

3. La vivienda del portero como objeto de interpretación del contrato de compraventa y el Régimen de Propiedad Horizontal. La exoneración de contribuir a determinados gastos a favor de ciertos pisos o locales en relación con la cuota de propiedad.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1970

ANTECEDENTES

I. Mediante escritura pública de agrupación, declaración de obra nueva y división horizontal otorgada el 23 del 12 de 1960 ante el Notario don ..., la Sociedad Banco X, S. A., representada por don ..., dejó practicada la división del inmueble sito en la calle ..., número ..., de El Ferrol del Caudillo, en 17 fincas independientes, de las que merecen particular mención las señaladas bajo los números 1 y 11.

La número 1 consiste en una finca integrada por la totalidad de las plantas sótano y baja y el primer piso izquierda, hallándose dotada, además de los servicios generales y elementos comunes del inmueble, de una escalera interior que enlaza las tres plantas, y de una entrada independiente desde la calle, así como de una pequeña puerta de comunicación que da a la escalera general del edificio. Y la número 11, situada en el piso 6.º derecha, aparece descrita con una superficie de 61,20 metros cuadrados —muy inferior al resto de las demás viviendas— y una distribución muy diferente de éstas.

En los Estatutos incorporados en la escritura de referencia, tras de señalar a todas y cada una de las fincas independientes resultantes de la división —y entre ellas a las dos que se acaban de mencionar— un porcentaje de participación en los gastos comunes, así como para la adopción de acuerdos de carácter administrativo, se contiene un párrafo del siguiente tenor: “No obstante, y teniendo en cuenta que la finca número uno posee servicios propios con puerta de acceso exclusiva y escalera interior que comunica la planta baja con el sótano y primer piso izquierda, queda excluida esta finca de contribuir a los gastos de entretenimiento, conservación y consumo de fuerza y energía, que origine el funcionamiento de ascensores y montacargas, luces de portal y escaleras, motor del agua y pago por los servicios del portero, cuya función específica es totalmente ajena a la actividad y funciones que se desarrollan en la finca número uno citada, cuya clientela no utiliza estos servicios comunes”.

II. Con anterioridad a la fecha de la escritura citada, el Banco X, de una parte, y de otra, don S. L. de la O. —quien en el pleito litiga como propietario y como Presidente de la Comunidad, pero en ambos conceptos en interés de ésta—, habían suscrito un documento privado con fecha 22 de

junio de 1960 en el que se lee que el Banco X está facultado para establecer el Régimen Jurídico de la Comunidad y que el señor L. de la O. acepta en principio el Régimen que, de acuerdo con lo que la Ley preceptúa, establece el Banco al hacer la distribución por pisos (1).

III. Entendiendo el señor L. de la O. y los demás compradores —a excepción, claro está, del comprador del piso 6.º derecha— que el Banco X al redactar los Estatutos y otorgar la escritura de división de la finca faltó a los principios de justicia y equidad en orden al establecimiento del Régimen Jurídico por el que debía regularse la Comunidad de Copropietarios, al liberar de determinadas obligaciones a la finca número 1, cuya propiedad se ha reservado el mismo Banco, y que éste también faltó a la justicia al haber hecho objeto de venta la vivienda destinada al portero, que había sido proyectada en la planta 6.ª y que fue adquirida al parecer por don E. P. F., formularon demanda en juicio ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de La Coruña contra el Banco vendedor y contra el referido señor P. F. como comprador del piso 6.º derecha.

En relación con la exoneración a favor del Banco de participar en determinados gastos, alegaban los demandantes que si el régimen que se contiene en los Estatutos y en el Reglamento de Régimen Interior no se adapta en todo a lo que la Ley preceptúa, el señor L. de la O. no ha prestado su consentimiento, pues el compromiso firmado por él otorga un voto de confianza, en principio, es decir, *sub conditione*.

Y en relación con el piso 6.º derecha que, a juicio de los demandantes, debió ser destinado, como elemento común del inmueble, a vivienda del portero, aducían, con cierta involucreción de aspectos fácticos y jurídicos, los siguientes argumentos que exponemos en síntesis: a) que en el Proyecto y en la Memoria descriptiva elaborados por el Arquitecto se describía el referido piso 6.º derecha como vivienda “destinada al portero”, siendo su superficie muy inferior a la de la vivienda contigua (6.º izquierda) y su distribución completamente distinta a la del resto de las viviendas destinadas

(1) Es de advertir que de los Resultandos de la sentencia que comentamos no se deduce claramente la naturaleza del contenido de este documento privado, cuya calificación, dada la escasez de datos, resulta difícil. A primera vista, pudiera pensarse se trata del documento privado mediante el cual ambas partes reflejaron por escrito el contrato de compraventa convenido por ellas con vistas a la transmisión de un piso determinado a favor del señor L. de la O., contrato que, presumiblemente, sería muy similar al convenido con todos y cada uno de los demás compradores-propietarios en relación con sus respectivos pisos. Pero quizás sea más seguro entender se trata de un documento suscrito por el Banco X, de un lado y como titular registral, y por el señor L. de la O., de otro y en concepto de Presidente de la Comunidad de Propietarios, como consecuencia de algún acuerdo comunitario dirigido a la formalización del Régimen de Propiedad Horizontal. En cualquier caso, la cuestión no trasciende a la sustancia del pleito, si bien abona esta última tesis la consideración de que, pese a ser indudable que los propietarios compradores, luego codemandantes, tenían que estar necesariamente vinculados al Banco vendedor por contratos privados de fechas diversas, a efectos de justificar su legitimación activa, tales propietarios invocaron no esos contratos, sino su cualidad de propietarios reconocida por los demandados y acreditada por su intervención en las Juntas de condueños. Ni que decir tiene que quizá con ello trataron de eludir complicaciones de orden fiscal.

