

JURISPRUDENCIA

1. SENTENCIAS COMENTADAS

PROPIEDAD HORIZONTAL. 1. Nacimiento: Contrato de cesión de solares a cambio de viviendas. 2. Eficacia frente a terceros de las reglas de comunidad pactadas en documento privado. 3. Obras y actividades permitidas a los propietarios.

Sentencia de 29 de abril de 1970

La Compañía mercantil PSA, concierta con don JP y otra persona, en documento privado de fecha 29 de octubre de 1963, la construcción de un edificio sobre solar de la sociedad, reservándose esta última los locales de la planta baja y la primera de las plantas, “quedando el resto del edificio en propiedad de los constructores y obligándose la sociedad a otorgar las escrituras que procedan, a favor de éstos o de las personas que ellos designen”, pactándose asimismo que en el Estatuto de la comunidad se establecerá que “los dueños de los diferentes locales de la primera planta podrían hacer en ellos toda clase de obras, aunque afecten a la fachada o cosas comunes, siempre que sean sin perjuicio de la estabilidad del inmueble; destinarlos a comercio o industria, comunicarlos entre sí, efectuar segregaciones y divisiones y asignarles la cuota de participación que crean conveniente, así como elevar chimeneas por los patios de luces para aireación y salida de humos e instalación de toldos, marquesinas y demás”; al parecer se pacta igualmente que en el Estatuto también se establecerá que los dueños de dichos locales estarán exentos del pago de gastos por los servicios de portal o zaguán, escalera, ascensor y portería, salvo en el caso de que abran puerta de comunicación con el portal—para lo que quedan facultados, así como para cerrarla posteriormente—, en cuyo caso habrán de contribuir a los gastos de tal portal y portería.

El edificio se construye, al parecer, al amparo de las normas sobre viviendas hoy llamadas de protección oficial.

En el año 1965, JP otorga en documento privado con distintas personas contratos que luego la sentencia recurrida califica de “promesa de venta”, sin hacer constar en los mismos las limitaciones pactadas con la sociedad antes citada, ignorando los otros contratantes la existencia de las mismas.

El 7 de marzo de 1966 se otorga por PSA escritura de declaración de obra nueva, sin que al otorgamiento concurre ninguna otra persona, en cuya escritura, además de configurar el edificio en régimen de propiedad horizontal, se contienen las “reglas de comunidad” entre las cuales figuran las que expresamente pactó con JP en el documento privado de 1963.

El 16 de mayo de 1967 PSA otorgó poderes a JP para que “en relación a los pisos o viviendas que integran las plantas alzadas segunda a la última” pudiera venderlos, estableciéndose en el poder una serie de facultades que no interesan a las soluciones del presente caso, así como unos condicionamientos en el uso del poder, entre los que figuran muy destacadamente el de consignar en las ventas las “reglas de la comunidad”.

Dispuestas las escrituras para la firma ante Notario, se niegan a otorgarlas los compradores PMM, ANM y MCL, alegando que en los documentos privados de compraventa que en su día firmaron no se contenían limitaciones ni reservas de las que ahora se pretendía consignar en las escrituras públicas al transcribir las “reglas de la comunidad”, y pretendiendo que dichas escrituras se otorguen ahora sin dichas limitaciones y reservas. Esta pretensión es rechazada por PSA, por lo que esta sociedad y JP son demandados por los referidos compradores, que suplican al Juzgado se dicte sentencia condenando a PSA a otorgar las correspondientes escrituras a favor de los demandantes “sin cláusulas especiales ni aditamentos de ninguna clase, con expresa imposición de costas”.

La persona que al parecer firmó el documento privado de 1963 junto con JP permanece al margen del pleito, y no sabemos cuáles eran exactamente las relaciones con éste y con PSA ni si al plantearse la demanda estaba ya al margen de las posibles relaciones sustantivas o no.

El Juzgado de Primera Instancia acoge la excepción de falta de legitimación pasiva que había invocado JP, alegando que no se pedía condena contra él, y que “ha comparecido únicamente por figurar como apoderado de aquella empresa”, condenando a PSA a otorgar las escrituras sin más cláusulas que las que dicha sentencia determina, de las que elimina las más importantes limitaciones que contenían los Estatutos o reglas de comunidad.

