreedificación suponía un trabajo sobre las partes comunes para asegurar la estanqueidad del techo-terraza.

También la sentencia de 26 de noviembre de 1963 de la Cour de cassation –consultada en *L'actualité Juridique. Propriété Immobilière*, 1964, II, pp. 493-494, núm. ref. 70, con comentario de CABANAC, Jean– evita la demolición a que hubiera dado lugar la aplicación

B) Derecho español: la remisión del artículo 12 a las mayorías necesarias de modificación del título constitutivo

El artículo 12 de la Ley española de propiedad horizontal no determina la mayoría necesaria para tomar la decisión de sobreedificar, sino que remite a la que se precise para modificar el título constitutivo. Como decíamos, más arriba, hasta la reforma operada por la Ley 8/1999, ésta se saldaba en la exigencia de unanimidad⁴⁹; tras dicha reforma, la situación se ha visto alterada⁵⁰.

El primer cambio se introduce como consecuencia de la Ley 3/1990, de 21 de junio, que suaviza el régimen de adopción de acuerdos para la supresión de barreras arquitectónicas. Posteriormente, es la Ley 8/1999, de 6 de abril, la que reforma el régimen de mayorías para la adopción de acuerdos en las comunidades de propietarios, en el sentido de que las decisiones que impliquen una modificación del título constitutivo ya no requerirán en cualquier caso la unanimidad, sino que la mayoría necesaria va a depender de la finalidad perseguida. Más tarde, la disposición adicional tercera de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapa-

de la norma de la unanimidad, considerando que se trata de un trabajo que acrecienta el valor del inmueble; de modo que se aplica el principio mayoritario del artículo 9 de la Ley de 1938. En este caso se trataba de una copropiedad dividida en 27 lotes; uno de ellos ocupa todo un edificio de los dos que componen la propiedad horizontal. Este lote se vende, y el adquirente lo sobreleva. Cinco copropietarios opuestos a esos trabajos reúnen a la asamblea que, mayoritariamente, se manifiesta favorable a los trabajos. No obstante, los que se habían opuesto, piden el restablecimiento del edificio a su altura primitiva; petición que no es acogida porque se considera que los trabajos acrecientan el valor del inmueble y, por tanto, no precisan si no de un acuerdo mayoritario.

⁴⁹ Unanimidad que se exigía para todos los supuestos contemplados en el artículo 11 –actual artículo 12– de la Ley de propiedad horizontal. Así, por ejemplo, para modificar o afectar los elementos comunes, ya fuera para conseguir fines de carácter meramente privativo (como en las SSTs de 1 de marzo de 1979 –RAJ 1183–, 5 de junio de 1979 –RAJ 2318–, de 20 de marzo de 1984 –RAJ 1314–, de 3 de marzo de 1986 –RAJ 1096–, de 24 de junio de 1987 –RAJ 9965–, de 3 de abril de 1990 –RAJ 2692–, de 24 de mayo de 1991 –RAJ 3832–, de 27 de septiembre de 1991 –RAJ 6280– de 14 de octubre de 1991 –RAJ 6916–, de 20 de abril de 1993 –RAJ 3106–, de 27 de mayo de 1993 –RAJ 4077– STS de 5 de noviembre de 1996 –RAJ 7911–, de 27 de junio de 1996 –RAJ 4795–, de 24 de febrero de 1996 –RAJ 1590–, 14 de febrero de 1996 –RAJ 1254–) o modificar dichos elementos comunes con el fin de beneficiar a toda la comunidad (así, por ejemplo la STS de 26 de noviembre de 1990 –RAJ 9052–, en que se trataba de eliminar el tejado y hacer una terraza para todos los copropietarios, en la que se decreta la nulidad del acuerdo adoptado por mayoría y no por unanimidad; o en la STS de 16 de julio de 1992 –RAJ 6621–, STS de 7 de julio de 1989 –RAJ 5413– sobre colocación de ascensor).

⁵⁰ En este sentido, *vid.* ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, editorial Aranzadi, Pamplona, 2002, 2.ª edición, p. 339, considera que es necesario que la realización de la sobre o subedificación se decida por unanimidad.

cidad, modifica –además de los artículos 10 y 11– el artículo 17.1 de la Ley de propiedad horizontal.

Teniendo en cuenta esto, vamos a ver cuáles son las mayorías precisas, en la actualidad, para que la comunidad de propietarios ejercite la facultad de sobre o subedificar.

a) *Los supuestos que se sustraen a la necesidad de acuerdo unánime: las mejoras y otros casos*

En Derecho francés, hemos visto como se sustraían a la aplicación de la regla de la unanimidad que establecía el artículo 35.1, los acuerdos para sobre o subedificar cuya finalidad fuera la realización de mejoras para la comunidad, es decir, todas aquellas construcciones que supongan la creación de locales comunes de uso común. Estos acuerdos los contempla el artículo 30 que exige la mayoría establecida por el artículo 26: mayoría de miembros del Sindicato que representen, al menos, dos tercios de los votos.

El artículo 17 de la Ley española establece como norma general que todos los acuerdos que supongan una modificación, bien del título constitutivo, bien de los estatutos de la comunidad, deben ser aprobados por unanimidad de los miembros. Ahora bien, hay una serie de excepciones a esta regla general ⁵¹.

La primera de ellas es introducida por la Ley 3/1990, de 21 de junio, que suaviza el régimen de adopción de acuerdos para la supresión de barreras arquitectónicas, exigiendo una mayoría de 3/5 de copropietarios, que representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Posteriormente, para este supuesto concreto de supresión de barreras arquitectónicas, la mayoría requerida es rebajada, por la Ley 8/1999, a mayoría de propietarios que representen mayoría de las cuotas de participación, que es respetada por la Ley 51/2003, que además obliga a la comunidad a hacerla si el importe total no excede de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes. De modo que, si se requiere una sobre o una subedificación por la supresión de barreras arquitectónicas, bastaría un acuerdo adoptado por esa mayoría.

La segunda excepción a la regla de la unanimidad también tiene su origen en la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de propiedad horizontal. Sólo es necesario voto favorable de las tres

⁵¹ Vid. PASTOR ÁLVAREZ, M.^a del Carmen, *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes del edificio*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 91.

quintas partes del total de copropietarios, que representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, para:

«El establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos...»

Este inciso del precepto puede estar implicado en el problema de las mayorías necesarias para decidir la sobre o subedificación. Parece claro que el establecimiento del servicio de ascensor, de portería, de conserjería, no van a hacer –normalmente– necesaria ni una sobreelevación, ni una subedificación, pero el establecimiento de otros servicios comunes de interés general sí que pueden exigirla, como, por ejemplo, la realización de un garaje en el subsuelo del edificio, o la ampliación del ya existente, o la realización de una planta más por encima del edificio dedicada a trastero o a gimnasio comunitario, etcétera. En definitiva, es posible que el establecimiento de determinados servicios comunes de interés general hagan necesaria una sobre o subedificación⁵²; en cuyo caso, no es necesario que el acuerdo se adopte unánimemente, siendo suficiente la mayoría reforzada que exige el segundo párrafo del artículo 17.1.º de la Ley de propiedad horizontal. Con respecto a este supuesto concreto contemplado por el artículo 17.1.º, algún autor se manifiesta claramente partidario de interpretar en un sentido amplio este supuesto, y en modo alguno restringidamente⁵³.

Es preciso tomar en consideración que este precepto exige que se trate de servicios comunes, es decir, de uso común, con lo cual, puede afirmarse que el criterio adoptado por el legislador español viene, prácticamente, a coincidir con el del francés, ya que son las mejoras comunes las que, en ambos Ordenamientos, se sustraen a la aplicación de la regla de la unanimidad. Aunque las mayorías requeridas en uno y otro sean diferentes.

Al hilo de esta excepción a la regla de la unanimidad, conviene citar la STS de 14 de julio de 1992 (RAJ 6293). Se trata de la decisión de realizar un garaje subterráneo que resolviera los problemas de aparcamiento que existían en la finca; pese a que el Tribunal entiende que la decisión se debía adoptar por unanimidad y se

⁵² Vid. sobre el particular: ZURFLUH, «La creation de parkings dans les immeubles en copropriété», en *Administrer*, août, 1972, pp. 17 ss; también LARNAUD, «Creation de parkings sous les immeubles en copropriété», en *Administrer*, août-septembre 1992, pp. 14 ss.

⁵³ LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, editorial Sepin, Madrid, 1999, p. 254.

había adoptado por mayoría, no se estima la demanda de unos copropietarios para que se decretara la nulidad de dicho acuerdo. Es decir que tratándose de la creación de un servicio común, de una mejora para la finca, en determinados casos ya se evitaba la aplicación de la regla de la unanimidad; en este caso, por entender que los que impugnaban el acuerdo abusaban de su derecho ya que en nada les perjudicaba la construcción del garaje, puesto que no debían pagar nada por ello.

Todavía hay una excepción a la regla de la unanimidad. Los acuerdos para la instalación de las infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicación, o la instalación de sistemas de aprovechamiento de la energía solar, o de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos, requieren la mayoría de un tercio de los integrantes de la comunidad que representen al menos un tercio de las cuotas de participación. De modo que, si este tipo de instalaciones requiriera una sobre o subedificación, la decisión de realizarla no debería ser adoptada por unanimidad, sino por la mayoría mencionada.

b) *La regla de la unanimidad para sobre o subedificar*

Vamos a analizar en este epígrafe la regla de la unanimidad que es necesaria, salvo en los supuestos que acabamos de indicar, para que la copropiedad pueda ejercitar la facultad de sobre o subedificar cuando la misma es elemento común.

b.1. Supuestos para los que es necesario acuerdo unánime

Como sabemos, hasta las reformas operadas en la Ley de propiedad horizontal por las Leyes 3/1990, 8/1999 y 51/2003, se exigía unanimidad para cualquier alteración del título constitutivo o de los estatutos de la comunidad de propietarios. Ahora bien, es cierto que la norma de la unanimidad había sido objeto de críticas, existiendo voces doctrinales que abogaban por no aplicarla estrictamente; jurisprudencialmente, además, se recurrió a la doctrina del abuso de derecho en ocasiones para evitar la rigidez del sistema⁵⁴. Y concretamente la STS de 14 de julio de 1992 (RAJ 6293)

⁵⁴ Un tratamiento del problema que planteaba la regla de la unanimidad para modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal, puede consultarse en DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, *Propiedad Horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*, edit.

aplica esta doctrina para desestimar la demanda de varios copropietarios de que se declarara nulo el acuerdo de la Junta de propietarios en el que, por mayoría, se había decidido la realización de un garaje subterráneo que resolviera los problemas de aparcamiento que existían en la finca. El Tribunal Supremo entiende que la conducta de los demandantes implicaba un abuso de derecho o un ejercicio antisocial del mismo.

Por lo tanto, puede afirmarse que no debe adoptarse por unanimidad el acuerdo en que se decide sobre o subedificar cuando, correspondiendo el ejercicio de estos derechos a la copropiedad, se pretenda la creación de un *servicio común de interés general*, la eliminación de barreras arquitectónicas, la instalación de infraestructuras de telecomunicación, de energía solar, o de nuevos suministros energéticos colectivos. En tales casos, la mayoría requerida será la que exige, para cada uno de estos supuestos, el artículo 17 de la Ley de propiedad horizontal.

Consecuentemente, el acuerdo deberá adoptarse por unanimidad cuando la sobre o subedificación, configurada como elemento común, tenga como finalidad la creación de elementos privativos o partes comunes de uso privativo. Con lo cual la unanimidad, finalmente se exige para los mismos casos para los que la requiere el artículo 35.1 de la Ley francesa de copropiedad de edificios.

Por otro lado, conviene precisar que cuando el uso del derecho que se va a ejercitar se encuentra atribuido privativamente a alguno de los copropietarios, la parte del edificio resultante sigue siendo elemento común y cualquier sobre o subedificación que lo modifique debe ser decidida por unanimidad; así se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de marzo de 1984 (RAJ 1314) en un

Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 369 ss. Sobre este problema puede consultarse, además, la siguiente bibliografía: VATTIER FUENZALIDA, «Tipología de las innovaciones en las cosas comunes en la disciplina positiva de la Propiedad Horizontal», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre de 1976; PASQUAU LIAÑO, «La protección de los disidentes en el régimen de acuerdos de la Ley Propiedad Horizontal», *Actualidad Civil*, 1987-1, pp. 1057-1070; MORO ALMARAZ, «Oposición abusiva en la adopción de acuerdos para los que la LPH exige unanimidad», en *Poder judicial*, 2.^a época, núm. 29, marzo 1993; ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz, «La aplicación jurisprudencial de la doctrina del abuso de derecho en los conflictos de propiedad horizontal», *Aranzadi Civil*, 1993-II, pp. 2545-2554; LÓPEZ PÉREZ, «Régimen de acuerdos en la propiedad horizontal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto, 1994; AMAT ESCANDELL, «Sistema de acuerdos en la Ley de Propiedad Horizontal», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Propiedad Horizontal*, Madrid, 1994, pp. 141-164. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, y HORNERO MÉNDEZ, César, *Propiedad horizontal: ¿es siempre necesaria la unanimidad para alterar un elemento común?*, en Colección de Jurisprudencia Práctica, núm. 133, editorial Tecnos. Vid. ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, pp. 389 ss.

caso en el que un copropietario realiza una construcción sobre un patio común cuyo uso tenía atribuido privativamente.

b.2. Valoración de la regla de la unanimidad

En el marco de la Ley española no parece extraño que para ejercitar una facultad que es elemento común con la intención de construir locales privativos o locales comunes cuyo uso se va a atribuir privativamente, se exija un acuerdo unánime, sobre todo si se tiene en cuenta que, hasta hace relativamente poco tiempo, dicha unanimidad se requería para tomar cualquier decisión que implicara una modificación del título constitutivo o de los estatutos de la copropiedad. Sin embargo, la exigencia de unanimidad sí sorprende en la Ley francesa.

