

La propiedad horizontal y la jurisprudencia civil del Supremo

NICOLAS PEREZ SERRANO
Catedrático

SUMARIO: 1) Tesis.—2) Humilde confesión.—3) Postulados orientadores.—4) Breve síntesis de fallos recaídos.—5) El supuesto de hecho.—6) Las sentencias de instancia.—7) La Sentencia del Supremo: a), indicación preliminar; b), el Considerando 1.º; c), el Considerando 2.º; ch), el Considerando 3.º; d), el Considerando 4.º; e), el Considerando 6.º—8) Consecuencias que pueden temerse.—9) La unificación de interpretaciones legales.

1) Tesis.

1. La jurisprudencia civil del Tribunal Supremo en materia de propiedad horizontal ha sido siempre algo fluctuante, y acaso no muy favorable para el desarrollo de esa institución.

2. Ultimamente (Sentencia 26 noviembre 1956) se advierte un criterio sumamente peligroso, tan peligroso que, de prosperar, retraería a todos de adquirir un piso, pues las injerencias abusivas de los demás «condueños» (?) harían desaparecer el carácter de auténtica propiedad privativa.

3. Por ello conviene, lealmente, con toda devoción y respeto, pero con claridad absoluta, poner de relieve el error de la construcción jurídica así iniciada, e impedir en lo posible que el grave daño se consume mediante la formación de una verdadera «doctrina legal» en tal sentido.

4. El examen objetivo y la discusión serena de los fallos dictados por el Tribunal Supremo representa, por lo demás, función inexcusable, que los juristas españoles venimos descuidando, y que, sin embargo, resulta mucho más útil que el empalagoso elogio insincero a que estamos habituados con daño para todos.

2) Humilde confesión.

Bien sabemos que contra un fallo del Tribunal Supremo no cabe recurso alguno. Tampoco ignoramos que resulta *falto de elegantia iuris* cualquier intento malhumorado de combatir una

sentencia que nos fué adversa. Pero, una vez consignados de antemano esos escrúpulos, séanos permitido razonar el fundamento de nuestra actitud. Que tiene en su abono un hecho notorio: el de haber rehuído casi siempre estas discusiones *a posteriori*, en las que normalmente hay mucha pasión y escasa doctrina. Aun habiendo sufrido no pocos reveses en la vida forense, tan sólo en una ocasión hubimos de reaccionar contra el fallo recaído (1). No se trata, pues, de ofuscación irritada, sino de noble convencimiento; y es más, pudiera alegarse que en estos casos existe, no sólo el derecho, sino la obligación, de airear el caso, para evitar los males que pudieran derivarse de un silencio resignado y conformista (más cómodo y prudente, desde luego), y para intentar remedio al daño causado; o al menos impedir su reiteración. Porque aun contra las sentencias de los Tribunales Supremos cabe una semi-apelación, ya que el pronunciamiento definitivo corresponde a la colectividad, y especialmente a los hombres de Derecho, que imparcialmente juzgan sobre la justicia intrínseca de la decisión y respecto a la solidez jurídica de la construcción expuesta por la Sala respectiva.

Sostuvo el malogrado Becuña (2) que en la Roma antigua y en la Francia contemporánea realizaron espléndida obra de progreso jurídico el *prudens*, por una parte, y el *arrétiste* por otra, ya que discurrían sobre el caso sin prejuicios y con autoridad personal, y estimulaban así el avance, o censuraban correctamente los desaciertos. Pues bien, «en interés de la Ley», y para que los doctos enjuicien con esas dotes obligadas, se formulan estas reflexiones. Que, además, van animadas de un ulterior propósito, a saber, impedir que se repita la resolución y que llegue así a formarse lo que llamamos «doctrina legal», pues honradamente estimamos que sería muy perturbadora para la institución de que se trata.

3) *Postulados orientadores.*

A los efectos útiles, y sin propósito de investigación que estaría fuera de lugar, interesa partir de los supuestos siguientes, que nos parecen notorios en nuestro Derecho:

1.º La propiedad horizontal constituye fenómeno moderno, aunque tenga remotos precedentes, y representa uno de los medios, que jurídicamente pueden emplearse para paliar, ya que no resolver, el problema pavoroso del alojamiento en los núcleos urbanos.

2.º Conviene, pues, fomentarla como solución satisfactoria.

(1) *Vide* en este ANUARIO, julio-septiembre, 1948, pág. 849 ss. mi trabajo *La fijación de la renta en dinero y la nulidad de los arrendamientos rústicos.*

(2) *Magistratura y Justicia.* Victoriano Suárez. Madrid, 1928. *passim.*

suprimiendo todo lo que pueda significar obstáculo para su nacimiento o dificultad para su ejercicio.

3.º La fórmula viable a tal efecto radica en subrayar al máximo el concepto y valor de lo privativo, y en reducir al mínimo los factores de tipo comunidad, pues de lo contrario nadie se sentirá tentado a entrar en un régimen donde todos van a mandar en su cosa.

4.º La reforma llevada a cabo en 26 de octubre de 1939, que otorga la primacía a los elementos privativos individualizantes, se frustrará por completo si los Tribunales continúan estimando que el centro de gravedad de institución tan compleja sigue estando en los elementos comunes (fracción residual que así, anómalamente, vuelve a subir a primer plano).

5.º Urge una fijación de criterio jurisprudencial definitivo, pues hasta ahora no hemos pasado de un cierto movimiento pendular en la materia.

4) Breve síntesis de fallos recaídos.

