

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

- 1. PROPIEDAD HORIZONTAL.—1. Reglas de comunidad otorgadas por los promotores, únicos titulares registrales, sin el consentimiento de los actuales dueños de pisos.—2. Aprovechamiento exclusivo por un copropietario de todo o parte de un elemento común.—3. Instalación de salas de fiesta, clubs de baile y similares. (Sentencia de 2 de junio de 1970.)**

Los propietarios, promotores de la construcción de un edificio sobre un solar que les corresponde, otorgan ventas de distintos pisos del referido edificio, en favor de diversas personas, en documentos privados. Después de estas ventas, los promotores, por sí solos y sin conocimiento de dichos compradores, otorgan escritura pública de obra nueva y división de casa por pisos, sin estatutos, pero completando la descripción de un local de la planta baja en el sentido de que el dueño del mismo queda facultado para dotar a dicho local de una instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire, con los elementos precisos para ello, y especialmente para la colocación de la torre de enfriamiento y de recuperación de agua, que habría de ser situada en la terraza general del inmueble, sobre la vivienda del portero y en debidas condiciones.

Tal derecho no figuraba en el proyecto de construcción del edificio.

Con posterioridad a la escritura de división de casa por pisos, pero antes de su inscripción en el Registro de la Propiedad, se inicia el otorgamiento de las escrituras públicas de compraventa de los pisos y locales, quedando probado, al parecer, que bastantes de ellas se otorgan antes que la correspondiente al local a que se refiere el litigio.

Las ventas se otorgan libres de cargas y gravámenes y con cuantos derechos les son inherentes y accesorios, particularmente los que les corresponden sobre los elementos comunes, y sin mencionar las facultades que en la escritura de división se referían al describir el local antes mencionado, si bien en las escrituras públicas de compraventa se contiene una cláusula por la que el comprador declara conocer la escritura de división horizontal y presta su conformidad a la misma, pero no resulta probado que *todos* los compradores ratificaran dicha escritura de división de casa por pisos.

Otorgada la escritura pública de compraventa del local a que se refiere el pleito, se solicita autorización de la comunidad de propietarios del edificio para la instalación del sistema de refrigeración antes aludido. La Junta de propietarios niega la autorización en las dos reuniones que al efecto celebró en fechas distintas (13 de noviembre de 1967 y 5 de diciembre de 1967) para tratar de esta cuestión, aunque con quorum de votación en contra distinto en una y otra junta, en la última de las cuales se prohibió, además, que en

los locales comerciales se instalasen salas de fiesta, clubs de baile, música y similares.

El dueño del local a que nos venimos refiriendo demanda a la comunidad, suplicando, entre otras cosas, se declare el derecho del mismo a la mencionada instalación y la nulidad de los acuerdos de la comunidad.

El Juzgado de primera instancia estima la demanda.

Apelada por la comunidad, la Audiencia revoca la sentencia.

Interpuesto recurso de casación por el dueño del local afectado, el Tribunal Supremo da lugar a él, fallando en la segunda sentencia "que revocando en parte y en parte confirmando la sentencia que con fecha 17 de diciembre de 1968 dictó el Juzgado de primera instancia núm. 8 de esta capital y estimando parcialmente la demanda... debemos declarar y declaramos nulo e inválido el acuerdo de dicha comunidad, adoptado en la Junta que tuvo lugar el día 5 de diciembre de 1967, mediante el que se prohíben en los locales comerciales de la referida finca la instalación de salas de fiesta, clubs de baile, música y similares. Desestimamos las restantes pretensiones formuladas en la demanda y absolvemos de las mismas a la parte demandada, sin hacer expresa condena de las costas causadas en ambas instancias".

En sus Considerandos, dice la Sentencia:

"CONSIDERANDO: Que entre los fundamentos que sirven de base al fallo desestimatorio de los tres primeros pedimentos de la demanda, sienta la sentencia recurrida que la facultad reservada al accionante para colocar en la terraza general del inmueble, sobre la vivienda del portero, una torre de enfriamiento y de recuperación de agua para la instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire en el local de su propiedad, ni encaja en la hipótesis prevista en el artículo 394 del Código civil, ni puede perjudicar, supuesta su naturaleza real, a los demás copropietarios de la casa al amparo del principio de fe pública registral, debido a que para ello habría de haberse hecho constar este gravamen en cada una de las inscripciones de los diferentes pisos constituidos en fincas independientes, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, y no se hizo así."

"CONSIDERANDO: Que el recurrente no impugna que, caso de constituir un gravamen, debería haberse hecho constar la facultad de elevar la torre susodicha en cada una de las inscripciones de los diferentes pisos constituidos en fincas independientes, sino que ataca aquellos fundamentos de la sentencia recurrida por estimar que tal facultad no es más que una de las varias que integran el contenido de su derecho de dominio, una simple concreción o especialización de la de servirse de las cosas comunes, reconocida a cada partícipe por el artículo 394 del Código civil, pero no una servidumbre o derecho real limitativo, afectado por lo dispuesto en el artículo trece de la Ley Hipotecaria, ataque que concreta en los motivos tercero y cuarto, en relación con lo razonado en el que articula bajo el ordinal segundo."

