

# **ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS ADQUIRENTES DE VIVIENDAS EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL**

Ana Díaz Martínez

Area de Derecho Civil. Departamento de Derecho Común  
Facultad de Derecho de Santiago de Compostela

## **SUMARIO**

**1. Intervención de los adquirentes de viviendas en el otorgamiento del título y los estatutos.** Cláusulas contractuales de aceptación de su contenido.

**2. Información proporcionada por el constructor sobre las reglas que han de regir la vida comunitaria en el edificio.**

El Real Decreto 515/1989 de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas y la Ley catalana 24/1991 de 29 de noviembre, de la vivienda.

**3. Cláusulas abusivas de los estatutos.** La información notarial al adquirente. La calificación registral como control.

**4. Problemas de falta de correspondencia entre la realidad física del edificio y la realidad documental.** Conformidad de la declaración de obra nueva con el proyecto aprobado. La Ley 8/1990 de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo.

**5. Posible impugnación de alguna cláusula del título por contradicción con la publicidad previa a la venta del piso.** Integración del contrato con el principio de buena fe.

## **PALABRAS CLAVE:**

- PROPIEDAD HORIZONTAL
- VIVIENDAS
- CONSTRUCTORES
- EDIFICACION

## INTRODUCCION

El enfoque por el que suele optar nuestra mejor doctrina civilística al enfrentarse con el reto de procurar la mejora de las condiciones de protección de los adquirentes de viviendas integrantes de un edificio es el de manifestar preferentemente su preocupación por la adecuación de las condiciones materiales del piso que es entregado a lo previamente pactado por vendedor y comprador, así como del precio a lo acordado, poniendo de este modo el acento en temas tales como las instalaciones con que cuenta la vivienda, los posibles vicios constructivos y su subsanación, las cláusulas contractuales relativas al pago de intereses por la parte del precio aplazado, etc (1)...

Es nuestra intención, diversamente, contemplar la protección del comprador desde la óptica de la escritura de división horizontal del inmueble en la que él, generalmente, no habrá tenido participación y cuyas reglas le vincularán en lo sucesivo en sus relaciones, tanto con el promotor-vendedor, con frecuencia único otorgante del mencionado título constitutivo, en la medida en que él se reserve o no termine de transmitir algunas unidades privativas, o incluso en cuanto haya hecho reserva de ciertos privilegios de diversa índole en beneficio de otros copropietarios, como con el resto de éstos.

Si, como acabamos de indicar, es cierto que el adquirente de una vivienda no suele tener participación directa en la elaboración del título constitutivo por ser el promotor de la edificación el único que lo redacta, con independencia, en su caso, del asesoramiento jurídico de que disponga, no lo es menos que éste último suele servirse de dos clases de

---

(1) Como muestra de esta orientación podemos mencionar las tres líneas que subraya BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. («La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en BERCOVITZ, A. y BERCOVITZ, R.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid, 1987. Pgs. 248- 249) como aquellas donde se pueden producir lesiones importantes de los intereses de un adquirente de vivienda: correspondencia entre la descripción contractual de la vivienda y el objeto que recibe, el precio de la vivienda y los gastos del contrato (sobre este último tema *vid.* FERNANDEZ- PACHECO MARTINEZ, M.T: «La venta de viviendas a consumidores: gastos que deben abonar los contratantes». A.C. nº 19, 10-16 mayo 1993. Pgs. 313- 326) y los vicios o defectos de construcción.

estipulaciones, que inserta en el correspondiente contrato de compraventa, para conseguir un «cierto tinte de legitimidad» para las operaciones que tiene previsto realizar: bien una cláusula de concesión de poder que le habilita para posteriormente formalizar de manera unilateral la escritura de división horizontal, con los correspondientes estatutos de la Comunidad, autorización que, de ordinario, se contendrá en documento privado, bien una de aceptación y manifestación de conformidad con tales documentos ya elaborados por el constructor-promotor, incluida normalmente en el clausulado del documento público en que se recoge el contrato, aun cuando no faltan casos en que tal cláusula ya se inserta en el documento privado, pues con anterioridad al inicio de las ventas el dueño único del edificio había procedido al otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, inscribiéndola en el Registro (2).

### **1. Intervención en el otorgamiento del título y los estatutos. Cláusulas de aceptación de su contenido.**

Sutiles formas de defraudar los legítimos intereses de los adquirentes de viviendas toman como instrumento el contenido del título constitutivo de la propiedad horizontal, que, con frecuencia, aparece en contradicción con los particulares contratos de adquisición suscritos por los compradores, quienes prácticamente desconocen la existencia e importancia de aquél sobre sus derechos en el inmueble (3). En efecto, no es insólito que,

- 
- (2) En ocasiones, en tales cláusulas contractuales, se incluye una referencia, no sólo a la aceptación de los estatutos y la declaración de obra nueva y división horizontal, sino también a que los compradores ingresan, tras su firma, en la Comunidad de Propietarios. Sobre el sentido de esta última mención, la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 10 de mayo de 1990, ha puesto de manifiesto, sin embargo, que ha de interpretarse en relación con las demás del contrato, del que, en su conjunto, se deduce, en el caso concreto controvertido, que no fue verificada, a la firma del mismo, la entrega de los pisos vendidos, razón por la que, como lo fueron en documento privado, no se constituyó todavía la Comunidad de Propietarios, sino que tan sólo debe entenderse formada una comunidad de compradores, cuyos integrantes tenían un *ius ad rem* a la entrega de sus viviendas.
- (3) *Vid.*, a título meramente ejemplificativo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1986 (R.A.J. 4570), que resuelve un caso en que el promotor, en contra de lo que acordó con los compradores en los documentos privados de venta de sus pisos, reserva en exclusiva, en la escritura de división horizontal, en favor de un solo comunero, algunos elementos comunes del edificio, que, en principio, habían de usar y disfrutar todos los propietarios,

habiendo sido formalizado el título constitutivo con la sola participación del constructor, promotor o vendedor, al amparo de su condición de, en principio, propietario único del inmueble, los contratos de compraventa contengan una cláusula genérica por la que los adquirentes de viviendas o locales de negocio declaran que «conocen y aceptan» el contenido de aquél, o de los estatutos en él insertados, de forma tal que se entienden incorporados a las estipulaciones contractuales como otras más del mismo género. El conflicto no tarda en surgir cuando el propio vendedor o cualquiera de los condóminos del edificio reclaman algún derecho que les había sido reconocido en título o estatutos y que entra en contradicción con cláusulas o pactos de los contratos particulares de venta de pisos, cuyos firmantes quizás ni tuvieron ante sí aquellos documentos ni estaban suficientemente informados de su contenido y de la repercusión sobre sus derechos (4). Esta fórmula de aceptación *a posteriori* del título o los estatutos previamente redactados suele alternar en la práctica, como ya hemos indicado antes, con la concesión de apoderamientos o autorizaciones, de ordinario muy genéricos y contenidos en documentos privados, para que el promotor o constructor proceda por sí a determinar su contenido sin intervención de los compradores, sin olvidar la posibilidad de introducir en el contrato de compraventa, como verdaderas condiciones generales, normas que luego han de integrar necesariamente el contenido de los estatutos que se aprueben, al ser aceptadas por el comprador, o que harán innecesaria la redacción de aquéllos por su exhaustividad.

Frente a tales mecanismos de vinculación de los compradores, pueden encontrarse soluciones en nuestro Derecho contractual orientadas a tutelar sus legítimos intereses. En esta dirección apuntada, nos parecen muy

---

amparándose en la atribución, en los correspondientes contratos de compraventa, de la facultad de señalar los coeficientes de participación en tales elementos comunes.