La jurisprudencia sobre propiedad horizontal no es abundante, pero sí contradictoria. Se explica lo primero, según Batlle (3), cuya especialización desde antaño le da gran autoridad siempre, «porque los propietarios de pisos son corrientemente personas ordenadas, con capitales reducidos, fruto del ahorro, y poco amigos del litigio e inclinados por esto a la transacción...». Se comprenderá lo segundo en cuanto hagamos un resumen de los principales fallos dictados y subrayemos cómo sigue el Tribunal Supremo fluctuando entre «lo privativo» y «lo común», sin pronunciarse en definitiva y resueltamente por una u otra solución.

Toda una primera etapa (antes de la reforma de 1939, naturalmente) se inclinó decididamente en el sentido de otorgar primacía a la Comunidad, agravándose así, según el mismo Batlle (4) la insuficiencia originaria del art. 396 con «interpretaciones jurisprudenciales no muy felices». En efecto, viendo en la propiedad horizontal una forma del *condominium iuris romani*, el Tribunal Supremo vino admitiendo en esos supuestos el retracto de comuneros con arreglo al artículo 1.522 del Código; en tal dirección se manifiestan, *ad ex.*, los fallos de 17 de abril de 1896 y 8 de enero de 1912. Y lo que es más: aceptó, asimismo, la aplicación de la *actio pro communi dividundo* en las sentencias de 18 de marzo de 1897 y 9 de noviembre de 1931 (con cierto remortimiento en esta última). Con razón apunta el citado Batlle (5) que la tendencia era francamente equivocada y que resultaba funesta en sus consecuencias.

(3) *La propiedad de casas por pisos*. 3.ª ed., Alcoy, 1956, pág. 25.

(4) *Ob. cit.*, pág. 37.

(5) *Ob. cit.*, págs. 57 y 59.

Pero es que después de llevada a cabo la reforma de 1939, y cuando parecía que ya se apuntaba un nuevo rumbo, los titubeos no desaparecen, e incluso la última sentencia importante dictada (la que motiva estos comentarios) abre insospechadamente una vía nueva y que reputamos altamente perturbadora. Por lo pronto, ya con fecha 6 de abril de 1946, vuelve a hablarse de que a las dos formas de condominio reguladas en el Código (arts. 392 y 396) es aplicable el derecho de retracto establecido en el artículo 1.522, y se añade que la modificación introducida por la Ley de 1939 «no sólo no obliga a la rectificación de tal doctrina, sino que ofrece nuevos argumentos para mantenerla», pues el derecho de tanteo ahora otorgado «viene a reconocer en cierta medida el carácter de comuneros que (los condueños) ostentan...».

En sentido diametralmente opuesto, la notable Sentencia de 9 de julio de 1951, justamente elogiada por el Profesor Bonet (6), se preocupa de buscar en la institución «los caracteres preponderantes o más importantes o esenciales», y los encuentra en la propiedad privativa de los pisos, siendo cosa accesoria lo relativo a elementos comunes que por constituir simple medio para el fin esencial de que las viviendas se disfruten, «no pueden privar a la propiedad de éstas, de su carácter de singular, individual y divisible»; por ello, los titulares actúan como dueños singulares, y no como condóminos, pueden ejercitar por sí (y no en nombre de la comunidad) acciones referentes a la cosa común, y si bien tienen ciertas limitaciones no nacen ellas de un estado de comunidad, sino «del respeto al derecho propio de todo vecino impuesto por la convivencia»...

En torno al tema de qué retracto es preferente, si el de arrendatario o el de condueño, ha habido diversos fallos que, al preferir el derecho de aquél, han sentado opinión contraria a la idea de comunidad. Así, verbigracia, las siguientes sentencias: a), la de 7 de julio de 1955, donde se sostiene que sobre la casa entera no hay comunidad, pues la hay sólo en cuanto a ciertos elementos anejos y accesorios, por lo que el dueño de un piso no tiene el carácter de comunero ni derecho al retracto del artículo 1.522; b), la de 12 de marzo de 1956, en la que se afirma que a partir de la reforma de 1939 pierde el carácter de condominio la propiedad de casas por pisos, y se reconoce a los dueños de éstos un derecho singular y exclusivo de propiedad; c), la dictada en 14 del mismo mes y año, que tiene análogo sentido, aunque allí el «condueño» era tan sólo nudo propietario; d), la proferida en 23 de abril de 1956, ciertamente espléndida y finísima de razonamiento, donde se demuestra que el tanteo otorgado por la Ley de 1939 no se basa en el condominio, «que no reconoce la Ley, sino en una concesión nueva, por primera vez instaurada, y con notas especiales» (que enumera a continuación), y e), la de 27 de octu-

bre de 1956, que, asimismo, restringe al *mínimum* el ámbito de la comunidad y niega el carácter de condueño al que no lo fuera del piso discutido.

Pero..., coronando toda esta obra, paciente y acertadamente construida, viene la sentencia de 26 de noviembre de 1956, y la comunidad revive esplendorosa, los propietarios de pisos quedan mediatizados por unos *intra ad rem* de los demás titulares, y el derecho de tanteo cobra rango de síntoma definidor, con grave quebranto de la institución y con nueva desorientación para los que intentar captar la esencia de su contenido. Ahora se comprenderá nuestra afirmación de que la jurisprudencia era contradictoria.

5) El supuesto de hecho.