"CONSIDERANDO: Que esta impugnación no merece ser acogida, porque si bien es verdad que la repetida facultad, vista como tal, esto es, desde el lado activo, constituye una parte integrante de las que forman el contenido de su complejo derecho de propiedad, siquiera se proyecta únicamente sobre

uno de los elementos comunes del edificio, no lo es menos que excede de la que para servirse de las cosas comunes concede a los partícipes el citado artículo 394, ya que, como viene a reconocer el propio recurrente en el motivo segundo, entraña un “derecho real” (sic) sobre parte concreta de una cosa corporal, específica y determinada, con el consiguiente poder de exclusión de los demás partícipes; facultad que vista, no desde el lado de su titular, sino desde el de los demás del inmueble, parcelado horizontalmente, o sea, en el aspecto pasivo, entraña una limitación del contenido normal del dominio que, de no mediar aquélla, correspondería a dichos titulares, por lo que, conforme a lo prevenido en el párrafo primero del artículo trece de la Ley Hipotecaria, para que pudiera surtir efecto contra esos terceros, sería menester que constase en las inscripciones de las fincas sobre que recae, es decir, según la apreciación de la sentencia de instancia, que no por haber sido impugnada por el recurrente está ahora fuera de discusión, en las inscripciones de los diferentes pisos constituidos en fincas independientes.”

“CONSIDERANDO: Que, esto sentado, han de decaer también los motivos primero, quinto y sexto, en los que se denuncia la infracción por inaplicación de los preceptos relativos a la legislación; artículos primero, párrafo tercero (en relación con el 98 de la Ley y 355 de su Reglamento), y treinta y ocho, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, y a la fe pública registral; artículo 34 de la misma Ley, pues es obvio que una vez suscitada contiendá ante los Tribunales acerca de la eficacia definitiva de los derechos inscritos, la aplicación de aquellos preceptos generales ha de efectuarse en necesaria concordancia con lo dispuesto en el artículo trece, párrafo primero, de esa Ley, el que, como se ha indicado, contiene la exigencia inexcusable de que las limitaciones del dominio han de constar precisamente en las inscripciones de las fincas sobre que recaigan, para poder surtir efectos contra terceros.”

“CONSIDERANDO: Que si bien es antigua doctrina jurisprudencial que cuando la acción se funde en la nulidad de un acto o contrato, lo primero que debe pedirse es la declaración de nulidad, previo llamamiento de todos los interesados, esta doctrina es inaplicable al caso de autos, dado que, como también tiene proclamada esta Sala, en la sentencia de 11 de junio de 1897, no se infringe aquella doctrina cuando para decidir la cuestión litigiosa no hay necesidad de dictar resolución concreta sobre la validez o nulidad de contratos o actuaciones, supuesto que se da en el presente caso, cual se advierte de la simple lectura de los precedentes considerandos, razón que impide acoger el motivo séptimo, que denuncia la violación, por no aplicación, de lo dispuesto en los artículos 1.091, 1.255, 1.256, 1.258, 1.278 y 1.300 del Código civil, en relación con la doctrina legal al principio aludida, así como el motivo octavo, que acusa la infracción por aplicación indebida de lo prevenido en el artículo quinto, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, acusación que indudablemente se formula sobre la base hipotética de la estimación del motivo anterior.”

“CONSIDERANDO: Que al declararse probado en el apartado c) del cuarto considerando de la sentencia recurrida que el día once de octubre de 1967, fecha en que fue vendido al actor el local número tres, todos los demás pisos pertenecían en propiedad a personas distintas de las que vendieron dicho

local, quienes los habían adquirido, según sus propios títulos, libres de cargas y sin que en ninguno de ellos se hiciese constar la discutida facultad que se reservó el dueño del local aludido, no se afirma ni ello puede deducirse tampoco del texto del mencionado considerando, que los "títulos" a que se refiere sean las escrituras públicas de venta de los pisos, por lo que carece de viabilidad el motivo decimotercero, en el que, a base de algunos de dichos instrumentos públicos, trata de demostrarse que los mismos no se habían otorgado en aquella fecha y que en ellos se prestó conformidad por los adquirentes, si no de modo directo, sí "per relationem", a la reserva de la tan repetida facultad al hoy impugnante, motivo que tiene que perecer igualmente en cuanto además se propone demostrar que la suma de las cuotas de propiedad consignadas en dichas escrituras asciende al veintiuno, treinta y cinco por ciento, y que esta cantidad ha de deducirse de sesenta y tres, cero seis por ciento de las cuotas de los dueños que en la junta que cita votaron en contra de la instalación de la torre de refrigeración, toda vez que no es cierto que la suma de aquellas cuotas asciende al veintiuno, treinta y cinco por ciento, ni en la sentencia recurrida ni en los documentos invocados consta, como sería menester, que todos los adquirentes de los pisos mencionados votaron en contra de la tantas veces repetida instalación; razones por las cuales ha de ser igualmente desestimado el motivo decimocuarto y último, cuyo éxito está basado en la estimación del anterior, a lo que todavía podría agregarse que, en todo caso, la conformidad prestada por esos compradores de ciertos pisos no sería suficiente para purificar al título constitutivo de la propiedad horizontal del vicio opuesto por la parte demandada, puesto que para ello sería preciso que la pretendida ratificación hubiera sido unánime."