a ser vendidas como fincas independientes, existiendo por otra parte, en la placa del cuadro de timbres situados al lado del ascensor y en el botón correspondiente al pulsador de la vivienda del piso 6.º derecha la mención expresa "portero"; b) que en la fecha en que fue formalizada la declaración de obra nueva y la división horizontal del edificio, regía en la provincia de La Coruña, como reglamentación de trabajo para porteros de fincas urbanas, la aprobada por resolución del Director General de Trabajo en seis de marzo de mil novecientos cincuenta, cuyo artículo veintiocho disponía que todos los porteros tendrán derecho a vivienda gratuita, así como los servicios de luz y agua en la propia finca, la cual reunirá las condiciones precisas de higiene y decoro y una capacidad proporcionada a la renta del edificio.

Con base a la antedicha fundamentación, los demandantes suplicaron se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º Declaración de que la finca número 11 correspondiente al piso 6.º derecha pertenece a la comunidad de propietarios por ser la vivienda del portero y constituir un elemento o parte común del inmueble. 2.º Declaración de que procede hacer una nueva distribución de la participación que corresponde en el valor del inmueble y en las cargas comunes a cada una de las 16 fincas restantes, distribuyendo a prorrata entre las mismas la participación que había sido asignada a la finca número 11. 3.º Subsidiariamente, y sólo para el supuesto de que fuese ya imposible jurídicamente el cumplimiento o ejecución de los dos pronunciamientos anteriores, que se condene al Banco X a entregar a la comunidad de propietarios una vivienda para el portero que reúna las condiciones previstas en la reglamentación laboral vigente. 4.º Declaración de haber lugar a la rectificación de los Estatutos en cuanto a la exención en favor de la finca número 1, de propiedad del Banco X, de contribuir a los gastos de entretenimiento de ascensores y montacargas, luces de portal y escaleras, motor de agua y pago por los servicios del portero. A las anteriores peticiones unían los demandantes las relativas a la rectificación de la escritura de división horizontal y del asiento practicado en el Registro de la Propiedad, así como la anotación preventiva en éste de la demanda decidida.

IV. Tanto el señor P. F., quien hizo citar de evicción al Banco X, como este último, se opusieron a la demanda produciéndose, además, una acumulación de autos motivada por la circunstancia de haberse hecho extensiva la demanda a don J. T. P., como adquirente del piso 6.º derecha por título de compra, también en documento privado, al señor P. F.

V. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando ambas demandas acumuladas y absolviendo a los demandados.

VI. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia de La Coruña se pronunció confirmando en todas sus partes la sentencia apelada.

VII. Contra dicho fallo los demandantes interpusieron recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal articulando cinco motivos, cuatro de ellos (los señalados bajo los números 1, 2, 3 y 5) al amparo del artículo 1.692, 1.º L.E.C., y el cuarto al amparo del número 7 de este mismo artículo.

En el motivo 1.º se denuncia la infracción por inaplicación del artículo 1.258 del Código Civil en relación con los 1.091 y 1.450. En el motivo 2.º

se invoca la violación por inaplicación del artículo 1.091 en relación con el 1.296, ambos del C. C. El motivo 3.º aduce la interpretación errónea del artículo 396 del C. C. en relación con los artículos 1.º y 5.º L. P. H. El 4.º de los motivos, introducido con carácter subsidiario respecto del anterior, denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documentos auténticos. Por último, en el motivo 5.º se alega la violación por inaplicación del artículo 1.089 en relación con los 1.258, 1.281 y 1.282, todos del C. C.

LA SENTENCIA

El Tribunal Supremo, rechazando los dos primeros motivos invocados por los recurrentes y acogiendo el tercero —y sin entrar, por considerarlo ya innecesario en el 4.º y 5.º—, casa la sentencia dictada por la Audiencia de La Coruña, pero sólo en cuanto hace referencia al particular de la participación de la finca número 1 en los gastos de conservación y elementos comunes.