- (4) Se trata, principalmente, haciendo un rapidísimo recorrido por las estipulaciones más frecuentes y lesivas para los compradores, de atribuir derechos de utilización exclusiva sobre elementos comunes- patios, terrazas...- a uno de los condóminos; exonerar de la contribución a los gastos generales del inmueble a los propietarios de algunas viviendas, o, más habitualmente, locales, que suelen ser los que el promotor se ha reservado y no ha vendido; autorizar divisiones o agrupaciones de unidades privativas sin consentimiento de la Junta de Propietarios; desafectar elementos comunes por naturaleza, convirtiéndolos en privativos; establecer servidumbres entre diferentes partes del inmueble en beneficio de un propietario, o, incluso en interés de otro inmueble colindante, edificado también por el mismo constructor, que otorgó ambos títulos constitutivos, etc...

meritorios los esfuerzos que últimamente ponen de manifiesto algunas decisiones judiciales por tratar de enmarcar tales prácticas en la Ley 26/1984, de Defensa de los Consumidores y Usuarios o por intentar hallar, tal vez en ocasiones algo forzosamente, mecanismos de control. Entre las primeras, creemos destacable la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 15 de febrero de 1993 (5), que utiliza como argumento para declarar inexistente una servidumbre sobre la cubierta del edificio no sólo la integración del contrato por el principio de la buena fe, que impide tener por pactadas condiciones que reducen el concepto libre de la propiedad si la aceptación de las mismas no consta de forma clara, sino también, y ante todo, la vulneración de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios que exige en las ventas claridad, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato (6). Con decisión afirma la Audiencia que «no cabe llegar a

---

(5) A.C. Audiencias, nº 14, 16- 31 julio 1993. Pgs. 1384- 1386.

(6) Distinto sería que el contenido de la escritura de división horizontal hubiese sido proporcionado a **todos** los adquirentes y por ellos conocido y libremente aceptado en los respectivos contratos de compraventa (el matiz de la unanimidad es esencial, junto con el del preciso momento en que se tiene conocimiento, pues, como señala SOLIS VILLA, I. - en RODRIGUEZ ADRADOS, A., ROJAS MONTES, L. y SOLIS VILLA, I.: «Necesidad social de la imparcialidad del redactor del contrato». R.D.N. Abril- junio 1982. Pg. 287- para que queden obligados los adherentes en un negocio *per relationem* en sentido formal como es éste se requiere que el contenido sea conocido antes de prestar el consentimiento), pues de acreditarse esta circunstancia cobra vigor la aplicación a tales casos de la llamada «teoría de la anticipación del consentimiento», que purga de vicios el título otorgado sin participación de los adquirentes. Tal solución es la propugnada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de septiembre de 1991 (R.A.J. 6280), seguida por la de la Audiencia Provincial de Castellón de 2 de mayo de 1992 (A.C. 1992- 3. Pgs. 680- 683). En estos casos, en que los condóminos aceptan en bloque el clausulado del título o de los estatutos previamente redactados, no puede olvidarse, como ya señalaba SOTO NIETO, F. («El título constitutivo de la propiedad horizontal». *Libro Homenaje a Ramón M<sup>a</sup> Roca Sastre*, vol. II, 1973. Pg. 412 y «Virtud modeladora de los estatutos», en *Cuestiones jurídicas. Jurisprudencia creadora*. Madrid, 1976. Pg. 337- 338) que estamos en presencia de una verdadera «adhesión», pues a los adquirentes no les queda otra alternativa que aceptarlos si quieren conseguir la vivienda o local de negocio de que se trate. Como dice ALFARO AGUILA- REAL, J. (*Las condiciones generales de la contratación*. Madrid, 1991. Pg. 118) «también quedan sometidas a control las cláusulas de los estatutos de propiedad horizontal cuando su contenido ha sido predispuesto por el promotor y se imponen a los adquirentes de viviendas», supervisión que se centrará, pues, en el contenido de lo establecido y consentido, tratando de discernir las cláusulas abusivas y las que no lo son. En el mismo sentido se pronuncian ROJAS MONTES, L., GARCIA- GRANERO MARQUEZ, M. y SAPENA DAVO, J. («La protección de las partes contratantes mediante la intervención notarial en las fases preliminares del contrato de compraventa». R.D.N. Julio- diciembre 1988. Pg. 192), quienes consideran que, aunque la

la conclusión (...) de que por la sola manifestación del comprador de conocer y aceptar las normas reguladoras de la Comunidad está conforme con la restricción que a su derecho de propiedad se le pretende imponer mediante la fórmula que se emplea» (7).

En relación con las segundas, cierta orientación favorable al adquirente, si bien todavía tímida, se advierte en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1992 (R.A.J. 9229), que resuelve sobre la pretensión de nulidad de la escritura de constitución de la propiedad horizontal otorgada por la promotora unilateralmente cuando ya se había procedido a la venta de algunas viviendas. La *ratio decidendi* de esta sentencia es la necesidad de que hubiesen concurrido a tal acto quienes eran ya propietarios por haberles hecho entrega de aquéllas, tras la firma del correspondiente contrato privado de compraventa, pero lo que pretendemos resaltar son las afirmaciones vertidas por el Supremo en relación con ciertos poderes o autorizaciones, concedidos por algunos adquirentes, facultando a los promotores-constructores para el otorgamiento de la escritura de constitución de la propiedad horizontal. Si bien el argumento esencial para mantener la nulidad del título redactado unilateralmente es la falta de dación de poder en algunos adquirentes de viviendas- los demandantes- «aunque otros hubiesen efectuado una autorización de dudosa eficacia en cuanto de carácter abstracto e incompleto, por tener un ámbito exclusivamente individual y no conjunto ni supletoria de la voluntad de los demás copropietarios», nos parecen muy clarificadoras las palabras que el Supremo dedica a la calificación de la mencionada cláusula de apoderamiento, la cual, en su opinión, adolece de falta de claridad (8)

---

jurisprudencia haya establecido que queda obligado el comprador por la autorización concedida al vendedor para que éste redacte los estatutos, «tales estatutos no son ni pueden ser una patente de corso en beneficio de los intereses del promotor constructor, pues están sometidos a la Ley, y no sólo a la Ley de Propiedad Horizontal, sino también a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

- (7) En el caso debatido se producía la contradicción antes aludida entre las reglas contenidas en el contrato de compraventa (donde se declaraba la finca libre de cargas y gravámenes) y la escritura de obra nueva y división horizontal que reservaba un derecho de instalación de letreros sobre la cubierta del edificio, con la peculiaridad de que en el mencionado contrato figuraba la cláusula de conocimiento y aceptación de las normas reguladoras de la Comunidad.
- (8) La denomina «cláusula de estilo (...) redactada en forma ciertamente equívoca».

(defecto que creemos poder apreciar en la mayoría de las de esta índole que se insertan en los contratos) y especialmente aprovechables las consideraciones que efectúa acerca de que «una posible facultad de otorgamiento no involucra sin más la prestación de consentimiento ni la omisión de asistencia a tal otorgamiento». Además, deben tenerse presentes en esta materia algunas observaciones que han de fortalecer la posición de los adquirentes: el apoderamiento, además de unánime, ha de ser expreso, no pueden consentirse ni abusos en el uso del poder concedido, es decir, la utilización de las facultades conferidas para fines distintos de los pretendidos por el que las otorgó, ni extralimitaciones por parte del autorizado a formalizar el título constitutivo (9), mecanismo este último que pierde considerablemente eficacia cuando, como es habitual, los apoderamientos vienen concebidos y plasmados en términos tan generales que resulta prácticamente imposible trazar sus pretendidos límites (10).

En este ámbito, parece interesante tomar en consideración una cláusula concreta que los promotores-constructores no dudan en incluir con asiduidad en las escrituras de división horizontal que elaboran, consistente en la reserva en su favor de la facultad de hacer las aclaraciones, subsanaciones o rectificaciones a las mismas que fueran procedentes, estipulación que, de ordinario, suele insertarse ya en los contratos de compraventa como condición general que quienes desean adquirir un piso o local en ese inmueble no tienen más opción que aceptar. Tales cláusulas, que parecen favorecer abusos del disponente, pues suele intentar que prevalezca una «peculiar» interpretación de las mismas, siempre en favor de sus intereses, aprovechando la autorización para modificar el título

---

(9) *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1991 (R.A.J. 5421), que aclara que la autorización concedida en su día a la empresa constructora y vendedora para otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal se agotó con ese acto, sin que quepa entender comprendida en ella la modificación posterior de aquella escritura, con el pretexto de que se trataba tan sólo de la subsanación de un error, sin recabar el acuerdo unánime de todos los propietarios.

