

Fums desiguals

Comentari a la STSJC, Sala Civil i Penal, 31.3.2008 (MP: M^a Eugènia Alegret Burgués)

Joan Marsal Guillamet

Facultat de Dret
Universitat de Barcelona

*Abstract**

L'objecte del plet són els requisits necessaris per a la instal·lació d'una xemeneia per a l'evacuació dels fums del local situat en els baixos d'un edifici en règim de propietat horitzontal. La matèria no és nova, però la STSJC de 31 de març de 2008 suposa un canvi de criteri jurisprudencial en relació amb la STSJC de 15 de gener de 2005, que la Sala ha de justificar per evitar la infracció del principi d'igualtat en l'aplicació de la llei.

The case analyzes the necessary requisites to install a chimney to evacuate the smoke generated by the snack bar located on the ground floor of a commonhold development. The matter is not new in Spain, but the decision of March 31st, 2008 changes the criterion held in the previous ruling of January 15th, 2005. Therefore, the court has to justify its respect for the principle of equality in the judicial application of the law.

Title: Unequal smoke. Comments on the Catalonia Supreme Court's decision, March 31st, 2008

Paraules clau: Propietat horitzontal; Evacuació de fums; Principi d'igualtat en l'aplicació judicial de la llei

Keywords: Commonhold development; Smoke; Principle of equality in the judicial application of the law

Sumari

- 1. Introducció**
- 2. La competència del TSJC per conèixer del recurs de cassació**
 - 2.1. La infracció d'un precepte constitucional**
 - 2.2. L'absència de doctrina jurisprudencial**
- 3. Resolucions judicials, jurisprudència i principi d'igualtat**
- 4. Immissions i propietat horitzontal**
- 5. L'ús dels elements comuns per part dels titulars dels elements privatis**
- 6. Bibliografia**
- 7. Taula de sentències citades**

* Aquest comentari s'inscriu en el Projecte 2005 SGR 00759, Grup d'Estudi del Dret civil català (UB-UAB), i en el SEJ 2005-08987. Ambdós tenen com a investigador principal el Prof. Dr. Ferran BADOSA COLL.

1. Introducció

La STSJC, Sala Civil i Penal, 31.3.2008 (MP: M^a Eugènia Alegret Burgués)¹ desestima els recursos per infracció processal i de cassació contra la SAP Barcelona, Civil, Sec. 11a, 27.3.2007 (JUR 2007\227618; MP: Josep M^a Bachs i Estany). L'objecte del litigi és la mena d'autorització necessària per instal·lar una xemeneia per a l'evacuació dels fums del local comercial situat en els baixos d'un edifici sobre el que hi ha constituït el règim de propietat horitzontal. La demanda es va plantejar en primera instància el 2005, per la qual cosa no és aplicable al cas la [Llei 5/2006, del 10 de maig, del Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals](#), tot i que el Tribunal hi fa referència.

Precisament, el debat se centra en la llei aplicable: per al recurrent, és la [Llei 13/1990, del 8 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge](#); per a l'altra part, és la [Llei 49/1960, de 21 de juliol, de propietat horitzontal](#) (modificada per la Llei 8/1999, de 6 d'abril), atès que la demanda es va plantejar en primera instància el 2005.

En un cas idèntic a l'anterior, el TSJC havia fallat [STSJC, Sala Civil i Penal, 13.1.2005 (RJ 2005\1030; MP: Núria Bassols Muntada)], que la regulació de la propietat horitzontal s'havia d'interpretar de conformitat amb l'establert a la [Llei 13/1990](#), per la qual cosa no calia l'autorització de la comunitat de propietaris. Tanmateix, a la STSJC, Sala Civil i Penal, 3.10.2002 (RJ 2003\649; MP: Ponç Feliu Llansà), s'havia establert que el règim preferentment aplicable era la Llei de propietat horitzontal. En la sentència objecte del comentari, la Sala Civil i Penal del TSJC resol que, malgrat que les normatives que regulen la propietat horitzontal i les immissions no són del tot incompatibles, s'ha d'aplicar pel principi d'especialitat el règim de la propietat horitzontal.

2. La competència del TSJC per conèixer del recurs de cassació

El recurrent fonamenta el seu recurs de cassació en la infracció d'un precepte constitucional (art. 33 CE), de diverses lleis estatals [[Codi civil](#) (art. 394 i, subsidiàriament, art. 7.2) i [Llei 49/1960, de 21 de juliol, de propietat horitzontal](#) (arts. 7, 8, 9.1.b, 11, 12, 17.1)], de dues lleis catalanes [[Llei 13/1990, del 8 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge](#) (arts. 3.2 i 3.5), [Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent](#) (art. 6)].