PSA apela, y la Audiencia en su sentencia condena a PSA, y también ahora a JP, a otorgar las escrituras con las únicas limitaciones que determinaba la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Interpuesto recurso de casación por PSA, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, y dice en sus considerandos:

“CONSIDERANDO: Que en este litigio se ejercita por los demandantes una acción instando le sean otorgadas escrituras públicas de compraventa de los pisos que describen ajustándose exclusivamente a los documentos privados por ellos suscritos, juntamente con el demandado señor JP, oponiendo los hoy recurrentes que dichas escrituras han de ajustarse a las limitaciones consignadas en la escritura de obra nueva, que contiene el régimen de propiedad horizontal de la finca en que los pisos se encuentran; a lo que recayó sentencia que estima en lo fundamental las pretensiones de los actores, contra la que se formula el presente recurso, cuyo segundo motivo, seguido por el cauce procesal del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la interpretación errónea del párrafo tercero del artículo 5.º de la Ley de la Propiedad Horizontal de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, y la violación en su aspecto negativo de falta de aplicación del último párrafo del mismo artículo, al que debe oponerse que la sentencia objeto del recurso sienta como elemento esencial de su resolución que los demandantes suscribieron los contratos con el demandado señor JP, sin establecerse en ellos limitación alguna, y si bien conforme a las estipulaciones del documento privado de veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y tres, otorgado entre la demandada Sociedad mercantil PSA y el demandado señor JP, juntamente con otra persona, se convino que en el edificio que estos últimos habían de construir se reservaba aquélla los locales de la planta baja y la primera de las plantas, quedando el resto del edificio en propiedad de los constructores y obligándose la Sociedad a otorgar las escrituras de venta que procedan, a favor de éstos o de las personas que ellos designen, se

contiene en una de sus estipulaciones que en el Estatuto de la comunidad los dueños de los diferentes locales de la primera planta podrán hacer en ellos toda clase de obras, aunque afecten a la fachada o cosas comunes, siempre que sean sin perjuicio de la estabilidad del inmueble, destinarlos a comercio o industria, comunicarlos entre sí, efectuar segregaciones y divisiones y asignarles la cuota de participación que crean conveniente, así como elevar chimeneas por los patios de luces para aireación y salida de humos e instalación de toldos, marquesinas y demás, es lo cierto que el señor JP incumplió su deber de dar a conocer a los actores que con él celebraron los contratos, que la sentencia califica como promesa de venta, las referidas limitaciones entre ellos concertadas, razón por la cual no pueden existir los vicios que acusa el recurso, el primero porque el juzgador de instancia no interpretó erróneamente el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que al establecer dicho precepto que el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales podrá contener reglas de constitución y ejercicio de derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley, en orden al uso o destino del edificio y sus diferentes pisos o locales, formando un Estatuto privativo, añade que éste no perjudica a tercero si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad, y es patente que al celebrarse los contratos entre los actores y el demandado señor JP, en mil novecientos sesenta y cinco, ignorando aquéllos las limitaciones contenidas en el documento privado de mil novecientos sesenta y tres, y tener los demandantes el carácter de terceros civiles, no pueden afectarles las cláusulas referidas; todo ello sin perjuicio de las consecuencias que el posible incumplimiento de ellas por parte de los constructores pueda dar lugar a derechos de la referida Sociedad; ni existe tampoco la infracción por falta de aplicación del último párrafo del artículo 5.º del citado precepto legal en cuanto éste se refiere a modificación del título, observándose los mismos requisitos que para su constitución, ya que no se trata por los demandantes de modificar el Estatuto de la propiedad horizontal, sino estrictamente de que le sean otorgadas las escrituras públicas en consonancia con los contratos por ellos celebrados con el demandado señor JP, sin las limitaciones que se trata de imponerles, razones que han de determinar la desestimación de este motivo.

CONSIDERANDO: Que al subsistir el fundamento esencial de la sentencia, suficiente por sí para mantener el fallo de la misma, han de perecer los motivos primero y tercero, seguidos por la misma vía procesal que el antes examinado, acusando en el primero la falta de aplicación de los artículos 1.714 y 1.727, en relación con el artículo 1.259, todos del Código civil, y en el último, la violación en su aspecto negativo de los artículos 1.091 y 1.258 del Código civil, en relación con la sentencia de esta Sala que cita, y la aplicación indebida del artículo 1.255 del mismo texto legal, puesto que, como queda antes sentado, con anterioridad a la escritura pública que contiene los Estatutos de la comunidad y del poder conferido al señor JP, los actores habían celebrado contratos de promesa de venta, en los términos que quedan expresados, esto es, sin condición limitativa alguna e ignorando los pactos contenidos en el documento privado otorgado en mil novecientos sesenta y tres entre PSA y el demandado señor JP, por lo que no pueden resultar afectados en sus derechos por los documentos públicos posteriores a que dichos motivos se refieren.