(10) No tuvo más remedio el Tribunal Supremo que pronunciarse en esta línea en la Sentencia de 13 de noviembre de 1990 (R.A.J. 8706), declarando la inexistencia de extralimitación por parte del apoderado, ante un poder concedido para «todos los asuntos relacionados con las edificaciones en proyecto», con la apreciación de que comprende algo tan específico como la elaboración de proyectos a encomendar a los técnicos apropiados.

constitutivo cuando ya no es propietario único del edificio (11), tienen una indudable conexión con las que declara ineficaces el art. 10.2º del Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, que dispone que el contratante que utiliza las condiciones generales «tampoco podrá reservarse la facultad de interpretar, por sí o por medio de personas u órganos vinculados a su círculo de influencia, los términos del contrato». Así lo entiende CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA (12), para quien la prohibición de la reserva de esta facultad de interpretación está ligada a la de lo que denomina «apoderamiento subsanatorio», por el que el vendedor queda facultado para otorgar las escrituras aclaratoria o subsanatoria.

Como antes sugeríamos, la pretensión de quienes ya son propietarios de unidades privativas en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal- viviendas o locales- de dejar sin validez, total o parcialmente, el título constitutivo en cuya elaboración no intervinieron, pero se comprometieron a aceptar *a priori*, con la concesión de autorizaciones, más o menos genéricas e imprecisas, o «convalidaron» o «ratificaron» *ex post* al suscribir las respectivas escrituras públicas de compraventa (13), está entrelazada con las consideraciones relativas a la adquisición del derecho de dominio por parte de tales compradores- impugnantes y con la precisión de quién reunía la condición de propietario en el momento en que se procedió al otorgamiento de la escritura de división horizontal. Tales

---

(11) Podemos observar un caso que presenta características similares con la lectura de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 30 de abril de 1987 (R.G.D. Junio- agosto 1988. Pg. 4768), que no consiente que la demandada, otorgante única del título constitutivo- allí se dice, incorrectamente, de los estatutos- aceptado con posterioridad por los otros copropietarios del edificio, modifique las cuotas de participación en su beneficio, con el pretexto de la existencia de un error y amparándose en el derecho de aclarar y rectificar algún extremo de la escritura a que nos hemos referido.

(12) *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*. 2ª edición, actualizada. Madrid, 1993. Pg. 160.

(13) Incluso, en ocasiones, ambos sistemas de vinculación de los adquirentes se utilizan conjuntamente, pues en los contratos privados de compraventa se contiene el poderamiento o mandato expreso en favor del promotor-constructor y, tras la operación de otorgamiento por él de la escritura de división horizontal, con los correspondientes estatutos, en los documentos públicos en que se recoge la transmisión del dominio producida consta la conformidad prestada por los compradores a todo lo dispuesto por aquél (Vid. Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 14 de enero de 1985 -R.G.D. Enero- abril 1986. Pg. 974).

matizaciones, en efecto, constituyen la médula de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1992, el cual, en principio, y sin perjuicio de las restantes consideraciones antes destacadas sobre la forma de dación de los poderes por parte de los adquirentes, no hace más que aplicar la vieja teoría del título y el modo, derivada de los arts. 609 y 1095 Cc., como forma de adquisición de la propiedad, interpretando literalmente el término «propietario» que emplea el art. 5.2º L.P.H. (Idéntico criterio se manifiesta en las sentencias de 25 de mayo de 1984 y 17 de julio de 1987 (14), ésta última que declara la validez del título otorgado de forma unilateral porque los adquirentes en documento privado no habían tomado posesión de sus pisos y en la de la Audiencia Provincial de La Coruña de 29 de mayo de 1990 (15), que reproduce la doctrina de la última del Tribunal Supremo citada. Mención especial merece la que, cuando menos, puede calificarse de «sorprendente» sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de febrero de 1992 (16), que admite que intervengan en la elaboración de los estatutos los adquirentes en documento privado a los que se hizo entrega de sus viviendas, pero considera inviable su participación en la formalización de la escritura de obra nueva y división horizontal por obstáculos meramente registrales, relativos al tracto sucesivo, que, sin embargo, salva en el caso de los estatutos con el simple expediente de que el constructor-vendedor los dé a conocer al Notario que haya de formalizarlos como compradores de alguno de los pisos del inmueble) (17).

Tal solución, postulada en las sentencias mencionadas del Supremo -exigir que participen en el otorgamiento del título constitutivo todos los que civilmente sean propietarios de algún elemento del inmueble, aunque el documento base de su adquisición no sea de naturaleza pública-, nos

---

(14) R.A.J. 2549 y 5799, respectivamente.

(15) R.G.D. Marzo 1991. Pgs. 2059 y 2060.

(16) R.G.D. Abril 1992. Pgs. 3413- 3418.

(17) Aunque es cierto que el Registro plantea dificultades para que los adquirentes de viviendas participen en el otorgamiento del título constitutivo, puesto que en él sigue apareciendo como único titular registral del inmueble el constructor-promotor, en tanto no sean formalizadas las escrituras públicas de venta de las diferentes unidades privativas, con lo que, en principio, si aquéllos interviniesen en tal acto, se estaría vulnerando el básico principio de tracto sucesivo, es, a nuestro juicio, bastante incoherente, admitir el mecanismo de presentación o puesta en conocimiento del Registrador de los compradores como fórmula para salvar tal obstáculo en caso de los estatutos y no de la escritura de división horizontal.

parece, sin duda, más acertada que la de aquellos órganos judiciales que descartan tal intervención cuando la compraventa se celebró en documento privado, sin detenerse siquiera en la contemplación de si hubo o no *traditio*, pero quizá no sea todavía todo lo progresista que la actual tendencia de protección del consumidor, en este caso adquirente de inmuebles, exige. En efecto, tal vez una interpretación correctora y extensiva del precepto citado, a la luz del principio constitucional de protección de los consumidores, permitiera concluir que el legislador ha pretendido asegurar la participación en la regulación de los derechos de los condóminos de todos quienes han realizado ya sus adquisiciones en el inmueble y aunque no hayan recibido aún sus viviendas, orientación que, además de tener a su favor argumentos de estricta justicia material (no parece acertado que precisamente quienes han de quedar obligados para lo sucesivo por tales normas sean apartados en el proceso de elaboración y no se tengan en cuenta sus intereses), ha contado en ocasiones con el apoyo de la expresión «al iniciar su venta por pisos», contenida en el mismo párrafo del art. 5 L.P.H., entendida como «antes de iniciar su venta por pisos», de forma tal que la única posibilidad que tiene el promotor o constructor de otorgar unilateralmente el título constitutivo es que todavía no haya celebrado ningún contrato de compraventa: vendido algún piso, aunque sea en documento privado y no se haya verificado todavía la entrega, queda cercenada toda posibilidad del promotor o constructor de concurrir por sí solo a aquellas operaciones (así se mantuvo en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 18 de julio de 1981 (18), que cita las del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1970 y 16 de abril de 1979 para apuntalar su criterio, indicando que si el Alto Tribunal no matizó la existencia o no de *traditio* al negarle legitimación al vendedor para otorgar el título sin contar con los adquirentes de los pisos, ello se debió a la circunstancia de que éstos se hallaban en construcción, por lo que el Supremo era consciente de que no existió tal entrega (19). Alguna otra sentencia del

---

(18) R.G.D. Julio- diciembre 1982. Pg. 1992.