La interlocutòria que va admetre els recursos de cassació i per infracció processal (de 8.11.2007) encara no ha estat publicada pel CENDOJ. Tanmateix, cal fer un parell de comentaris sobre l'admissió del recurs, a partir de les dades que s'obtenen de la sentència.

¹ En el moment de lliurar el comentari a InDret, la sentència no ha aparegut publicada a cap base de dades, ni pública (CENDOJ) ni privada. S'ha accedit a ella mitjançant la pàgina web del TSJC (www.poderjudicial.es), a la secció "Sentències i resolucions d'interès", subsecció "Sentències TSJ". En el mateix document PDF apareixen publicades, successivament, la versió catalana i la castellana de la sentència.

2.1. La infracció d'un precepte constitucional

L'art. 5.4 de la [Llei Orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial](#), atribueix al Tribunal Suprem la competència per a conèixer dels recursos de cassació fonamentats en la infracció de preceptes constitucionals.

Nogensmenys, això no ha estat obstacle que impedis al Tribunal Superior de Justícia admetre el recurs. El motiu l'hem de trobar en la tramitació del recurs de cassació que finalitzaria amb la ja citada STSJC de 13.1.2005. En aquell cas, el recurs contra la SAP Barcelona, Civil, Sec. 14a, 11.7.2000 (JUR 2000\305819; MP: Marta Font Marquina) es va plantejar inicialment davant del Tribunal Suprem, el qual va desestimar-lo mitjançant interlocutòria de 3.12.2003 (Cendoj 28079110012003200086, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta). En relació amb la infracció de l'art. 33 CE, el TS va establir:

“Y en cuanto al motivo séptimo de casación –único que se fundamenta exclusivamente en la infracción de derecho constitucional, el art. 33 de la Constitución (el art. 5.4 de la LPOJ que se dice infringido constituye norma de competencia funcional cuya procedencia se está precisamente examinando en esta resolución)– a la vista de su desarrollo, ha de concluirse que concurren causas de inadmisión de la regla 2ª inciso segundo del art. 1710 de la LEC de 1881, por inobservancia del art. 1797 de dicha LEC 1881 y de carencia manifiesta de fundamento (art. 1710-1.3ª caso primero LEC 1881, ya referenciada al examinar el motivo precedente); la primera de las citadas causas resulta apreciable en cuanto la cita del art. 33 de la Constitución es claramente artificiosa, ya que lo que se viene a postular en el motivo es una interpretación del art. 11 de la LPH en la forma que los recurrentes entienden adecuada a las circunstancias que, según ellos, concurren en la controversia, como evidencia la cita en su argumentación, junto a aquel precepto constitucional, de los arts. 394 del CC, 11 de la LPH y 3.1 del CC; de manera que en definitiva, carece de relación la infracción del derecho de propiedad denunciada en su encabezamiento con el posterior desarrollo del motivo, lo que además de contravenir el art. 1707 de la LEC de 1881, determina la segunda causa de inadmisión indicada de carencia manifiesta de fundamento, en cuanto se aduce la vulneración de un precepto que no constituye por sí el eje de la controversia, sino que, tangencialmente, y en cuanto integrado en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, se invoca en exclusivo apoyo de la modulación en la aplicación de la LPH que pretenden los recurrentes” (FD 2.IV).

2.2. L'absència de doctrina jurisprudencial

La invocació conjunta d'infracció de normes catalanes i estatals implica que el tribunal competent sigui el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (art. 478.1.II LEC). Tal i com va assenyalar MÁLAGA (2003, p. 6), això pot acabar provocant que el TSJC entengui que no és aplicable el dret català i acabi pronunciant-se sobre dret estatal. En el FD Quart de la sentència objecte de comentari s'hi estableix:

“D'una altra banda no cal oblidar que la Sala civil del TSJC pot i ha d'establir doctrina i complementar l'ordenament jurídic català però no pot fer-ho de la mateixa manera respecte de les normes estatals en estar atribuïda la funció esmentada al Tribunal Suprem.”