CONSIDERANDO: Que procede por las razones expuestas desestimar el recurso, con las consecuencias que ordena el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento

civil, mas no siendo conforme de toda conformidad la sentencia dictada en primera y segunda instancia, lo que hacía innecesario la constitución del depósito, procede la devolución del mismo al recurrente.”

Varios problemas presenta el caso debatido, algunos de los cuales no han llegado a plantearse en casación. De entre esos problemas vamos a examinar los siguientes:

1.º *Contrato de cesión de solares a cambio de viviendas o locales.*—PSA celebró con JP este contrato en documento privado, con unas limitaciones relativas a los futuros Estatutos del edificio, pero también con el efecto de transmitir PSA a la otra parte contractual la propiedad de todos los pisos que esta parte construyó sobre el solar, salvo los locales de las plantas baja y primera, que se reservó PSA.

Este efecto pudo haberse conseguido a través de vehículos contractuales distintos (1), en todos los cuales será fácil descubrir prestaciones típicas del contrato de permuta y del de obra (2).

Ahora bien, quizá en la mayor parte de los casos, y por supuesto en el que motiva la sentencia, los contratantes persiguen una finalidad primordial de cambio que constituye la esencia de la permuta. Será entonces en el contrato de permuta (3) donde más probablemente se podría encasillar este supuesto, por “absorción” de la prestación preponderante típica de la permuta respecto de la de obra. Y no debe oscurecer la indagación del sentido y alcance de la voluntad de las partes las previsiones de las mismas sobre el aspecto formal de documentación de los contratos ulteriores de compraventa que se han de otorgar, cuyas previsiones seguramente se hallan forzadas por consideraciones de tipo fiscal y aun administrativo. Lo cierto es que el dueño originario del solar pretende obtener unas plantas, pisos o locales en el edificio, y a cambio de la obtención de éstos, previa construcción del edificio por la otra parte, adquiere esta otra los

(1) Pueden verse todos ellos en mi trabajo «La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de la aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir», en *Revista de Derecho Notarial*, t. LVI, abril-junio 1967, págs. 277 y sigs. Y antes en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1962-63, Derecho, págs. 69 y sigs., «Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas».

(2) Díez PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1970, págs. 242 y sigs., configura este contrato que examinamos en el presente epígrafe como un contrato complejo, considerando estos contratos complejos como «aquellos en los cuales las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidos, aisladamente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente del cual parcialmente se aíslan para integrarse en el negocio. No hay pura yuxtaposición de contratos..., sino fusión de prestaciones, obligaciones o contratos típicos. Por ejemplo, el contrato de cambio de obra por solar comprende una prestación de transmisión de propiedad, una obligación de construcción por parte del adquirente y la prestación de entrega de parte de lo construido al primer transmitente».

Díez PICAZO: *Op. cit.*, págs. 242 y sigs., sitúa al contrato complejo, junto con los «mixtos» y «coligados», en una zona intermedia entre los típicos y atípicos, y en la disciplina normativa del contrato complejo considera aplicable la llamada «teoría de la absorción».

(3) En este sentido, BATLLE: *La propiedad de casas por pisos*, 5.ª ed., Alcoy, 1963, pág. 71.

restantes pisos. La finalidad económica perseguida es, desde luego, la expuesta. En el caso que contemplamos podemos afirmar que a PSA no le importa más que la adquisición de esas dos plantas en el edificio, en las condiciones de construcción pactadas, siendo las restantes para JP (o para JP y la otra persona que con él pactó conjuntamente y frente a PSA). Creo relativamente fácil concluir que, salvo estipulación expresa en sentido contrario que aquí no consta, la voluntad de las partes elimina toda rendición de cuentas relativa a gastos de construcción y precio de venta de los pisos que después otorgará JP en documento privado, respecto de cuyas ventas PSA se desentiende, salvo en cuanto a la obligación de carácter formal que asume para facilitar su pública documentación.

Seguramente la propiedad del solar o al menos de las participaciones indivisas en que se concrete la suma de las cuotas de los pisos en el valor total del edificio que correspondan a la parte obligada a construirlo pasarán a ésta con la toma de posesión del solar, y la de los pisos correspondientes al obligado a construir con el nacimiento a la realidad física (por construcción). La propiedad de los locales correspondientes al cedente del solar serán adquiridos por éste mediante su entrega, una vez que hayan sido terminados (4).

Obligaciones asumidas por el cesionario del solar son principalmente construir el edificio con las características pactadas y entregar al cedente los pisos o locales convenidos.

Obligación del cedente es primordialmente la entrega de la posesión del solar al cesionario. En el caso que contemplamos el cedente asumió la obligación de facilitar la formalización de las ventas que otorgase la parte cesionaria, escriturando al efecto directamente en favor de las personas que designara el cesionario, evitando así un tracto registral, previa declaración de obra nueva y configuración del edificio en régimen de propiedad horizontal.