De los cinco considerandos que comprende esta sentencia reproducimos a continuación y para su mejor comentario los tres primeros:

“CONSIDERANDO que, como certeramente establece la Sala “a quo” al interpretar los contratos otorgados entre los recurrentes y el Banco X, es evidente que nada en los mismos hace referencia a que en las compraventas de los pisos de aquéllos estuviera incluida la parte proporcional del piso sexto derecha, por lo que es clara la aplicación de la regla contenida en el artículo mil doscientos ochenta y tres del Código Civil, según la cual “cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes a aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar” y reiterada jurisprudencia de esta Sala que la interpreta, debiendo por ello necesariamente decaer los motivos primero y segundo en que, con apoyo en el ordinal primero del art. 1.692, se acusan violaciones de los arts. 1.258 en relación con los 1.091 y 1.450 del Código Civil y del 1.091 en relación con el 1.256 también del citado cuerpo legal respectivamente, ya que, siendo facultad del Tribunal la interpretación del contrato, ha de prevalecer la hecha por el mismo cuando no resulte contraria palmariamente con las cláusulas del mismo y ni la indicación del Proyecto ni la del cuadro de timbres, sobre el destino de dicha vivienda, son elementos con entidad propia y suficiente para deducir de los mismos un acuerdo de voluntades sobre la transmisión de propiedad de una vivienda no incluida, en la escritura de división y constitución de propiedad horizontal, como elemento común, ello con independencia de que al atacar la interpretación del contrato debió denunciarse la infracción de los artículos 1.281 a 1.289 o del correspondiente entre éstos.

CONSIDERANDO que, por el contrario, es evidente la interpretación errónea dada por el Tribunal de instancia al art. 396 del Código Civil en remotivo tercero, por la misma vía de los anteriores, puesto que, establecido el carácter de elementos comunes de portería, ascensor y escaleras, resulta claro que la vivienda número uno, con una participación de veintitrés céntimas, doscientas cincuenta y ocho milésimas, está obligada a participar en

los gastos comunes y de conservación, ya que si bien el número 3.º del artículo 5.º de la antes citada Ley, permite fijar al propietario la cuota de participación de cada piso, al iniciar la venta de éstos, teniendo en cuenta para dicha fijación la situación de los mismos y el uso que va a efectuar de los elementos comunes, no hay disposición alguna que permita que, una vez fijada tal cuota se exima a alguno del pago de los gastos de conservación anejos a su participación, y al no haberlo estimado así, se ha incidido en las infracciones denunciadas, procediendo la estimación del motivo.

CONSIDERANDO que a tal estimación no es obstáculo la norma primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad horizontal, puesto que la unanimidad exigida por tal disposición hace referencia a las modificaciones en el título de propiedad y Estatutos acordados por la Junta de Propietarios, mas no puede en forma alguna ser aplicable cuando, como en el presente caso, surge la modificación por contenerse en el título constitutivo una disposición contraria a la Ley y lesiva para los derechos de propiedad del resto de condueños, en virtud de declaración de voluntad legal hecha en el oportuno juicio contradictorio y por órgano jurisdiccional competente.”

COMENTARIO

Dos son las cuestiones debatidas en esta sentencia —ambas de indudable trascendencia actual— que el T. S. resuelve, a nuestro juicio, de manera no demasiado convincente.

Ciertamente que ambas cuestiones tienen como denominador común (2) el problema del alcance de las facultades retenidas o concedidas al propietario de un edificio en orden al establecimiento unilateral del régimen de propiedad horizontal con posterioridad a la venta de los distintos pisos o locales que componen aquél, es decir, en un momento en que junto a la titularidad registral o formal del propietario único, y por ello único legitimado para crear el título susceptible de provocar la alteración del Registro —me refiero a la escritura de división horizontal y establecimiento del consiguiente régimen—, se alza la titularidad sustantiva de todos y cada uno de los condueños que han accedido a la comunidad por el título de compra de un piso o local determinado reflejada en documento privado.

Pero fuera de este denominador común, cada una de las cuestiones debatidas en la sentencia que comentamos tienen matices propios que, unidos al

(2) La problemática jurídica que ofrece esta materia es muy extensa y excede de lo que es propio de este comentario. Pensemos, entre otros muchos aspectos y ya en su mismo arranque, en el relativo a la calificación del negocio jurídico o de la simple cláusula contractual mediante la cual el comprador faculta al vendedor para establecer el régimen de P. H.; o en el controvertido tema, quizá demasiado sutil, de si en el ámbito de la teoría del título y el modo, la toma de posesión del piso vendido supone o no una verdadera *traditio* con los efectos traslativos previstos en el artículo 609 en relación con el 1.095 del Código Civil, porque al no existir todavía una verdadera finca independiente —independencia que sólo la división horizontal podrá producir—, la venta sólo opera sobre una cuota ideal de la propiedad del edificio, y esa cuota por su propia idealidad no es susceptible de aprehensión posesoria, etc.

hecho de haber merecido apreciaciones dispares por nuestro más alto Tribunal—no olvidemos que en parte se admite y en parte se rechaza la argumentación y el “petitum” de los recurrentes—, justifican un juicio crítico independiente. A tal efecto, siguiendo el mismo orden en que se pronuncia el fallo del T. S., vamos a analizar, aunque sea brevemente, en primer término, la validez de la exclusión de la vivienda 6.º derecha del concepto y régimen propio de los elementos comunes, y a continuación la validez de la exoneración de participar en ciertos gastos a favor de un local determinado, considerado éste como finca independiente resultante de la división.