"CONSIDERANDO: Que, en virtud de todo lo que hasta aquí ha sido expuesto, resulta innecesario examinar los demás motivos del recurso en cuanto puedan hacer referencia a la desestimación por el Tribunal "a quo" de los tres primeros pedimentos de la demanda, ya que, al rechazarse los otros motivos, subsisten fundamentos bastantes para servir de soporte al fallo desestimatorio de dichos pedimentos, pero si deben tomarse en consideración los motivos noveno y decimosegundo en cuanto impugnan el pronunciamiento del mismo fallo que rechaza el cuarto pedimento de la demanda, relativo a la declaración de nulidad e invalidez del acuerdo de la comunidad de propietarios mediante el que se prohíben en los locales comerciales de la finca la instalación de salas de fiesta, clubs de baile, músicas y similares, motivos que merecen ser acogidos habida cuenta que no conteniendo el título constitutivo de la propiedad horizontal de la casa de autos regla estatutaria alguna sobre el destino que podría darse a los locales comerciales, el acuerdo combatido implica una modificación de aquel título y el establecimiento de una regla de tal clase para cuya validez se requiere la unanimidad, conforme al artículo 16, norma primera, en relación con el artículo quinto, párrafos tercero y cuarto, de la citada Ley de Propiedad Horizontal, con lo que de ningún modo se quiere decir que los ocupantes de esos locales gocen de la más omnímoda libertad para dedicarles a las actividades indicadas u otras que resulten dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, sino que únicamente en estos supuestos quedará restringida esa li-

bertad, en virtud de la prohibición sostenida en el artículo séptimo, párrafo tercero, de la misma Ley, que si resultare efectivamente infringida, podrá dar lugar a la aplicación de lo estatuido en el siguiente artículo 19.”

“CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede declarar haber lugar al recurso, sin hacer especial imposición de costas.”

El problema fundamental de entre los que aborda la sentencia que comentamos es el relativo a los consentimientos precisos para otorgar unos estatutos o reglas de una comunidad en un edificio cuya propiedad está dividida por pisos. Pero además examina otros problemas no menos interesantes, a algunos de los cuales nos vamos a referir:

1.º *Aprovechamiento por un solo copropietario, en exclusiva, de todo o parte de un elemento común.*—El supuesto aparece en la práctica con mucha frecuencia, generalmente en relación con terrazas o patios cuyo uso o disfrute se reconoce con carácter exclusivo a un solo dueño, quedando los demás excluidos de él.

Cuando el total uso o goce de un elemento común se concede a un solo dueño, con carácter permanente o definitivo, parece lógico pensar que, por ese solo hecho, tal elemento deja de ser común para ser privativo del dueño del piso al que se le concede, aunque éste habrá de ejercitar su derecho sobre el mismo con respeto de las limitaciones que se deriven de su propio destino y de las que resulten en su caso de los estatutos y de la ley. La consecuencia más interesante de esta posición es que la Junta de propietarios no podrá acordar en lo sucesivo nada que perjudique o lesione el derecho del propietario sobre tal elemento. Cualquier modificación del status jurídico del mismo precisaría del consentimiento de dicho dueño.

Este derecho no puede ser calificado de servidumbre por las razones que luego exponremos para el caso de aprovechamiento exclusivo de solo una parte de un elemento común, y con más la consideración de que el uso y disfrute se refiere aquí a la totalidad del elemento conforme a su destino económico (1).

El derecho del propietario sobre ese elemento es análogo al que tiene sobre su propio piso, y si a éste se le califica de propiedad, no vemos inconveniente en admitir que esta propiedad se extienda a ese “anejo” constituido por la terraza o patio cuyo aprovechamiento exclusivo le corresponde. Repito que pese a ello el aprovechamiento debe realizarse dentro de los límites impuestos por el destino de ese elemento o que resulten en su caso de los estatutos o de la Ley. Tampoco excluimos que, pese a ese carácter exclusivo, por tanto privativo, del aprovechamiento del elemento, pueda éste ofrecer alguna parte o aspecto que se le deba considerar común, al igual que en un piso, no obstante ser privativo existen ciertas partes o elementos que tienen carácter común (2).