No aparece muy claro en la relación de hechos de la sentencia si JP en los documentos privados de compraventa (o de "promesa de venta") otorgó los contratos en su propio nombre o en nombre de PSA (5).

¿Se podrá negar a la parte cesionaria la facultad de vender los pisos que le corresponden en el edificio?

No hará falta acudir a la facultad de vender que tácitamente se le reconoce en el documento privado de 1963 ("... obligándose la Sociedad a otorgar las escrituras de venta que procedan a favor de éstos o de las personas que ellos designen...").

PSA había alegado en primera instancia que cualquier acto o contrato realizado por JP con anterioridad al poder que se le confirió el 16 de mayo de 1967, o una vez conferido con desviación o exceso del mismo, no podía obligar a la Sociedad demandada. Esto plantea el problema de la eficacia de los contratos privados de compraventa otorgados por JP en el supuesto de que hubiera actuado no con facultades propias, sino como mandatario o apoderado PSA. Nos

(4) Una vez más nos remitimos al trabajo citado en nota 1, para un estudio más detallado de este problema.

(5) Eludimos el problema relativo a las relaciones de JP con la otra persona que aparece como cesionaria, pero que luego se halla al margen del pleito. Si esta otra persona permanecía en la relación sustantiva como cocesionario, damos por supuesto que JP obraba al menos de acuerdo con ésta, por lo que en lo sucesivo nos referiremos en el texto indistintamente a cesionario, parte cesionaria o simplemente JP.

atrevernos a contestar que la solución sería la misma que la que ofrecemos para el supuesto de obrar con facultades propias. ¿Cómo negar al menos ciertas facultades en JP para vender los pisos cuando queda probado que PSA estaba ya dispuesta a otorgar las escrituras públicas de compraventa que previamente había formalizado JP en documento privado sin limitaciones, aunque con la pretensión ahora de incluirlas en las escrituras? Si realmente JP hubiese obrado como mandatario o apoderado, debería de aparecer claramente que las facultades para vender aparecían condicionadas a vender con las limitaciones pactadas, insertando en las ventas la oportuna cláusula. Ahora bien, si nos ajustamos a los términos del documento privado de 29 de octubre de 1963, aparece claro que JP puede designar los compradores; en definitiva, que puede pactar con terceros la venta de pisos, sin que en esto se contenga condicionamiento alguno. El condicionamiento aparecerá mucho después, cuando se preparan las escrituras y previamente se otorga por PSA a JP un poder notarial. Ciertamente que la conducta de JP puede haber causado un perjuicio a PSA, pero, como reconoce la sentencia, esta Sociedad podrá obtener, en su caso, el adecuado resarcimiento, sin que ello afecte al fondo del problema relativo a la eficacia de los contratos privados suscritos por JP con terceros.

Para una adecuada solución del problema no es preciso acudir a la figura del mandato, porque, repetimos, al vender JP no está vendiendo lo que es de otro, sino lo que le corresponde en virtud del contrato que suscribió con PSA, causa de la propiedad de los pisos a favor de JP previa su construcción. Con más, la consideración de que el precio percibido lo hará suyo JP sin tener que rendir cuentas a PSA.

No se trata de una compraventa o compraventas pactadas entre PSA y JP a favor de las personas que este último designe (6). La naturaleza jurídica de tal contrato ya la hemos examinado antes. La contraprestación de JP a favor de PSA no consiste en el pago de un precio por los pisos que se han de escriturar a favor de terceros, ni tampoco estos terceros tienen que pagar nada a PSA. La contraprestación a favor de esta Sociedad corre a cargo de JP y consiste en la entrega de los locales de las plantas baja y primera a favor de la misma, previa su construcción.

2.º *Eficacia frente a tercero de las limitaciones o reglas de comunidad pactadas en el documento privado.*—Dos caminos podían haberse elegido para lograr el acceso al Registro de la Propiedad de las compraventas de pisos otorgadas por JP a favor de distintas personas:

a) Previa elevación a escritura pública del documento de cesión de solares, seguida de la declaración de obra nueva en construcción y configuración del edificio en régimen de propiedad horizontal, otorgándose entonces las correspondientes escrituras públicas de compraventa de pisos a favor de terceros por JP.

b) Otorgamiento por el titular registral, por sí o por apoderado, de las escrituras de obra nueva, división de casas por pisos y compraventa, de conformidad con lo pactado.