(19) A mi juicio, una excelente oportunidad para dar un paso adelante en esta dirección se presenta con el proceso de reforma en que está inmersa la propiedad horizontal, pero, por los textos que hasta ahora han llegado a nuestro conocimiento y con todas las reservas que el momento actual de debate conlleva, parece que será desaprovechada, pues el art. 4.1º del Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, de 18 de diciembre de 1991, elaborado por el Ministerio de Justicia, que regula también los denominados complejos

Tribunal Supremo podría inducirnos a corroborar esta tesis, por contener en ella afirmaciones como las de la de 27 de febrero de 1987 (20): «una vez iniciada la venta de pisos, viviendas, locales y demás espacios susceptibles de aprovechamiento independiente ya no le es factible al propietario del solar y de la construcción que ha efectuado las enajenaciones delimitar por sí la propiedad horizontal...», pero el detenido análisis de los hechos desvirtúa esta precipitada conclusión, pues está admitido por las partes litigantes que, antes del otorgamiento del título, el adquirente en documento privado ocupó el piso, una vez concluida su construcción (21).

---

urbanos (comúnmente llamados urbanizaciones) y lo que hasta ahora se conocía genéricamente como multipropiedad (ahora disgregada en «comunidad de aprovechamiento por turno» y «derechos de aprovechamiento por turnos sin carácter real», aparte de la multipropiedad propiamente dicha) sigue una línea continuista en relación con el art. 5.2º de la vigente L.P.H., indicando que las cuotas se determinarán «por quien todavía sea propietario único o por convenio unánime de todos los propietarios» y, en su defecto, por vía judicial. Las diferencias que se observan entre ambos textos son, pues, casi irrelevantes: se elimina la polémica expresión «al iniciar su venta por pisos», que, como antes subrayamos, fue en ocasiones utilizada como débil soporte en que apoyar la tesis de que habían de participar en el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal todos los adquirentes de pisos o locales, careciendo de legitimación el promotor-constructor para actuar solo desde que comenzó las operaciones de venta; se destaca la idea de que la transmisión de la propiedad de alguna unidad privativa limita la actuación del vendedor con las palabras «quien todavía sea» propietario único; concreta la exigencia de unanimidad de los condóminos para fijar las cuotas, aspecto éste sobre el que ya se había pronunciado en el mismo sentido la doctrina (el art. 5.2º L.P.H. hace referencia al «acuerdo de todos los propietarios existentes») y, finalmente, se omite toda alusión al laudo arbitral como forma de determinación de las cuotas de participación, apartándose así no sólo del texto actualmente vigente, sino también del Anteproyecto de noviembre de 1990.

La previsión relativa a quien debe fijar las cuotas de participación es la única que se contiene en relación con esta cuestión en la L.P.H., sin que existan fisuras en la doctrina en el sentido de que debe tomarse como alusión a quién ha de otorgar el título constitutivo, puesto que no sólo aquéllas tienen su lugar propio en éste, sino que constituyen la parte esencial de su contenido. Sin embargo, el Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios contiene otro precepto donde parece referirse más concretamente a lo que se denomina escritura de división horizontal, el art. 5.1º, que vuelve a subrayar lo que antes indicábamos en relación con las personas legitimadas: «la escritura pública por la que se formalice la constitución del conjunto podrá otorgarse por quien todavía sea propietario único o por todos los titulares de las diversas propiedades separadas».

(20) R.A.J. 1001.

(21) FERNANDEZ MARTIN GRANIZO, M., en su comentario a esta última sentencia - R.D.P. Diciembre 1987. Pg. 1097- sustenta la posición aquí apuntada, puesto que señala que si la enajenación de pisos se hubiera iniciado, al otorgamiento del título deberían concurrir ineludiblemente todos los adquirentes, aun cuando no hubieran empezado a construirse y el precio total no se hubiera llegado a satisfacer).

En relación con el problema apuntado de la exigencia general de la jurisprudencia de título y modo para legitimar la participación de los compradores en el otorgamiento o posterior modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, no podemos olvidar la relativa eficacia, aunque, sin duda, como remedio subsidiario, que puede presentar en ciertos casos la pretensión indemnizatoria, haciendo uso de ella cuando, por diferentes motivos, resulta inviable la de declarar la nulidad de la escritura de división horizontal. En efecto, la aparición de terceros hipotecarios que adquirieron confiando, de buena fe, en lo que el Registro publicaba a través de la escritura de división horizontal del edificio e inscribieron a su vez su derecho, frustra, a menudo, los intentos de los copropietarios de dejar sin validez el título constitutivo o la escritura que lo modifica, pero no cercena las posibilidades de conseguir una indemnización reparatoria de los perjuicios causados por la actuación del promotor-vendedor, que tomó como instrumento aquella escritura. Tal cauce podría ser seguido en los supuestos en que los adquirentes de viviendas aceptan en sus contratos de compraventa el título y los estatutos, previamente redactados por quien entonces podía hacerlo con todos los derechos, por reunir la condición de único propietario del edificio, apartándose éste, después, de lo inicialmente dispuesto y rectificando unilateralmente la escritura de división horizontal, a la que se habían adherido los compradores, todavía no propietarios. En mi opinión, aunque sea posible mantener la legitimidad de tal actuación desde el punto de vista de la teoría clásica de adquisición de la propiedad, atendiendo al tenor literal del art. 5.2º L.P.H. (22), desde la perspectiva estrictamente contractualista no podemos admitir, sin más, el incumplimiento de los pactos suscritos entre comprador y vendedor, que ha de generar, cuando menos, la consiguiente indemnización a favor del primero, que aceptó una escritura de división horizontal que pasó, de este modo, a formar parte integrante de su contrato (23).

---

(22) *Vid. supra* nuestras objeciones a tal entendimiento del problema.

(23) El hecho de que un tribunal de justicia sostenga que el constructor-promotor tenía legitimación suficiente para hacer modificaciones, más o menos profundas, de lo dispuesto en la escritura de división horizontal, mientras que no se hubiese verificado la entrega de los pisos vendidos en documento privado, por conservar la condición de único propietario del inmueble, no implica que no deba declarar su obligación de indemnizar pecuniariamente a los adquirentes con los que, en definitiva, se comprometió, a través de la firma de un

## **2. Información proporcionada por el constructor sobre las reglas que han de regir la vida comunitaria del edificio.**

Siendo conscientes doctrina y jurisprudencia de que habitualmente el proceso de elaboración de las normas estatutarias de los edificios constituidos en propiedad horizontal está protagonizado en exclusiva por el promotor o constructor del mismo, así como de la relevancia que posee dar una información lo más completa y veraz posible sobre tales extremos a quienes han de quedar vinculados por ellas (24), no es de extrañar que el legislador, impulsado por la corriente fuertemente tuitiva de los intereses de los consumidores que se ha desarrollado en los últimos años, haya dado recientemente reflejo positivo a alguna de aquellas ideas, aunque quizá con un ámbito todavía demasiado restrictivo. Nos estamos refiriendo, en particular, a dos textos normativos: el Real Decreto 515/1989 de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (25) y la

---

contrato, a respetar unas estipulaciones contenidas en dicho título constitutivo. Así, no puede admitirse, por ejemplo, la creación de espacios privativos por la vía de la alteración unilateral del título ya otorgado, haciendo desaparecer los que antes figuraban como elementos comunes, dejando totalmente inermes a los adquirentes que los contemplaron como tales al suscribir sus respectivos contratos, puesto que, como dispone el art. 1256 del Código Civil, el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, por lo que, si no es posible ya reclamar el cumplimiento exacto de lo estipulado por existir terceros adquirentes de los mencionados nuevos espacios privativos, que reúnen las condiciones del art. 34 L.H., debe favorecerse una solución indemnizatoria. Incluso podría alegarse violación del art. 1097 Cc, según el cual la obligación de dar una cosa determinada implica la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido expresamente mencionados, puesto que, si bien los elementos comunes del edificio no son, propia y técnicamente, cosas accesorias del espacio privativo correspondiente, también es cierto que el art. 3 b) L.P.H. configura el derecho de copropiedad sobre ellos como inseparable del singular y exclusivo que recae sobre los elementos privativos.