El que provoca perplexitat és que tot seguit s'afirma:

“Com després veurem la Sala ha de canviar el criteri establert per la sentència referida ja que la línia iniciada no ha

estat ratificada tampoc pel llibre V dels drets reals de Catalunya publicat en data 24.5.2006 –fins i tot no aplicable al cas– i en el qual es regula àmpliament la propietat horitzontal. En la norma esmentada es continua exigint un acord comunitari amb determinades majories per a l'alteració dels elements comuns.

Precisament per no existir doctrina legal (sic) la Sala va admetre a tràmit el present recurs de cassació a l'empara de l'art. 477.2.3 de la LEC”.

Del conjunt del FD Quart resulta que el recurrent fonamenta el recurs en la infracció de la doctrina jurisprudencial del TSJC, però aquest nega que una sola sentència (la de 13.1.2005) sigui jurisprudència. Malgrat això, estima el recurs de cassació per interès cassacional per manca de doctrina jurisprudencial sobre la matèria (art. 472.2.3 LEC). La qüestió que cal plantejar-se és la matèria sobre la que manca doctrina jurisprudencial. No pot ser sobre propietat horitzontal perquè es troba regulada en una llei estatal, i la norma a la qual fa referència l'art. 477.3.II ha de ser autonòmica (ex. BORRELL, 2002, p. 338).

Entre les normes catalanes que el recurrent considera infringides hi ha la [Llei 13/1990](#) i la [Llei 22/2001](#). Però l'única norma catalana citada en el FD Quart de la sentència és la [Llei 5/2006, del 10 de maig](#), tot i que es diu expressament que no és aplicable al cas. El concepte d'immisió ha estat examinat pel TSJC en diverses sentències [ex. SSTJC, Sala Civil i Penal, 26.3.1994 (RJ 1994\4591; MP: Jesús Corbal Fernández); 21.12.1994 (RJ 1995\1498; MP: Lluís Puig i Ferriol); 19.3.2001 (RJ 2002\1399; MP: Ponç Feliu i Llansa); 3.10.2002 (RJ 2003\649; MP: Ponç Feliu i Llansa); 9.12.2002 (RJ 2003\2264; MP: Guillermo Vidal Andreu) i 17.7.2007 (RJ 2007\1660, MP: Carlos Ramos Rubio)]. Potser l'absència de doctrina jurisprudencial es refereix al concepte de servitud a la [Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent](#).

3. Resolucions judicials, jurisprudència i principi d'igualtat

La pretensió del recurrent, que havia triomfat en primera instància, era que s'interpretessin els textos legals vigents de la mateixa manera com ho havia fet el Tribunal Superior de Justícia a la sentència de 13.1.2005, atesa la identitat del supòsit de fet: qui vol instal·lar una activitat de restauració en els baixos d'un edifici constituït en règim de propietat horitzontal ha obtingut una llicència de l'administració local competent, condicionada a què s'instal·li una xemeneia individual d'evacuació de fums que superi l'alçada de l'edifici. En aquesta sentència es va establir que no calia autorització de la comunitat de propietaris per a instal·lar la dita xemeneia, com a conseqüència de la repercussió de la regulació catalana de les immissions en la regulació de la propietat horitzontal (FD Quart):

“(…) Tenint ben presents les anteriors argumentacions, s'ha de concloure en el sentit d'entendre que la solució a la dualitat de postures suara exposades s'ha de trobar en la casuística, donat que: a) quan el copropietari pretengui un ús dels elements comuns que alteri de forma important la configuració de l'edifici i suposi una càrrega qualificable com a servitud, en privar a la resta dels propietaris de l'ús dels susdits elements comuns, s'exigirà un acord unànime de la comunitat; en canvi, b) quan el propietari pretengui un ús d'un element comú de l'immoble en règim de comunitat horitzontal, d'acord a la seva destinació i que no defereixi substancialment dels usos que en fan els

demés copropietaris, s'estarà davant d'una activitat recollida en l'art. 394 del CC, que consegüentment no pot ésser vedada sense caure en una actuació abusiva (art. 7 del CC).

(...) Arribats a aquest punt no resulta ocios recordar que la llei catalana reguladora de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge obliga en l'art. 3, apartat segon, a tot propietari a tolerar les immissions provinents d'una finca veïna, si aquestes són innòcues o li causen perjudicis no substancials, i en l'apartat cinquè diu, que les immissions provinents d'instal·lacions autoritzades administrativament només faculden al propietari veí afectat per a sol·licitar l'adopció de les mesures tècnicament possibles i econòmicament raonables per evitar les conseqüències danyoses i, continua dient, que si d'aquesta manera les conseqüències no es poden evitar, el propietari pot reclamar la indemnització corresponent pels danys i perjudicis que sofreixi.