(1) Véase lo que después exponemos acerca de la servidumbre.

(2) Por ejemplo, el muro medianero en la parte que protege o rodea el propio piso, la parte del suelo, del techo o de las paredes que constituyen la armadura del edificio, etc.

Cuando el aprovechamiento concedido en exclusiva a un copropietario se refiere tan solo a una parte de un elemento común, ¿podría pensarse que ese derecho debe ser calificado como de servidumbre? La contestación a esta pregunta exige que hagamos unas consideraciones previas:

a) *Noción del derecho de servidumbre.*—Del examen de los artículos del Código civil, reguladores de este derecho, puede llegarse a la conclusión de que al atribuir a una persona este especial derecho de servidumbre sobre un predio, se le está atribuyendo una utilidad sobre el mismo. No se trata siempre de un verdadero goce sobre el fundo sirviente, que, por definición, no existe en las servidumbres negativas (3). De ahí que la expresión más conveniente para reflejar el contenido de este derecho sea la de "utilidad", expresión amplia que en algunos casos podrá comprender también el goce (en las servidumbres positivas, y muy claramente en las servidumbres de pastos).

Pero no basta con esta nota de atribución de una utilidad sobre el predio sirviente, ni siquiera que sea parte de la utilidad general que el predio proporciona. Porque esta utilidad, total o parcial, se atribuye también en los derechos reales de goce sobre un predio ajeno, tales como el usufructo, uso o habitación. Lo que matiza a la servidumbre es que la utilidad que la misma atribuye es distinta de la que primordialmente proporciona el predio sirviente conforme a su destino económico. Así esta nota concreta nos servirá para distinguir la comunidad de pastos (cuando el terreno se halle destinado a pastos) de la servidumbre de pastos a favor de una comunidad (cuando la utilidad primordial que el terreno proporcione conforme a su destino económico no sean los pastos). También nos servirá para eliminar del ámbito de la servidumbre el supuesto de tránsito por un terreno destinado en su totalidad al paso: no habrá servidumbre (aun prescindiendo del problema de si los bienes de dominio público pueden ser susceptibles de servidumbre) en el caso del tránsito por calles o plazas públicas; no la habrá en la hipótesis de terreno destinado exclusivamente al tránsito de los copropietarios del mismo (4).

La servidumbre supone siempre una relación entre personas. Es absurdo afirmar que exista aquí una relación entre predios. Las consecuencias de esta posición no podrían mantenerse. Pero además, en nuestro Derecho ni siquiera es necesaria la existencia de dos predios (5). Siempre será necesaria la existencia de un predio sirviente, pero la existencia del predio dominante tan solo es precisa en las servidumbres prediales (6), y aun aquí, aparte de la consideración de la utilidad o ventaja que conectada al predio se atribuye al titular activo, su función, la función del predio dominante, es precisamente la de individualizar a este titular, precisamente por su conexión con tal

(3) Cfr. artículo 533 del Código civil. En estas servidumbres negativas la utilidad entendida en sentido amplio estriba precisamente en la prohibición impuesta al dueño del predio sirviente, que se traduce en un beneficio o ventaja para el titular activo de este derecho.

(4) Véase después el problema, distinto, aunque relacionado, acerca de si cabe constituir servidumbre sobre un predio a favor de un condueño de éste.

(5) Cfr. artículo 531 del Código civil.

(6) Cfr. artículo 530 del Código civil.

predio dominante. Es decir, que así como el titular pasivo de la servidumbre se determina siempre "ob rem", el titular activo puede quedar determinado individualmente (en las servidumbres personales), o por su titularidad sobre una finca (en las servidumbres prediales).

Y en fin, la servidumbre grava una cosa ajena, ajena en el sentido de no pertenecer a su titular (7).

Con estas breves y extractadas notas podemos ya reproducir la definición que en otra ocasión (8) formulamos:

La servidumbre es un derecho real en fundo ajeno que faculta a su titular a obtener del predio gravado una concreta utilidad, distinta de la que primordialmente proporciona éste conforme a su destino económico.

b) *Servidumbre constituida a favor de un copropietario del fundo sirviente.*—El error antes denunciado de considerar a la servidumbre como una relación entre predio y no entre personas, ha llevado a muchos autores a considerar como posible una servidumbre sobre una finca "a favor de otra", cuyo dueño sea a la vez copropietario del fundo sirviente.

Ahora bien, digamos de entrada que aunque es lícito admitir que a un copropietario de un predio se le faculte para percibir de éste una concreta utilidad en forma tal que si de un extraño se tratara, se consideraría como servidumbre, en este caso, no obstante, debe mantenerse la relación en el ámbito propio del condominio. Cuando varios condueños pactan que uno de ellos pueda aprovechar de tal manera el fundo común o percibir del mismo una concreta utilidad, no están constituyendo una servidumbre, sino regulando el aprovechamiento o utilización de la cosa común en la esfera propia del condominio.