La ley francesa dispone un amplio abanico de mayorías, exigiéndose la unanimidad en muy contadas ocasiones; concretamente, se requiere, además de para el caso objeto de nuestro estudio, en los siguientes casos: enajenación de partes comunes cuya conservación es necesaria con respecto al destino del inmueble (art. 26, párrafo 3), modificación del reparto de las cargas (art. 11), la realización de mejoras no conformes con el destino del inmueble (art. 30). Es difícil encontrar justificación para la adopción de esta norma por el legislador francés, pues la doctrina, como dice Givord⁵⁵, se había manifestado contraria a la regla de la unanimidad que establecía la Ley anterior de 1938, aunque es cierto que el legislador francés veía con recelo esta operación constructiva⁵⁶. No obstante, hay quien entiende que el establecimiento de las reglas de mayorías para la sobreedificación está en armonía con la concepción general de los derechos de los copropietarios⁵⁷.

El hecho de que, en principio, haya de reputarse extraña al sistema de la Ley francesa la exigencia de unanimidad para que la copropiedad acuerde ejercitar la sobre o subedificación para la creación de locales cuyo uso sea privativo, hace que los autores se hayan esforzado en justificar esta norma contenida en el artículo 35.1 de dicha Ley. Y las razones que ellos creen ver para dicha norma, pueden servir también para explicar por qué se exige unanimidad en nuestro Derecho.

⁵⁵ GIVORD, François, et GIVERDON, Claude, avec la collaboration de CAPOULADE, Pierre, *La Copropriété*, édit. Dalloz, Paris, 1992, p. 314, § 396.

⁵⁶ Vid. *Journal Officiel de la République Française. Débats parlementaires*, vendredi, 23 avril 1965. Seance du 22 avril 1965, p. 840.

⁵⁷ SEGUIN, M., «Copropriété et surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 61.

b.3. Posibles justificaciones de la regla de la unanimidad

Vamos a ver cuáles son los motivos que pueden justificar la exigencia de un acuerdo unánime en el seno de una propiedad horizontal para que la misma ejercite la facultad de sobre o subedificar en los casos mencionados.

Primera.—Las operaciones implícitas en la sobre y subedificación de cara a la caracterización de los nuevos locales creados.

Una razón que puede justificar la exigencia de unanimidad es que, teniendo en cuenta que se requiere fundamentalmente para aquellas sobre o subedificaciones encaminadas a la creación de locales de uso privativo, nos encontramos ante una operación jurídicamente compleja que implica, además del ejercicio de una facultad que integra el derecho de propiedad sobre las partes comunes —detentado en comunidad por todos los copropietarios—, otra operación que puede ser, o la enajenación de partes que propiamente debían ser comunes, o la atribución privativa de la utilización de dichas partes.

En principio, parece lógico entender que la titularidad del derecho de propiedad sobre las nuevas construcciones a que dará lugar el ejercicio del derecho de sobre o subedificación, corresponderá al titular o titulares de aquél, a saber y en el caso que nos ocupa, los copropietarios que lo detentaban en indivisión. Conforme a esta idea, habría que considerar que el ejercicio del derecho de sobre o subedificación configurado como elemento común, originará partes cuya propiedad debe, en principio, corresponder al conjunto de copropietarios, que eran los titulares del derecho.

Parece sensato pensar que, para que, del ejercicio de la facultad de sobre o subedificar, surjan locales o pisos pertenecientes a quienes no eran titulares de esa facultad, debe mediar una operación jurídica que justifique el cambio de titularidad, como, por ejemplo, una enajenación, o una atribución privativa del uso de una parte común. Dichas operaciones jurídicas, debe entenderse, que están implícitas en las operaciones de sobre o subedificación cuando se destinan a crear locales de uso privativo, y son, precisamente éstas, para las que se exige la unanimidad ⁵⁸.

Y, teniendo en cuenta lo dicho, cabe preguntarse si acaso no será el cambio de titularidad sobre el bien y la operación que lo

⁵⁸ Así, la sentencia de la Cour de Cassation de 25 de mayo de 1964 —consultada en *Bulletin civil*, 1964, Première partie, p. 211, núm. ref. 270— entiende que la operación constructiva suponía un enajenación parcial de ciertos elementos comunes, de modo que no se podía subedificar porque el reglamento exigía unanimidad para enajenar elementos comunes.

provoca, implícita en la sobre o subedificación, la que determina la exigencia de un acuerdo unánime cuando se van a crear locales de uso privativo.

Cuando las nuevas partes creadas se atribuyen privativamente en porciones a todos los copropietarios que eran titulares del derecho de sobreedificación, como cuando se construyen garajes o trasteros, cada uno de los cuales se atribuye privativamente a cada copropietario, incrementando el componente privativo de sus respectivos lotes en la copropiedad, la sobreedificación implica una división de cosa común para la que se requiere unanimidad conforme al régimen general del CC francés⁵⁹. Conforme al español, esta operación requeriría la previa desafectación de los locales, y, posteriormente, su división en opinión de Loscertales⁶⁰, en cualquier caso, la *división de un elemento común* exigiría siempre, en el seno de la propiedad horizontal, una decisión unánime también en Derecho español. De modo que, en este caso, la exigencia de unanimidad vendría justificada porque la operación implícita a la sobre o subedificación y que opera el cambio de titularidad, consiste en una división de la nueva construcción realizada, la cual originariamente debe considerarse elemento común.

Ahora bien, hay otras operaciones que provocan el cambio de titularidad y que deben entenderse implícitas en algunas sobre o subedificaciones tendentes a crear locales de uso privativo que, si bien en Derecho español está, más o menos, claro que requieren unanimidad, no parece estar tan claro con respecto al Derecho francés, como puede ser la atribución privativa del uso de una parte común, o la enajenación de una parte común, de modo que se convierta en privativa.

En cuanto a la *enajenación*, no hay ninguna duda con respecto al Derecho español, de que tal operación requeriría acuerdo unánime de los copropietarios. En cuanto al Derecho francés, la Ley parece exigir unanimidad para enajenar partes comunes, sólo cuando esas partes son necesarias respecto al destino del inmueble (art. 26, párrafo tercero); si esa enajenación viene determinada por obligaciones legales o reglamentarias sólo es necesaria mayoría de votos de todos los copropietarios –art. 25.1.d)–; en otro caso, se requiere mayoría de miembros del sindicato que representen mayoría de dos tercios de los votos [art. 26.1.a)].

⁵⁹ GIVORD, François, et GIVERDON, Claude, avec la collaboration de CAPOULADE, Pierre, *La Copropriété*, édit. Dalloz, Paris, 1992, p. 328, § 413, dice que un voto mayoritario no podría decidir la partición de una cosa común como un patio.

⁶⁰ Vid. en este sentido LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, editorial Sepin, Madrid, 1999, p. 384.

Sin embargo, y pese a la literalidad de los diferentes preceptos de la Ley francesa, los autores ⁶¹ y la jurisprudencia ⁶² suelen exigir unanimidad para que una parte común se convierta en privativa, con lo cual, en estos supuestos, podría entenderse que la regla de la unanimidad también puede entenderse suficientemente justificada en Derecho francés; no obstante, el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley no exige unanimidad para privatizar la facultad de sobre o de subedificar.

En cuanto a la otra operación que puede estar implícita en una operación de sobre o subedificación es la de *atribución privativa del uso de una parte común*.

Podría plantearse, tras la reforma operada por la Ley 8/1999, que acaso ya no sea necesaria la unanimidad para atribuir privativamente el uso de una parte común, y ello porque el artículo 17.1.º exige para el alquiler de partes comunes que no tengan asignado uso específico en el inmueble, una mayoría de tres quintas partes del total de copropietarios que representen tres quintas partes de las cuotas de participación y el consentimiento del copropietario que pueda resultar afectado. Obviamente, no es lo mismo concertar un arrendamiento que atribuir privativamente el uso, ya que, frente a un arrendamiento que implica una relación obligacional temporal

⁶¹ Vid. KISCHINEWSKY-BROQUISSE, Edith, *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, Paris, 1989, p. 768, § 679; GIVORD, François, et GIVERDON, Claude, avec la collaboration de CAPOULADE, Pierre, *La Copropriété*, édit. Dalloz, Paris, 1992, p. 286. LAFOND, Jacques, et STEMMER, Bernard, *Code de la copropriété commenté et annoté*, Paris, 1995, édit. Litec, en la p. 272 dicen que es precisa la unanimidad para cambiar una parte común en privativa; en la p. 267 consideran que es suficiente la mayoría contemplada en el artículo 26 para que una parte común se convierta en privativa, sin embargo, apoyan su afirmación en la sentencia de la Cour de Cassation de 18 de julio de 1986 –se puede consultar en *Bulletin civ. III*, núm. 123, pp. 96 y 97– que alude, no a un cambio de parte común a privativa, sino a una alteración en el uso de la cosa que pasa a ser de uso común a ser de uso privativo. SOULEAU, Henri, en «Copropriété. Modification du règlement de copropriété. Nullité de l'acte modificatif notarié sans l'accord des copropriétaires», en *Repertoire du Notariat Defrenois*, 1980, p. 950.

⁶² Vid. la sentencia del Tribunal de Grande Instance de Grasse, de 4 janvier, 1968, consultada en *Information rapide de la copropriété*, septembre 1968, p. 126. También la sentencia del Tribunal de Grande Instance de Bayonne de 4 de novembre de 1974 –consultada en *La Semaine juridique, JCP*, éd. N., 1975, núm. ref. 17951–. La sentencia de la Cour de Cassation de 23 de octubre de 1979 –sentencia no publicada, consultada a través del comentario de SOULEAU, Henri, en *Repertoire du Notariat Defrenois*, 1980, pp. 948 a 950–, que aborda un supuesto en el que se pretende convertir un conjunto de partes comunes en privativas, deja clara la exigencia de unanimidad para proceder a tal modificación del reglamento de copropiedad. La sociedad de construcción y venta que había hecho redactar el reglamento de copropiedad del inmueble por un notario solicita del mismo la alteración del reglamento, de cara a transformar ciertos garajes y partes comunes en locales comerciales de agencias inmobiliarias. Esta transformación suponía la creación de un nuevo lote de copropiedad. Todos los copropietarios ratifican la sustracción de partes comunes operada por el acto notarial modificativo. Sin embargo, el Tribunal entiende que es nulo el acto notarial que produce tal alteración del reglamento de copropiedad –porque no se había acordado en Asamblea–, de manera que los copropietarios no podían ratificarlo individualmente.

que no tiene por qué suponer una reforma del título constitutivo, la atribución del uso implica una relación jurídico-real que necesariamente modifica el título constitutivo y, además, puede ser temporalmente indefinida. Por otro lado, el que se destine a alquiler el piso no significa que el uso del elemento alquilado esté atribuido privativamente, ya que si es la comunidad la que cobra la renta, el uso sigue siendo común⁶³. Pese a todo, esta mención del artículo 17 puede suscitar alguna duda al respecto. Considero que si lo que se pretende es alquilar los nuevos locales creados por sobre o subedificación, y la renta va a cobrarse por la comunidad de propietarios, la decisión de realizar esa construcción no debe adoptarse por unanimidad, sino por la mayoría de las 3/5 partes del total de copropietarios que, además, representen las 3/5 de las cuotas de participación⁶⁴.

En cuanto al Derecho francés, la atribución del uso privativo de las partes comunes no requiere unanimidad, sino la mayoría del artículo 26 –art. 26, párrafo primero, b)–⁶⁵, de manera que, en este caso, la operación implícita a la sobre o subedificación no justificaría la exigencia de unanimidad.

Por lo tanto, así como en Derecho español, parece que todos los supuestos de sobre o de subedificación, configurados como elementos comunes, para crear locales privativos o cuyo uso se atribuye privativamente, llevan implícitas operaciones que justifican la exigencia de que el acuerdo se adopte por unanimidad, en Derecho francés, por el contrario, dicho requerimiento no está justificado en el caso en que se construyan partes comunes cuyo uso se atribuye privativamente, puesto que en la mayoría de esos casos la Ley francesa no exige unanimidad.