Les anteriors fonamentacions condueixen a considerar que la sentència dictada per l'Audiència ha interpretat de forma incorrecte els articles 7, 11 i 16 de la LPH, ha vulnerat els articles 7, 394 i 396 del Codi civil, 33 de la Constitució espanyola, 359 i 362 de la LEC 1881, i també l'article 1 de la Compilació Catalana i els articles 1, 3 i 4, següents i concordants de la Llei reguladora de les immissions, servituds i relacions de veïnatge, per la qual cosa s'imposa la revocació de la mateixa amb expressa ratificació de la sentència dictada en primera instància".

El mateix concepte d'independència judicial (art. 117.1 CE, art. 12, 13 i 15 LOPJ) comporta que els jutges no estiguin vinculats per cap mena de precedent, malgrat que la jurisprudència sigui un mitjà d'interpretació de les normes jurídiques (art. 111-2.2 CCC i, prèviament, art. 1.6 CCE). Tanmateix, el principi d'igualtat (art. 14 CE) en l'aplicació judicial de la llei permet que els ciutadans puguin esperar que supòsits idèntics es resolguin de la mateixa manera per part de l'administració de justícia, quan coincideix el dret aplicable. El Tribunal Constitucional s'ha pronunciat en nombroses sentències sobre els supòsits en què el canvi de criteri jurisprudencial suposa una vulneració del principi d'igualtat. Aquests requisits són, segons la STC 29/2005, Sala Segona, 14.2.2005 (BOE 22.3.2005; MP: Vicente Conde Martín de Hijas):

- a) *"La acreditación de un tertium comparationis, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria. Los supuestos de hecho enjuiciados deben ser, así pues, sustancialmente iguales, pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno deba ser igual a la del otro.*
- b) *La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de la "referencia a otro" exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.*
- c) *La identidad del órgano judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de la Sala, sino también de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órganos jurisprudenciales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en aplicación de la Ley*
- d) *La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizados el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con que se enjuició. La razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones, adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales, sin una argumentación razonada de dicha separación, que justifique la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no una respuesta ad personam, singularizada".*

Els magistrats que formen la Sala Civil i Penal del TSJC discrepen de la solució donada pel mateix tribunal a la sentència de 13.1.2005. En el FD Quart, tot resolent el primer motiu del recurs de

cassació, justifiquen l'absència d'arbitrarietat en la seva actuació. Els arguments que utilitzen són quatre. En primer lloc, es tracta d'una sola sentència, per la qual cosa no constitueix jurisprudència als efectes de l'art. 1.6 CCE. Segonament, que la sentència de 2005 no fou establerta pel Ple de la Sala Civil i Penal del TSJC i que cap dels magistrats que dicten aquesta sentència va participar en la que va dictar la sentència de 2005. En tercer lloc, que les sentències del TSJC no constitueixen jurisprudència fora del dret civil català. Finalment, que la interpretació de 2005 no ha estat acollida a la [Llei 5/2006, del 10 de maig, del Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals](#).

El segon argument va adreçat a negar la identitat de l'òrgan judicial. És el més feble de tots, perquè el criteri del Tribunal Constitucional és la identitat de secció, però no la de les persones dels magistrats. El fet que la Sala Civil i Penal del TSJC no estigui dividida en seccions comporta que, quan existeixi un canvi substancial de criteri jurisprudencial, sempre hi haurà identitat d'òrgan judicial.

Els altres tres arguments volen justificar el canvi de criteri. La Sala no se separa d'una línia doctrinal prèvia i consolidada perquè la sentència de 2005 és un supòsit aïllat, que no ha tingut continuïtat, i que es va allunyar de la doctrina de resolucions anteriors molt properes en el temps (la STSJC de 3.10.2002) i de la constant doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem en la interpretació de la llei de propietat horitzontal. La sentència excepcional és la de 2005. Tanmateix, potser per una qüestió d'elegància en relació amb els magistrats que la formaven el 2005, la Sala no s'expressa amb la contundència de la sentència recorreguda (FD Tercer).