- (24) Como dice, desde una perspectiva más general, MORENO- LUQUE CASARIEGO, C. («El derecho de información al consumidor y la Ley 33/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad». *LA LEY* 1991-4. Pg. 1177), el principio de protección a los consumidores tiene su cauce más apropiado través del derecho de información de éstos y el deber de informar a los mismos.
- (25) Según indica CASAS VALLES, R. («Defensa de los consumidores y Derecho Civil». *R.J.C.* 1992-1. Pg. 92, nota 34) este Decreto responde al requerimiento hecho por el Tribunal Constitucional al Estado por medio de la Sentencia 15/1989 de 26 de enero, sobre la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para que se pronunciase acerca del ámbito de aplicación de sus normas en esta materia.

Ley 24/1991 de 29 de noviembre, de la vivienda, de la Comunidad Autónoma catalana, que nos interesan aquí en la medida en que suponen una aportación novedosa sobre los datos que debe proporcionar el vendedor de viviendas acerca del contenido del régimen jurídico a que está sometido el inmueble (26), si bien el camino podría entenderse tímidamente abierto por la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988, que en su art. 5, haciendo referencia a la determinación del carácter engañoso de la publicidad, menciona «las condiciones jurídicas (...) de adquisición, utilización de bienes o de la prestación de servicios», expresión que nos permite entender, interpretándola extensivamente, no sólo las circunstancias jurídicas en que se verifica el contrato traslativo de la propiedad de viviendas, sino también el régimen- normas de propiedad horizontal, en su caso- a que quedan sometidas éstas para lo sucesivo. Más explícitamente, el art. 5.2º del Real Decreto 515/1989 establece para los promotores de viviendas la obligación de tener a disposición del público (27) o de las autoridades competentes «los estatutos y normas de funcionamiento de la Comunidad de Propietarios, en su caso (...)», regulación que aparece con más detalle y desarrollo en la Ley catalana, cuyo art. 21.1º dispone que para formalizar contratos de compraventa y recibir cantidades a cuenta de una vivienda en proyecto o en construcción debe de estar previsto el régimen jurídico de la edificación proyectada, el cual incluye, entre otras menciones, «los coeficientes de participación de la vivienda en el inmueble, en su caso» y «el proyecto de estatutos de la futura comunidad de propietarios o, si no ha sido elaborado, la consignación de que falta»,

---

(26) Los textos legales sobre protección del consumidor elaborados con anterioridad centran la información que se debía proporcionar al adquirente de viviendas en datos sobre las instalaciones y servicios con que contaban, características constructivas y materiales empleados (*vid.* arts. 13.2º de la Ley 20/1984 de 19 de julio, 14.2º de la Ley 5/1985 de 8 de julio, de los consumidores y usuarios en Andalucía, 11 de la Ley 12/1984 de 28 de diciembre, del Estatuto Gallego del Consumidor y el Usuario y 8 de la Ley 10/1981 de 18 de noviembre, del Estatuto del Consumidor para el País Vasco, desarrollado por Decreto 257/1983, de 14 de noviembre, por el que se regula la información obligatoria que debe prestarse al consumidor y usuario de viviendas).

(27) PEREZ GARCIA, P.A. (*La información en la contratación privada*. 1ª ed. octubre 1990. Pg. 105) considera que la información a que hace referencia este precepto puede calificarse de «indirecta», por cuanto simplemente se tiene que tener a disposición del público con una finalidad contractual, frente a la «directa» que es la que se proporciona de este modo al contratante. Asimismo, aclara que el hecho de que cierta información haya de estar a disposición del público no implica que no se reproduzca en el ulterior contrato que llegue a firmarse o en el folleto publicitario.

añadiendo el art. 25.1ºd) aptdo. 3º que también habrá de contenerse esta última indicación en el denominado Libro del Edificio, documento que deberá entregar el promotor al adquirente o, si estuviera constituida, a la Comunidad de Propietarios.

Sobre la citada normativa pueden hacerse las siguientes observaciones:

- el carácter de las disposiciones mencionadas se nos presenta, *prima facie*, como eminentemente administrativo, lo cual puede tentarnos a afirmar su limitada eficacia en el ámbito estrictamente civilístico (28), puesto que la celebración de contratos de compraventa de viviendas sin proporcionar al adquirente la información y los documentos que la ley prescribe generará, en primer término, la consecuente sanción de la Administración pública, estatal o autonómica, correspondiente al tipo de infracción cometida. Así, el art. 11 del Decreto 515/1989 califica como «infracciones en materia de protección al consumidor», en el sentido del art. 34 de la Ley de 1984, el incumplimiento de cualquiera de sus preceptos, sancionadas con multas, en tanto que la Ley catalana gradúa como infracciones leves o graves la falta de observancia de sus disposiciones (29).

Sin embargo, a mi juicio, sería inconveniente desaprovechar de tal modo las posibilidades que estos textos contienen para argumentar en un sentido más favorable para el adquirente de pisos o locales. Enfocándolo de esta manera, considero que tendría posibilidad de prosperar una pretensión dirigida al juez en que el comprador exigiera la entrega de todos aquellos documentos, datos y referencias a que alude la normativa citada, sin perjuicio de la procedente intervención de la Administración que

---

(28) Así opina RAGEL SANCHEZ, L.F. que menciona el Decreto de 1989 en su «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991» (C.C.J.C. nº 28, enero- marzo 1992. Pg. 104).

(29) Es infracción grave, según el art. 58.4º d) el incumplimiento de los requisitos previos exigibles para proceder a la venta de una vivienda en proyecto, en construcción o acabada (art. 21), mientras que la falta de entrega a los adquirentes de la correspondiente documentación es tan sólo infracción leve, según dispone el art. 59.1º.

corresponda como consecuencia de la infracción cometida, utilizando, quizá, como argumento la constatación de la existencia de mala fe por parte del vendedor en las fases preliminares del contrato. Por otra parte, tampoco me parece inviable la exigencia de una reclamación de los daños y perjuicios causados por la formalización de un contrato que, de conocer aquellas condiciones del régimen jurídico de la edificación que las normas aludidas obligan a proporcionar al comprador y que no fueron puestas a su disposición, él no habría celebrado (30).

- en mi opinión, se advierten en ambos textos legales ciertas imprecisiones en preceptos fundamentales relativos a la previsión por parte del promotor del régimen jurídico del edificio. El art. 5.2º del Decreto se refiere a la obligación del promotor de viviendas de tener a disposición del público «estatutos y normas de funcionamiento de la Comunidad de Propietarios, en su caso», mientras que el art. 21.1º e) aptdo. 4º de la Ley catalana, al especificar qué puntos ha de concretar el régimen jurídico de la edificación que debe tener previsto el vendedor, menciona «los coeficientes de participación de la vivienda en el inmueble, en su caso», expresión esta última que observamos empleada en ambos preceptos y nos induce a dudar si el legislador pretende indicar que los estatutos y las cuotas pueden estar fijados o no (en este último caso podemos de nuevo plantearnos si la determinación de unos y otras se deja a voluntad de los condóminos, por unanimidad, como señala el art. 5.2º L.P.H., o si se permite un amplio margen de libertad al promotor o vendedor para que los elabore o fije con posterioridad a la formalización de los contratos, posibilidad que rechazamos vehementemente, pues la utilidad de la normativa estudiada desaparecería) o bien que la expresión «en su caso» hace referencia a si el edificio está constituido en propiedad horizontal o, por el contrario, se trata de una sola

---

(30) Pensemos, por ejemplo, en quien adquiere un piso en un inmueble con intención de ejercer en él su profesión, instalando para ello un consultorio médico, un despacho de abogado o un gabinete de arquitectura, e ignora, por incumplimiento de sus obligaciones de informar por parte del promotor-vendedor, que los estatutos prohíben dedicar los pisos a cualquier destino diferente de la vivienda de su ocupante.