La doctrina francesa aporta más razones para justificar la exigencia de unanimidad en ese caso, que son trasladables al Derecho español, y que, junto a la ya explicada, vienen a apuntalar en mayor medida la necesidad de acuerdo unánime para las sobre o subedifi-

⁶³ Del mismo modo, en el usufructo, el alquiler de la cosa usufructuada no implica que el usufructuario haya atribuido el uso a otra persona, sino que el arrendamiento de la cosa usufructuada es una forma más de uso por parte del titular del derecho de usufructo.

⁶⁴ Tener en cuenta que la misma mayoría es necesaria para la realización de mejoras y para el alquiler de elementos comunes, conforme establece el artículo 17.1 de la Ley de propiedad horizontal.

⁶⁵ En este sentido, *vid.* sentencia de la Cour de Cassation de 18 de julio de 1986 –consultada en *Bull. civ.* III, núm. 123, pp. 96 y 97– conforme a la cual:

«según el artículo 27 de la Ley de 10 de julio de 1965, una modificación del reglamento de copropiedad, en lo que concierne al disfrute y uso de una parte común puede ser adoptada por mayoría de tres cuartos de los votos de los copropietarios, desde el momento en que la conservación de esta parte común no sea necesaria respecto al destino del inmueble...»

caciones destinadas a la creación de locales privativos o de locales comunes cuyo uso se atribuye privativamente.

Segunda.—No es una función característica de la Junta de propietarios.

La doctrina francesa coincide en justificar la exigencia de unanimidad para decidir la sobre o subedificación basándose en la idea de que la operación de construcción no entra en lo que sería el objeto propio del sindicato ⁶⁶, que no debería convertirse en constructor, ni en especulador. Lo mismo podría afirmarse con respecto al Derecho español.

El objeto del sindicato se encuentra fijado en el artículo 14 de la Ley francesa, en los siguientes términos: conservación del inmueble y administración de las partes comunes. En cuanto a la Ley española, su artículo 14 enumera las funciones de la Junta de propietarios, y de ellas se deduce que lo que se pretende es que se ocupe de los asuntos de interés general de gestión y conservación del inmueble.

Es obvio que la decisión de sobre o subedificar para crear locales de uso privativo —sean comunes o privativos— debe adoptarse por la Junta de propietarios —si es Derecho español— o por el Sindicato —si es Derecho francés—, de tal manera que podría decirse que sí nos encontramos ante una función propia de estos órganos. Sin embargo, al decir que no entra en lo que es el objeto del Sindicato o de la Junta, no pretende sustraerse esta decisión del ámbito de actuación de estos órganos, sino que lo que se quiere poner de relieve es que no parece que sea propio de estos órganos de administración, la realización de inversiones y negocios con vistas a procurar beneficios económicos en favor de la copropiedad. Nadie tiene por qué verse obligado a asumir el riesgo que toda inversión conlleva; y ello, aunque la rentabilidad parezca asegurada. Esta sería otra razón que vendría a justificar la exigencia de unanimidad en aquellos casos en los que se pretende crear locales —comunes o privativos— de uso privativo.

Tercera.—El respeto a la configuración original del edificio.

También puede encontrarse una justificación para la exigencia de unanimidad en la consideración que realizan algunos autores españoles en el sentido de que el edificio debe conservarse en el

⁶⁶ SEGUIN, M., «Copropriété et surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 61; y STEMMEYER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, J.C.P.*, Formules commentées, 1980, núm. ref. 2775, §§ 19 a 22.

estado original; es decir, que deben los copropietarios respetar la configuración del edificio, principio que entienden se encuentra reflejado en algunos preceptos del CC español, como, por ejemplo, el artículo 397. De modo que, para algunos autores parece sensato que, como principio general y en aras al respeto a la configuración general del edificio, se exija un acuerdo unánime para modificar la configuración del mismo ⁶⁷.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FACULTAD DE SOBRE O DE SUBEDIFICAR ATRIBUIDA PRIVATIVAMENTE

El análisis de los problemas que suscita la atribución privativa de la facultad de sobre o subedificar en el seno de la propiedad horizontal, presenta la dificultad de carecer de una norma de Derecho positivo que específicamente los contemple y regule, ya que hemos manifestado en el primer capítulo nuestra postura contraria a la aplicación del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal a estos supuestos.

La ausencia de normas específicas referentes a esta materia ⁶⁸, contrasta con la circunstancia de que, en la práctica, los problemas suscitados en relación a supuestos de atribución privativa de la facultad de sobre o de subedificar son mucho más frecuentes que cuando dicha facultad aparece configurada como elemento común, lo que es debido –seguramente– a que no se suele ejercitar la facultad en este último caso, mientras que es más normal su ejercicio cuando es elemento privativo. De manera que, la jurisprudencia y también las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado serán un elemento importante de apoyo en el estudio de la cuestión a la que nos enfrentamos.

⁶⁷ En este sentido se pronuncia VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 5.ª edición, revisada, ampliada y puesta al día por Antonio VENTURA-TRAVERSESET HERNÁNDEZ, editorial Bosch, Barcelona, 1992, p. 338.

⁶⁸ Hay quien entiende que a la sobre y a la subedificación cuando no son elementos comunes se refiere el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, sin diferenciar entre cuando, pese a ser privativas, forman parte del contenido del derecho de propiedad sobre la finca, y cuando se configuran como derechos reales en cosa ajena. En este sentido, *vid.* ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, pp. 543 y 544.

Personalmente entiendo que en el primer caso, debe deducirse el régimen aplicable de la Ley de Propiedad Horizontal, mientras, en el segundo, debe acudir al régimen de los derechos reales de que se trate, derecho de superficie o de sobre y subedificación; si es el segundo, será aplicable el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario en la medida en que lo sea.

Por otro lado, los artículos 35 a 37 de la Ley francesa de copropiedad de edificios, de 10 de julio de 1965, sí contemplan específicamente los problemas que pueden plantearse en caso de atribución privativa de la facultad de sobre o de subedificar, lo que, sin duda, convierte al Derecho francés, de nuevo y al igual que en el primer capítulo, en un referente importante, aunque, acaso, en esta ocasión tenga mayor peso específico que en aquélla, donde se analizaba la facultad de sobre o de subedificar configurada como elemento común.

No obstante, la inexistencia de normas de Derecho positivo en nuestro Ordenamiento jurídico que contemplen y regulen propiamente las cuestiones relativas a la atribución privativa de este componente de la propiedad horizontal, no quiere decir que no haya normas que le sean aplicables.

I. EL NEGOCIO DE ATRIBUCIÓN PRIVATIVA

1. EL CONTENIDO DEL NEGOCIO DE ATRIBUCIÓN PRIVATIVA

Vamos a ver, en primer lugar, las menciones que debe contener el negocio por el que se procede a la atribución privativa de la facultad de sobre o de subedificar.

Ante la ausencia de una norma que expresamente se refiera a ello en la Ley de propiedad horizontal, podríamos ver en qué medida son extensibles a este supuesto las menciones que el artículo 12 de la misma exige para que la Junta acuerde ejercitar la facultad de sobre o de subedificar cuando está configurada como elemento común. Recordemos que se hacía necesario fijar la *naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos*. No obstante, esta última mención no tiene sentido entenderla referida al supuesto de ejercicio privativo de la facultad de sobre o de subedificar, puesto que los nuevos titulares de los locales que se construyan serán los titulares de dicha facultad.

Por otro lado, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario regula también las menciones que deben contener las inscripciones registrales de los derechos de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación. De modo que cuando la atribución privativa de estas facultades haya provocado la constitución de uno de estos dere-

chos, habrá de ser tenido en cuenta dicho precepto en la medida en que corresponda ⁶⁹. En cuanto a los otros supuestos de atribución privativa, dicho precepto –aunque no sea de aplicación– podrá ser tomado como referencia ⁷⁰.

Conforme al párrafo segundo del artículo 16 del Reglamento, en la inscripción del derecho de sobre o de subedificación, se deben hacer constar las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en las partes comunes y en los gastos o, las normas para su establecimiento. El artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario dice también que deben constar las normas del régimen de comunidad para el caso de establecerse, aunque, obviamente, no tiene sentido referir esta mención al supuesto analizado ya que si nos encontramos en un régimen de propiedad horizontal esas normas ya estarán elaboradas. El párrafo primero de dicho precepto, que regula la inscripción registral del derecho de superficie, también exige la constancia de –entre otras cosas– las características generales de la edificación, su destino y el presupuesto.

En cuanto al Derecho francés, el artículo 37 de la Ley francesa de copropiedad de edificios exige que se haga constar en el acuerdo de reserva: *la importancia y consistencia de los locales a construir, así como las modificaciones que su ejecución entrañaría en los derechos y las cargas de los copropietarios*. Ciertamente es que este precepto contempla un caso muy concreto cual es el de la reserva de esta facultad por quien originariamente es propietario único del edificio, pero creo que, las menciones que en tal caso se exige que consten, pueden servir de referencia para el caso aquí analizado ⁷¹.

Estas normas que hemos tomado como referencia aunque no son aplicables al supuesto de hecho que se analiza, parecen coincidir en dos aspectos que vendrían a conformar, entiendo, el núcleo esencial del contenido del negocio de atribución privativa de estas facultades: el alcance de la construcción que puede realizarse y las

⁶⁹ Sobre el contenido del acuerdo necesario para la constitución de estos derechos me remito a mi trabajo: *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, edit. por Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pp. 184 ss y 328 ss.

⁷⁰ Ha de tenerse en cuenta que el artículo 16 del Reglamento Hipotecario fue reformado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. Posteriormente la STS de 31 de enero de 2001 declaró nulo dicho precepto, que se suele considerar en la actualidad vigente con la redacción que le dio el Decreto de 17 de marzo de 1959. Aunque, como dice GÓMEZ LAPLAZA, Carmen, en la nota al pie de dicho artículo en las *Leyes Hipotecarias* de la editorial Aranzadi, *algunos de los argumentos esgrimidos por el TS para declarar la nulidad de algunos apartados del artículo 16 en su redacción realizada por el Real Decreto 1867/1998, pueden ser reiterados en relación al contenido actual*.

⁷¹ Sobre el ámbito de aplicación del precepto *vid.* mi artículo «La réserve du droit de surelevation: l'article 37 de la loi 10 juillet 1965 fixant le statut des immeubles bâtis», en *Actualité Juridique Droit Immobilier*, núm. 6, junio 2002, p. 443 ss.

modificaciones que van a operarse en las cuotas de participación de la copropiedad.

A) La construcción que puede realizarse

Parece sensato entender que uno de los contenidos del negocio de privatización sea la determinación de la construcción que puede realizarse: el número de plantas a construir, las características del edificio, su altura ⁷², superficie, etcétera. La doctrina francesa suele entender también que aquí se debe considerar exigida la utilización que se va a hacer de las nuevas construcciones, así como su aspecto exterior. En este orden de cosas, y como hemos dicho en relación al artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal, sería conveniente adjuntar al acuerdo los planos de la futura construcción que se realizará, como ocurre en el caso analizado por la STS de 6 de junio de 1979 (RAJ 2323), en el que, para privatizar la portería y un patio, el adquirente aporta un plano de la modificación constructiva que va a hacer, lo que posteriormente permite resolver el litigio planteado a su favor.

La STS de 30 de noviembre de 1984 (RAJ 5692) también alude a la necesidad de que se fije el alcance de las obras que pueden llevarse a efecto, ya que, como argumento para decretar la obligación de reponer el suelo y subsuelo a su estado originario, dice que no había mediado un acuerdo en el que se fijara el alcance de las obras a realizar.

Sin embargo, en la STS de 7 de noviembre de 1979 (RAJ 3644) se reserva un derecho de sobreedificación sobre un edificio en propiedad horizontal y sólo se limita la superficie de asiento: el tejado de la planta segunda. No se fijan ni el número de plantas ni las cuotas, no discutiéndose la validez de la reserva por esta cuestión. Aunque acaso con dicha mención era suficiente para fijar el alcance de la construcción, ya que la altura puede deducirse de otras circunstancias, como la existencia de huecos de luces y vistas que han de respetarse, también de la normativa urbanística⁷³, etcétera.

⁷² Vid. STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, JCP, Formules commentées*, 1980, p. 85, §§ 12 y 13.

⁷³ Vid. en contra del recurso a la normativa urbanística, ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 555: *A mi juicio debe rechazarse la fórmula de remisión a lo que en cada momento determinen las Ordenanzas Municipales o los planes urbanísticos, ya que la misma en el estado en que se encuentra nuestra legislación, no desarrolla adecuadamente la función de delimitar el contenido del derecho.*

También pueden citarse como contrarias al recurso a la referencia a la normativa urbanística en cada momento aplicable como criterio de determinación del objeto del derecho de sobreedificación la RDGRN de 29 de abril de 1999 (RJ 1999/2762).

B) Modificaciones que se van a operar en la copropiedad

También parecen coincidir estas normas que hemos tomado como referencia en que aparezca como contenido de un negocio de privatización de este tipo las modificaciones que el ejercicio de la facultad va a provocar en el seno de la copropiedad, no sólo en lo referente a las cuotas que han de atribuirse en su caso al propietario de las nuevas construcciones, sino también las modificaciones que, en su caso, van a sufrir el resto de copropietarios en sus cuotas. Así, el artículo 16.2 del Reglamento hipotecario alude a las cuotas en los gastos y en los elementos comunes que se van a atribuir al titular del derecho; el artículo 37 de la Ley francesa dice que habría que hacer constar en el acuerdo las modificaciones en los derechos y cargas de los copropietarios⁷⁴; y, además, el artículo 12 de la Ley española de Propiedad Horizontal se refiere a la variación en las cuotas.