Val a dir que la sentència recorreguda en cassació no és l'única que s'aparta de la interpretació feta a la STSJC de 13.1.2005. La mateixa secció 11a. també se n'havia apartat a la SAP Barcelona, Civil, Sec. 11a, 28.2.2007 (JUR 2007\227606; MP: Josep M^e Bachs Estany). En aquest sentit, per un altre cas idèntic on també fou invocada l'esmentada STSJC, la SAP Barcelona, Civil, Sec. 17a, 31.10.2005 (JUR 2006\58799, MP: Ramón Foncillas Sopena) va condemnar a l'arrendatària del local de negoci a retirar la xemeneia instal·lada sense autorització de la comunitat (FD Tercer): "*(...) La corriente judicial imperante, a la que se ha sumado este Tribunal a través de sentencias de 25 de noviembre de 1998 y 17 y 23 de septiembre de 2004, entre otras, es, pues, contraria a la erección de chimeneas por zonas comunitarias sin autorización de la comunidad, por suponer una alteración de un elemento común, conforme a los artículos 7 y 12 de la LPH y sin que pueda incidir en la cuestión civil la existencia de autorizaciones o imposiciones administrativas y sin que tampoco la defensa de la norma que establece la intangibilidad de los elementos comunitarios pueda representar un ejercicio abusivo o anormal del derecho. Por último el derecho de propiedad, que en el caso presente sería el de explotación de un negocio en un local comercial, tampoco tiene el carácter de derecho incondicionado y prevalente al de la comunidad a mantener el respeto a los elementos comunes. Por otra parte, no se sabe con exactitud qué supuestos fácticos concretos son los contemplados por las contadas y excepcionales sentencias favorables al establecimiento de chimenea sin la exigencia imprescindible de la autorización comunitaria, siendo significativo que la del TSJC antes citada [13.1.2005] tenga en cuenta que el uso de los elementos comunes altere de forma importante la configuración del edificio y suponga una carga calificable de servidumbre o que no sea de este carácter*". Tot i que no cita la sentència del TSJC, també exigeix la unanimitat de la comunitat per a la instal·lació d'una xemeneia la SAP Girona, Civil, Sec. 1a, 15.2.2007 (JUR 2007\132813, MP: Fernando Lacaba Sánchez), per un cas semblant.

En canvi, no està massa encertada en el darrer argument: el fet que el Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya no aculli la interpretació de la sentència de 2005 és absolutament irrellevant. La

igualtat en l'aplicació judicial d'una Llei no es veu afectada pel contingut de la regulació que deixa aquesta Llei sense vigència a Catalunya.

4. Immissions i propietat horitzontal

A la STSJC de 13.1.2005 es va establir que, a Catalunya, el text de la Llei de propietat horitzontal s'havia d'adequar a les innovacions introduïdes per la [Llei 13/1990, de 8 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge](#). La Sala feu una peculiar interpretació dels fets, perquè partia de la base que l'activitat de restauració havia estat autoritzada per l'administració local. Com que l'activitat autoritzada administrativament produïa immissions en el pati comú, la comunitat no podia demanar la cessació de l'activitat sinó l'adopció de les mesures tècnicament possibles i econòmicament raonables per a evitar les conseqüències danyoses de l'activitat (art. 3.5 [Llei 13/1990](#)). La mesura era la instal·lació de la xemeneia. A més, l'art. 3.2 [Llei 13/1990](#) imposa al propietari la tolerància de les immissions innòcues o que produeixen perjudicis no substancials, i el dictamen pericial posava de relleu que si la instal·lació es feia correctament no s'afectarien les vistes dels altres propietaris, ni es generarien fums ni olors.

Recordi's que, segons la STSJC, Sala Civil i Penal, 3.10.2002 (RJ 2003\650; MP: Núria Bassols Muntada), l'autorització administrativa només exclou la indemnització de danys i perjudicis quan les immissions són innòcues: “[e]s contrari a l'equitat i a l'esperit de la Llei 13/1990 afirmar que qui té autorització administrativa per explotar una instal·lació, ja té una patent de cors per a produir immissions sobre les finques veïnes que, si bé poden reclamar mesures tècniques i raonables econòmicament per a fer cessar o reduir les perturbacions, han de renunciar a rebre indemnitzacions per els danys i perjudicis soferts. (...) Només quan les immissions siguin innòcues o insubstancials (art. 3.2) hi ha una obligació de tolerància. Si les immissions produeixen perjudicis substancials però són conseqüència de l'ús normal del predi veí, també hi ha una obligació de tolerància, però la llei regula expressament la «indemnització pels danys produïts» (art. 3.4)”.