- vivienda, supuesto en que, evidentemente, no habría cuotas de participación ni normas estatutarias.
- en este mismo sentido, aparece confuso el aptdo. 5º del art. 21.1º e) de la Ley catalana de la vivienda, por cuanto deja abierta esa posibilidad de que los estatutos aún estén sin redactar («el proyecto de estatutos de la futura comunidad de propietarios o, si no ha sido elaborado, la consignación de que falta»).
  - según mi criterio, la mención relativa a la previsión y puesta a disposición de los hipotéticos compradores de viviendas de las cuotas de participación de cada una de ellas en el conjunto del inmueble es esencial en la protección de los intereses de aquéllos (31), por lo que merece una consideración negativa la falta de una referencia a ellas en la normativa relativa al tema en el Decreto 515/1989.
  - produce cierta perplejidad la alusión del art. 5.2º del Decreto a las «normas de funcionamiento de la Comunidad de Propietarios», pues no puede referirse a los estatutos, ya mencionados antes, con lo que parece que el legislador lo hace a lo que el art. 6 L.P.H. denomina «normas de régimen interior», diferentes de los estatutos, tanto en su forma de aprobación (unanimidad en éstos, mayoría en aquéllas) como en su contenido, y que, además, no forman parte del título constitutivo de la propiedad horizontal, por lo que no son redactados por el promotor o constructor, sino por acuerdo de los propietarios. Desde luego, si hemos resaltado el interés de los compradores de los pisos en elaborar por sí mismos las normas estatutarias que van a vincularles en lo relativo al «uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones» (32), idéntico argumento puede utilizarse en relación con la regulación de «detalles de la convivencia y adecuada utilización de los servicios y cosas comunes» (33).

---

(31) VENTURA- TRAVESET HERNANDEZ, A. (en la revisión, ampliación y puesta al día que supone la 5ª edición de la obra de su padre VENTURA- TRAVESET GONZALEZ, A. *Derecho de Propiedad Horizontal*) destaca el requisito del coeficiente de participación dentro de lo que califica como «una especie de regulación de prehorizontalidad».

(32) Art. 5.3º L.P.H.

(33) Art. 6 L.P.H.

- me parece muy positiva la imposición al promotor de la obligación de tener a disposición de los posibles compradores de viviendas (del público en general, según el art. 5.4º del Decreto 515/1989) la forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, dentro de las cuales deberá constar, en su caso, la aceptación de las normas estatutarias redactadas por el empresario, lo que puede contribuir a que el adquirente preste mayor atención a éstas, cuyo conocimiento también habrá de ponerse a su alcance.

### **3. Cláusulas abusivas de los estatutos. La información notarial al adquirente. La calificación registral como control.**

Tomando como base la definición que de ellas hace el art. 10.1ºc) aptdo. 3º de la Ley 20/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y como último recurso para tutelar los intereses del adquirente de viviendas en cuyo contrato figuraba una expresa aceptación de la escritura de constitución de propiedad horizontal del edificio, que contenía los estatutos de la Comunidad, unilateralmente redactada por el vendedor (34), la doctrina y los tribunales han desarrollado la aplicación del concepto de cláusulas abusivas a las estipulaciones que forman parte de esos documentos jurídicos. Así, entre otros que han optado por esta posición, podemos destacar a SAENZ DE SANTA MARIA VIERNA, que califica (35) de abusiva una cláusula que se somete a su consideración por entender que «establece una posición de ventaja económica en beneficio de una de las partes, la entidad promotora, determinada unilateralmente por ella misma, seguida de la correlativa posición de desventaja para «los

---

(34) Como señala GOMEZ CALLE, E. («Significación del título constitutivo en el régimen de propiedad horizontal». A.D.C. Octubre- diciembre 1992. Pg. 1562) quienes suscriben los contratos celebrados con posterioridad a la elaboración del título constitutivo de la propiedad horizontal por el promotor «se adhieren, en realidad, a las condiciones generales de contratación establecidas (...) como cláusulas contractuales».

(35) «Dictamen: Estatutos de Propiedad Horizontal; abuso de derecho; defensa de los consumidores». *Revista de Derecho Inmobiliario*. Septiembre- octubre 1988. Pg. 1666.

consumidores de bienes inmuebles» y que carece de «causa» justificadora» (36).

Sin perjuicio del pertinente control judicial (37), que se plasma especialmente en el ejercicio de las correspondientes acciones de nulidad (38), y cumpliendo una finalidad primordialmente preventiva, debe destacarse la función que pueden desempeñar en esta tarea tuitiva dos grandes grupos de profesionales del Derecho, Notarios y Registradores de la Propiedad, los cuales, respectivamente, pueden impedir el acceso de las cláusulas abusivas al contrato y al Registro, idea que no se presenta hoy como novedosa en la doctrina, ni siquiera en el concreto ámbito de las cláusulas estatutarias redactadas unilateralmente por el vendedor (39). En este sentido, cobra especial relevancia el deber del Notario de informar y aconsejar a quienes ante él acuden, con escrupuloso respeto a otro de sus deberes fundamentales, el de imparcialidad (40), sin favorecer, como dice KRALIK (41), ni

---

(36) Se trataba de una cláusula de exoneración de gastos generados por elementos comunes en favor de la sociedad promotora del edificio, en relación con todos aquellos departamentos del inmueble que, por no haber sido vendidos aún, permanezcan en su poder.

(37) A él aludía SOTO NIETO, F. («El título constitutivo...» Pg. 412 y «Virtud modeladora...» Pg. 338) al indicar que, a pesar de que la Ley de Propiedad Horizontal no contemple un concreto cauce impugnatorio en favor del adquirente que se adhirió a lo redactado por el vendedor, no pueden quedar cerradas todas las puertas «para arremeter contra cualquier injustificada, inconveniente o inexplicable cláusula que (...) haya tomado cuerpo en los estatutos», terminología que podíamos hoy muy bien traducir como cláusulas abusivas.

(38) Vid. al respecto y sobre las ventajas e inconvenientes que conllevan, RODRIGUEZ LOPEZ, R.: «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios». A.C., nº 29, 19-25 julio 1993. Pgs. 499- 500.

(39) SOTO NIETO, F. (*loc. cit.* Pg. 338) confiaba en la labor notarial de supervisión como fórmula para evitar el acceso de abusos y desequilibrios a los estatutos redactados por el vendedor, si bien admitía que podía ser insuficiente para conseguir tal objetivo; en sentido parecido se pronunciaban SAPENA TOMAS, J., CERDA BAÑULS, J. y GARRIDO DE PALMA, V.M. («Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores». Ponencia presentada al XIII Congreso Internacional del Notariado Latino. Barcelona, 1975. Pg. 98), haciendo referencia al tacto, medida y ponderación del notario. Por su parte, MONET ANTON («Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal». Centenario de la Ley del Notariado. Vol. I. Pg. 276), entendía que el otorgamiento del título por el promotor «bajo el control y el asesoramiento notarial» suele producirse con «absoluta y normal honestidad».

(40) RODRIGUEZ ADRADOS, A. (en RODRIGUEZ ADRADOS, A., ROJAS MONTES, L. y SOLIS VILLA, I.: *loc. cit.*, que considera que el notario tiene dos misiones fundamentales, la de autenticidad y la de consejo, y dos deberes, el de autenticidad y el de consejo (pg. 323), entiende que, sin faltar a la imparcialidad, muchas veces tendrá que insistir en sus informaciones respecto de la parte inexperta o ignorante (pg. 341) e incluso llega a afirmar

a quien le trajo el negocio ni a quien le va a pagar, excelente y poco menos que utópico objetivo señalado, sin duda, para moradores de un mundo ideal apartado de la realidad práctica de los negocios inmobiliarios en una sociedad en que éstos mueven a diario ingentes sumas de dinero. Como «el adquirente debe saber cuál es el régimen jurídico al que, por el hecho de comprar la vivienda, va a quedar sometido, (...) ha de conocer los estatutos a que se somete» (42), la función de asesoramiento del Notario debería centrarse en darle información sobre su clausulado, insistiendo en aquellas estipulaciones que aparezcan oscuras, quizá intencionadamente, o que se presenten con mayor dureza de la acostumbrada en el tráfico jurídico en ese tipo de negocios y además, según el art. 147.1º del Reglamento Notarial, deberá «adecuar al ordenamiento jurídico» la voluntad común de los otorgantes, lo que entendemos excluye las cláusulas abusivas. Incluso en el caso de la redacción conforme a minuta, es decir, cuando el texto le ha sido proporcionado por el vendedor sin que él haya intervenido en la elaboración, no desaparece la función de asesoramiento del Notario e incluso puede rechazarla cuando todo el documento o parte de él sea contrario a la ley, la moral o el orden público.