Ahora bien, la STS de 6 de junio de 1979 (RAJ 2323), en un caso en el que se habían privatizado algunos elementos comunes –portería y patio–, viene a decir que, aunque no se fijen las cuotas de participación en los elementos comunes y la contribución a los gastos comunes, siempre queda la posibilidad de acudir al Tribunal a reclamar su fijación⁷⁵. De manera que, acaso, la constancia de estas informaciones tampoco parece tan necesaria como la determinación del alcance de la modificación constructiva que puede efectuarse. Lo importante es que existan los criterios que permitan concretar esas cuotas en base a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal que permite que se fijen por acuerdo entre los copropietarios, por laudo o por resolución judicial; con lo cual siempre podría acudir a los Tribunales a solicitar la fijación de estas cuotas. Los criterios que dicho artículo establece son: 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 comunes⁷⁶.

⁷⁴ Vid. STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, JCP*, Formules commentées, 1980, p. 85, § 14.

⁷⁵ STS de 6 de junio de 1979 (RAJ 2323):

«La licitud de tales decisiones no desaparece por la circunstancia de que no se hubieran recogido todas las especificaciones que la norma indica, por cuanto el reajuste en los coeficientes de la cuota de participación del actor recurrente, expresión proporcional y aritmética de su obligación de contribuir a los gastos generales y participar en los beneficios... puede ser pretendido en cualquier momento si acaso la innovación altera en este punto la situación precedente.»

⁷⁶ Vid. ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 564, contempla la posibilidad de recurrir al artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal.

En la STS de 23 de julio de 1990 (RAJ 6128) se aborda un caso en el que, en virtud de un derecho de sobreedificar sobre una finca constituida en régimen de propiedad horizontal, su titular había construido un ático que había sido enajenado a otros sujetos. Frente a la demanda de la comunidad de propietarios reclamando la propiedad de dicho ático por accesión, el Tribunal dice que la reserva del derecho había sido válida y la venta del ático construido también, y se condena a la comunidad de propietarios a integrar en ella la propiedad de dicho ático, asignándosele la correspondiente cuota de participación, con lo cual dicha cuota no había sido fijada en el acuerdo de reserva del derecho de sobreedificación.

También se alude a un supuesto de ejercicio del derecho de sobreedificación en la STS de 7 de noviembre de 1979 (RAJ 3644) en el que, al parecer, nada se había fijado sobre la posible variación de cuotas, diciendo el pronunciamiento del Tribunal Supremo que, queda al margen lo que pueda pretenderse sobre la variación de cuotas si a ello hubiere lugar.

La RDGRN de 7 de abril de 1970 (RAJ 3459) alude a un supuesto en el que se constituye un régimen de propiedad horizontal, reservándose el propietario único el derecho de sobreedificar y de fijar las cuotas correspondientes a las partes que, en su caso, se construyeren y de modificar las de los otros copropietarios. En la escritura de compraventa de cada uno de los pisos por los diferentes copropietarios iba incluido un apoderamiento al titular de ese derecho para que pudiera proceder a la fijación de esas cuotas y a la modificación del conjunto unilateralmente, basándose en la extensión de los pisos construidos. La DGRN soluciona el recurso permitiendo la inscripción de esa cláusula en el Registro ⁷⁷.

C) Las consecuencias de los defectos de contenido del negocio de atribución privativa

El artículo 37 de la Ley francesa –aunque hay que recordar que se refiere sólo a un supuesto muy concreto de reserva de la facultad de sobre o de subedificación– establece claramente la sanción aplicable para el caso de que el acuerdo no contenga esas menciones: la nulidad, salvo para los acuerdos anteriores a la Ley de 10 de julio de 1965.

⁷⁷ AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, en «Comentario a la RDGRN de 7 de abril de 1970», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1970, pp. 982 ss. Para este autor, no se debía haber procedido a la inscripción de dicha cláusula en la medida en que no se había fijado un criterio objetivo de determinación; sin embargo, al parecer, dicho criterio era la superficie de los pisos que se construyeran por sobreedificación.

En Derecho español, por el contrario, no hay norma específica que fije cuáles son las consecuencias de un contenido defectuoso del negocio de privatización de esta facultad. No obstante, hemos de reparar que estas menciones tienen como finalidad la determinación del objeto de la relación jurídico-real. Como dice Díez-Picazo: *en la relación jurídico-real el requisito de determinación del objeto se traduce en la necesidad de una absoluta individualización objetiva*⁷⁸. Es necesaria la determinación o determinabilidad del objeto de la relación jurídico-real constituida, y las menciones que debe contener el negocio de privatización deben ser las necesarias a tal efecto, lo que debe juzgarse en cada caso concreto. Creo que lo más importante, en este orden de cosas, es el alcance de la construcción a realizar y, fundamentalmente, la superficie de asiento, puesto que la altura puede deducirse, en algunos casos, de otras circunstancias. Determinada la sobre o subedificación que puede realizarse, pueden extraerse las modificaciones que, para la copropiedad, va a tener dicha operación constructiva.

Si el objeto de la relación jurídico-real de privatización de la facultad de sobre o de subedificación no está suficientemente determinado, el negocio de privatización puede ser nulo por aplicación del artículo 1261 CC, al igual que ocurre en Derecho francés para el supuesto contemplado en el artículo 37 de la Ley de 10 de julio de 1965.

2. LAS MAYORÍAS NECESARIAS PARA QUE LA COPROPIEDAD ATRIBUYA PRIVATIVAMENTE POR ENAJENACIÓN LA FACULTAD DE SOBRE O DE SUBEDIFICACIÓN

La enajenación de los derechos de sobre o subedificar cuando estos derechos son elementos comunes del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal es equiparable al caso del propietario de una finca edificada que decide conceder a otra persona la facultad de edificar encima o debajo de la construcción ya existente. Dicha enajenación de la facultad de sobre o de subedificar que integra el contenido del derecho de propiedad, puede implicar la constitución de un derecho real en cosa ajena, que tendría que ser necesariamente o un derecho de superficie o un derecho de sobre o

⁷⁸ Vid. Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, tomo III, *Las relaciones jurídico-reales. El registro de la Propiedad. La posesión*, edit. Civitas, Madrid, 1995, p. 168.

de subedificación. Puede ocurrir, también, que la enajenación de dichas facultades no implique su desmembramiento del contenido del derecho de propiedad y, pese a la disposición, sigan formando parte del contenido del derecho de propiedad sobre la finca, aunque ya no como elementos comunes, sino como elementos privativos que irán vinculados a una cuota de participación en el suelo y en el resto de elementos comunes. En este último caso, la disposición implica lo que se llama una desafectación de dichas facultades como elementos comunes, es decir, su conversión de elementos comunes en elementos privativos⁷⁹.

Nos interesa precisar qué mayoría es necesaria para que la comunidad adopte la decisión de enajenar estas facultades. De entrada, parece claro que una vez configurado un componente de la finca como común, no puede un copropietario atribuírselo privativamente de manera unilateral, como afirma la STS de 18 de diciembre de 1987 (RAJ 9584), en la que se niega la posibilidad de atribuirse privativamente un sótano que había que entender configurado como elemento común. Por su parte, la STS de 30 de noviembre de 1984 (RAJ 5692) viene a decir que una construcción en el sótano por un copropietario viene a representar un acto dispositivo de un elemento común. Así, también, la STS de 16 de junio de 1998 (RJ 1998/5056).

A) La regla de la unanimidad en Derecho español

La enajenación de estas facultades implica una modificación del título constitutivo, y en la medida en que dicha atribución no traiga causa del establecimiento de servicios comunes de interés general, de la supresión de barreras arquitectónicas, ni de la instalación de infraestructuras de telecomunicación o de energía solar, o de energía colectivas, será necesario que la enajenación se decida por unanimidad de todos los copropietarios. Es difícil imaginar algún supuesto en el que la atribución privativa se deba a estos motivos, aunque podría pensarse en la enajenación de dichas facultades con vistas a la construcción de un garaje que pudieran usar gratuitamente los copropietarios.

⁷⁹ En realidad se trata de una desafectación de elementos comunes que se transforman en privativos. De modo que, como dice la STS de 6 de junio de 1979 (RAJ 2323), en relación a un acuerdo por el que el local destinado a portería se adjudica a un copropietario, dicha desafectación implica que *ha mediado un verdadero negocio jurídico de índole dispositiva por parte de la Junta de Propietarios*.

Salvo que estemos ante uno de esos supuestos, será necesario acordar la enajenación del derecho por unanimidad⁸⁰ en función de lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Ley de propiedad horizontal.

Por su parte, la ley 436 del Fuero Nuevo de Navarra establece expresamente la necesidad de acuerdo unánime para la enajenación de los derechos de sobre y de subedificación. Dice esta ley que:

«Ley 436. Copropiedad y propiedad horizontal.—Cuando el edificio se halle en régimen de copropiedad o de propiedad horizontal, la facultad de sobreedificar o subedificar pertenecerá a los condueños en proporción a sus respectivas cuotas. En ambos casos la concesión de estos derechos requerirá el consentimiento de todos los partícipes».

En favor de la unanimidad se manifiesta reiteradamente el Tribunal Supremo en relación —más que al derecho de sobre o subedificar—, al subsuelo y al vuelo como elementos comunes que resultan afectados por sobre o subedificaciones. Así, la STS de 15 de junio de 1988 (RAJ 5115) afirma que el uso privativo de los elementos comunes —concretamente el subsuelo— debe ser aprobado por unanimidad; se trataba, en este caso, de la excavación de un sótano en el subsuelo realizada por uno de los copropietarios sin contar con autorización de la Junta de propietarios. Se manda la reposición a su estado originario.

También la STS de 1 de febrero de 1995 (RAJ 1220), se refiere a una edificación realizada en el subsuelo por unos copropietarios, a lo que dice el TS que:

«La desafectación de un elemento común, como es el subsuelo, para su conversión en elemento privativo, requiere el consentimiento de todos los miembros integrantes del régimen de dicha especialísima forma de propiedad, consenso que, ha de insistirse en este caso no existe.»

⁸⁰ En este mismo sentido parece pronunciarse MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, tomo I, p. 1017, donde, al explicitar las diferentes posibilidades de atribución de las facultades de sobre o de subedificar en el seno de la propiedad horizontal, alude a la posibilidad, entiendo, de que en el título constitutivo no aparezca la reserva en favor del constructor o vendedor de los pisos, siendo dicho constructor-promotor o vendedor quien va a sobre o subedificar, lo que indudablemente implicaría, según creo, la enajenación de ese derecho. En tal caso entiende este autor que debe adoptarse el acuerdo por unanimidad, porque en su opinión supone una modificación del título constitutivo, y así lo exige el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal —actual art. 12—. También considera necesaria la unanimidad para enajenar el derecho de sobreedificación o de subedificación, PONS GONZÁLEZ, Manuel, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios)*, 6ª edición, editorial Comares, Granada, 1995, p. 86: *para la válida constitución del mismo se requiere el acuerdo unánime de todos los propietarios.*

En este mismo sentido pueden citarse las SSTS como la de 30 de noviembre de 1984 (RAJ 5692) en un caso de construcción en el subsuelo; la de 4 de marzo de 1985 (RAJ 1107); la de 3 de febrero de 1987 (RAJ 677), o la de 31 de octubre de 1996 (RAJ 7724).

Es destacable la STS de 13 de julio de 1995 (RAJ 5963), en la que se contempla un caso en el que el propietario de la planta baja había realizado un sótano que utilizaba como bar; la Junta de Propietarios no había adoptado ningún acuerdo unánime que desafectara el subsuelo como elemento común en favor del propietario de la planta baja. El sótano fue construido a la vista de todos los copropietarios que, en modo alguno impidieron su realización. Al cabo de bastante tiempo, en el transcurso del cual se había transmitido el local con el sótano a otro propietario –la construcción era de 1973 y la acción se ejercita en 1991–, dos copropietarios piden que el propietario del local tape el sótano y devuelva el suelo a su primitivo estado. Dice el TS, al respecto:

«La realidad del tiempo transcurrido, 18 años, sin objeción alguna a la existencia del sótano permite traer a colación determinada doctrina de la Sala en torno a la exigencia por la Ley de Propiedad Horizontal del acuerdo unánime de todos los copropietarios para modificar o alterar elementos comunes del inmueble, al declararse que es preciso que tal consentimiento aparezca suficientemente acreditado y concluyente, pero admitiendo la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a esa conclusión, doctrina, la expresada que se encuentra referida entre otras, en las sentencias de 28 de abril de 1986 (RAJ 2064) y 28 de abril y 16 de octubre de 1992 (RAJ 4467 y 78290, y tiene su explicación en que, en razonamiento de la sentencia de 16 de octubre de 1992, el transcurso pacífico del tan largo período de tiempo, veinte años, sin formular reclamación alguna, debe producir el efecto de tener por renunciado el derecho impugnatorio, pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales...»