El supuesto de hecho es el siguiente: una empresa constructora edifica una casa para ser vendida por pisos; un médico (el doctor X), que es padre de familia numerosa, adquiere de dicha entidad las dos plantas bajas, derecha e izquierda; en la escritura pública que se otorga (17 mayo 1945) hace constar que compra esos pisos para vivienda y para *despacho-consulta* de Radiología; se instala y atiende como médico a diversos propietarios de otros pisos y a sus deudos, pero desde un principio y por su comodidad, pone interiormente en comunicación las dos plantas, para no tener que salir por el portal a esos efectos; surgen después discrepancias con otros dueños de pisos a causa de una alfombra para la escalera (que él no ha de utilizar), y con motivo de las derramas de calefacción, en que le computan (como luego se prueba) mayor número de elementos que los que realmente tiene; surge la inevitable tensión, y aun cuando los «condueños» han transigido con que en uno de los pisos haya oficinas, y no vivienda, y han permitido que otro titular de dos pisos ampute uno para ensanchar otro, quedándose con éste, y vendiendo aquél, no perdonan al doctor X la transgresión que ha cometido, y en su virtud lo demandan en 16 de julio de 1949, amparándose en el artículo 4.º de los Estatutos (protocolizados en 25 de mayo de 1945, pero que el comprador dijo conocer) y que reputan infringido. Dicho artículo reza así: «Los pisos habrán de dedicarse exclusivamente a vivienda del condueño y de sus familiares, donde tan sólo podrá ejercerse la profesión de los mismos, prohibiéndose absoluta y terminantemente cualquier otra actividad cultural, benéfica, industrial, comercial o mercantil de cualquier clase que fuere...» (7).

(7) Conviene completar información transcribiendo otros preceptos de los Estatutos que son dignos de tenerse en cuenta. Así, por ejemplo, el artículo 2.º con arreglo al cual al propietario de cada habitación le corresponde la propiedad exclusiva de las obras interiores de las habitaciones..., las puertas, ventanas, tabiques, etc. Así también el 3.º, a cuyo tenor todo propietario podrá

La acusación consiste en sostener que el doctor X dedica la planta baja derecha exclusivamente a clínica-consulta, y la planta izquierda a vivienda. La súplica de la demanda solicita esta declaración: «que el doctor X tenía prohibido instalar en ninguno de dichos pisos una consulta y mucho menos una clínica, así como dedicar exclusiva o principalmente al ejercicio de su profesión cualquiera de dichos pisos; por ello, y al haber infringido tales prohibiciones, estaba obligado a poner término inmediatamente a la situación de hecho por él creada y que era contraria a los Estatutos y a los acuerdos sociales.»

Pero las vacilaciones de la parte actora quedan de relieve transcribiendo los términos de la conciliación y de la réplica.

En aquélla se solicita que el demandado se avenga a reconocer que no puede destinar ninguno de los pisos de su propiedad... al ejercicio exclusivo de su profesión, y que, como tiene dedicada la casi totalidad del bajo derecha, salvo alguna que otra habitación de servicio, a Clínica profesional suya, y puesto que allí no vive él ni ninguno de sus familiares..., debe poner término a dicha situación de hecho.

La réplica postula estas declaraciones: que tiene prohibido instalar exclusivamente en ninguno de los dos pisos su Consulta o Despacho-consulta... y que la situación de hecho creada es contraria al artículo 4.º de los Estatutos de la Comunidad y a los acuerdos de la Junta de propietarios...

En el fondo, se va siempre contra el hecho de haber comunicado los dos pisos, pero... no se ataca eso directamente, acaso porque en lo arquitectónico, en lo civil y en lo hipotecario la conducta del dueño era irreprochable.

6) *Las sentencias de instancia.*

El fallo de la primera instancia, aplicando el artículo 348 en consonancia con el 392 y el 396 del Código civil, y después de apreciar la prueba practicada, muy especialmente la de reconocimiento judicial, llevada a cabo con detenidísimo celo, entendió que el demandado ejercía en ambos pisos su profesión de médico radiólogo, no dedicando a ella la integridad exclusiva de uno de ellos, ni infringiendo por tanto los Estatutos. En su virtud, absolvió de la demanda, y por estimar que en la conducta de la parte actora había temeridad notoria y cierto sentido antisocial, en cuanto que «repele el ajeno dolor como intolerable molestia», le impuso todas las costas del procedimiento.

La Territorial revocó totalmente el fallo del inferior y estimó la demanda, aunque sin imposición de costas en ninguna instancia.

hacer a su costa, y dentro de su piso, las obras y modificaciones que le plazcan, siempre que no afecten a lo que sea común o exterior, ni dañen la propiedad de otro convecino.

Fundóse para ello en el precepto estatutario sobre destino y en la dualidad de pisos (de votos en Junta, puertas de entrada, etc.); además, entendió que *la configuración inicial o la distribución de pisos en cada planta resulta consubstancial a la Comunidad*; y como en la diligencia de reconocimiento se aprecia que el piso izquierdo está dedicado a vivienda y el de la derecha a ejercicio profesional, pues aun cuando en éste existen «un cuarto interior con dos camas y un vasar de madera conteniendo documentación y material médico... y una alcoba dotada de dos camas con ventana al patio interior», ello parece más bien una dependencia auxiliar, sin condición de dormitorio, *por faltarle el armario-ropero* que acompaña a los cuartos de esta clase descritos en el piso izquierdo. Llega a la conclusión apuntada de la diferencia de destino (8). Por ello, con invocación del artículo 397 del Código, entiende que no cabe hacer alteraciones en la cosa común, y como quiera que *«cosa común es la configuración del inmueble dividido por pisos»*, y el Dr. X ha unido interiormente sus dos pisos, etc., ha habido infracción y debe prosperar la pretensión de la parte actora.

Entablado recurso de casación por infracción de Ley, la Sala primera del Tribunal Supremo lo desestima en Sentencia de 26 de noviembre de 1956, fundándose en los razonamientos, amplios y llenos de buen propósito, pero equivocados, a nuestro juicio, que pasamos seguidamente a examinar.

7) La sentencia del Supremo: a) indicación preliminar.