A) *Validez de la exclusión de la vivienda 6.º derecha del concepto y régimen propio de los elementos comunes.*

Es habitual en los usos del tráfico inmobiliario promover la venta de los distintos pisos o locales existentes en un edificio, especialmente cuando éste se halla en fase de construcción, mediante unas ofertas al público que frecuentemente se materializan en folletos más o menos ilustrados, en los que, a veces, con abundante dosis de fantasía, que es tanto como decir inexactitud, se suelen consignar las características genéricas y los detalles peculiares de la construcción y de los servicios de los que se proyecta dotar al inmueble. No deja de ser, asimismo, frecuente la decepción de los compradores (3), que al finalizar la construcción y tomar posesión del piso o local adquirido comprueban cuán distante de lo prometido está lo que se les entrega. Y conste que tal decepción puede girar no sólo en torno a la calidad de los materiales o al valor estético de los elementos ornamentales ofrecidos, sino, lo que es más grave, a circunstancias tan importantes como pueden ser la superficie del piso o local adquirido (4) o a los servicios o instalaciones de los que debiera estar dotado el edificio. De entre ellos destacamos, por su interés en nuestro caso concreto, el característico servicio de vigilancia del inmueble, que si bien en su modalidad moderna de conserjería apenas exige instalaciones propiamente dichas, en su modalidad tradicional de “portería” comporta una vivienda familiar, ya sea o no contigua al típico chiscón situado a la entrada del edificio.

El legítimo interés de los compradores en el mantenimiento de las características ofrecidas por el vendedor, tanto respecto al piso o local adquirido como al edificio en su conjunto, por estar hipotéticamente cuajado de motivaciones subjetivas, siempre dignas de respeto, de muy diversa índole—familiar, profesional, personal (5)—, podría justificar el planteamiento de cualquier de-

(3) Ni que decir tiene que los casos más espectaculares son aquellos que han incidido de pleno en el ámbito del Código Penal, por razón de estafa, de los que se tiene noticias por medio de la prensa con lamentable frecuencia.

(4) En esta materia hay una elocuente picaresca basada en el confusivismo que produce el hábil manejo de conceptos tan sibilinos como el de «superficie útil», «superficie construida», «superficie total incluida terraza» o «incluida participación en áreas comunes», etc., que, sin duda, no fueron contemplados por los redactores de los artículos 1.469 a 1.472 del Código Civil y hoy exigirían una especial técnica interpretativa en tema del cumplimiento de la obligación de entrega que pesa sobre el vendedor.

(5) Pensemos en el padre de familia numerosa que, como consecuencia de las antedichas sutilezas en torno al concepto fluctuante de superficie, se encuentra con que la vivienda adquirida es insuficiente para albergar a su

manda de este tipo no sólo como exigencia de cumplimiento, sino también en el terreno de la nulidad del contrato con base en la doctrina de la causa en su variante subjetivista de estirpe francesa o en la resolución por incumplimiento de las obligaciones bilaterales. Incluso no resultaría anómalo, al menos en ciertos casos, un planteamiento centrado en la anulabilidad del contrato de compraventa por error vicio del consentimiento, conforme al artículo 1.266, párrafo 1.º, del C. C.

Pero el hecho es que en nuestro caso, y a él hemos de atenernos, el tema se centra, precisamente como exigencia de cumplimiento, en el ámbito de la interpretación del contrato en orden a la delimitación del objeto vendido. Planteada así la cuestión, el T. S. la resuelve conforme a la reiteradísima doctrina de que "siendo facultad del Tribunal (a quo) la interpretación del contrato, ha de prevalecer la hecha por el mismo cuando no resulte contraria palmariamente con sus cláusulas".

Ahora bien, esta doctrina, que en términos generales parece irreprochable, proyectada hacia el caso concreto suscita ciertas reservas, porque, a mi juicio, envuelve una petición de principio que, por lo demás, desentona de la compleja naturaleza jurídica de la P. H. En efecto, el T. S. acepta la premisa de que en los contratos de venta de pisos no se hace referencia a que en los mismos estuviera incluida la parte proporcional del piso 6.º derecha, de donde, con base en el artículo 1.283 C. C., conforme al cual "cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar", extrae la consecuencia de que la vivienda en cuestión no fue transmitida.

Tal razonamiento me parece incorrecto e incluso peligroso en materia de P. H. Incorrecto, cuando menos, por la razón de que lo primero que convendría preguntarse es precisamente si era, en efecto, menester consignar en todos y cada uno de los contratos de venta una alusión a que en dichas ventas iba incluida "la parte proporcional" de la vivienda 6.º derecha para que la transmisión de ésta se produjese a favor de los compradores o, por el contrario, si lo que se necesitaba en realidad era una mención expresa de signo negativo para que no se produjese tal transmisión. A mi juicio, esto último es lo acertado, pues con independencia del defectuoso enfoque que supone aludir a "partes proporcionales" de tal vivienda, que podría inducir a pensar en una modalidad de copropiedad por cuotas de tipo romano referida a tal vivienda, inmersa dentro de régimen de P. H., creemos más bien que dadas las circunstancias del caso, a las que, como vemos, el T. S. no considera con entidad suficiente para deducir un acuerdo de voluntades sobre la transmisión, lo lógico es pensar que tan repetida vivienda del piso 6.º derecha, "ab initio" formaba parte de los llamados elementos comunes del edificio, cuya desafectación de tal carácter hubiera exigido el acuerdo unánime de todos los com-

familia; o el profesional que necesitando garage compra en la creencia razonablemente deducida de las afirmaciones del vendedor de que el ubicado en el edificio va a recibir en efecto tal destino y se ve sorprendido con una aplicación muy diferente (por ejemplo, talleres, almacenes, etc.), o el del enfermo que compra en una octava planta creyendo, lógicamente, que el ascensor ha de llegar hasta ella, y luego resulta que sólo alcanza a la séptima, como consecuencia de un retranqueo acordado «a posteriori», etc.

pradores, si bien éste podría haber sido sustituido por una cláusula de consentimiento expreso en cada uno de sus respectivos contratos de compra.