La imposibilidad de constituir una servidumbre sobre un predio a favor de un copropietario del mismo, deriva de la esencia misma de este derecho: se trata de un derecho real sobre cosa ajena, y en este caso la finca gravada no es ajena, sino propia (aunque limitado su derecho en la medida en que concurren los derechos de los demás condueños). Por otro lado, en el supuesto que contemplamos concurrirán en la misma persona las cualidades de sujeto activo y sujeto pasivo en el momento de su nacimiento (9).

(7) Cfr. artículos 530 y 531 del Código civil.

(8) En mi obra *La servidumbre predial de paso, en el Derecho civil común español*, Murcia, 1963, pág. 12 y sigs., en donde pueden verse con más detalle las notas características de la misma.

(9) No es obstáculo para nuestra posición la subsistencia de la servidumbre en los casos en que habiéndose constituido a favor de un extraño al predio sirviente, el titular activo adquiere después una cuota en la propiedad del mismo predio. La subsistencia de la servidumbre en este caso deriva conceptualmente de la regla misma de la indivisibilidad de la servidumbre. Como dice BIONDI (*Le servitù prediali nel Diritto Romano*, Milán, 1954, pág. 106), así como para la constitución de la servidumbre se exige el consentimiento positivo de todos los condueños, inversamente para la extinción por confusión se precisa que el propietario haya llegado a ser dueño de todo el fundo. Apartándonos de este aspecto dogmático, la explicación práctica puede hallarse en lo siguiente: Al adquirir el titular activo de la servidumbre una cuota en la propiedad del predio sirviente, su disfrute habría de ser desde entonces a título de condominio, mas para ello precisaría del consentimiento de todos los condueños (cfr. arts. 397

En el Derecho romano se resolvió la cuestión en sentido negativo: un condómino no puede tener servidumbre sobre el predio común, porque, como dice PAULO, "nulli enim res sua servit" (10). Precisamente esta regla, hoy admitida en términos generales (11), se formuló entonces a propósito del supuesto que contemplamos de si un condueño del predio sirviente puede o no ejercitar sobre dicho fundo una facultad a título de servidumbre. La contestación, como se ha visto, fue negativa (12).

Y este mismo criterio debe entenderse aplicable a nuestro Derecho vigente por las razones mismas antes expuestas.

En contra de nuestra tesis no cabe acudir al expediente, que por lo demás sería innecesario, de considerar constituida la servidumbre sobre las cuotas de los demás propietarios, porque la servidumbre recae sobre la entera finca gravada (13); en otras palabras, porque la servidumbre es indivisible. Como dice BIONDI (14) con referencia al Derecho romano, así como es inconcebible que una persona sea en parte esclavo y en parte libre, así también es absurdo que un fundo sea en parte sirviente y en parte libre (15).

Pues bien, en el supuesto de la sentencia que examinamos, fácilmente se deduce de nuestra posición que no se trata de una verdadera servidumbre. Al atribuir al dueño del local el uso y aprovechamiento de una parte de la terraza para una finalidad determinada, puede pensarse en principio que se está regulando el aprovechamiento de una parte común con atribuciones

y 398 del Código civil). Si media este consentimiento, habría entonces una extinción de servidumbre y una simultánea regulación del disfrute o utilidad en parte de la cosa común, pero en tanto no mediara este consentimiento podría subsistir la servidumbre en cuanto aprovechara a su titular.

(10) D. 8,2,26. Dice este fragmento 26: «In re communi nemo dominorum, iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest: neque prohibere, quo minus alter faciat: *nulli enim res sua servit*. Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit: Sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat, aut ut id opus, quod fecit, tollat, si modo toti societati prodest opus tolli». (*Corpus...*, ed. de Gothofredo, Lugduni, 1650, tomo, I, pág. 244).

(11) Cfr. artículos 530 y 531 y 546 n.º 1.º del Código civil.

(12) La regla de subsistencia de la servidumbre en caso de que el titular activo adquiera una cuota en la propiedad del fundo sirviente, se recoge en D. 8,1,8,1: «Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterit». (*Corpus...* edición citada de Gothofredo, tomo I, pág. 238.)

(13) Aunque el lugar de ejercicio puede concretarse sobre parte de ella. En Derecho Romano se recoge la prohibición en el fragmento de PAULO transcrito en la nota anterior: «licet ab initio per partes adquiri non poterit».

(14) Op. cit, pág. 161.