La Sentencia de 26 de noviembre de 1956 propende, sin dudar lo y desde un principio, a subrayar lo que le parece típico y característico en esta moderna institución. Y por desgracia, coloca el centro de gravedad en lo que ha pasado a ser secundario, lo cual revela ya el error en la visión del caso. Así, el Considerando primero se inicia casi hablando de «una nueva figura de *propiedad colectiva*» y termina aludiendo a la cualidad característica de «esta *propiedad en común*». El Considerando segundo, de entrada, estampa la expresión de *copropiedad especial*, y para concluir vuelve a referirse a *esta peculiar especie de la propiedad colectiva*. El tercero, reproduce en cierto modo los términos del segundo, pues también hace sujeto de su primera oración esa *copropiedad colectiva*, y pone en su final un concepto más que equivoco y peligroso, pero en el fondo algo coincidente, ya que admite la existencia de *«entidad colectiva propietaria de tales inmuebles»*.

Pero conviene insistir, sobre todo, en el error de enfoque padecido por la Sala primera. Si para ir desde Madrid a Melilla empezamos por tomar la carretera de Francia, no llegaremos nunca a buen puerto: hemos errado desde el principio la ruta. Pero,

(8) Es de notar que obraba en autos la cédula de habitabilidad para cuatro personas en lo que respecta al piso bajo derecha.

además, si adoptamos como medio de locomoción el coche de mulas, nos será imposible salvar el pequeño obstáculo que supone la existencia del Mar Mediterráneo entre España y África. Pues bien, tememos mucho que en nuestro caso se ha equivocado el camino y se ha querido utilizar un medio de locomoción poco adecuado.

En efecto, el norte orientador lo encuentra la Sentencia en el derecho de tanteo, y no tiene en cuenta que éste constituye una secuela, una anomalía, un caso de inconsecuencia, lo que se quiera; todo... menos un rasgo esencial, un síntoma patognomónico para feliz diagnóstico.

En primer lugar, conviene no olvidar que la reforma de 1939 se inspiró precisamente, aunque en este punto del tanteo resbalara, en la idea de subrayar lo privativo y posponer lo colectivo o común. Más aún, en buena parte lo que quiso fué corregir los excesos a que había llegado la jurisprudencia patria que, acentuando la nota de lo común, admitía retractos improcedentes y perturbadores.

En otro aspecto, si se estudia el Derecho comparado, se advertirá que sólo nuestro Código civil y la legislación de Puerto Rico que en él se inspira, han aceptado ese injerto poco afortunado de los derechos de tanteo y subsiguiente retracto (9), pues en la mayoría de los países se ha estimado con razón que tales derechos desvirtúan la entraña de la institución porque vuelven a centrar como núcleo de condensación el de los elementos comunes, que hoy son lo residual (y así, por ejemplo, la Ley portuguesa de octubre de 1955 los rechaza expresamente, diciendo en su artículo 11 que «en caso de enajenación de las fracciones, los demás propietarios no gozan de preferencia alguna fundada en la copropiedad sobre las partes comunes del predio».)

Por otra parte, se ignora que la práctica española coincide en este punto con el Derecho comparado, pues en casi todos los Estatutos de Comunidad pactados para casas por pisos se elimina y

(9) El trabajo más reciente que acerca de la materia conocemos es la notable tesis doctoral aprobada *cum laude* a don William H. Preson Giusti en la Universidad de Madrid, y que versa sobre *Los derechos de tanteo y retracto en la propiedad horizontal*. El autor, que es portorriqueño, y que gentilmente defiende criterios españoles frente a la invasión de su Derecho por las instituciones norteamericanas, sostiene que su país y el nuestro son los únicos que consagran el tanteo y el retracto en esta esfera, por haberse copiado en Puerto Rico, casi literalmente, nuestra reforma del 26 de octubre de 1939. A ello agrega: «el único cambio que sufre el artículo (el 330 de aquel Código civil, correlativo de nuestro 396)..., fué motivado por prestarle atención a una sentencia del Tribunal Supremo de España que desgraciadamente en el punto en cuestión sostenía un criterio erróneo (pág. 6).

Por lo demás, el autor defiende la conveniencia del tanteo, y a ello dedica argumentación muy razonada, pero añade lo siguiente: «La mayoría de los autores que se han ocupado de esta materia consideran que ha sido un marcado

suprime ese derecho de tanteo y de retracto, o se establece la renuncia de los dueños de pisos a su ejercicio en el futuro (10).

Pero lo fundamental es que no se tiene en cuenta que hoy el retracto es institución de la que se usa, y aun se abusa, y que, sin embargo, a nadie se le ha ocurrido la inadvertencia técnica de decir que, a su virtud, los respectivos titulares de ese derecho potestativo poseen un *ius ad rem* sobre la cosa que merced a su ejercicio pueden adquirir. Un arrendatario rústico o urbano, un colindante, un pariente, etc., etc., pueden tener derecho de retracto arrendaticio, de asurcanos, gentilicio, etc., etc., pero se incurriría en evidente yerro jurídico si sobre tan frágil base se edificara (para todos los posibles y acaso discrepantes retrayentes) nada menos que un *ius ad rem* que gravitara sobre el inmueble respectivo.

El retracto en nuestro Derecho, y está harto de decirlo el propio Tribunal Supremo, no pasa de ser un derecho de subrogación, que permite al titular autorizado colocarse en el lugar que ocupaba un adquirente de rango inferior o menos privilegiado (11). Y ello... cuando el anterior propietario se decide a enajenar, porque antes de eso no hay *ius ad rem*, ni nada, sino a lo sumo una expectativa, un ansia, un deseo, nunca un auténtico derecho que merezca este nombre. Y en el caso más cercano y similar, en el de un retracto de comuneros, el condómino que retrae no tenía con anterioridad *ius ad rem* sobre las cuotas de los demás condueños.