Basamos nuestra opinión en una doble consideración.

Por un lado, de la misma forma que es clásica y desde luego muy didáctica, aunque se le haya tachado de artificiosa, la distinción entre elementos esenciales naturales y accidentales del contrato, así, por analogía, en materia de P. H. podría pensarse que la trabazón o aglutinante de esta peculiar modalidad de copropiedad exige, además de unos elementos privativos indispensables, como son los distintos pisos susceptibles de aprovechamiento independiente, unos elementos arquitectónicos comunes que pueden ser esenciales, naturales o accidentales, estribando la diferencia en que sin los elementos comunes esenciales es físicamente inconcebible el propio edificio (por ejemplo, la cimentación o su estructura), cosa que no acontece con los naturales y accidentales, los cuales, a su vez, se podrían caracterizar por el hecho de que para privarles del carácter común los elementos naturales exigirán pacto expreso en contra y los accidentales exigirán ese pacto para incidir en la órbita comunal.

Pues bien, no parece aventurado incluir, cuando menos dentro del grupo de elementos comunes que hemos llamado naturales, aquellos que responden a exigencias legales de índole administrativa, cual acontece en nuestro caso, en el que los recurrentes aportaron al pleito el dato específico de que la reglamentación a la sazón vigente exigía—y así lo acredita además el proyecto del arquitecto y la Memoria explicativa—la inclusión de una vivienda para el portero dentro del edificio.

Por otro lado, si bien es cierto que toda esta materia adolece de las graves imprecisiones y dificultades que al Derecho opone la construcción de edificios y su técnica (6), no es menos cierto que son esas mismas dificultades las que aconsejan una labor interpretativa muy aquilatada en la que se den cabida a todos los intereses en juego. Por ello, es en este punto donde, a mi juicio (pese a que el T. S. objeta a los recurrentes el no haber mencionado expresamente cuál o cuáles de los artículos que el C. C. dedica a la interpretación del contrato—artículos 1.281 a 1.289—se consideran infringidos), ofrece mayores reparos el razonamiento de nuestro más alto Tribunal, pues en trance de confrontar hasta qué punto puede haber contradicción palmaria entre las cláusulas contractuales y la interpretación de las mismas verificada por el Tribunal de instancia, parece lógico atender a la conveniencia de valorar, con vistas a la determinación de la común voluntad de las partes, el comportamiento total de ambas, comprensivo no sólo de los actos coetáneos y posteriores al contrato, según prevé el artículo 1.282 de nuestro C. C., sino también de los actos anteriores al mismo, toda vez que estos actos anteriores ofrecen la ventaja de aparecer normalmente desprovistos del prejuicio de forzar una interpretación favorable a su autor (7). Y entre esos actos anteriores

(6) A título de ejemplo confirmatorio nos permitimos insistir en la permanente duda que ofrece saber hasta qué punto no quiebra la distinción entre elementos privativos y comunes en los supuestos tan característicos como son los muros exteriores, la fachada de un edificio, o en sus propios muros maestros o de carga existentes dentro de un piso o local determinado.

(7) En este sentido, BETTI: *Interpretazione della legge e degli atti giuridiche*, Giuffré-Milán, 1949, comentando el texto del artículo 1.362, párrafo 2.º del Código Civil italiano de 1942, pág. 305.

no cabe desconocer los representados por el proyecto y Memoria del arquitecto, ajustados a las exigencias administrativas y laborales vigentes, amén de otros (por ejemplo, la instalación del cuadro de timbres) que no por su carácter secundario desmerecen a la hora de ser tenidos en cuenta.

Pero es que, además, decíamos antes y lo repetimos ahora, la apreciación del T. S. en su primer considerando nos parece peligrosa por cuanto tiene de inducción a la comisión de abusos por parte de los constructores promotores de viviendas, quienes al socaire de contratos privados de venta redactados con notable parquedad, sea o no deliberada, y de las facultades que lógicamente se reserven con vista al establecimiento del régimen de P. H. en el título constitutivo formal podrían alegar, respaldados por esta sentencia, la relativa carencia de valor del proyecto de construcción y de la Memoria descriptiva de las características técnicas del edificio, cuyo valor vinculante para el constructor vendedor, en sus relaciones con los compradores, debería reputarse intangible sin el consenso de éstos, dada su indiscutible condición de copropietarios (8). Creemos que ello, por otra parte, es una auténtica exigencia de la buena fe—reiteradamente invocada sin éxito por los recurrentes—, tal y como la proclama el artículo 1.258 C. C. (9).