Esta exigencia de unanimidad, en mi opinión, hace que el sistema de mayorías que se deriva de la Ley española de Propiedad Horizontal sea coherente: si para el ejercicio de este derecho con vistas a la creación de locales de uso privativo por parte de la copropiedad, es necesario un acuerdo unánime, está plenamente justificada la exigencia de unanimidad cuando se trata de enajenar –atribuir privativamente– el derecho de sobre o subedificar ⁸¹.

⁸¹ En este sentido, CABANAC, Jean, «Le droit de surélévation sous le régime de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 34, lamenta que la Ley francesa exija unanimidad para ejercitar el derecho y, para enajenarlo, requiera una mayoría diferente –la del art. 26–. Nos relata este autor cómo en el proceso de elaboración de la Ley se discutió precisamente esta cuestión.

Por otra parte, la exigencia de unanimidad para proceder a la enajenación de estos derechos cuando en el título constitutivo estaban configurados como partes comunes, permite que se puedan enajenar, bien como elemento privativo a favor de un copropietario, o que se constituya, a través de la disposición, un derecho real en cosa ajena, ya sea derecho de superficie o derecho de sobre o de subedificación.

B) La mayoría necesaria en Derecho francés

La Ley francesa, en su artículo 35.2, a diferencia de la Ley española de Propiedad Horizontal, sí contempla el supuesto objeto de estudio, disponiendo que:

«La decisión de enajenar para los mismos fines —es decir, con el fin de crear locales privativos— el derecho de sobreedificar un edificio existente exige, además de la mayoría prevista en el artículo 26, el acuerdo de los copropietarios del piso superior del edificio a sobreedificar, y si el inmueble comprende varios edificios, la confirmación por una asamblea especial de copropietarios de los lotes que forman el edificio a sobreedificar, decidiendo por la mayoría expresada aquí arriba.

Si el Reglamento de Copropiedad estipula una mayoría superior para tomar la decisión prevista en el párrafo anterior, esta cláusula no puede ser modificada más que por esa misma mayoría.»

Por lo tanto, la mayoría precisa para enajenar estas facultades es, con carácter general, la del artículo 26 de la Ley, es decir, mayoría de miembros del Sindicato que representen, al menos, dos tercios de los votos⁸².

⁸² La mayoría del artículo 26 de la Ley francesa es la mayoría de los miembros del Sindicato que representen, al menos, los dos tercios de los votos. Se establece como exigencia una doble mayoría:

— La mayoría en número de los miembros del Sindicato, en referencia a todos los individuos que lo forman, incluidos aquellos que no se encuentran presentes, ni representados en la asamblea.

— La mayoría de 2/3 de los votos. El modo de atribución de votos en la asamblea viene fijado por el artículo 22 de la Ley de 10 de julio de 1965; según el cual, cada copropietario dispone de un número de votos correspondiente a su cuota de participación en las partes comunes. Pero los votos que concurren a cada asamblea no equivalen necesariamente al total de las participaciones en que se dividen los elementos comunes, porque hay que tener en cuenta que: si el sindicato ha adquirido alguna parte privativa, no dispone de voto en la asamblea general (art. 16 *in fine*, de la Ley francesa); y que si algún copropietario tiene una cuota-parte en los elementos comunes superior a la mitad, el número de votos de los que dispone se reduce a la

Sin embargo, en determinados supuestos, el régimen va a coincidir con el español que exige, con carácter general –salvo los casos que puedan incluirse en alguna de las excepciones a la regla general de unanimidad contemplados en el artículo 17–, una decisión unánime. Veamos en qué casos la Ley francesa exige, un acuerdo unánime:

a) Cuando en el reglamento de copropiedad se ha previsto expresamente que ese acuerdo se debe adoptar por unanimidad. Es el propio artículo 35.2 el que contempla la posibilidad de que en el reglamento se exija una mayoría más amplia que la del artículo 26; por tanto, podrá pactarse que el acuerdo se adopte por unanimidad⁸³.

b) Cuando las facultades de sobre o de subedificación sean necesarias respecto al destino del inmueble.–El artículo 26 establece que, cuando se trata de enajenar partes comunes cuya conservación es necesaria respecto al destino del inmueble, es necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad.

No obstante, es muy difícil que sea necesario conservar los derechos de sobre o de subedificación en base al destino del inmueble; es obvio que la enajenación de estas facultades no entraña en sí misma un atentado al destino del inmueble, sino que es el uso que, de las posteriores edificaciones se vaya a hacer, lo que puede afectar dicho destino. Es decir, que, en realidad, las nuevas construcciones no pueden ir destinadas a algo que sea incompatible con el destino de las partes comunes y privativas contempladas en el reglamento de copropiedad por mandato del artículo 8. Es muy extraño, por tanto, que la enajenación de estos derechos exija la unanimidad en base a esta causa.

c) Enajenación gratuita.–Hay algunos autores que consideran que cuando la enajenación de estos derechos se hace con carácter gratuito es necesaria la unanimidad⁸⁴. Frente a los argumentos de

suma de los votos de los otros copropietarios minoritarios –art. 22.2 de la Ley de 10 de julio de 1965–.

Si esta doble mayoría necesaria no se obtiene en una primera asamblea, no se puede convocar una segunda para que se proceda a la aprobación de la medida en cuestión –en nuestro caso, la enajenación de los derechos de sobreedificación y de subedificación– con una mayoría menos rigurosa, tal y como afirman: KISCHINEWSKY-BROQUISSE, Edith, *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, Paris, 1989, p. 730, § 641; GIVORD, François, et GIVERDON, Claude, avec la collaboration de CAPOULADE, Pierre, *La Copropriété*, édit. Dalloz, Paris, 1992, p. 499, § 607.

⁸³ Lo que la doctrina no admite es que se pacte una mayoría menor a la exigida por el artículo 26, puesto que ese precepto es de orden público, LAFOND, Jacques et STEMMER, Bernard, *Code de la copropriété commenté et annoté*, Paris, 1995, edit. Litec., p. 315, en el Comentario al artículo 35.

⁸⁴ En este sentido se pronuncian: BOUYEURE, Jean-Robert, «La surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux

los que así piensan⁸⁵, otros acuden a la literalidad del artículo 35.2 que no distingue entre enajenaciones onerosas o gratuitas⁸⁶.

d) Acuerdo unánime de los copropietarios del piso afectado por la sobre o subedificación. El artículo 35.2 de la Ley francesa exige, para la enajenación de estas facultades, un acuerdo de los copropietarios del piso superior; pero no establece si deben con-

privatifs (arts. 35-36 et 37 de la loi du 10 juillet 1965)», *Gazette Palais*, 1973, II, D., p. 633, según el cual: *La colectividad de copropietarios no puede, en efecto, válidamente, salvo si la decisión era tomada por unanimidad, enajenar un derecho que le pertenece sin que la pérdida de este derecho sea compensada por una contrapartida correspondiente.* También SALUDEN, Marianne, «Copropriété. Travaux et transformations. Transformations», app. 544 à 577, fasc. 51, en *Jurisclasseur civil*, artículos 544-636, 1993, § 94. En esta dirección se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Paris (8.ª Ch.) de 6 de julio de 1972 –consultada en *Gazette du Palais*, 1973, 2.º semestre, pp. 731 a 733–, diciendo que: «Atendido, además, que una autorización de sobreelevar dada sin contrapartida habría debido recoger la unanimidad de los copropietarios».

⁸⁵ Doctrinalmente, se argumenta que no es objeto del sindicato disponer gratuitamente de las partes comunes: SALUDEN, Marianne, «Copropriété. Travaux et transformations. Transformations», app. 544 à 577, fasc. 51, en *Jurisclasseur civil*, artículos 544-636, 1993, § 85. LAFOND, Jacques, et STEMMER, Bernard, *Code de la copropriété commenté et annoté*, Paris, 1995, edit. Litec, p. 273, y en «Droit de la copropriété. Panorama de doctrine et de jurisprudence», *La Semaine Juridique*, JCP, éd. N., 1987, Pratique, núm. 268, p. 463. En este sentido, *vid.* sentencia de la Cour d'appel de Versailles, 1.ª Ch. 1.ª section, de 11 de marzo de 1993, consultada en *Administrer*, décembre, 1993, p. 52.

También se dice que se trata de un abandono de derecho y que es preciso que se produzca por unanimidad –LAFOND, Jacques, et STEMMER, Bernard, *Code de la copropriété commenté et annoté*, Paris, 1995, edit. Litec, p. 314; LAFOND, Jacques, en «Droit de la copropriété. Panorama de doctrine et de jurisprudence», *La Semaine Juridique*, JCP, éd. N., 1987, Pratique, núm. 268, p. 463, dice que puede concurrir abuso de derecho y que se rompería la igualdad de tratamiento que se impone entre todos los copropietarios–.

Además, se dice que ninguna mayoría puede obligar a los propietarios de una cuota-parte de las partes comunes contrarios a la enajenación a renunciar a ellas gratuitamente: MORAND, M., «Nota a la sentencia de la Cour de Cassation de 6 de febrero de 1973», en *La Gazette du Palais*, 1973, 1.º semestre, p. 284, plantea la posibilidad de que los copropietarios opuestos pudieran ejercitar una acción de rescisión por lesión; sin embargo, el hecho de que se trate de una donación, de una liberalidad excluiría, obviamente, esta posibilidad, *vid.* sobre la rescisión por lesión, COLLART DUTILLEUL, François, *Juris-Classeur civil*, artículos 1602 a 1762, fascículo de los artículos 1674 a 1685, febrero de 1994, concretamente § 67 con abundante cita de jurisprudencia.

⁸⁶ Éste es el principal argumento de la posición contraria defendida, entre otros, por GELINET, «Le droit de surélévation en vue de créer des locaux á usage privatif», *Administrer*, núm. 251, décembre 1993, p. 12.

Entre los pronunciamientos jurisprudenciales se puede citar el de la Cour de cassation de 6 de febrero de 1973 –consultada en *Bull. civ.*, 1973, 2, troisième partie, p. 70, ref. núm. 98; también en *La Gazette du Palais* 1973, 1.º semestre, pp. 283 y 284 (nota de MORAND, M.) que se pronuncia en el siguiente sentido:

«... la unanimidad no es exigida, en los términos del artículo 35.1, más que si la sobreedificación o la construcción debe ser realizada por el sindicato...»

Aunque BOUYEURE –en «La surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux privatifs (art. 35-36 et 37 de la loi du 10 juillet 1965)», *La Gazette du Palais*, 1973, II, D., pp. 633-634– diga, a propósito de esta sentencia, que no se había planteado todavía el problema de la contrapartida, si se analiza la nota que a esta sentencia realiza MORAND, M. –en *La Gazette du Palais*, 1973, 1.º semestre, p. 284–, parece que se trataba de una enajenación gratuita, en la medida en que contempla la posibilidad de que se hubiera enfocado el caso en este sentido ante los Tribunales.

sentir por unanimidad o por mayoría, entendiendo la doctrina que dicho acuerdo debe ser unánime⁸⁷.

Al considerar que el acuerdo de los copropietarios del piso superior debe ser adoptado por unanimidad, la doctrina considera que cada uno de estos copropietarios dispone de un verdadero derecho de veto en relación a la enajenación de estas facultades⁸⁸.

⁸⁷ En favor de la necesidad de acuerdo unánime se pronuncian: BOUYEURE, Jean-Robert, «La qualité de copropriétaire de l'étage supérieur du bâtiment à surélever» en *Revue de Droit Immobilier*, 1980, p. 399, y en «La surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux privatifs (arts. 35-36 et 37 de la loi du 10 juillet 1965)», en *Gazette du Palais*, 1973, 2, Doctrine, p. 634; GELINET, Jean-Maurice, «Le droit de surélévation en vue de créer des locaux á usage privatif», *Administrer*, núm. 251, décembre 1993, p. 13; FORESTIER, Jean-Pierre, «La surélévation et les voisins du dessous», en *Administrer*, núm. 137, juillet, 1983, pp. 19 y 20.

Únicamente, SEGUIN, M., defendió que dicho acuerdo debía aprobarse por mayoría; concretamente, por la del artículo 25, porque no creía, este autor, que se pudiera pretender la adopción del acuerdo por la doble mayoría del artículo 26. *Vid.* «Copropriété et surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, 2.º semestre, doctrine, p. 62.

Entre los argumentos que, en apoyo de la unanimidad, se aportan se puede citar el dato de que no se exija una asamblea especial; lo cual, a juicio de FORESTIER, es indicativo de que el acuerdo debe ser unánime –FORESTIER, Jean-Pierre, «La surélévation et les voisins du dessous», en *Administrer*, núm. 137, juillet, 1983, p. 19–. En efecto, el hecho de que no se trate del acuerdo del conjunto de todos los copropietarios – en cuanto grupo–, parece indicar que todos ellos deben consentir. Más aún, teniendo en cuenta que, cuando se trata del acuerdo de un conjunto de copropietarios determinado, la Ley de 10 de julio de 1965 habla expresamente de asamblea especial y precisa siempre la mayoría que, en el seno de la misma, ha de obtenerse.