En el Considerando cuarto no se rehuyen locuciones como la de *cosa poseída en común* o la de *comuneros*. Y en el sexto, se vuelve a centrar la atención en «la Comunidad» (entendida ésta, por cierto, con una amplitud desorbitada e improcedente, como veremos). Fácil es, pues, inferir que hubo *ab initio* una ofuscación, un... daltonismo jurídico, una visión ingenuamente deformada de la realidad auténtica.

No es esto lo grave, sin embargo. Lo que importa es analizar la estructura en Derecho de esa nueva modalidad en materia de propiedad urbana edificada, y apreciar si la constfucción adolece, según ocurre a nuestro entender, de algún error fundamental y rico en posibles consecuencias desdichadas. Analicemos para ello la argumentación.

b) El Considerando primero.

El Considerando primero explica razonablemente la innova-

cesatilo legislativo la creación de estos derechos en la propiedad horizontal» (pág. 96).

(10) Por cierto que esto plantea dos problemas, a saber: 1.º ¿Cabe renunciar a lo que es de esencia en la institución, como el precio en la compraventa o la renta en el arrendamiento? Y 2.º ¿Qué haremos cuando nos falte ese punto seguro de orientación? Es decir, no habiendo tanteo, ¿a qué acudirémos en nuestra aflicción?

(11) En opinión de GRUÑI (tesis citada) los tanteos y retractos legales son «derechos subjetivos secundarios, con titular mediatamente determinado, de pre-

ción aportada por la reforma hecha en 1933: 1) dividiendo lo edificado en pisos..., surge un derecho de propiedad o dominio singular, exclusivo y concreto sobre esos locales; 2) y al mismo tiempo hay, un «derecho también de dominio, en común con los demás propietarios de partes concretas, sobre aquellos elementos del inmueble necesarios para su existencia como tal edificio habitable...»; 3) esto último determina la participación ideal mediante cuotas iguales o proporcionadas a la parte centesimal que presente en el inmueble la porción poseída en propiedad singular; 4) y es cualidad característica de esta propiedad en común la de ser indivisible materialmente, y la de ir esa cuota ideal, «como accesoria, unida de manera tan adhesiva a la porción de propiedad a que afecta, que no puede ser enajenada ni gravada, de cualquier modo que sea, sin que se enajene y grave conjuntamente la aludida propiedad singular y privativa a que corresponde».

Conformes en cuanto a la esencia y propósitos de la modificación hecha en 1939; y puesto que la Sentencia aspira a una perfecta pulcritud de notas diferenciales, formulemos algunas reservas: 1) y 2), lo que se divide no es sólo lo edificado; y los elementos comunes comprenden algo más que lo necesario para que el inmueble exista como edificio habitable; sin división en pisos no hay, desde luego, verdadera «propiedad horizontal», pero se dividen también, o pueden dividirse, espacios libres que no son propiamente «piso»; y en el inmueble entran, aun no siendo indispensables para que haya edificio, otros elementos, como terrazas, piscina, jardín, garajes, etc. 3) las cuotas ideales en elementos comunes no necesitan manifestarse en forma centesimal, e incluso es frecuente, cuando no se trata de rascacielos, que se expresen diciendo «una quinta», «una octava» parte, etc.; y 4) en buena lógica, no es que al vender la cuota en elementos comunes haya de venderse la propiedad privativa del piso, sino todo lo contrario: que al venderse éste, se ha de vender aquélla; porque lo accesorio sigue a lo principal, y no a la inversa. Todo ello (aparte de expresiones dudosas, como «porción poseída en propiedad) revela una cierta confusión, pues seguimos entendiendo, después de 1939, que el papel de protagonista corresponde a los elementos comunes.

c) *El Considerando segundo.*

El Considerando segundo contiene el alcaloide vital de la doctrina. Que consiste en esto: en distinguir unos *iura in re* y unos *iura ad rem*. El dueño exclusivo de un piso tiene un derecho real sobre él; pero, además, tiene unos derechos personales *ad rem* sobre los demás pisos y sus respectivas cuotas accesorias. Y todo ello se funda en la existencia de aquella facultad de tanteo que la

ferente adquisición onerosa, que se hacen valer mediante la subrogación de su titular en los derechos de que adquiriese con menor derecho, pagando el precio y cumpliendo las demás condiciones del contrato de compraventa».

Ley establece para los casos de enajenación de un piso, pues así surge una preferencia sobre los extraños. Además, el derecho de propiedad de cada piso no es absoluto en modo alguno, ya que pesan sobre él restricciones legales (civiles o administrativas), y también la prohibición contenida en el último párrafo del artículo 396, no sólo para incolumidad del inmueble, sino para conservar la cualidad con que se hizo la adquisición, en contemplación a la mutua y sosegada convivencia.

Son tan extraordinariamente graves estas afirmaciones que por fuerza hemos de detenernos en su comentario, con tanta mayor razón cuanto que el argumento Aquiles, el relativo al tanteo, y su corolario jurídico, el *ius ad rem*, se reiteran en Considerando posterior y vienen a constituir algo así como la justificación teórica, doctrinal, de la valiente tesis sugerida, tan nociva, a la larga, para la institución de la propiedad horizontal (12).

En la decadencia progresiva del viejo dominio quirritario van aumentando de día en día las restricciones legales al propietario, y nuestro Ordenamiento jurídico, tradicional y vigente, no se mostró remiso en el concepto. Lógico es, por tanto, que esa orientación trascienda a los pisos adquiridos en propiedad horizontal; pero no conviene agravar más la situación, dando a entender que, por ser «horizontal» esa propiedad, deben aumentar las restricciones legales para su ejercicio.