(8) Ni que decir tiene que este consenso ha de ser unánime y prestado individual y expresamente por cada uno de los compradores. En tema de copropiedad ordinaria, semejante afirmación tendría su apoyo en el artículo 397 del Código Civil. Pero ya en ámbito de la P. H. —y aunque se estime que mientras ésta no se constituya formalmente atraviesa la misma una fase de yacencia o provisoriedad— la conclusión a que lleva el artículo 396 del Código Civil en relación con los artículos 5 y 16 de la L. P. H. de 21 de julio de 1960, análogicamente aplicados, es la misma. Todo lo cual no es obstáculo para que una vez constituido formalmente el régimen de P. H. entren en juego sus específicas normas de dinámica jurídica y, entre ellas, las relativas a la forma de tomar acuerdos en materia de actos dispositivos, tal y como han sido progresivamente interpretadas en la resolución de la Dirección Gral. Reg. y Not. de 5 de mayo de 1970, al tratar precisamente de un acuerdo comunitario de desafectación y enajenación de la vivienda del portero.

(9) Llegados a este punto, no nos sustraemos a la tentación de manifestar la preocupación que nos suscita esta sentencia sobre todo proyectada hacia la órbita de la legislación especial de viviendas de Protección Oficial. En otra ocasión hemos aludido a que la legislación fiscal comportaba una especie de «patente de corso» a favor del promotor desaprensivo que durante la fase de construcción, o sea, antes de obtener la llamada «calificación definitiva» enajenaba los pisos a construir o en construcción, percibiendo cantidades a cuenta y haciendo falsas promesas, incluso conscientes, en orden a la calidad de la construcción, la caída de los pisos o las instalaciones o servicios del inmueble. Como es sabido, el artículo 65 del texto refundido de la Ley de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, establece en su número 29 una exención de la primera transmisión «intervivos» de las viviendas de Protección Oficial posterior a su calificación definitiva, añadiendo el mismo artículo que «la venta anterior a dicha calificación deberá sujetarse, para gozar de exención, a los requisitos establecidos en el Decreto 9/1963, de 3 de enero», relativos, en síntesis, a las garantías que deben ofrecerse —aval bancario, seguro, visado en la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda— en los casos en que se pacte en los contratos la entrega de cantidades a cuenta. Pues bien, en la hipótesis, por lo demás muy frecuente, de que los promotores actúen sin acogerse al sistema del referido Decreto, el incumplimiento por su parte de lo estipulado en el con-

B) *Validez de la exoneración de participar en ciertos gastos a favor de algún piso o local determinado.*

Creemos que es la primera vez que el T. S. tiene oportunidad de pronunciarse abiertamente en esta materia, y, con independencia de que sus pronunciamientos todavía no constituyan doctrina, es lo cierto que lo hace en forma tal que, a mi juicio, adolece de cierto confusionismo.

Por de pronto, estimamos que la afirmación contenida en el segundo considerando de la sentencia, conforme al que "no hay disposición alguna que permita que una vez fijada la cuota se exima a alguno del pago de los gastos de conservación anejos a su participación", por su propia generalidad ofrece ciertos reparos, y entre ellos el de que a la hipotética inexistencia de disposición permisiva el T. S. parece dar el valor de norma imperativa de signo prohibitivo. Y conste que decimos hipotética inexistencia porque cabe sostener, en contra del T. S., que la L. P. H. contiene verdaderas normas permisivas, tanto en el artículo 5.º, párrafo 3.º, como en el artículo 9.º, regla 5.ª (10).

Por otra parte, creemos que considerar prohibida a ultranza la exoneración de ciertos gastos en determinadas circunstancias es algo que no está ya en la letra, sino tampoco en el espíritu de la Ley, pese a ser ésta la tesis defendida por algún relevante autor (11)—cuya opinión parece haber pesado considerablemente en la sentencia que comentamos—, basada sustancialmente en la tajante dicción de la disposición transitoria 1.ª de la L. P. H.

Cierto es que toda exoneración de contribuir al sostenimiento de la cosa común, aunque esté basada en la no utilización o en la muy limitada utilización de ciertos elementos o servicios comunes por determinados propietarios, produce, casi instintivamente, una reacción adversa fundada en la sensación de falta de equidad y en la apariencia de abuso que toda exoneración privilegiada parece llevar consigo, máxime si la misma ha sido introducida unilateralmente en los Estatutos que han de regir la Comunidad por aquel de los comuneros a quien favorece. No obstante, para desvanecer esa sensación y demostrar que la exoneración no es necesariamente siempre abusiva—lo que equivale a decir que a veces puede serlo, como acontece en nuestro caso, según veremos—baste pensar en que uno de los criterios racionales que la pro-

trato —y ya vemos cómo el tema de la vivienda destinada al portero se presta a ello— sitúa a los compradores, las más de las veces gentes de condición modesta, en el penoso dilema de demandar al constructor, con lo que perderían la exención fiscal, toda vez que sus contratos son de fecha anterior a la calificación definitiva (lo cual quedaría acreditado al presentarlos en la oficina liquidadora como trámite obligado previo a la admisión de la demanda), o soportar las veleidades interpretativas en orden a la delimitación del objeto vendido y su extensión a ciertos elementos comunes que quiera ofrecer el vendedor de mala fe que encuentra un posible respaldo en la sentencia que comentamos.