En apoyo de esta tesis se ha puesto de relieve también, por BOUYEURE, Jean-Robert, «La surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux privatifs (arts. 35-36 et 37 de la loi du 10 juillet 1965)», en *Gazette du Palais*, 1973, 2, Doctrine, p. 634, la desconfianza del legislador hacia las mayorías en materia de sobreedificación. No sé si se puede hablar en términos de desconfianza del legislador hacia las mayorías, lo que sí es claro es el disfavor con el que el legislador contempla la sobreedificación; actitud que le lleva –sin llegar a impedirla– a restringir esta posibilidad, protegiendo –frente a los acuerdos mayoritarios– todos aquellos intereses que pueden verse afectados por la sobreedificación, en este caso los intereses de los copropietarios del piso superior.

Creo que, en efecto, ha de entenderse que todos los copropietarios del piso superior del edificio a sobreelevar deben dar su consentimiento a la enajenación de este derecho. Si sólo se habla del acuerdo de los copropietarios, parece que hay que entender que es el acuerdo de todos ellos, no parece que se trate de una decisión del conjunto de los mismos adoptada por alguna regla mayoritaria, la cual –en cualquier caso– tampoco es proporcionada por el precepto.

Por otra parte, la enajenación de bienes indivisos, y las partes comunes lo son, requiere, conforme al régimen previsto por el artículo 815-3 del CC francés, la unanimidad de todos los propietarios. El artículo 35.2 de la Ley de 10 de julio de 1965, de Copropiedad de Edificios, representa una excepción a la regla general contenida en el artículo 815-3. Procede, por ello, una interpretación de dicho precepto lo más acorde posible con la regla general, a saber: que el acuerdo de los copropietarios del piso superior al que se refiere el artículo 35.2 de la Ley de 10 de julio de 1965 debe adoptarse por unanimidad.

⁸⁸ BOUYEURE, Jean-Robert, «La qualité de copropriétaire de l'étage supérieur du bâtiment à surélever», en *Revue de Droit Immobilier*, 1980, p. 399. En este mismo sentido, *vid.* la nota a la Sentencia del Tribunal de Grande instance de Paris de 28 de noviembre de 1974 en *Dalloz*, 1976, Informations rapides copropriété, pp. 71-72.

Su oposición no tiene por qué ser motivada⁸⁹ y no tienen por qué adoptar su decisión en una asamblea especial⁹⁰, pudiendo tomarla con anterioridad o con posterioridad al acuerdo de enajenación de estos derechos adoptado en asamblea general⁹¹.

II. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE SOBRE O DE SUBEDIFICACIÓN ATRIBUIDA PRIVATIVAMENTE

En este último epígrafe vamos a ocuparnos de los problemas que puede plantear el ejercicio de estos derechos por parte de sus titulares privativos.

Tomando como referencia el artículo 37 de la Ley francesa que contempla el supuesto de ejercicio en el caso de que el originaria-

⁸⁹ FORESTIER, Jean-Pierre, «La surélévation et les voisins du dessous», en *Administrer*, núm. 137, juillet, 1983, p. 20.

⁹⁰ El artículo 35.2 de la Ley francesa de 10 de julio de 1965 no exige que los copropietarios del piso superior del edificio a sobreelevar se reúnan en una asamblea especial para adoptar este acuerdo. Lo cual, por otro lado, servía de argumento a la tesis de que su acuerdo debía ser unánime. Únicamente SEGUIN, M., «Copropriété et surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 62, considera necesaria una asamblea especial; significativamente era el único que consideraba que el acuerdo de los copropietarios del último piso debía adoptarse por mayoría del artículo 25 de la Ley de Copropiedad de edificios.

Parece que pueden adoptar el acuerdo en el seno de la asamblea general, o al margen de la misma, tal y como entienden FORESTIER, Jean-Pierre, «La surélévation et les voisins du dessous», en *Administrer*, núm. 137, juillet, 1983, p. 19; BOUYEURE, Jean-Robert, «La qualité de copropriétaire de l'étage supérieur du bâtiment à surélever» en *Revue de Droit Immobilier*, 1980, p. 399. Obviamente, lo habrán de dar en el seno de la asamblea general, cuando el reglamento de copropiedad exija la unanimidad de todos los copropietarios para la enajenación del derecho de sobreedificación, en base a la posibilidad que, en este sentido, da el artículo 35.3 de la Ley de copropiedad de edificios.

⁹¹ En cuanto al momento en que debe concurrir este acuerdo, tampoco está fijado por la Ley. Normalmente, la doctrina —BOUYEURE, Jean-Robert, «La qualité de copropriétaire de l'étage supérieur du bâtiment à surélever», en *Revue de Droit Immobilier*, 1980, p. 399, considera que es indiferente que se obtenga antes o después de la asamblea general.

También la Sentencia de la Cour d'appel de Paris (23.^a Ch. B), de 16 de diciembre de 1980, consultada en *Gazette du Palais*, 1982, 1.^{er} semestre, Jurisprudence, p. 353, dice, en esta misma dirección, que:

«Considerando que el acuerdo de M. Vaudoyer propietario del piso superior, en el sentido del artículo precitado, podía ser, llegado el caso, recogido fuera de asamblea...»

El hecho de que el acuerdo de los copropietarios del piso superior se obtenga con posterioridad al obtenido en asamblea general, puede plantear dificultades si se considera, como la Sentencia de 28 de noviembre de 1974 tantas veces citada —Sentencia de 28 de noviembre de 1974, Tribunal de grande instance de Paris (8.^a Ch.), consultada en *L'actualité juridique. Propriété Immobilière*, avril 1975, pp. 304 a 306, núm. ref. 35, note BOUYEURE—, que se trata de la impugnación de un acuerdo de la asamblea general, y que, por tanto, el plazo es de dos meses desde la celebración de la misma —art. 42.2 Ley de 10 de julio de 1965—. En este caso, si el acuerdo de los copropietarios del piso superior se obtiene con posterioridad al de la asamblea general se plantearía el problema de fijar el *dies a quo* del plazo.

mente único propietario se haya reservado estas facultades, nos vamos a plantear si, en Derecho español, dicho ejercicio está sometido a un plazo de caducidad, y si el resto de copropietarios puede oponerse, de alguna manera, a este ejercicio.

1. PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO

El artículo 37 de la Ley francesa dispone que la reserva del derecho de sobre y de subedificación caduca⁹² a los diez años, si no se ha ejercitado en ese plazo⁹³. Para las reservas anteriores a la entrada en vigor de la Ley, dicho plazo se computará desde su promulgación⁹⁴. Considera la doctrina francesa que no será necesario que el edificio esté terminado al finalizar el plazo, sino que es sufi-

⁹² El plazo es de caducidad y no de prescripción, de tal manera que no es susceptible de interrupción. En este sentido, *vid.* BOUYEURE, Jean-Robert, en *Les travaux dans la copropriété*, Immobilier, Droit et gestion, Sirey, p. 205, § 469.

⁹³ Aluden al carácter temporal de la reserva de estos derechos, SIZAIRE, Daniel, «Le statut de la copropriété des immeubles bâtis (application de la loi núm. 65-557 du 10 juillet, 1965 et du décret núm. 67-223 du 17 mars 1967)», en *La semaine juridique*, JCP. Éd. Notariale, 1969, I, Doctrine, núm. 2244, p. 60, § 63, y STEMMEYER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique*, JCP, Formules commentées, 1980, p. 85, § 18.

La doctrina francesa entiende adecuado este plazo; así dice CABANAC, Jean, «Le droit de surélévation sous le régime de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, Doctrine, p. 34, que: *La convención de sobreedificación con los riesgos que presenta no debe constituir una hipoteca que pese indefinidamente sobre la suerte de la copropiedad. Importa que esta hipoteca sea levantada en un plazo bastante breve. El de diez años es, a la vez, razonable y suficiente.*

⁹⁴ La Ley francesa dispone que para los reservados con anterioridad a la Ley -10 de julio de 1965-, los diez años se cuentan desde la fecha de su promulgación, aunque SIZAIRE, Daniel, en: «Le statut de la copropriété des immeubles bâtis (application de la loi núms. 65-557 du 10 juillet, 1965 et du décret núm. 67-223 du 17 mars 1967)», en *La semaine juridique*, JCP, Éd. Notariale, 1969, I, Doctrine, núm. 2244, p. 60, § 63, considera que la norma tiene efectos retroactivos. SEGUIN -en «Copropriété et Surélévation. Quelques aspects du droit de surélévation dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965», *Gazette du Palais*, 1966, Doctrine, p. 61-, aisladamente, cuestiona que los derechos de sobreedificación anteriores a la Ley de 1965 se deban someter a las disposiciones del artículo 37. En su opinión, no se pueden encontrar convenciones anteriores a la Ley de 1965 que hayan creado derechos accesorios cuya fuente es la referida Ley; de donde, no podrían -en su opinión- asimilarse a los derechos accesorios contemplados en el artículo 3, sino que se trataría de derechos inmobiliarios ordinarios que escaparían a la regulación del artículo 37. Sin embargo, el mero hecho de disponer una norma de Derecho transitorio hace indudable la intención del precepto de someter a su campo de aplicación las reservas anteriores a su promulgación; y, en este sentido, como a continuación se explica, lo ha entendido la jurisprudencia.

Éste es precisamente el caso de la Sentencia de la Cour de Cassation de 6 de noviembre de 1984 -consultada en *La Semaine Juridique*, JCP, éd. N, 1985, pp. 137 a 141, con comentario de STEMMEYER, B., y en *Administrer*, 1985, núm. 157, sección de Jurisprudence, comentario de GUILLOT, Emile Jean-. El Reglamento definitivo se había aprobado en 1962. De modo que, según lo dispuesto en el artículo 37, el plazo de diez años comenzó a correr en 1.965; consecuentemente, la titular del derecho de sobreedificación -Madame Lecombe- tenía de plazo hasta 1975. La titular, sin embargo, lo ejercita en 1972; momento en el que habían transcurrido diez años desde 1962, fecha en que se estableció el regla-

ciente, para entender que se ha procedido a ejercitar el derecho de sobre o de subedificación por su titular, que la ejecución de los trabajos haya comenzado de un modo serio antes de que transcurran los diez años⁹⁵.

En cuanto al fundamento del plazo establecido en el artículo 37 para los supuestos de reserva unilateral, se ha argumentado que es el estado de incertidumbre que caracteriza el período considerado lo que determina el carácter temporal de este derecho⁹⁶. Sin embargo, no me parece muy convincente esta razón, en la medida en que el negocio de reserva contiene las menciones necesarias para saber cuáles van a ser las repercusiones que, para los copropietarios, puede tener el ejercicio de estos derechos; por tanto, no parece haber un alto grado de incertidumbre. Más sensato creo que es entender que el establecimiento de dicho plazo está en función del supuesto de hecho del artículo 37. Cuando se trata de una reserva de estas facultades por el propietario único del edificio antes de su enajenación por lotes, parece tener sentido el establecimiento de un plazo de caducidad, puesto que la copropiedad, sin tener ninguna posibilidad de oponerse y sin recibir ninguna contraprestación a cambio, se ve privada de unas facultades que, de no mediar dicha reserva impuesta unilateralmente, serían elementos comunes. Además, en este orden de cosas, hay que tener en cuenta que la caducidad del derecho por esta causa no implica la extinción del derecho, es decir, no produce su desaparición de la vida jurídica. Tal derecho sigue existiendo como parte integrante del edificio constituido

mento definitivo. La prudente actitud de la titular, realizando la sobreedificación antes de que transcurriera el plazo de diez años desde que se elaboró el reglamento que rige la copropiedad, evita el riesgo de posible caducidad del derecho. También la Sentencia de 15 de octubre de 1970 —consultada en *Bull. civ. 1970, Troisième partie. Troisième chambre civile*, núm. ref. 518, pp. 377 y 378; y en *La Semaine Juridique, JCP*, 1971, II, Jurisprudence, núm. 16640—procede a aplicar el artículo 37 a una reserva del derecho de sobreedificación que constaba en un reglamento de 1951.

⁹⁵ En este sentido, LOMBOIS, Claude, «Commentaire de la loi 10 juillet 1965», *Dalloz*, 1966, § 161, y GELINET, Jean-Maurice «La réserve du droit de surélévation: l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965», en *Administrer*, 1995, núm. 272, p. 20.

⁹⁶ *Vid.* STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, JCP*, Formules commentées, 1980, p. 85, § 18. Alude, también, a la incertidumbre: BARRIERE, Louis-Augustin, «Le droit de surélévation en copropriété», *La Semaine Juridique, JCP éd. N.*, 1992, Doctrine, p. 122, § 29; y SIZAIRE, Daniel, «Le statut de la copropriété des immeubles bâtis (application de la loi núm. 65-557 du 10 juillet 1965 et du décret núm. 67-223 du 17 mars 1967)», en *La semaine juridique, JCP. Éd. Notariale 1969, I*, Doctrine, núm. 2244, nota núm. 146 al pie de la p. 61, para el cual: *Lo que el legislador ha querido evitar es que se prolongue una incertidumbre relativa a partes del inmueble consagradas al uso o a la utilidad de todos, de naturaleza que compromete las condiciones en las cuales los copropietarios pueden disfrutar de los lugares y de entrañar modificaciones en los derechos y cargas de los copropietarios ... l....*

en régimen de copropiedad. Lo que sí ocurre es que pasa de estar atribuido privativamente a ser un elemento común.