L'argumentació fallava des del seu origen, perquè la llicència administrativa estava subjecta a la condició suspensiva d'instal·lar la xemeneia d'extracció de fums. L'activitat només hauria tingut l'autorització administrativa si no hagués generat immissions en el pati. I l'única manera d'impedir-les (i obtenir la llicència) era instal·lant la xemeneia. En conseqüència, tal i com s'assenyala a la STSJC de 31.3.2008, l'objecte del litigi és l'ocupació parcial d'un pati comú per part del titular d'un element privatiu, que li condiciona l'obtenció de la llicència d'activitats. En cap cas la instal·lació de la xemeneia es pot qualificar com a immissió no substancial, perquè no és immissió, sinó ingerència directa sobre l'element comú.

Assenyala EGEA (1994, p. 74) que les immissions en sentit estricte solen definir-se “como las injerencias perjudiciales que se producen mediante la introducción de materias imponderables procedentes de la finca causante del perjuicio que son conducidas mecánicamente o físicamente, por tierra o aire, sobre una finca vecina (en sentido lato). La perturbación se origina en la propia finca por una actividad imputable a quien la realiza, propagándose perjudicialmente por medios naturales (...) o por intervención expresa de la voluntad humana”.

A la STSJC de 31.3.2008 s'afirma que el principi d'especialitat duu a l'aplicació de la regulació de la propietat horitzontal. Ara bé, a diferència de la sentència recorreguda, que entén que aquest

principi impedeix l'aplicació de la regulació de les immissions en el règim de la propietat horitzontal, el TSJC afirma que ambdues regulacions són compatibles, tot i que la regulació de les immissions seria subsidiària (FD Setè):

“La recurrent no accepta la tesi de la Sentència segons la qual la llei esmentada no resulta d'aplicació al règim de propietat horitzontal. El motiu no pot ser estimat. No tant perquè en abstracte no puguin ser compatibles tots dos règims jurídics en el cas que algun supòsit no aparegués específicament regulat a la Llei de propietat horitzontal (STSJC de 17-7-2006), sinó fonamentalment perquè la instal·lació que es pretén no pot qualificar-se jurídicament com d'immissió”.

5. L'ús dels elements comuns per part dels titulars dels elements privatius

El debat jurídic que es planteja en aquest supòsit consisteix en determinar si la instal·lació que es pretén realitzar en el pati constitueix un ús de l'element comú conforme amb la seva destinació (art. 9.1.a LPH) o bé una alteració d'aquest que implica una modificació del títol de constitució del règim (art. 12 LPH). En el FD Quart de la STSJC de 13.1.2005 (reproduït a l'epígraf 3) es posa de relleu que, en el darrer cas, cal constituir una servitud, la qual cosa requereix un acord unànim de la comunitat (art. 17.1 LPH). En canvi, en el primer cas, l'activitat del titular de l'element privatiu no podria impedir-se sense caure en un abús de dret per part de la comunitat. En abstracte, aquestes afirmacions són perfectament assumibles i, a la pràctica, estan sent aplicades per les Audiències Provincials. A la doctrina ho defensa BATLLE (1980, p. 131) i ECHEVARRÍA (2002, p. 352) constata el fenomen.

En aquest sentit, a la SAP Tarragona, Civil, Sec. 3a, 2.11.2005 (JUR 2006\80861; MP: María de los Desamparados Cerdá Miralles) es va establir (FD Segon): *“Respecto la cuestión relacionada con el aire acondicionado, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en relación a su instalación y el marco adecuado para valorar una pretensión de estas características, conviene al caso la cita a la sentencia dictada por este Tribunal el 16-3-2005, pues en ella se ofrece la perspectiva que este Tribunal considera oportuna a la hora de valorar un caso como el presente, en ella se dijo y conviene hoy reiterar: “el criterio unánime de este Tribunal en relación a la instalación de los aparatos de aire acondicionado sobre elementos comunes es una cuestión que ha de valorarse dentro del principio de flexibilidad que propone la Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal tras la reforma de 1999, sobre la regla de la unanimidad, pauta, que obliga a la consideración de los principios de solidaridad entre vecinos, el criterio de permisividad en usos privativos de elementos comunes, que sin menoscabo de ellos, pueda ser beneficioso para todos o cualquiera de ellos, atendiendo siempre a la realidad social del tiempo en que han de ser interpretadas las normas, artículo 3 del Código Civil, para paliar la generalidad de la norma y procurar ajustar su aplicación al caso concreto, atendiendo a los pormenores que la evolución de los tiempos representan para los vecinos, en términos de bienestar y confort, procurando una interpretación de la norma ajustada y equitativa. Ello en el marco de las relaciones de vecindad, en el que el concepto de solidaridad entre vecinos es expresión moderna en la que se traducen los ancestrales conceptos jurídicos de las instituciones que de dicha relación se han venido derivando con los tiempos, y que en tiempos pretéritos ha llegado a conceptuar derechos que van más allá, incluso de lo que aquí se pretende, evocamos al respecto el “ius usus incoi” o derecho a usar el fundo ajeno para lo que pueda aprovechar al que se sirve sin perjuicio para el propietario (el espiguelo).*