El párrafo último del artículo 396 se limita a expresar que ningún propietario podrá variar esencialmente el destino o la estructura de su piso sin previo acuerdo de la mayoría de los interesados. Como se ve, lo que exige es un acuerdo mayoritario de dueños (de pisos, etc.), aunque la expresión «interesados» sea algo imprecisa. Ahora bien, siendo esto un caso de excepción al poder dominical y dispositivo que cada propietario tiene en lo que es suyo privativo, ha de entenderse que cuando no exista variación *esencial* que afecte a *destino* o *estructura*, el respectivo titular no necesita contar con ajeno consentimiento. Comunicar dos pisos contiguos no altera en absoluto la estructura. Y en cuanto al destino, lo razonable y lógico es pensar en la adscripción a finalidad distinta de la inicial y autorizada (montar tienda en lo que era hogar, dedicar a vivienda lo que se construyó para oficina, instalar una academia en lo que era morada).

Si, pues, el tanteo no constituye rasgo esencial, ni frecuente, ni recomendable, el escogerlo para establecer la dogmática de la propiedad horizontal viene a ser tan peregrino como lo sería definir al hombre diciendo que es “un animal que usa gafas”.

Y vale la pena recordar que los *ius ad rem*, que la sentencia califica de “derecho personal”, constituyeron un *tertium genus*.

(12) Por cierto que estos *ius ad rem* hacen su aparición por vez primera en la sentencia, pues hasta aquel momento nadie había pensado en ellos. Ciertamente que *ius novit curia*, pero no es menos cierto que en casación deben evitarse las cuestiones nuevas, porque no parecen propias del recurso extraordinario.

algo singular y situado entre los puros derechos de obligación y los auténticos derechos reales; pero que el intento de acimatación, pese al esfuerzo sutilísimo de hipotecarista tan experto como Atard, tropezó con una repulsa poco menos que general entre nosotros, pues Valverde, Castán y la mayoría de los autores repudiaron el propósito, limitando si acaso las posibilidades de aplicación (en Foncillas, v. gr.) a hipótesis como la del tercero cómplice, y a casos como el del artículo 1473 del Código civil. Es más, al discutirse la naturaleza jurídica de tanteos y retractos legales, se llegó incluso (con inspiración germánica) a admitir unos «derechos reales de adquisición» (Pérez González y Alguer, Roca Sastre, etc.): mas nunca se acudió a la borrosa figura de los *ius ad rem* (*Rechte zur Sache*) para explicarnos la entraña íntima de la institución. En conclusión, pues, galvanizar el cadáver del *ius ad rem* para interpretar la propiedad horizontal, porque en ella previve un anómalo tanteo, representa a nuestro juicio equivocación poco feliz-(13).

ch) *El Considerando Tercero.*

El Considerando tercero afirma: que en la propiedad horizontal hay un conjunto de varios derechos y también varias recíprocas prestaciones que vinculan a todos los partícipes; que por ello existe lo que algún autor ha llamado «Comunidad de derechos»; que para su regulación no bastan las normas del Libro 3.º del título 2.º del Código civil; que se está, pues, en el caso de excepción previsto por el artículo 392, párrafo 2.º; y que habrá que pactar unos Estatutos para regir la administración y actividad total de la *entidad colectiva propietaria* de tales inmuebles, de tan diversos modos poseídos.

Hay tantas cuestiones en este Considerando, y algunas resoltan de tal manera sorprendentes, que será forzoso desmenuzar pacientemente ese abigarrado contenido. Parece cierto, indudablemente, que en toda propiedad horizontal, aun en la más humilde y sencilla, se dan complejidades que no existen en el caso de propietario individual de un hotelito; y resulta evidente asimismo que todos los partícipes están vinculados por las reglas a que se halla

(13) A fin de formar idea de la opinión que en nuestra Patria merecen los *ius ad rem*, consultemos a CASTÁN (*Derecho civil para Notarías*. Reus, Madrid, 1943, t. I, pág. 17)...: «En realidad la figura de que se trata es difícilmente incorporable al derecho patrio.» Y en términos similares se produce el *Diccionario de Derecho privado*, t. II, pág. 2048.

Los estudios de FONCILLAS, tan meritorios, concretan el tema mucho más de lo que su título expresa, pues abordan *El ius ad rem en el Derecho civil moderno*, pero se desenvuelven fundamentalmente en la órbita que el texto apunta (Cfr. *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 100 ss.).

Respecto a los derechos reales de adquisición, vide las indicaciones que formula ESPIN CANOVAS, en su *Manual de Derecho civil español*, vol. II, t. I. Madrid, 1952, págs. 302 ss.

sometida la casa. Ya por lo que toca a la «comunidad de derechos», y si el autor a quien esbozadamente se alude es Batlle, basta consultar su obra para comprender que ese rótulo no resuelve el problema, pues salvo la catalogación en un cierto lugar de los Códigos (España, Bélgica, acaso Italia), queda en pie la cuestión esencial, que es la de construir juiciosamente esa copropiedad o condominio, porque la doctrina discrepa fundamentalmente al respecto. La insuficiencia del Código civil, a renglón seguido mencionada, no deja de implicar contradicción con la tesis de la Comunidad, recién expuesta, y viene a darnos la razón, que ya puso de relieve la reforma de 1939. La referencia al artículo 392, II del Código agrava la inconsecuencia, y además da quizá errónea interpretación al precepto, el cual manda aplicar las prescripciones del título III cuando no haya contratos o disposiciones especiales», es decir, que en el escalonamiento de normas prevenido el orden debe ser éste: 1.º acuerdos contractuales; 2.º disposiciones especiales (las del artículo 396, tan distintas de las que aparecieron en 1889); y 3.º Derecho supletorio constituido por las normas generales sobre comunidad de bienes. Pero como la Sala sigue encariñada con la idea de que el protagonista continúa siéndolo la «Comunidad», fácil es explicar el yerro en que finalmente se incurre al inventar nada menos que una «entidad colectiva» (¿de qué tipo?) a la que se asigna el carácter de «propietaria de tales inmuebles, de tan diversos modos poseídos»... ¿Verdad que produce amargura este esfuerzo tan poco logrado? Ni, ¿de dónde se saca esa personalidad colectiva que es la verdadera propietaria? (14).