(15) Para una mejor comprensión de este ejemplo véase BRUGI, *Storia letteraria del concetto di servitù prediale dai glossatori all'odierna scuola tedesca*, en *Commentario alle Pandette*, de GLÜCK, Libro VIII, traducido y anotado por BRUGI, Milán, 1900, pág. 16 y sigs., más concretamente en pág. 16, en donde hace referencia a la asimilación de la servidumbre con la esclavitud. Así —dice—, mientras en Roma se produjo una asimilación de las servidumbres personales (usufructo, uso, etc.) a las prediales, la sistemática de los glosadores y postglosadores va más allá, y sitúa las prediales a nivel de la esclavitud y de los otros vínculos sobre la persona. En las *leges reg. Hisp. Lib. XXXI*, parte III, in princ., se dirá, por ejemplo, que los edificios tienen servidumbre los unos sobre los otros, y las heredades las unas sobre las otras. como los señores sobre sus siervos...».

específicas a uno de los condóminos que en el caso de comunidad exceden del ámbito del artículo 394 y, por supuesto, del 398 del Código civil, para encajar en el 397, por lo que tal atribución exigiría el consentimiento de todos los partícipes. Es más, si tal aprovechamiento de esa parte de un elemento común se atribuye con exclusividad a uno de los condueños, propiamente lo que se está otorgando es una división de ese elemento común, o mejor dicho, en otros términos, se está excluyendo de la comunidad esa parte de terraza, que en tal parte deja de ser común en cuanto su utilización corresponde exclusivamente a uno de los condueños (16). En todo caso, será necesario el consentimiento de todos los condueños por imperativo de lo dispuesto en los artículos 5.º, párrafos tercero y cuarto; 7.º, párrafos segundo y once, de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, y, en su caso, por el juego de los artículos invocados del Código civil, más concretamente del artículo 397.

El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, no califica, al menos decididamente, como servidumbre el supuesto examinado. En el tercero de sus Considerandos reconoce expresamente que tal facultad “desde el lado activo constituye una parte integrante de las que forman el contenido de su complejo derecho de propiedad”, y desde el lado pasivo “entraña una limitación del contenido normal del dominio que, de no mediar aquélla, correspondería a dichos titulares”. Parece, pues, que en definitiva considera tal facultad como un derecho real limitativo del dominio (17).

Por nuestra parte nos parece mejor calificar ese derecho del dueño de la planta baja como de “anejo” a su local, uno de esos “anejos” a que se refiere el artículo 5.º, párrafo primero, inciso último, de la Ley de Propiedad Horizontal. De no aceptar esta conclusión, cabría entender que se trata de una regulación especial del aprovechamiento de ese elemento común, dentro de las normas de la comunidad, pero que en ningún caso constituye servidumbre.

2.º *En qué forma debe hacerse constar registralmente la facultad concedida al dueño de la planta baja.*—El Tribunal Supremo parece aceptar que la forma de hacer constar las facultades concedidas exclusivamente al dueño de la planta baja es la que tiene su cauce legal en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, de ser así, y puesto que las presuntas limitaciones que entrañan las facultades concedidas, afectan a un elemento común, pero no a los pisos privativos, debería bastar que en la descripción del edificio en su conjunto contenida en la escritura de declaración de obra nueva y configuración del edificio en régimen de propiedad horizontal, se hiciese la oportuna constatación, sin que luego fuese preciso que se contuviese en todas y cada una de las descripciones de los pisos.

Es más, no debería entenderse el precepto con tal rigidez que exigiera su constancia formal acto seguido o dentro de la descripción del edificio en

(16) Véanse los problemas del aprovechamiento «por espacios» de una cosa común en mi obra *Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española*, Murcia, 1966, pág. 33 y sigs.

(17) Pero ¿limitativo también del propio dominio? porque si se entiende que es común esa parte de terraza atribuida a un condueño en aprovechamiento exclusivo, también es propia del titular de este derecho.

su conjunto. La escritura y la inscripción forman un todo y deben cada una de ellas ser interpretadas en su conjunto. Y lo cierto es que en tal escritura, y en tal inscripción de la misma (en ésta directamente o por remisión a las hojas registrales de los diferentes pisos) se contenía expresamente la facultad exclusiva atribuida al dueño de la planta baja.

El supuesto de propiedad horizontal presenta características registrales distintas de los casos *generales que contempla el artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal*, y esas características dimanar de la existencia de una *hoja registral en la que se contiene la descripción del edificio en su conjunto*, y la de los diferentes pisos, bien directamente o por referencia, y las reglas del título y de los Estatutos que configuren el contenido y ejercicio de la propiedad horizontal, todo ello con independencia de la existencia en su caso, y además de las hojas registrales abiertas a cada piso, pero que permitirá dar cumplimiento en algunos casos a la exigencia del artículo 13 de la Ley Hipotecaria con la sola inscripción en la hoja registral del edificio.