El camino elegido fue este último. Pero sin que previamente a la firma de

(6) Véase VALLET DE GOYTISOLO: «Contrato de compraventa a favor de persona a designar», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. VIII, Madrid, 1954, págs. 559 y sigs.

los documentos privados de venta se hallasen inscritas las limitaciones estatutarias pactadas y sin que tales limitaciones se hubiesen puesto en conocimiento de los compradores. Los compradores adquirieron la propiedad de su piso (documento privado de compraventa seguido de tradición) antes de que se otorgara e inscribiera la escritura de obra nueva y configuración del edificio en régimen de propiedad horizontal, y sin que en dichos documentos se hiciera alusión a las limitaciones estatutarias ni conste que a tales compradores se les pusiera en conocimiento de las mismas.

JP podía vender, y vendió (en documentos privados). Pero ocultó las limitaciones, que, por otro lado, no figuraban en el Registro de la Propiedad. ¿Vinculan a los compradores tales limitaciones, pactadas entre PSA y JP?

Partiendo del supuesto de que los compradores desconocían el contenido del documento privado de 1963, cabría distinguir en éste dos clases de pactos: los de cesión de solar (seguido de tradición) y los relativos a una futura inclusión de ciertas cláusulas o limitaciones en los futuros Estatutos del edificio a construir. Aunque parece en principio que ambas clases de pactos deben merecer igual respeto, obsérvese que tan sólo los primeros gozan de una cierta publicidad, la de la posesión, posesión del solar que ostenta el cesionario. Los segundos, los relativos a las limitaciones estatutarias, se mantienen en la clandestinidad más absoluta. No parece justo, entonces, que tales limitaciones o pactos prevalezcan frente a los compradores de buena fe, que han confiado en la inexpresión de las relaciones resultantes de dichos pactos (7). Es decir, en términos más usuales, los primeros pactos tendrán eficacia *erga omnes*, eficacia real; los segundos, eficacia entre partes, eficacia puramente obligacional, y ello por las razones expuestas, tanto si se considera que tales pactos tienen valor actual como, con mayor razón, si se estimara que contienen una obligación de futuro, la de incluir en los Estatutos que tiempo después se otorguen las referidas cláusulas o limitaciones.

La sentencia sigue el criterio expuesto, conforme al cual tales pactos relativos a limitaciones estatutarias no afectan a los compradores, aplicando para ello la norma del artículo 5.º, párrafo tercero, de la Ley de Propiedad Horizontal; esto es, que el título con las reglas estatutarias mínimas pactadas no inscrito en el Registro de la Propiedad no perjudicarán a tercero. La sentencia entiende que este precepto es aplicable al presente caso, calificando a los compradores como "terceros civiles", a los que no afectan tales reglas pactadas, pero no inscritas (8).

(7) Véase VALLET DE GOYTISOLO: «Determinación de las relaciones jurídicas respecto a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero», en *Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, págs. 99 y sigs., y especialmente págs. 165 y sigs.

(8) La regla del artículo 5.º, párrafo tercero, de la Ley de Propiedad Horizontal concuerda con la del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Pero en tanto que, según la opinión más probable, el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria es el tercero que inscribe, no parece que este requisito sea exigible al tercero del antes mencionado artículo 5.º, párrafo tercero, de la Ley de Propiedad Horizontal.

MARTÍN GRANTZO: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 1962, págs. 572 y sigs., considera a efectos de este último artículo como tercero al «penitus extraneus», o sea, al totalmente ajeno al negocio jurídico originador del Estatuto. Para FUENTES LOJO: *Suma de la propiedad por apartamentos*, 2.ª ed., Barcelona, 1969, t. I, pág. 682, tercero a tales efectos es

3.º *Obras permitidas a los propietarios de los diferentes pisos y gastos comunes.*—La sentencia rechaza gran parte de las limitaciones pactadas por las razones antes expuestas. Pero acoge unas cuantas, pese a que también respecto a las que admite parece que en principio podrían alegarse los mismos argumentos que motivaron su exclusión.

Sin embargo, cabe notar que de entre las reglas pactadas el Tribunal Supremo *rechaza* las mismas que rechaza la sentencia de primera instancia, que son las siguientes, que facultan y conceden a los dueños de los locales de las plantas baja y primera:

1.º Hacer en los locales las obras, segregaciones y divisiones que tengan por conveniente, aunque afecten a la fachada y cosas comunes, siempre que sea sin riesgo para el inmueble.

2.º Destinarlos al comercio o industria que deseen.

3.º Comunicarlos entre sí y con otros que pertenezcan a las casas colindantes, siempre que sean del mismo propietario.

4.º Convertirlos en varios, haciendo en ellos las segregaciones y divisiones que deseen, y asignarles la cuota de participación que crean conveniente de la que tienen fijada tales locales.