d) *El Considerando cuarto.*

El Considerando cuarto persevera en el mismo rumbo de subrayar lo común, pues estima como práctica general la de redactar unos Estatutos para uso de la *cosa poseída en común*, vuelve morbosamente a señalar las restricciones en el uso de la propiedad privativa, y declara que esos Estatutos obligan a todos los adquirentes, produciéndose con efecto vinculante las resoluciones o acuerdos que se adopten por todos los comuneros mediante el régimen de mayoría y con arreglo a lo prevenido en el artículo 398 del Código.

Conformes en la existencia de Estatuto; y aun cabría sostener que el mismo debiera ser obligatorio, a modo de Constitución o Ley fundamental por la que hubiera de regirse la vida de los derechos y obligaciones engendrados por la propiedad horizontal; pero el Estatuto es algo más que un Código penal ideado contra

(14) Es el Derecho anglosajón el que ha propendido a veces *commoditatis causa* a esas personificaciones fictivas; pero lo ha hecho, más bien con fines doctrinales constructivos, para dar agilidad luego a la administración del inmueble.

los dueños de los pisos, pues representa norma orgánica para la convivencia y ofrece garantías a todos. Y aun siendo obligatorios los acuerdos adoptados en forma y con el *quorum* establecido, ni es feliz la alusión a *todos los comuneros*, ni el citado artículo 398 tiene aplicación más que subsidiariamente, según ya hemos razonado.

e) *El Considerando sexto.*

Prescindiendo del Considerando quinto, que se reduce a un planteamiento de hecho, el sexto, que es fundamental, examina los dos Motivos del recurso para desestimarlos, pues sostenían éstos que se había entendido mal el artículo 396; que se restringían con exceso las facultades dominicales atribuidas a la plena propiedad privativa correspondiente al dueño del piso; y que anómalamente se otorgaba indebida supremacía a las convenciones pactadas, infringiéndose además los artículos 392 y 397, que no pueden tener el alcance que la sentencia impugnada les otorgaba.

Refutando la tesis del recurso, la Sala entiende: que ya el párrafo 5.º del artículo 396, al establecer el derecho de tanteo, y el último, al prohibir la variación de destino o estructura sin acuerdo de los condueños, no sólo restringen el absoluto uso y disfrute de la propiedad, sino que «pone en juego el uso de una Comunidad, no ya en los elementos accesorios, sino en lo que el recurrente estima como fundamental, que es la propiedad plena y concreta del piso adquirido». Y razonándolo gallardamente, se añade: *es indiscutible* que no solamente hay comunidad en lo accesorio, sino en *algunos matices de lo esencial...*. Y con ello, y con una referencia al principio *pacta sunt servanda*, se eliminan los dos Motivos.

Aun siendo *indiscutible* la tesis así expuesta, séanos permitida la irreverencia de discutirla. Porque la afirmación básica y categórica que este Considerando sienta nos parece no sólo opinable, sino algo más: nos parece abiertamente en pugna con el espíritu y con la letra de la Ley dictada en 26 de octubre de 1939. Si todo había de seguir igual; si la nota de Comunidad iba a continuar prevaleciendo, para ser fieles al emplazamiento de la institución dentro del Código; si la propiedad de cada piso tendría que estar sometida a intromisiones o injerencias de los «comuneros», ¿qué bienes nos traía la modificación del Código, con sus repercusiones hipotecarias? La aplicación abusiva del artículo 392, la del 397, la del 398, bastaban ya a los fines de conservar aquellos rancios muros maestros, entre los que se ahogaban el artículo 396 y la propiedad horizontal por él insinuada. Por lo visto, y cuando creíamos que, en aras de ésta, y para estimularla, se habían reducido al *mínimum* los factores de condominio, y que sólo restaban unos posos residuales de elementos comunes, estábamos profundamente equivocados, pues por obra del bendito derecho de tanteo y de los redivivos

iura ad rem, se «pone en juego el uso de una Comunidad, no ya en los elementos accesorios, sino en... lo... fundamental, que es la propiedad plena y concreta del piso adquirido. ¡Qué desilusión! (15).

8) Consecuencias que pueden temerse.

Las consecuencias que puede acarrear esta última posición son incalculables. Sobre los derechos pseudo-dominicales del propietario de un piso proyectarán su sombra maléfica los *iura ad rem* correspondientes a los «condueños» de la casa. Una neblina de Comunidad vendrá a enrarecer el ambiente y a legitimar represalias o malos humores de vecinos descontentos. Y el mismo dueño nunca estará del todo tranquilo, porque al condenar una puerta o comunicar entre sí dos habitaciones se expondrá a que le demanden, por haber alterado la configuración inicial, que es consubstancial para la comunidad. O bien se multiplicarán las pesquisas indiscretas con el fin de comprobar si las alcobas tienen o no el consabido armario-ropero. Y de ahí a denunciar supuestas infracciones estatutarias, por recibir mayor o menor número de clientes, vestidos con mayor o menor elegancia, no hay más que un paso. En una palabra, el dueño del piso tendrá menos libertad de acción que si fuera arrendatario del local, y se sentirá cohibido en todo instante bajo la presión de un ambiente hosco, que es lo más contrario al clima de «sosegada convivencia» que con acierto se estima fundamental para el buen funcionamiento de la institución.