Que ésta es la razón de ser del plazo de caducidad viene corroborado por el hecho de que el artículo 35.2 de la Ley que regula el ejercicio del derecho por quien lo ha adquirido de la comunidad, no establece ningún plazo de caducidad para su ejercicio. Si el motivo del plazo fuera la situación de incertidumbre, se debería haber establecido también dicho plazo en el supuesto del artículo 35.2, ya que la misma incertidumbre concurriría.

En cuanto al Derecho español, no se suele plantear esta cuestión, y parece entenderse que estos derechos no tienen fijado un plazo de caducidad para el caso de que no se ejerciten⁹⁷. Creo que, en efecto, así hay que entenderlo cuando se trata de facultades integradas en la propiedad del edificio, es decir, cuando estas facultades aparecen como componente privativo de un lote de copropiedad y, por tanto, vinculadas a una cuota en el suelo y, en su caso, en el resto de elementos comunes.

Más problemático es adoptar una posición al respecto cuando estas facultades han sido desmembradas del dominio sobre la finca originando derechos reales en cosa ajena –derecho de superficie o derecho de sobre o de subedificación–, en la medida en que normalmente se entiende que son derechos sometidos a un plazo de ejercicio⁹⁸. Así la RDGRN de 29 de abril de 1999 (RJ 1999/2762) confirma la nota del Registrador que había suspendido la inscripción de una cláusula de reserva del derecho de vuelo a favor del constructor que contenía la escritura de constitución de la finca en régimen de propiedad horizontal, en base a que no se había fijado el plazo para su ejercicio. Sobre dicha cuestión, me remito a lo que he dicho con carácter general en otro lugar⁹⁹.

No obstante, acaso fuera conveniente establecer dicho plazo de caducidad en Derecho español para los casos que lo establece el artículo 37 de la Ley francesa.

⁹⁷ En este sentido, *vid.* PONS GONZÁLEZ, Manuel, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *Regimen jurídico de la Propiedad Horizontal (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios)*, 6.ª edición, editorial Comares, Granada, 1995, p. 87: *Debe reconocerse que el derecho de vuelo –derecho real inmobiliario– tanto si recae en el vuelo como en el subsuelo... su duración es indefinida.*

⁹⁸ Así, ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, p. 560.

⁹⁹ *Vid.* ALONSO PÉREZ, M.ª Teresa, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, edit. por Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pp. 139 ss. y 311 ss.

2. POSIBILIDADES DE OPOSICIÓN DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS

¿Tiene la Junta de Propietarios posibilidad de oponerse al ejercicio del derecho de sobre o de subedificación por quien es su titular privativo?

A) El derecho de veto del Sindicato en Derecho francés

En Derecho francés hay que distinguir los supuestos en los que la atribución privativa trae causa de la enajenación de estas facultades por la copropiedad, de aquellos en los que es el propietario único del edificio el que se los reserva unilateralmente antes de comenzar la venta de los pisos.

El primer supuesto está contemplado en el artículo 35.2; aunque este artículo se refiere más bien a la enajenación misma y no a su ejercicio, es significativa la ausencia de referencia al ejercicio del derecho, que, desde luego, no se somete a un plazo de caducidad ni, en lo que ahora nos importa, a una autorización por parte del Sindicato.

Sin embargo, en el caso de reserva unilateral, que sí está propiamente regulado en el artículo 37 de la Ley, existe la posibilidad de que el Sindicato de copropietarios se oponga al ejercicio de la sobre o subedificación¹⁰⁰. Para que esta oposición sea eficaz es necesario que se apruebe por mayoría del artículo 25 de la Ley de 10 de julio de 1965¹⁰¹ y que se indemnice al

¹⁰⁰ El artículo 37 de la Ley francesa de 10 de julio de 1965 dice:

«Antes de la expiración de este plazo, el Sindicato puede, por mayoría del artículo 25, oponerse al ejercicio de este derecho, debiendo indemnizar de ello al titular en el caso de que este último justifique que la reserva del derecho comportaba una contrapartida a su cargo.»

Hay que tener en cuenta que no es que exista la posibilidad de que el Sindicato se oponga a la reserva, o sea, a la adquisición por parte de un individuo de la facultad de llevar a efecto una sobre o subedificación, como parece entender GELINET, Jean-Maurice, en «La réserve du droit de suélévation: l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965», *Administrer*, 1995, núm. 272, p. 20, sino que la posibilidad de oposición va referida al ejercicio que pueda hacer de este derecho quien se encuentra legitimado para ello por ser su titular privativamente.

¹⁰¹ Para oponerse eficazmente al ejercicio del derecho de sobreedificación es preciso que exista un acuerdo en tal sentido, aprobado por la mayoría prevista en el artículo 25 de la Ley, que es la mayoría de votos de todos los copropietarios. Hay que recordar que, en la propiedad horizontal francesa, los copropietarios tienen un número de votos correspondiente a su cuota-parte en los elementos comunes, según el artículo 22.2 de la Ley.

Una de las dudas que plantea la doctrina francesa al respecto es si es aplicable el último párrafo del artículo 25, según el cual, en caso de que la mayoría de votos de todos los copropietarios no se alcanzara en una primera asamblea, podría convocarse una segunda donde sería suficiente que el acuerdo de oposición se acordara por la mayoría que estable-

titular¹⁰², siempre y cuando la reserva del derecho haya supuesto una contrapartida a su cargo.

Esta condición, que se exige para que haya derecho a la indemnización, establece un justo equilibrio que explicamos a continuación entre todos los intereses que pueden verse implicados en una operación de sobre o de subedificación.

En primer lugar, en el único caso en que la reserva no habrá supuesto contrapartida para el titular del derecho es aquel en el que el propietario único del edificio o se reserva estas facultades. En este caso se puede hablar de que la reserva del derecho viene impuesta al resto de copropietarios que se ven privados de un componente estructural de la copropiedad que, de otro modo, les pertenecería como elemento común. La posición más débil en este caso es la de la copropiedad. El derecho de oposición reconocido al Sindicato viene a compensar esta desigualdad provocada por las circunstancias que rodean la creación de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Esta medida de protección, que estimo muy oportuna, se frustraría si la copropiedad tuviera que hacer frente a una indemnización por impedir el ejercicio del derecho en los casos de reserva de estas facultades por los sujetos mencionados.

Sin embargo, cuando el titular de estas facultades ha pagado una cantidad por su adquisición, los intereses en juego son los de la

ce el artículo 24, o sea, mayoría de votos de los presentes o representados. Casi toda la doctrina conviene en que no cabe tal posibilidad, así GELINET, Jean-Maurice, en «La réserve du droit de suélévation: l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965», *Administrer*, 1995, núm. 272, p. 20, considera que no cabe tal posibilidad porque no está entre las expresamente contempladas por el artículo 25. Únicamente CABANAC, Jean, en «Le droit de suélévation sous le régime de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 35, se muestra favorable a esta posibilidad. Aunque se lamenta este autor de que, por el juego del artículo 25, que –en su opinión– haría aplicable la mayoría del artículo 24, una minoría pueda oponerse al ejercicio del derecho de sobreedificación, lo que es bastante grave, porque contraría normas jurídicas bien establecidas. Y dice: ¿No encontrará el Sindicato en esta disposición un medio de presión sobre el beneficiario del derecho de sobreedificación, exigiéndole para dejarle su libertad, ciertos sacrificios, a veces ilegítimos?

Creo que la posibilidad de oposición del Sindicato, que reconoce el artículo 37, debe ser interpretada restrictivamente, en la medida en que su reconocimiento implica una limitación de la posibilidad de ejercicio de un derecho por su legítimo titular. Razón por la cual considero acertada la posición contraria a que el acuerdo de oposición pueda ser adoptado por mayoría del artículo 24.

¹⁰² El segundo requisito es la entrega de una indemnización al titular del derecho. La razón de la misma no es la privación del derecho, como consideran GELINET, Jean-Maurice, «La réserve du droit de suélévation: l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965», *Administrer*, 1995, núm. 272, p. 21 y CABANAC, Jean, «Le droit de surélévation sous le régime de la loi du 10 juillet 1965», en *Gazette du Palais*, 1966, p. 35. Si se indemnizara la mera privación del derecho, habría que resarcir en cualquier caso, mientras que el artículo establece que sólo se tiene derecho a compensación cuando el interesado justifique que la reserva comportó una contrapartida a su cargo, como dicen STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, JCP*, Formules commentées, 1980, p. 86, § 22, para los cuales no es indemnizable el mero hecho de perder el derecho.

copropiedad y los del titular de las mismas. El derecho de oposición al ejercicio del derecho no tiene justificación en este caso, porque el titular de las facultades de sobre o de subedificación no tiene una situación de superioridad frente a la copropiedad, ya que él no ha impuesto el estatuto al que los copropietarios –y quizás él mismo– han debido adherirse. Es más, el derecho de oposición que este artículo reconoce al Sindicato, sitúa injustificadamente a este último en una situación de superioridad o privilegio, que viene a ser compensada con la obligación de satisfacer una indemnización al individuo que ve frustradas sus expectativas.

Esta contrapartida, entiende la doctrina¹⁰³ y la jurisprudencia –erróneamente, a mi modo de ver–, que la ha tenido que recibir la copropiedad. Así en la sentencia de la Cour de Cassation de 15 de octubre de 1970¹⁰⁴ se trata de un supuesto en el que el reglamento de copropiedad del palacio Mirabeau, que data de 1951, reserva en favor del señor Bonello el derecho de sobreedificación. En 1964 este señor lo vende a la sociedad Mirabeau, la cual pide el correspondiente permiso administrativo de construcción. Sin embargo, la oposición de la asamblea general de copropietarios, con fecha de 6 de mayo de 1966, impide el ejercicio del derecho. La sociedad, titular del mismo, demanda la indemnización a que alude el artículo 37 de la Ley de 10 de julio de 1965. Sorprendentemente, la Cour de Cassation confirma la sentencia dictada de la Cour d'appel contraria a dicha indemnización. La base argumental de ambas decisiones es la siguiente:

«..., la Cour d'appel dice precisamente que la contrapartida prevista en el artículo 37.3 “debe haber existido en provecho de la copropiedad privada de un derecho que le hubiera pertenecido si no hubiera sido reservado y del que la legislación entiende que no ha debido pagar el valor más que si ha recibido a cambio una compensación”, que, en buen derecho, la sentencia deduce de ello que el precio de cesión pagado por la sociedad Mirabeau en 1964 no es una contrapartida que comporte la reserva del derecho de sobreedificación adquirido por ella.»

Sin embargo, no me parece acertado este pronunciamiento de la Cour de Cassation, en cuanto que la copropiedad sólo obtendrá una compensación si ella misma es la que vende el derecho; y no parece sensato que la copropiedad pueda vender el derecho de sobre o subedificación y, más tarde, oponerse a su ejercicio. De hecho, el

¹⁰³ GELINET, Jean-Maurice, «La réserve du droit de suélévation: l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965», *Administrer*, 1995, núm. 272, p. 21.

¹⁰⁴ Esta sentencia puede consultarse en *Bull. civ. 1970, Troisième partie. Troisième chambre civile*, núm. ref. 518, pp. 377 y 378. Y en *La Semaine Juridique, JCP*, 1971, II, Jurisprudence, núm. 16640, donde aparecen comentarios a la misma de GUILLOT, Emile-Jean.

artículo 35.2 de la Ley francesa que regula ese supuesto no contempla la posibilidad de oposición del Sindicato al ejercicio del derecho. A mi modo de ver tenía razón la representación de la sociedad Mirabeau cuando decía que:

«... añadiendo así una condición que la Ley no contiene y quitando prácticamente todo efecto a la disposición legislativa que quería interpretar...»

La doctrina francesa considera que este derecho reconocido al Sindicato en los casos de reserva es un verdadero derecho de veto¹⁰⁵. Ahora bien, acaso el derecho de oposición es un poco menos extravagante de lo que piensa la doctrina francesa, si se atiende a que el artículo 37 está contemplando la atribución unilateral de la titularidad o del uso del derecho de sobre o subedificación realizada en el momento de configurarse la copropiedad e impuesta al resto de copropietarios, y que nos encontramos ante una modificación del aspecto exterior del inmueble que no ha sido –al tratarse de una cláusula impuesta– previamente autorizada por el Sindicato, tal y como exige, con carácter general, el artículo 25.b)¹⁰⁶. De tal manera que puede pensarse que este derecho de veto no es sino la reiteración de la norma contenida en dicho precepto para el caso concreto de la sobre y subedificación.

Hay que tener en cuenta que todas modificaciones del aspecto exterior del inmueble –y las sobre o subedificaciones la implican necesariamente– requieren ser autorizadas por mayoría del artículo 25.