Realmente cabe distinguir tres hipótesis:

a) Derecho sobre un piso privativo. Deberá constar en la hoja registral de éste, si la tiene abierta, y en otro caso en la general del edificio.

b) Derecho sobre un elemento común. Deberá constar en la hoja registral del edificio en su conjunto, porque es a éste al que afecta.

c) Anejo correspondiente a un piso privativo. Deberá constar en la descripción de este piso, y por tanto en la hoja registral de éste si la tiene abierta, y en otro caso en la general del edificio.

Parece, pues, que si en el caso contemplado por la sentencia se entendiera que la facultad atribuida constituye una limitación afectante a un elemento común deberíamos seguir el criterio apuntado sub b).

Recuérdese que en la actualidad el piso puede figurar inscrito en hoja especial y separada, pero que esto no es necesario. Y cuando no se halle inscrito en hoja especial y separada, los derechos reales, incluso los que afecten a un piso privativo, se inscribirán en la hoja registral del edificio en su conjunto. Así resulta de los artículos 8, números cuarto y quinto, y 107, undécimo, de la Ley Hipotecaria, después de su reforma por la Ley de Propiedad Horizontal. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de julio de 1966, expresamente admite la constitución de una hipoteca sobre un piso que figura inscrito en la hoja general del edificio, pero no en hoja especial y separada.

Naturalmente que si admitimos que la facultad atribuida constituye un anejo del local, nos hallaríamos en la hipótesis sub c), y en relación con el caso contemplado las dificultades, al menos de orden registral, se desvanecerían.

3.º *Quiénes deben otorgar la facultad de aprovechamiento exclusivo de parte de la terraza.*—Desde el punto de vista sustantivo civil es éste el problema fundamental en el caso debatido. Porque cualquiera que sea la configuración doctrinal de la facultad concedida de entre las antes expuestas, siempre llegaremos a la misma conclusión: la necesidad del consentimiento de todos los propietarios para que pueda ser concedida.

En el supuesto de la sentencia, la escritura de configuración del edificio en

régimen de propiedad horizontal fue otorgada sólo por los entonces titulares registrales, pero no por *todos los dueños* que lo eran ya en esa fecha (porque pese a haberse otorgado las compraventas en documentos privados, los compradores, al menos algunos de ellos, habían tomado posesión de sus respectivos pisos).

El problema es muy interesante en la práctica porque muy frecuentemente, unas veces por el afán de vender más pisos, otras, quizá las más, de buena fe, es lo cierto que a veces en los documentos privados de venta que firman los promotores se silencian las limitaciones que luego aparecen en los Estatutos o de algún modo en la escritura de división de casas por pisos. No es de extrañar que el comprador que adquirió un piso con la participación correspondiente en los elementos comunes, sin limitación alguna pactada, rechace luego las que el promotor pretende imponer por sí solo en una regulación voluntaria de la propiedad horizontal otorgada por la sola voluntad del mismo.

En principio puede aparecer una cierta discordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral. En el Registro aparece como único dueño el promotor, por lo que el Registrador exigirá el consentimiento de éste, y sólo de éste, para que la división por pisos del edificio construido pueda inscribirse. Pero lo cierto es que cuando el titular registral ha vendido y transferido previamente algún piso, desde el punto de vista sustantivo civil, yo no es él el único dueño y deben concurrir al otorgamiento de la referida escritura de división de casas por pisos, o deben prestar su consentimiento en documento separado todos los ya dueños de los diferentes pisos o locales del edificio. A este problema se refiere el sexto Considerando de la sentencia que estudiamos.

Si el titular otorga la escritura de división de casa por pisos por sí solo y al hacerlo se ajusta en todo a lo pactado en los documentos privados o públicos de venta, no habrá problemas, pero si no es así, los propietarios perjudicados podrán o impugnar las reglas que el promotor pretenda unilateralmente imponer, o simplemente desconocerlas, como en el caso de la sentencia.

En caso de impugnación, la nulidad que en este caso se pretenda declarar y habría de conseguirse será parcial por regla general, con referencia tan sólo a la cláusula que se aparta de lo pactado en perjuicio de los compradores.

Y ello porque cabe entender que en los contratos previos de compraventa se encierra normalmente un mandato tácito (18) de los compradores a favor del vendedor o vendedores titulares registrales, para que por éstos se otorgue la correspondiente escritura de división de la casa por pisos, ya que con ésta y su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad se facilitará

(18) Recuérdese que el calificativo de «expreso» a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.713 del Código civil, se contrapone al de «general», es decir, que «expreso» es en dicho artículo equivalente a «especial», pero no debe confundirse esta clasificación que contrapone el mandato general al expreso en sentido de especial, con la otra clasificación que se refiere no al contenido de las facultades concedidas, sino a la manera en que el consentimiento se ha dado; es decir, a la clasificación entre mandato expreso y tácito. A la primera clasificación se refiere el artículo 1.712, y a la segunda el 1.710 (cfr. SS. del Tribunal Supremo entre otras de 13 de junio de 1944 y 7 de julio de 1944). Y ambas clasificaciones son compatibles (cfr. la citada Sentencia de 13 de junio de 1944), de suerte que un mandato expreso en el sentido del artículo 1.713 puede ser tácito en el sentido del artículo 1.710.

su propia documentación o en todo caso la inscripción de su propio piso, con las menores molestias posibles. Si el titular registral se ajusta a este mandato no habrá problemas. Pero si se aparta de él, si se aparta de lo pactado, habrá que entender que en cuanto se haya apartado o excedido de los límites de lo pactado, no vincula a los mandantes compradores (19).