Con tal visión comparte este Tribunal los precedentes sentados por numerosas Audiencias Provinciales, en las que en casos semejantes se apartan de la rigurosa regla de la unanimidad, para en interpretación más flexible, admitir, la regla de la mayoría en mínimas afectaciones de elementos comunes para usos privativos, que se consideran justificados a la altura de los tiempos que corren, como sería la colocación en la azotea de un aparato de aire

acondicionado, siendo éste el lugar más idóneo para su ubicación”.

El que resulta xocant és que el TSJC qualificués el 2005 la instal·lació d'una xemeneia que ocupa parcialment un pati interior i l'alçada d'una paret en benefici exclusiu del propietari del local comercial com a un ús adequat a la destinació de l'element comú. En paraules de la SAP Barcelona, Civil, Sec. 13a, 5.4.2006 (JUR 2006\246545, MP: M^a Ángeles Gomis Masque) (FD Segon):

“En definitiva, la instalación de la chimenea supone una mejora a favor tan sólo de un único propietario, mientras que no es de interés para la comunidad ni reporta beneficio alguno para la misma, no pudiendo considerarse tal instalación inocua, ya que afectaría no sólo a la estructura y estética del inmueble sino también a los vecinos que tendrían las ventas y/o balcones junto a su recorrido”.

Sembla més coherent qualificar-ho de servitud, com es fa a la STSJC de 31.3.2008, atès que la instal·lació condicionarà l'ús que la resta dels copropietaris puguin fer d'aquest element comú. En qualsevol cas, es tracta d'una servitud voluntària, per la qual cosa la comunitat pot negar-se a constituir-la sense que per això se li pugui imputar un frau de llei. Com bé es diu a la STSJC (FD Novè), *“qui iure suo utitur, neminem laedit”*.

A la SAP Barcelona, Civil, Sec. 1a, 21.3.2006 (JUR 2006\231559, MP: M^a Dolores Portella Lluch), es tensa al màxim la tesi anterior. En el supòsit, el tub havia foradat una paret mitgera només per anar a buscar la paret de la finca confrontant on s'hi instal·la la xemeneia d'evacuació dels fums. En aquest cas, malgrat l'existència d'obres en l'element comú, l'afectació d'aquest no supera l'alçada del local comercial, per la qual cosa els altres cotitulars d'elements privatius no veuen reduïdes les facultats d'ús de l'element comú. Per això el tribunal va resoldre el manteniment de la xemeneia.

6. Bibliografia

Manuel BATLLE VÁZQUEZ (1980), *La propiedad de casas por pisos*, Marfil, Alcoy.

Joaquín BORRELL MESTRE (2002), *Estado autonómico y Poder judicial*, Atelier - Institut d'Estudis Autònòmics, Barcelona.

Francisco M. ECHEVARRÍA SUMMERS (2002), "Comentario al art. 12 LPH", a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Director), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 2a ed., Aranzadi, Cizur Menor, págs. 337 i seg.

Joan EGEA FERNÁNDEZ (1999), *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid.

Francisco MÁLAGA DIÉGUEZ (2003), "Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: aspectos procesales", *InDret 3/2003* (www.indret.com).