¹⁰⁵ Vid. BARRIERE, Louis Augustin, «Le droit de surélévation en copropriété», en *La Semaine Juridique, JCP*, éd. N., 1992, *Doctrine*, p. 123, § 31. Dicen STEMMER, Bernard, et FAURE, Odile, «La surélévation de l'immeuble en copropriété par une personne autre que le syndicat», *La Semaine Juridique, JCP*, Formules commentées, 1980, p. 86, § 21, que es exorbitante el poder reconocido al sindicato en la medida en que *les permite despojar saisir a un tercero o un copropietario de un derecho que se le había reservado respetando las exigencias legales*. LOMBOIS, Claude, «Commentaire de la loi núm. 66-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis», en *Dalloz*, 1966, *Législation*, p. 436, § 162, habla de disposición aberrante, de verdadera expropiación privada, y que se trata de la consagración de un derecho de desvinculación unilateral de una convención. Incide en la idea de disposición aberrante: BOUYEURE, Jean-Robert, «La surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux privatifs (arts. 35-36 et 37 de la loi du 10 juillet 1965)», *Gazette du Palais*, 1973, *Doctrine*, p. 636. Por su parte, CABANAC, Jean, «Le droit de surélévation sous le régime de la loi du 10 juillet 1965», *Gazette du Palais*, 1966, p. 35, habla también de expropiación privada.

¹⁰⁶ Para encontrar la razón de ser de esta posibilidad de oposición del sindicato hay que tener en cuenta que todas modificaciones del aspecto exterior del inmueble –y las sobreedificaciones la implican necesariamente– requieren ser autorizadas por mayoría del artículo 25. En este sentido, BOUYEURE, Jean-Robert, *Les travaux dans la copropriété*, Immobilier, droit et gestion, Sirey, Paris, 1989, p. 207, considera que el supuesto de reserva de la titularidad del derecho de sobreedificación, es decir, cuando es parte privativa, no está sometida al artículo 37, pero sí precisa de la autorización del artículo 25.

Las mayorías necesarias para enajenar el derecho de sobreedificación y para que la copropiedad lo ejercite por sí misma, al ser más amplias que las del artículo 25, llevan implícita la autorización de la copropiedad a que se refiere el artículo 25.b), haciendo innecesario un acuerdo suplementario para su ejercicio. Ahora bien, si se parte de que nos encontramos ante una reserva impuesta *ab initio* por quien está en disposición de ello al resto de copropietarios, adquiere cierto sentido el derecho de veto. Únicamente se trata de la misma norma contenida en el artículo 25.b) pero dispuesta específicamente para el caso de reserva del derecho de sobre o subedificación, por la cual se viene a exigir la autorización de la copropiedad para modificar el aspecto exterior del inmueble en la medida en que la copropiedad no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

B) La posibilidad de oposición de la Junta de propietarios, en Derecho español

Toca ahora plantearse si, en Derecho español, la Junta de propietarios debe autorizar el ejercicio de un derecho de sobre o de subedificación reservado privativamente en el título constitutivo¹⁰⁷.

A lo que creo, se ha de diferenciar, según se trate: de atribución privativa que origina un derecho real en cosa ajena, o de atribución privativa de la facultad de sobre o de subedificar que forma parte, como elemento privativo, del contenido del derecho de propiedad sobre la finca.

Si el titular de estas facultades lo es en cuanto titular de un derecho real en cosa ajena –derecho de superficie o derecho de sobre o de subedificación– acaso no tenga sentido plantearse la posibilidad del propietario de la cosa gravada de oponerse al ejercicio, porque se aplicaría el régimen jurídico previsto para esos derechos. Sin embargo, cuando se trata de atribución privativa de esta facultad que sigue integrada, como elemento privativo, en el contenido del derecho de propiedad sobre la finca, su ejercicio se rige por las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, y, en ese caso, sí tiene sentido plantearse si dicho ejercicio debe someterse a algún requisito, entre ellos, autorización por la Junta de propietarios¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Plantea este mismo problema, ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, edit. Comares, Granada, 2000, pp. 570 ss.

¹⁰⁸ La STS de 15 de noviembre de 1999 (RJ 1999/7532) contempla un supuesto de hecho en el que una copropietaria titular privativa de la facultad de sobreedificar plantea ante la Junta de Propietarios el ejercicio de su derecho.

Entre los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal que pueden ser relevantes a estos efectos deben citarse: el artículo 7, conforme al cual el propietario de cada piso puede realizar en él las modificaciones que considere oportunas siempre y cuando no afecte la seguridad del edificio, su estructura o estado exterior, ni perjudique los derechos de otro propietario; también el artículo 12 puede traerse a colación en la medida en que contempla la realización de alteraciones en la estructura o fábrica del edificio, y la construcción de nuevas plantas.

Del artículo 7 es dable extraer la conclusión de que un copropietario no puede realizar en su piso cualquier modificación *motu proprio*, sino que hay algunas para cuya realización no le basta con dar cuenta a quien represente a la comunidad. Concretamente aquellas que afecten a la seguridad o estructura del edificio, su configuración o aspecto exteriores, o perjudiquen los derechos de otro propietario. Del mismo modo que esto es así en relación a los derechos de propiedad privativos sobre los pisos, hay que entender que la misma norma debe regir, en principio, para el supuesto de ejercicio de las facultades de sobre o de subedificación que están configuradas como elementos privativos. Es obvio que su ejercicio va a suponer una modificación de la estructura y del aspecto exterior del edificio. Es decir, la idea que debemos extraer de lo dispuesto en este precepto es que al titular de estos derechos no le basta, para poder ejercerlos, con comunicarlo al representante de la comunidad. Es necesario algo más.

Podría pensarse que la clave la da el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal que, debido a su formulación literal, parece estar contemplando cualquier sobre o subedificación que se vaya a realizar sobre un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal. De hecho hay quien opina que este precepto es de aplicación a cualquier supuesto de sobreedificación, inclusive aquel en el que el derecho está reservado privativamente; según esta opinión, en la mayoría de los casos sería necesario, para poder ejercitar el derecho reservado privativamente, un acuerdo unánime de la Junta de propietarios¹⁰⁹. Si esto fuera así, nos encontraríamos con que un solo copropietario podría oponerse al ejercicio de la facultad privativa de sobre o de subedificar¹¹⁰.

¹⁰⁹ Se requerirá acuerdo unánime salvo que se trate de alguno de los supuestos para los que el artículo 17 establece acuerdo por mayoría.

¹¹⁰ MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, Javier, *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, Edersa, Madrid, 1997, tomo I, pp. 1017-1018, refiriéndose al caso de reserva en el título constitutivo de estos derechos dice: *Nos encontramos en consecuencia, con que mientras la materialidad del «levantar» o la «elevación» de plantas puede realizarse por el propietario que*

Sin embargo entendí, en su momento, que el ámbito de aplicación de este precepto se limita al supuesto en el que la comunidad ejercita estos derechos cuando son elementos comunes, es decir, al caso en el que su ejercicio implica necesariamente una modificación del título constitutivo. Conforme a dicha opinión, el artículo 12 no es aplicable al supuesto ahora contemplado, porque no modifica el título constitutivo, en el que ya consta el carácter privativo de la facultad de sobre o de subedificar, las plantas que se pueden construir, las modificaciones que se van a operar en las cuotas de los copropietarios, etcétera. Por lo tanto, en el caso ahora contemplado no se opera una modificación del título constitutivo como consecuencia del ejercicio del derecho, por lo que no es coherente pensar que ese algo más que se necesita –además de la comunicación al representante de la comunidad– para poder ejercitarlo sea un acuerdo similar al que se requiere para modificar el título constitutivo, que, en la mayoría de estos casos, sería la unanimidad.

De manera que, hasta aquí, tenemos que: el que tiene en su lote de copropiedad como componente privativo la facultad de sobre o de subedificar, debe comunicar al representante de la comunidad que pretende ejercitar su derecho; pero no le basta con esto, porque lo impide el artículo 7. También tenemos que no es necesario un acuerdo de la Junta de propietarios como si se fuera a modificar el título constitutivo¹¹¹. Es decir, si bien parece que la Junta tiene que autorizar la realización de estas obras, no debe hacerlo como si se tratara de modificar el título constitutivo. Estas apreciaciones nos llevan, irremediablemente, al artículo 17.3.º de la Ley de Propiedad Horizontal, que exige una mayoría del total de copropietarios que representen la mayoría de cuotas de participación, para la validez de los acuerdos que no están contemplados en los párrafos precedentes.

De manera que, en caso de que se entienda que la Junta de Propietarios debe autorizar el ejercicio de las facultades de sobre y de

se hubiese reservado tal facultad en el «título constitutivo», la inmediata y consustancial consecuencia del ejercicio de dicho derecho, esto es, la modificación, de las cuotas de participación, no podrá realizarse sin mediar acuerdo unánime, lo que en realidad deja reducida la «facultad de levante» a una declaración puramente programática sin otra posibilidad de concreción real que el asentimiento de todos los propietarios a la modificación de cuotas.

¹¹¹ No parece entenderlo así el Tribunal Supremo, que en la STS de 3 de marzo de 1986 (RAJ 1096) viene a decir que aunque se trate de modificaciones en viviendas, no es suficiente con dar cuenta al Presidente, sino que es necesario un acuerdo de la mayoría necesaria para modificar el título constitutivo. Se trataba, en este caso, de la colocación en una vivienda de unas cajas fuertes para guardar joyas que afectaban a la seguridad del edificio.

subedificación configuradas como elementos privativos¹¹², la autorización deberá adoptarse por mayoría del total de copropietarios que, a su vez, representen mayoría de las cuotas de participación.

Por supuesto, no tiene sentido exigir esa autorización de la Junta de propietarios cuando el elemento se ha privatizado por enajenación del derecho cuando era parte común, ya que en la unanimidad necesaria para enajenarlo hay que entender implícita la autorización para ejercitarlo por quien resulte ser su titular. En esto coinciden el Derecho francés y el español. Pero sí que será necesaria dicha autorización cuando es el propietario único del edificio el que se ha reservado dicha facultad como elemento privativo antes de la enajenación de los diferentes pisos.

Por su parte, el Tribunal Supremo no parece contemplar esta posibilidad de oposición por parte de la Junta de propietarios. Puede consultarse, en este sentido, la STS de 23 de julio de 1990 (RAJ 6128) en la que el constructor, en virtud del derecho de sobreedificación que se había reservado, construye un ático que enajena. En ningún momento se alude a la posibilidad de oposición por parte de la Comunidad, que en este caso, de existir, se hubiera alegado, sin duda, en la medida en que es la Comunidad la que reivindica por accesión la propiedad de dicho ático; pretensión, que, desde luego, no es atendida. Aunque también es cierto que en este caso parece que la reserva había originado un derecho real en cosa ajena, porque en ese mismo caso se insta a la comunidad a otorgar la correspondiente cuota en los elementos comunes.

La STS de 7 de noviembre de 1990 (RAJ 3644) dice sin embargo, que, en efecto, no es necesario para ejercitar el derecho de sobreedificación reservado privativamente el consentimiento del resto de copropietarios; no obstante parece admitir que, en caso de que se produzca una alteración de las fachadas o de los elementos comunes, sí será preciso que consientan. Lo que ocurre es que en el caso de autos el ejercicio que se hace del derecho de sobreedificación reservado no incide en los elementos comunes.

En el caso analizado por la STS de 14 de marzo de 1968 (RAJ 1740), sí se produce esa alteración de elementos comunes –la fachada y los pilares de carga– como consecuencia del ejercicio de un derecho de sobreedificación sobre un edificio constituido en régi-

¹¹² Ahora bien, es cierto que es cosustancial a los derechos que analizamos, la producción de todas esas alteraciones, o sea, que estos derechos no pueden disfrutarse si no se ejercitan construyendo y afectando, consecuentemente, a la configuración del edificio, mientras que para el ejercicio de un derecho de propiedad privativo sobre un piso o local no es necesaria la realización de esas obras. Lo cual acaso permita dudar acerca de la exigencia de un consentimiento de la Junta de propietarios a los titulares de estos derechos para su ejercicio.

men de propiedad horizontal. Los otros propietarios, que le habían concedido el derecho, demandan al titular –propietario de las nuevas plantas– en virtud de esa modificación de los elementos comunes sin contar con su consentimiento y el TS viene a decir que:

«... el demandado adquirió el derecho a levantar las plantas que ha edificado y, para ello, se precisaba... reforzar las columnas de sustentación, sobre todo habiéndose rogado los actores a que fueran consolidados los cimientos y los apoyos en la parte de que son propietarios; es evidente que tal refuerzo es una consecuencia necesaria al derecho a elevar pisos y no puede prosperar... que ejercitado el derecho de elevar las plantas, la fachada había de acomodarse a las nuevas obras sobre todo que como la finca de autos había de tener acceso a la casa colindante, al pertenecer a los actores el portal y el arranque de escalera sin paso a las plantas superiores, éstas deberían acomodarse a los niveles de aquélla que al ser de menor altura no permitían rehacer la fachada en la forma que tenía anteriormente... son consecuencia necesaria del derecho de elevar plantas en el edificio que adquirió y de la obligación que asumieron los actores de permitir tal elevación...»