5.º Elevar chimeneas por los patios de luces para aireación de gases y humos hasta el techo, apoyando en las paredes por donde menos moleste.

6.º Exención de la obligación de contribuir a los gastos de portería.

En cambio, *admite* e impone que los compradores respeten los pactos o reglas que facultan y conceden a los dueños de los locales citados:

1.º Establecer en la parte que les corresponda en su fachada toda clase de anuncios, toldos, marquesinas y adornos, pero suprimiendo la expresión “y demás” que figuraba en la regla pactada, de suerte que ahora se concretan detalladamente las instalaciones que puede llevar a cabo, y añadiendo el condicionamiento de que los podrá instalar “siempre que no perjudiquen a los demás propietarios”.

2.º Exención de la obligación de contribuir a los gastos que originen los servicios de portal o zaguán, escalera propia de las viviendas y ascensor del inmueble.

Así, pues, en esta sentencia quedan rechazadas unas actividades, instalaciones y obras que son precisamente las que la Ley prohíbe en todo caso o que prohíbe cuando no hay Estatutos que específicamente lo autoricen, y se parte de la base de que en el presente caso no hay Estatutos con eficacia frente a los compradores.

Las facultades rechazadas se hallan prohibidas por los artículos 7.º, 8.º y 5.º,

el tercero simple (o «penitus extraneus»), el causahabiente a título singular de una de las partes del contrato, el tercero hipotecario protegido por la fe pública registral; no deben comprenderse, según él, a las personas ligadas con vínculo real con el titular, como los usufructuarios y habitacionistas. MONET: «Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sec. 2.ª, vol. I, págs. 298 y sigs., distingue entre finca registrada y no registrada. Respecto de esta última, sólo afectan los Estatutos al tercero que tenía conocimiento de ellos. Si está registrada se sigue el mismo criterio cuando los Estatutos no se han inscrito. Si se han inscrito, afectan a tercero, tanto si los conoce como si los ignora.

párrafo cuarto, de la Ley de Propiedad Horizontal. Si bien conviene aclarar que, en cuanto a la que a efectos meramente expositivos enumeramos en segundo lugar de las facultades rechazadas, relativa al ejercicio del comercio o industria "que deseen" los propietarios de las plantas baja y primera, realmente lo prohibido por la Ley no es tal ejercicio en sí mismo considerado, sino cuando éste sea dañoso para la finca, inmoral, peligroso, incómodo o insalubre. Quizá por la omnimoda libertad que pudiera resultar de la cláusula, tal como estaba redactada ("ejercicio del comercio o industria *que deseen*"), es por lo que ha sido rechazada por la sentencia.

Cierto que así como en cuanto a la instalación de marquesinas y otros elementos que se detallan la sentencia los permite, añadiendo la coletilla "siempre que no perjudiquen a los demás propietarios", pudo también permitir tal ejercicio del comercio o industria haciendo referencia a las restricciones derivadas del párrafo tercero, artículo 7.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, que incluso podrían estimarse sobreentendidas. Sin embargo, quizá se ha tenido en cuenta que así como la enumeración de instalaciones concretas que se faculta hacer en la fachada puede tener un valor práctico, sería, por el contrario, inútil tratándose de la permisión del ejercicio de una actividad de comercio o industria con carácter general.

Porque una vez rechazada por la sentencia la inclusión de la facultad de destinar los locales al comercio o industria que deseen los dueños de los mismos, la regulación de esta materia queda remitida a la Ley de Propiedad Horizontal, y conforme a ésta resultará que, salvo prohibición expresa de los Estatutos (y se parte de la base de que aquí no existe) los dueños de dichos locales podrán destinarlos al comercio o industria que deseen, con tal que no sean dañosos para la finca, inmorales, peligrosos, incómodos o insalubres (9).

La norma del párrafo tercero del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal es imperativa y no puede ser desconocida. De ahí que el interés de una regulación en este ámbito se ofrece en cuanto a las prohibiciones más que a las permisiones, ya que la regla general es la de libre actividad. Tan sólo para prohibir cierta concreta actividad, o para aclarar si la misma entra en el ámbito de lo prohibido, cabría y sería aconsejable que se pronunciasen los Estatutos o el título. Y aún así, dado el carácter imperativo de la norma, creemos que sólo sería posible:

a) Precisar que ciertas actividades se hallan prohibidas, puesto que el artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal expresamente permite que se incluya tal prohibición en los Estatutos. El interés de la prohibición estatutaria radica en su precisión. Sería inútil que en los Estatutos se repitieran las palabras de la Ley. El interés, repito, estriba en la posibilidad de prohibir cierta actividad, aunque no sea o independientemente de que pueda llegar a ser dañosa, inmoral, peligrosa, incómoda o insalubre. De establecerse la prohibición habría de ser precisa, para ser útil, y no tan omnicompreensiva que excluyese prácticamente toda actividad propia del destino del local o piso según el título, o los Estatu-