Desde otro punto de vista, no debe olvidarse, como señala CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA (43), la «callada e innominada labor del Registrador en la aplicación directa de la Ley de Defensa de los Consumidores», que tiene como principal instrumento las operaciones de calificación registral (44). Sin embargo, tan rotunda afirmación presenta ciertos embates en algunas recientes resoluciones de la Dirección General de Registros (45) en las que se concluye que la función calificadora del Registrador (derivada del art. 18 L.H.) no comprende la determinación del

---

que ha de prestar al contratante débil la información, el asesoramiento y consejo jurídico de que carece, en mayor medida que al contratante que no los necesita (pg. 353), lo que no es en definitiva sino lo que hoy dispone el art. 147.3º del Reglamento Notarial.

(41) «El deber de informar del notario». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo XXII. Vol. II. Pg. 28.

(42) ROJAS MONTES, GARCIA- GRANERO MARQUEZ y SAPENA DAVO: *loc. cit.* Pg. 191.

(43) *Op. cit.* Pg. 127.

(44) Para CABELLO DE LOS COBOS (*ibidem*) son «inopinada punta de lanza del justo equilibrio de las prestaciones inmobiliarias».

(45) Resoluciones de 8,9,10, 11 y 14 de octubre de 1991 (R.A.J. 7494, 7495, 7496, 7497 y 7498, respectivamente), que revocan un Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de abril del mismo año.

carácter abusivo, en el sentido del art. 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de una cláusula contractual ni, en consecuencia, la facultad de impedirle el acceso al Registro, doctrina que aparece refutada o, quizás, matizada en otras decisiones del Organo Directivo (46). Compartimos la idea expresada por GARCIA GARCIA (47) de que el Registrador ha de tener como obligado punto de referencia al ejercer su función calificadoradora no sólo los datos que deriven de asientos registrales y de los documentos presentados, sino también lo que abstractamente suele denominarse «el conjunto de la legalidad», que se concreta en el análisis de la Ley de Defensa de los Consumidores si algunas estipulaciones le parecieran abusivas, argumento en el que insiste en su Comentario a una de las Resoluciones aludidas VIDAL FRANCES, quien menciona de forma expresa la relevante misión cautelar o preventiva que corresponde a Notarios y Registradores «en relación con la validez o nulidad de las cláusulas abusivas que se producen clamorosamente (...) en los estatutos de propiedades inmobiliarias» (48). Dado que la función calificadoradora registral tiene efectos limitados, es decir, la cuestión puede volver a plantearse en el ámbito jurisdiccional, consideramos, siguiendo a los citados autores, que ante la consideración por parte del Registrador de que determinada cláusula del título constitutivo o específicamente de los estatutos de propiedad horizontal, redactados unilateralmente por el promotor o constructor, vendedor de las viviendas, puede ser abusiva en

---

(46) CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA (*op. cit.* Pg. 155) no se muestra tan duro en sus críticas a la Dirección General de Registros por su doctrina en esta materia como otros autores (*vid. infra* GARCIA GARCIA, J.M. y VIDAL FRANCES, P.) porque interpreta que todas las resoluciones admiten, en mayor o menor grado, la aplicación de la Ley de Defensa de los Consumidores por los Registradores en sus operaciones calificadoras, dentro de un determinado ámbito, que viene reducido a las cláusulas abusivas de carácter cualitativo, dejando al margen las de carácter cuantitativo, explicación que sólo muy forzosamente entendemos puede amoldarse a una conclusión tan rotunda como la de la Resolución de 8 de octubre de 1991: «Respecto de la pretendida vulneración del art. 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores de 19 de julio de 1984, ha de recordarse la doctrina sentada por este Centro Directivo conforme a la cual los medios de calificación de que dispone el Registrador (art. 18 L.H.) impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha Ley».

(47) «La función registral calificadoradora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña». *Revista de Derecho Inmobiliario*. Mayo- junio 1992. Pgs. 1313- 1358 *passim*.

(48) «Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de Registros de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991». *Revista de Derecho Inmobiliario*. Enero- febrero 1992. Pg. 191.

relación con la Ley de Defensa de los Consumidores, es su misión denegar la práctica del correspondiente asiento, que siempre lleva consigo una presunción de validez indeseable en estos casos.

Siempre fuente de controversias son las cláusulas que contienen limitaciones al dominio de los adquirentes de pisos o locales (49), bien consistentes en auténticas prohibiciones de disponer (50), bien, como es más habitual, relativas a la vinculación de la unidad privativa de que se trate a un determinado destino o la prohibición de darle algunos predeterminados. En efecto, son muy numerosas las cláusulas estatutarias que prohíben la realización de determinadas actividades en los espacios de

---

(49) Como dice GIL RODRIGUEZ, J. («La pretendida vinculación del uso o destino de los espacios privativos en el régimen de propiedad horizontal». *Revista de Derecho Inmobiliario*. Julio-agosto 1992. Pg. 1834) este binomio habitual en la normativa relativa a la propiedad horizontal (pisos y locales) no agota las realidades inmobiliarias que pueden ser objeto de propiedad exclusiva, por lo que sería más adecuado hacer referencia a «parte privativa o espacio delimitado», si bien es cierto que aquéllos son los más habituales, visión que ya fue expuesta por VERGER GARAU, J. («Algunos aspectos registrales de la propiedad horizontal». *R.J.C.* 1981. Pg. 250), en alusión concreta a las plazas de garaje, indicando que, si bien la L.P.H. nació ligada a la idea de pisos o locales, al aparecer necesidades nuevas es necesario que el jurista adapte la ley.

(50) Pensemos, por ejemplo, en la imposición de que sean enajenadas las plazas de garaje o los trasteros juntamente con la vivienda, por supuesto en el caso de que unas y otros no estuviesen configurados en el propio título constitutivo como anejos inseparables de ésta, sino como simples participaciones indivisas integrantes de un régimen de comunidad ordinaria o como unidades privativas independientes de los pisos, con cuota de participación propia. Sobre esta cuestión se ha pronunciado en algunas ocasiones la Dirección General de Registros, estando recogidas sus decisiones, entre otras, en las Resoluciones de 4 de noviembre de 1968 (*R.A.J.* 5910) y 20 de diciembre de 1973 (*R.A.J.* 5143), que aparentemente son contradictorias, al denegar la primera y admitir la segunda la inscripción registral de la prohibición de disponer, en ambos casos relativa, además, a plazas de aparcamiento para vehículos, si bien esta discordancia queda suficientemente explicada si aclaramos que el Centro Directivo consideró que la previsión estatutaria que impedía enajenar separadamente la plaza de garaje y la vivienda presuponia el carácter de elemento común del mencionado garaje, lo que, evidentemente, determina esa imposibilidad de desvincularlo a través de un negocio de carácter dispositivo del elemento privativo vivienda, sin producirse choque alguno con las previsiones de la Ley Hipotecaria. Sobre la primera de estas Resoluciones opina AMOROS GUARDIOLA, M. («Comentario a la Resolución de la Dirección General de Registros de 4 de noviembre de 1968». *R.C.D.I.* 1969. Pg. 773) que, si bien la solución adoptada es «legal y formalmente ortodoxa», de acuerdo con la letra estricta del art. 27 L.H., el resultado práctico a que conduce no le parece suficientemente satisfactorio, indicando que considera no sólo oportuna sino también más justa una línea más flexible de interpretación jurisprudencial en estos casos, puesto que la simple configuración de estas cláusulas como obligaciones negativas de no hacer, sin efectos oponibles frente a terceros, no resulta muy efectiva.

propiedad exclusiva de cada condómino y no es menos frecuente la expresión de un cierto destino en las descripciones que en el título constitutivo se contienen, por mandato del art. 5.1º L.P.H., sobre los pisos o locales, cuestión íntimamente ligada a la anterior por cuanto son conceptos interrelacionados y la indicación de un determinado destino supone admitir que sean realizadas ciertas actividades y la prohibición de algunas de éstas la imposibilidad de dar tal destino a la unidad privativa correspondiente. En relación con estas últimas restricciones, el disponente se encuentra *ab initio* amparado por la previsión del art. 7 L.P.H., que contempla la posibilidad de existencia de «actividades no permitidas en los estatutos», referencia que debe entenderse hecha, en todo caso, a mi parecer, a las expresamente prohibidas (51), de forma tal que no es preciso que una determinada actividad se encuentre autorizada en los estatutos para que pueda ser realizada, bastando tan sólo con que no figure la mencionada prohibición (52). En esta misma línea más permisiva se sitúa el Derecho proyectado en torno a este tema, que en el momento actual se encuentra reflejado en el art. 45.1º del Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, que dispone que «la simple expresión en el título de constitución del destino que de presente tiene un piso o local a vivienda, a negocio o a otro uso no implica, sin más, que se haya establecido prohibición para dedicarlo a cualquier otra actividad».