7. Taula de sentències citades

Tribunal Constitucional

| <i>Sala i Data</i> | <i>Ar.</i> | <i>Magistrat Ponent</i> | <i>Parts</i> |
|--------------------|-------------|-------------------------------|-----------------------------|
| 2a., 14.2.2005 | RTC 2005\29 | Vicente Conde Martín de Hijas | Pilar O. C. c. Manuel J. C. |

Tribunal Suprem

| <i>Tribunal, Sala i Data</i> | <i>Ar.</i> | <i>Magistrat Ponent</i> | <i>Parts</i> |
|------------------------------|------------------------------------|---------------------------------|--|
| ATS, 1a, 3.12.2003 | Cendoj 280791100120 03200086 | Ignacio Sierra Gil de la Cuesta | Juan Alberto i Valentina c. Comunitat de Propietaris de Rbla. de Sabadell, núms. 120 - 122 |

Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

| <i>Sala i Data</i> | <i>Ar.</i> | <i>Magistrat Ponent</i> | <i>Parts</i> |
|-----------------------------------|--------------|--|--|
| Sala Civil i Penal, 31.3.2008 | Vegeu nota 1 | M ^a Eugenia Alegret Burgués | "Coto de Reina Capitan S.L." i Ramona c. Comunitat de Propietaris del carrer Valencia núm. 102 de Barcelona |
| Sala Civil i Penal, 17.7. 2007 | RJ 2007\1660 | Carlos Ramos Rubio | Tomás c. "Zukunft, S.L." |

| | | | |
|-----------------------------------|--------------|------------------------|--|
| Sala Civil i Penal, 13.1.2005 | RJ 2005\1030 | Núria Bassols Muntada | Serafin i Angela c. Comunitat de Propietaris Rambla de Sabadell núm. 120-122 |
| Sala Civil i Penal, 9.12.2002 | RJ 2003\2264 | Guillermo Vidal Andreu | Antonio c. Nicolás |
| Sala Civil i Penal, 3.10.2002 | RJ 2003\649 | Ponç Feliu i Llansa | "Rentamar, S.A." c. "Indicesa L'Illa S.A., Sociedad Anónima de Urbanizaciones e Inmuebles" i "Grandes Almacenes FNAC España, S.A." |
| Sala Civil i Penal, 3.10.2002 | RJ 2003\650 | Núria Bassols Muntada | "Construcciones José Castro, S.A." c. Comunitat de Propietaris del c/ Caballero núm. 6-8 de Barcelona i altres |
| Sala Civil i Penal, 19.3.2001 | RJ 2002\1399 | Ponç Feliu i Llansa | "Farinera del Segrià, S.A." c. Enrique i Carmen |
| Sala Civil i Penal, 21.12.1994 | RJ 1995\1498 | Lluís Puig i Ferriol | Ana M ^a i Ana c. Jaume i Francesca |
| Sala Civil i Penal, 26.3.1994 | RJ 1994\4591 | Jesús Corbal Fernández | "Tobar, S.A." c. Comunidad de Propietarios i "Alfredo Vázquez D. y Cía, S.R.C." |

Audiències Provincials

| <i>Tribunal, Secció i Data</i> | <i>Ar.</i> | <i>Magistrat Ponent</i> | <i>Parts</i> |
|------------------------------------|-----------------|--|--|
| Barcelona, Sec. 11a, 27.3.2007 | JUR 2007\227618 | Josep M ^a Bachs i Estany | "Coto de Reina Capitan S.L." i M ^a Antonieta. c. Comunitat de Propietaris del carrer Direccion000 núm. 000 de Barcelona |
| Barcelona, Sec. 11a, 28.2.2007 | JUR 2007\227606 | Josep M ^a Bachs i Estany) | José Antonio, Romeo i "Barna Rabih-2003" c. Comunitat de Propietaris de Barcelona |
| Girona, Sec. 1a, 15.2.2007 | JUR 2007\132813 | Fernando Lacaba Sánchez | Jesús Manuel i Raquel c. Comunitat de Propietaris de Girona |
| Barcelona, Sec. 13a, 5.4.2006 | JUR 2006\246545 | M ^a Ángeles Gomis Masque | Luis Miguel c. Adreça de Viladecavalls |
| Barcelona, Sec. 1a, 21.3.2006 | JUR 2006\231559 | M ^a Dolores Portella Lluch | Ernesto c. Adreça de Sant Martí de Sarroca |
| Tarragona, Sec. 3a, 2.11.2005 | JUR 2006\80861 | María de los Desamparados Cerdá Miralles | "Femaldan S.A." c. Adreça de Segur de Calafell |
| Barcelona, Sec. 17a, 31.10.2005 | JUR 2006\58799 | Ramón Foncillas Sopena | "Tuset's a la carta, S.L." c. Adreça de Barcelona |
| Barcelona, Sec. 14a, 11.7.2000 | JUR 2000\305819 | Marta Font Marquina | "CP Rambla de Sabadell 120-122" c. Francisco i Aurora |