(10) El artículo 5.º, párrafo 3.º, de la L. P. H. viene a decir que «el título podrá contener, además..., disposiciones no prohibidas por la Ley en orden a... servicios, gastos, administración y gobierno». Y, por su parte, el artículo 9.º, regla 5.ª, entre las obligaciones que impone a cada propietario, señala la de contribuir a los gastos generales «con arreglo a la cuota fijada en el título o a lo especialmente establecido».

(11) Juan V. FUENTES LOJO: *Suma de la propiedad por apartamentos*, Bosch-Barcelona, 1969, 2.ª edición. Vid., entre otros muchos pasajes de dicha obra, las páginas 269 y sigs., y 340 (tomo I), y 1.078 (tomo II).

pia L. P. H. contempla en su artículo 5.º, párrafo 2.º, con vistas a la fijación de la cuota de participación en la Comunidad y, consiguientemente, como regla general, en los gastos, es precisamente “el uso que se presume racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes”.

Aclaremos, antes de proseguir y para evitar malos entendidos, que, a nuestro juicio, coincidente con el de la generalidad de la doctrina, dados los términos del citado precepto legal (12), para fijar la cuota es obligada la contemplación de los cuatro criterios que en él se indican, como mínimo, a saber: superficie, emplazamiento, situación y uso presumible. Pero, también a mi juicio, la contemplación de este último criterio en particular puede hacerse o bien por la vía de la subsunción en la propia cuota en virtud de índices valorativos más o menos arbitrarios y de complejas operaciones matemáticas, de dudoso resultado en orden al logro de una equidad absoluta, o bien por la vía menos complicada de la exoneración de determinados gastos para aquellos pisos o locales que, en atención a circunstancias peculiares (y, entre ellas, las de su emplazamiento y situación, así como la de su posible incomunicación directa con el interior del edificio, etc.), así lo aconsejen. Ni que decir tiene que esta exoneración despliega una función correctora de la cuota previamente establecida, que no sólo no desdeña el mandato legal imperativo en orden a su fijación, sino que lo cumple escrupulosamente.

Asimismo contribuye a disipar la sensación de necesario abuso a que antes aludíamos, en tema de exoneración de gastos en favor de determinados pisos (por ejemplo, los de ascensor en relación con un local comercial situado en la planta baja o en el sótano del edificio y sin comunicación con el portal o la escalera del mismo), la detenida lectura del artículo 9.º, párrafo último, de la L. P. H., conforme al cual “se reputarán gastos generales los gastos que no sean imputables a uno o varios pisos, sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes”. Parece evidente que “la no utilización de un servicio” que no exime de la obligación de pagarlo se refiere a los pisos a los que son imputables los gastos, es decir, a aquellos cuyos propietarios u ocupantes, pudiendo utilizar el servicio y siendo normal que lo utilicen conforme a un uso racional del propio piso, no quieren hacerlo (13). Ejemplo: El poseedor de un piso alto que desiste de utilizar el ascensor y sube por la escalera, o cualquier otro poseedor que cierra los radiadores de su piso para no utilizar la calefacción. Ni el primero queda eximido de contribuir al pago de ascensor ni los últimos de contribuir al sostenimiento de la calefacción, so pena de llevar la comunidad a una total anarquía. En cambio, no puede decirse lo mismo en el caso del poseedor de una planta baja con acceso independiente a la calle y sin comunicación interior con el

(12) El párrafo 2.º del artículo 5.º de la L. P. H. dice: «En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único de edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para la fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presume racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes».

(13) En este sentido se pronunció la interesante Sentencia del Juzgado Municipal número 2 de Zaragoza del 28 de junio de 1967, citada y transcrita parcialmente por FUENTES LOJO, Obra cit., págs. 1.662 y sigs. del tomo II.

portal del edificio, el cual no utiliza el ascensor, porque, con arreglo a la lógica, no hay razón para que lo use ni se concibe que en consideración a ese local se haya establecido el servicio de ascensor; y lo mismo cabe argumentar, incluso con más motivo, respecto de aquel propietario en cuyo piso o local ni siquiera existen instalados radiadores de calefacción, y ello aun en el caso —si bien más opinable— de que atravesen el piso o local determinadas conducciones generales de dicho servicio.

De todo lo antedicho se desprende que, una vez más, parece descubrirse en la interpretación de la L. P. H. una cierta confusión entre aquellas de sus normas prohibitivas que, como tales, rebasan el ámbito de la autonomía de los copropietarios y materias que por su propia naturaleza, esto es, por afectar a la entraña de la propia institución comunitaria, exigen el acuerdo unánime de todos los interesados.

De ahí que entendamos más certero el planteamiento que, con vistas al mismo resultado estimatorio del recurso, hace el T. S. en su tercer considerando, aludiendo a la unanimidad exigida por la norma 1.^a de la L. P. H. No obstante, incide en el confusionismo antes apuntado al argumentar sobre la base de que en el título constitutivo —no olvidemos que éste fue creado unilateralmente por el propietario vendedor recurrido— se contiene “una disposición en contra de la Ley y lesiva para los derechos de propiedad del resto de los condueños”. Situar en un mismo plano la violación de la Ley y la lesión o perjuicio para los demás copropietarios es tanto como involucrar dos aspectos de la cuestión que debieran quedar bien deslindados.