Pensemos en un supuesto harto fácil y nada infrecuente. Un propietario adquiere el piso que cae encima del que ya le pertenecía: tiene familia numerosa y necesita mayor holgura; además, ha hecho uso del derecho de preferencia que, bien o mal, le otorga el artículo 396 reformado, en sus párrafos 5.º y 6.º. Y una vez comprado ese nuevo piso, el dueño, para su comodidad y mejor aprovechamiento, establece una comunicación interior entre ambas plantas (una escalera de caracol, por ejemplo). ¿Ha cometido algún acto punible? ¿Ha infringido norma legal o precepto del correspondiente Estatuto de Comunidad? Parece que no: ha obrado dentro de su estricta esfera dominical privativa; no ha atentado contra ninguno de los elementos comunes, pues *ad extra* ninguna modificación se advierte: tampoco ha introducido variación esencial de destino, ni de la estructura de sus pisos. Y sin embargo, y después de la sentencia de 26 de noviembre último, ¿no cabe la posibilidad de que los demás dueños *se ofendan* por esa intrascendente alteración llevada a efecto? ¿No es legítimo el temor de que la Junta de condueños se agravie, invocando lesión de los preten-

(15) Con razón GIUSTI (Ob. cit., pág. 108) llama la atención sobre el reciente viraje. A su juicio, el fallo de 26-XI-56 «tiene una importancia evidente, ya que demuestra un cambio de criterio respecto de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, destacando su aspecto comunitario y restándole importancia a la propiedad exclusiva e independiente sobre cada piso.

didos *iura al rem* que ese fallo anormalmente les reconoce? Patente resulta, pues, el peligro que entraña el novísimo criterio del Tribunal Supremo al ensanchar inconsideradamente el ámbito de la Comunidad latente.

9) *La unificación de interpretaciones legales.*

Uno de los fines que la casación ha asumido, aun cuando no radicara ahí el impulso que la originó, consiste en unificar la interpretación de las leyes, pues con ello se contribuye poderosamente a la seguridad jurídica, que es de por sí un bien considerable para la colectividad (16). Y si esa función reviste siempre suma importancia habremos de reconocer que cuando mayor eficacia puede tener es al aplicar una ley nueva, porque no existe una tradición ya creada, y porque, siendo decisivos los primeros pasos que se den, interesa mucho que el organismo de máxima autoridad al efecto, oriente sabiamente desde un principio los negocios jurídicos afectados por la norma reciente. Acaso se diga que en ello radica, incluso para el Tribunal Supremo, la dificultad del caso; pero fuerza será contestar que la sabiduría de sus componentes, su prudencia avezada y su adiestramiento en esos menesteres constituyen garantía insuperable; y, además, si la tarea tiene alguna dificultad, servirán de guía para superar el escollo un conocimiento exacto de la institución respectiva y el estudio cuidadoso de los propósitos que animaron al legislador en su obra.

La institución de la propiedad horizontal, fecunda en sus aplicaciones, bien merece que no se le regateen simpatías. Y la Ley de 1939, que la reguló casi *ab imis fundamentis*, ofrece en su Exposición de Motivos y en su articulado fuente de inspiración bastante segura para que no surjan dudas respecto al propósito de la reforma, ni a la naturaleza intrínseca de la figura jurídica modelada. Por ello es sensible que todavía a los 17 años de promulgado el nuevo texto, y cuando la institución ha arraigado y se va difundiendo, tropecemos con vacilaciones en la interpretación de lo medular, no de lo episódico; y es aún más doloroso que, en la pugna de tendencias revelada por los fallos jurisprudenciales, pueda a la postre triunfar un criterio que ponga en riesgo de fracaso lo que con tan noble espíritu intentó la reforma efectuada.

Lo que sucede es que no se ha visto clara, aunque estaba perfectamente diáfana, la evolución legislativa en este orden. La propiedad horizontal era en 1889 una institución rara, excepcional (Amandi), de escasa aplicación en la práctica; y el Código civil se limitó a *tolerarla*, como si fuera una anomalía extraña, pero no rechazable, en el ámbito de las comunidades de bienes. Mas cam-

(16) «La seguridad jurídica—escribe GUSTI (Ob. cit., pág. 145)—exigiría desde luego... que se decidiese firmemente la jurisprudencia por una de las dos posiciones».

biaron los tiempos y variaron profundamente las circunstancias : la propiedad horizontal se convirtió en institución frecuente, merecedora de amparo y de fomento ; ya, en lugar de transigir con ella, había que *estimularla* y protegerla, y de ahí la reforma, cuyos fines pone de relieve la misma Exposición de Motivos de la Ley de 1939. El centro de gravedad se había desplazado ; ya no era la Comunidad, sujeto protagonista en 1889, sino el propietario individual y privativo del piso, el que pasaba a ocupar el primer plano ; porque no en balde habían transcurrido cincuenta años muy ricos en substancia. Ahora bien, si nos aferramos a la concepción arcaica, y seguimos viendo en la propiedad horizontal algo morboso y deletéreo, se habrá frustrado por completo el noble impulso a que obedeció la modificación legislativa, y en lugar de favorecer la aplicación de la nueva fórmula, estaremos contribuyendo a hacerla aborrecible, estigmatizando un mecanismo que era sano en sí y que podía contribuir a aliviar, ya que no a resolver, el angustioso problema de la vivienda, que ha obligado nada menos que a organizar un Departamento ministerial para hacer frente a sus dificultades.