De lo expuesto se deduce la importancia que para los promotores tiene incluir en los documentos privados o públicos de compraventa de pisos que otorguen antes de la escritura de división horizontal, las oportunas cláusulas que contengan las limitaciones o pactos que luego hayan de insertarse en dicha escritura de división que en su caso otorguen por sí solos.

4.º *Fe pública registral y limitaciones impuestas unilateralmente por el promotor.*—En el caso de la sentencia, ¿cabía alegar en favor del dueño del local la protección del principio de la fe pública registral al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria? La sentencia contesta negativamente en el cuarto Considerando por estimar que la aplicación de dicho artículo 34 (y de otros que cita) cuando se suscita contienda ante los Tribunales acerca de la eficacia necesaria definitiva de los derechos inscritos, ha de efectuarse en necesaria concordancia con lo dispuesto en el artículo 13, párrafo 1.º de la Ley Hipotecaria, que exige que las limitaciones del dominio han de constar precisamente en las inscripciones de las fincas sobre que recaigan para que puedan surtir efectos contra terceros.

Sin embargo, esta fundamentación legal es más que dudosa para el presente caso si se aceptan las argumentaciones que sostenemos y que hemos expuesto en el apartado 2.º del estudio de esta sentencia.

Podría, no obstante, llegarse a la misma conclusión:

Si al otorgarse la escritura pública de compraventa del local de la planta baja no estaba inscrita la escritura de división de casas por pisos, ya que entrando en juego el artículo 1.462 del Código civil la adquisición se habrá producido seguramente con el otorgamiento de la misma escritura de compraventa, y es a este momento al que hay que referir la regla del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que exige como requisito para su aplicación que el tercero adquiera de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo (20).

Si el comprador de dicho local no hubiese inscrito su derecho, porque esta inscripción es exigida en el citado artículo 34 como requisito para la protección de la fe pública registral.

Si el comprador hubiese tenido conocimiento de que otras personas habían comprado y adquirido pisos o locales en el edificio con anterioridad a la fecha de la escritura de división de casas por pisos, porque en este caso carecería de buena fe, requisito indispensable para gozar de los beneficios del referido artículo 34.

En suma, no cabe invocar la fe pública registral, obvio es decirlo, cuando falten algunos de los requisitos legales exigidos para que la misma despliegue

(19) Cfr. artículos 1.714 y 1.727, párrafo 2.º.

(20) En contra MOLINA RAVELLO (*Comprensión de la fe pública registral*, en *Rev. Crít. de Dch. Inmob.* 1948, pág. 772, y SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, pág. 382.

su eficacia. Pero concurriendo todos los requisitos, no vemos otra alternativa que la de aplicar dicho artículo 34 con todas sus consecuencias.

5.º *Instalación de salas de fiestas, clubs de baile y similares en un local de un edificio en régimen de propiedad horizontal.*—De no prohibirse en el título constitutivo de la propiedad horizontal, y este es el caso contemplado, no cabe luego acordar su prohibición si no es con los requisitos propios de la modificación de aquel título, requisitos que no concurren aquí, y así lo reconoce el Tribunal Supremo en el penúltimo de los Considerandos de la sentencia que estudiamos.

Y no es que haya de ser necesaria una expresa prohibición. Bastaría que se dedujera del destino que conforme al título constitutivo de la propiedad horizontal (o estatutos) habrían de tener los distintos pisos o locales. Así, un piso destinado a vivienda no podría dedicarse a sala de fiestas, ni un local destinado a una clase específica de actividad comercial distinta a la de sala de fiestas podría dedicarse luego a esta actividad, sin los requisitos propios de la modificación del título.

Por otro lado, el Tribunal Supremo viene a reconocer implícitamente en el citado Considerando que no puede afirmarse que la sala de fiestas o el club de baile sea intrínsecamente inmoral, dañoso o peligroso, aunque muy bien se cuida de advertir que si, efectivamente, las actividades que luego en la práctica se desarrollaran en dicha sala de fiestas o club de baile fueran inmorales, dañosas o peligrosas, quedaría restringida la libertad que en otro caso tendría el propietario, de conformidad con la regla del artículo 7.º, párrafo 3.º de la Ley de propiedad horizontal, con posible aplicación de lo estatuido en el artículo 19 de dicha Ley.

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