Como antes hemos dicho y por las razones ya expuestas, no creemos absolutamente prohibida la exoneración de determinados gastos en determinadas circunstancias, máxime cuando esa exoneración responde a la función correctora que puede desplegar en la fijación de la cuota. De ahí que admitamos la posibilidad de que, bien el propietario único antes de iniciar la venta o después mediante la pertinete cláusula en los sucesivos contratos, o bien la comunidad formalmente constituida, puedan aprobar, mediando absoluta unanimidad, un acuerdo exoneratorio de este tipo (14). En cambio, por las mismas razones, creemos que el propietario, después de vender alguno o algunos de los pisos o locales, no puede por sí mismo y sin contar con el consentimiento de los que ya han comprado, cualquiera que sea el momento en que aquél se preste, introducir exoneración alguna —ya sea en su propio beneficio o en el de un nuevo adquirente—, y ello no por estar prohibido por la Ley, como parece entender el T. S., sino por algo más elemental, cual es el que por ser materia afectante al título constitutivo, dado su valor modificativo del contenido y efectos de la cuota, todo acuerdo de este tipo está sometido al régimen del artículo 16, párrafo 1.º, de la L. P. H., como lo estaría al del artículo 397 antes de la constitución formal de dicho régimen.

Salvando, pues, el riesgo de la generalización de la doctrina contenida en el considerando primero de la sentencia —que no compartimos— creemos, sin embargo, obligado reconocer el acierto de aquélla en el caso controvertido,

(14) Y asimismo admitimos, en contra de FUENTES LOJO, la plena validez y la vigencia de aquellas normas estatutarias anteriores a la L. P. H. que establecen exoneraciones de este tipo, las cuales, por tanto, no quedaron, a mi juicio, sometidas a la necesidad a la adaptación exigida por la Disposición transitoria 1.^a de dicha Ley.

no sólo porque en definitiva viene a destacarse la lógica e imperiosa necesidad de contar con los propietarios a la hora de imponerles un régimen de exoneración de gastos pensado sólo en favor de uno de ellos, sino también por la escasa justificación del fundamento en que la parte recurrida pretendía basar la exoneración. Adviértase que ésta, en síntesis, se proyectaba sobre los gastos procedentes de aparatos elevadores, luces de portal y escalera y pago de los servicios del portero, y afectaba a un local que, además de ocupar tres plantas y pese a su salida independiente de carácter principal a la calle, está unido a la escalera general del edificio mediante una pequeña puerta de comunicación. Frente a la pretensión consagrada en los Estatutos denunciados de que la clientela no utiliza los servicios comunes —silenciando la posibilidad de su uso por parte del personal que trabaje en el propio local— (15) se alza la norma ya citada del párrafo último del artículo 9.º de la L.P.H., según la cual la no utilización de un servicio no exime del cumplimiento de las obligaciones correspondientes, cuyo genuino sentido ya expusimos antes. Y todavía menos justificación tiene la exoneración del pago de los servicios del portero, ya que estos no son una prestación discrecional de la que los ocupantes del edificio puedan prescindir a su arbitrio —o invocar su no utilización—, antes bien, ya desde el Real Decreto de 24 de febrero de 1908 por el que se implantó el servicio de porterías (desarrollado posteriormente en numerosas Reglamentaciones laborales de ámbito provincial que recientemente han sido derogadas y sustituidas por la Ordenanza Nacional de trabajo para Empleados de Fincas Urbanas, aprobada por Orden Ministerial de 20 de enero de 1971), dicho servicio quedó configurado con el carácter de obligatorio para los edificios con pluralidad de viviendas y las funciones del portero delimitadas con unos perfiles que rebasan el ámbito cuasi-doméstico en que normalmente se desenvuelven para alcanzar, incluso, el carácter de Agentes de la Autoridad en determinadas circunstancias (así, el artículo 5.º del citado R. D. de 1908). Desde este punto de vista parece difícilmente sostenible no ya la renunciabilidad a los servicios del portero o el alegato de su no utilización, sino, lo que es más importante a nuestros efectos, la presunción de su no utilización y, en consecuencia, la posibilidad de exonerar a cualquier condeño de la contribución al pago de su remuneración. A mayor abundamiento, en nuestro caso concreto, en contra de lo pretendido por la parte recurrida, existe una manifestación, hábilmente invocada por los recurrentes, de utilización específica de los servicios del portero, cual es la correspondiente al encendido y conservación de la calefacción general del edificio, que aparece como una de las obligaciones peculiares de aquél, sancionada en un Reglamento de Régimen Interior anejo a los Estatutos redactados por el vendedor.

ANGEL LUCINI CASALES

Notario excedente

Letrado de la Dirección General de
los Registros y del Notariado

(15) No olvidemos la frecuencia con que en la práctica ciertos establecimientos comerciales u oficinas acostumbran a cerrar, desde dentro y a una hora determinada, sus locales abiertos al público, de tal modo que el personal, a veces muy numeroso como puede suceder en un Banco, o incluso los clientes rezagados, han de abandonarlo por una puerta interior que da a la escalera o al portal común del edificio.