(9) Tratándose de edificios construidos al amparo de las normas sobre viviendas de protección oficial, habrá que tener en cuenta las limitaciones que en cuanto al uso de las diversas dependencias (viviendas o locales) puedan resultar una vez obtenida la calificación definitiva, conforme al texto refundido de la Ley sobre viviendas de protección oficial, aprobado por Decreto de 24 de julio de 1963, y su Reglamento de 24 de julio de 1968.

tos, o la Ley, porque significaría tanto como privar del goce del local o piso al dueño de éste (10).

b) Aclarar que algunas actividades no se hallan incursas en alguna prohibición legal o estatutaria, bien se exprese esta aclaración en forma negativa o de un modo positivo autorizando que se ejercite.

Conviene advertir en este apartado que la aclaración de referencia, válida en todos los casos dudosos y en general respecto a las prohibiciones que tienen un origen meramente estatutario, carece en general de utilidad en los casos de prohibición legal, como ocurre en los supuestos de ejercicio de actividades dañosas, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, puesto que el carácter imperativo de la norma se muestra en estas facetas con todo rigor: los propietarios actuales del edificio no pueden permitir actividades dañosas, inmorales, incómodas o insalubres, ya que con su ejercicio se atenta al interés general, al orden público. Si no existiera el precepto del artículo 7.º, párrafo tercero, de la Ley, sería bastante la regla general del artículo 1.255 del Código civil y aún la del artículo 4.º de dicho cuerpo legal.

Por otro lado, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto de 30 de noviembre de 1961, que aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, y que tiene por objeto, como explica su artículo 1.º, "evitar que las instalaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacenes, sean oficiales o particulares, públicos o privados, a todos los cuales se aplica indistintamente en el mismo la denominación de "actividades", produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a las riquezas públicas o privadas o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes".

En materia de gastos, el Tribunal Supremo rechaza en esta sentencia la exención de la obligación de contribuir a los gastos de portero. Y ello quizá en consideración a que este gasto debe entenderse general para todos los propietarios del edificio sin distinción, habida cuenta que entre las obligaciones que tienen los porteros, según su Reglamentación de Trabajo, figuran algunas que hacen referencia a todos los vecinos o propietarios del inmueble en general. Así, en la Reglamentación de Trabajo aprobada por Orden de 6 de marzo de 1967 para porterías de fincas urbanas de la provincia de Z., en cuya ciudad se halla la finca a que se refiere el litigio, se señalan los cometidos laborales del portero, que son una serie de trabajos que fundamentalmente afectan a los elementos

(10) Algunas de estas prohibiciones pueden ser consecuencia del destino del piso o local, con tal que este destino se halle precisado en el título o en los Estatutos.

Muchos problemas quedarán resueltos por disposiciones administrativas que exigirán condiciones mínimas de instalación y destino antes de autorizarse en el local o piso determinada actividad. También la legislación sobre viviendas de protección oficial eliminará dificultades, según se desprende de lo expuesto en nota anterior.

Pero, fuera ya de este marco administrativo, habrá que entender que si no se especifica claramente el destino del piso o local habrá libertad plena para cualquier actividad que no se halle incursa en alguna de las prohibiciones legales. Y si se especifica tal destino tan sólo deberán entenderse prohibidas aquellas actividades que lo contradigan. Véase sobre esta materia BATLLE: *Op. cit.*, págs. 167 y sigs.; PERE RALUY: «El arrendamiento y la propiedad horizontal», en *Pretor*, marzo-abril de 1964, pág. 14, y FUENTES LOJO: *Op. cit.*, t. I, páginas 588 y sigs.

comunes, tales como la limpieza, cuidado y vigilancia del portal, portería, escaleras, patios y "demás dependencias de uso común" (art. 6.º, a), 1 y 2); pero además: "Se hará cargo de la correspondencia o avisos que reciba para los vecinos, dueño o administrador de la casa" (art. 6.º, a), 3). "Cumplimentará los recados o comisiones encomendadas por los citados, y si éstos le encargaran del cobro de los alquileres lo efectuará sin demora, entregando inmediatamente los fondos recaudados en la forma que le haya sido señalada" (art. 6.º, a), 5). "Comunicará a la propiedad del edificio cualquier intento o realización por parte de los inquilinos de crear situaciones que puedan suponer subarriendos clandestinos o traspasos fraudulentos de las viviendas que ocupan o de cualquier acción u obra que se realice en ellas" (art. 6.º, a), 6). "Se ocupará de los servicios de calefacción y agua central..." (art. 6.º, a), 7).

Cierto que la redacción de tal Reglamento parece pensada para las viviendas y no para los locales de negocio, pero quizá no pueda atribuirse mucho rigor terminológico a las expresiones que emplea tal Reglamento y cupiese su extensión a estos locales. En todo caso, no hay duda que al menos las obligaciones comprendidas en los números 3 y 5, apartado a), artículo 6.º, de dicho Reglamento, pueden beneficiar sin distinción a todos los propietarios del edificio quizá sea decisiva la consideración de que la retribución del portero se señala en su artículo 10 en proporción a las rentas no sólo de las viviendas, sino de los establecimientos mercantiles o industriales sitos en el inmueble (11).

El Tribunal Supremo permite en esta sentencia, y en la forma antes expuesta, la instalación de toda clase de anuncios, toldos, marquesinas y adornos en la parte de la fachada que corresponda al local o locales, "siempre que no perjudiquen a los demás propietarios".

La doctrina científica se ha ocupado con carácter general de este problema relativo a la posibilidad de instalación de esos elementos en la fachada de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Batlle (12) se muestra inclinado favorablemente a la posibilidad de su instalación sin necesidad del consentimiento de todos los propietarios (considerando que la regulación de esta materia por la Junta de propietarios entra en el régimen propio de los actos de administración) en cuanto se refiere a los anuncios y toldos, siempre que no excedan de los límites usuales en cuanto a dimensiones, formato, lugar de instalación, etc. El mismo

11) Esta Reglamentación de trabajo, y en general todas las que se hallaban vigentes respecto al trabajo de porteros de fincas urbanas en las distintas provincias españolas, han sido derogadas por la actual Ordenanza nacional de empleados de fincas urbanas aprobada por Orden de 20 de enero de 1971. La argumentación recogida en el texto se refuerza hoy con la nueva Ordenanza, en la que de un modo claro impone ciertas obligaciones al portero, como la de vigilancia, aplicable a todas las dependencias del edificio (art. 12, obligación 1.ª, párrafo 2, inciso último, y obligación 2.ª), aunque le exima de otras de limpieza, que por cierto no sólo se refiere a los llamados «pasajes comerciales» (art. 12, obligación 1.ª), sino también a las suciedades derivadas de la utilización de los elementos comunes causadas por animales domésticos (artículo 12, obligación 1.ª). Por otro lado, la retribución mínima inicial en metálico del portero se fija en su artículo 21 teniendo en cuenta el producto bruto de alquileres de viviendas y rentas de establecimientos mercantiles e industriales sitos en el inmueble, criterio éste que ya figuraba en el artículo 10 de la Reglamentación de los porteros de Z. de 6 de marzo de 1967 referida en el texto.

(12) *Op. cit.*, págs. 111 y 126.

criterio creemos debe seguirse en cuanto a los adornos en la fachada en la parte que ocupa un establecimiento mercantil, de la forma usual, y siempre que no sufra alteración el aspecto arquitectónico del edificio (13).

En cambio, respecto a las marquesinas, la doctrina se inclina en sentido contrario a la posibilidad de su instalación, salvo que se obtenga el consentimiento de todos los propietarios (14).

El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, ya hemos dicho que permite la instalación de tales elementos, y el único condicionamiento exigido es el de que "no perjudique a los demás propietarios". Este condicionamiento podrá plantear dificultades en la práctica, sobre todo en el supuesto de la marquesina, si el piso superior a aquel donde se instale perteneciera a otro dueño, al que podría privar de vistas sobre la acera, y respecto del cual podría suponer cierto peligro, dada la facilidad de acceso al piso desde la marquesina. Inconvenientes estos que, al parecer, no se dan en el caso concreto resuelto por la sentencia, que por razón de dictarse en contemplación al mismo difícilmente permitirá que el criterio que mantiene en este punto pueda ser generalizado.

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

(13) FUENTES LOJO: *Op. cit.*, t. I, pág. 406, parece inclinado a favor de esta posibilidad, con el condicionamiento dicho, tratándose de obras de retoque para adaptar el negocio a las exigencias de la técnica y los avances publicitarios.

(14) Véase por todos BATLLE: *Op. cit.*, págs. 129 y sig. Una sentencia de la Audiencia de Madrid de 17 de marzo de 1964 (puede verse en *Revista General de Derecho*, junio de 1964, pág. 478) para un caso concreto se muestra contraria a su instalación.