En todo caso, debe tenerse presente siempre en esta materia la concepción constitucional del derecho de propiedad, limitado únicamente por su función social, lo que supone que las restricciones que se establezcan al mismo deben estar suficientemente justificadas por los beneficios, justos y legítimos, que conllevan a otros sujetos, bien a la propia colectividad,

---

(51) Vid. con esta misma orientación las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1990 (R.A.J. 1666), de la Audiencia Provincial de Castellón de 29 de mayo de 1990 (R.G.D. Diciembre 1991. Pgs. 11440- 11441), de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de marzo de 1993 (A.C. *Audiencias*, nº 17, 1- 15 septiembre 1993. Pgs. 1632- 1634) y la Resolución de la Dirección General de Registros de 20 de febrero de 1989 (R.A.J. 1694).

(52) Esta es también la opinión de COCA PAYERAS, M. (expresada en su «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1984». C.C.J.C. nº 7. Enero- marzo 1985. Pg. 2221) y de PERE RALUY, J. («El arrendamiento y la propiedad horizontal». *PRETOR*, marzo- abril 1964. Pg. 174). Sin embargo, la de FUENTES LOJO, J.V. (*Suma de la propiedad por apartamentos*. Tomo I. 3ª ed. Barcelona, 1978. Pg. 662), si bien reconoce que en principio fue otra, es que el verdadero sentido de la frase que emplea la Ley es el de considerar como no autorizadas, no precisamente las no prohibidas, sino las no previstas, si se opusieran al destino o naturaleza del apartamento como tal.

donde entra en juego la idea del interés público, bien a otros individuos, motivo por el que entiende razonable GIL RODRIGUEZ que para establecer una prohibición de cambio de uso en la propiedad horizontal debe exigirse la concurrencia y subsistencia de ese mismo interés justo y legítimo en el resto de la comunidad de propietarios, excluyendo, a su parecer, no sólo lo que es evidente, el mero capricho, sino incluso la simple incomodidad (53). Son, por tanto, dos los frentes en que se puede combatir la arbitrariedad del único disponente del título constitutivo y los estatutos en cuanto al establecimiento de limitaciones a la forma de uso y destino del piso o local: por un lado, todas las restricciones a este contenido básico del derecho de propiedad cual es el de determinar con libertad de qué manera habrá de utilizarse el elemento privativo de que se trate sólo se admitirán en la medida que correspondan a un interés digno de protección de los otros condóminos y por otro, deben interpretarse restrictivamente partiendo de la base de que una simple descripción no implica vinculación del propietario a un determinado destino (54). No obstante, tampoco debe olvidarse aquí la tutela que merecen los demás adquirentes que confiaron en el contenido del título constitutivo entendiéndolo que quienes comprasen los pisos o locales afectados por la mención correspondiente no podían destinarlos a ciertas actividades, pensamiento que pudo ser incluso razón fundamental o, al menos, coadyuvante de su decisión de adquirir, lo que exigirá un especial esfuerzo interpretativo de los términos empleados en el título

---

(53) *Loc. cit.* Pgs. 1832- 1833. El citado autor critica por estas razones la decisión de la Dirección General de Registros plasmada en la Resolución de 25 de septiembre de 1991, que impide el acceso al Registro de la Propiedad de una escritura de obra nueva que varía la descripción que se hacía de la última finca del edificio en la de división horizontal del mismo, pues se refleja en ella su utilización como vivienda cuando antes figuraba como «Planta de desvanes, destinada a trastero».

(54) Este mismo criterio debe seguirse en la contemplación de otro tipo de cláusulas del título constitutivo, no menos frecuentes que las analizadas sobre vinculación a un determinado destino de una unidad privativa, como son las de reserva del derecho de vuelo del edificio en favor del promotor- constructor o bien del propietario del último piso, interpretando restrictivamente las limitaciones al dominio de los demás condóminos. En esta línea se sitúan las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1990 (R.A.J. 6128), que dispone que la reserva del derecho de vuelo en favor del propietario único del edificio no le autoriza para atribuir el derecho de uso exclusivo de la cubierta sobre la que, en su día, podrá construir nuevas plantas, a un propietario cuando ya había vendido algunos pisos, y de 11 de octubre de 1991 (R.A.J. 6910), que establece que una reserva del derecho mencionado no permite a su beneficiario convertir en piso abuhardillado independiente el espacio comprendido entre el techo del último piso y el tejado del edificio.

constitutivo. En todo caso, no creemos deba darse idéntico sentido a las cláusulas que especifican un determinado destino en relación con unidades privativas que son enajenadas a particulares, cuyo derecho de dominio puede verse limitado o condicionado si se le impide cambiarlo, y las que vinculan al promotor-constructor en relación con la configuración de ciertas zonas como comunes, carácter que puede deducirse partiendo del análisis del destino que se les haya dado. En este sentido, suscribimos la advertencia de SUAREZ ARIAS (55), que indica que en algunos supuestos puede ser especialmente importante atribuir plena eficacia a la determinación del destino, como ocurriría con el solar utilizado como jardín o zona verde, por ejemplo.

#### **4. Problemas de falta de correspondencia entre la realidad física del edificio y la realidad documental.**

No resulta infrecuente en los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal que muchas de las expectativas de los adquirentes de viviendas que formalizaron sus contratos en fase de construcción de las mismas se vean defraudadas al terminar aquélla, comprobándose que no sólo existieron incumplimientos contractuales- no se entrega el piso vendido con las instalaciones o materiales que se especificaron en el contrato- sino que hay contradicciones entre lo que refleja la documentación jurídica del inmueble (declaración de obra nueva y división horizontal, operaciones que, de ordinario, se realizan conjuntamente) y lo que *de facto* existe en el edificio, problemas que están especialmente en relación con elementos comunes de que iban a disfrutar todos los condóminos que acabaron convertidos en unidades privativas enajenadas a otros adquirentes. Además, constituye una práctica bastante generalizada no ajustarse en la construcción del edificio a lo estructurado en el proyecto y autorizado en la preceptiva licencia de obras, reflejando los cambios verificados en la declaración de obra nueva y escritura de constitución de la propiedad horizontal, documentos que, de este modo, no coinciden, en beneficio del constructor que los elaboró, con aquéllos. Se trata, pues, de dos fenómenos

---

(55) «Comentario a la Resolución de la Dirección General de Registros de 31 de marzo de 1989». *Revista de Derecho Inmobiliario*. Enero- febrero 1991. Pg. 243.

distintos (contradicción entre el título constitutivo y la realidad material del edificio y falta de correspondencia entre el proyecto y la licencia de obras y la declaración de obra nueva y el título), igualmente perjudiciales para los intereses del comprador de pisos, de los que el segundo se ha intentado atajar por vía legislativa con el art. 25.2º de la Ley 8/1990 de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (56) (hoy, con ligeras alteraciones, art. 37.2º del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana), que modifica el régimen establecido para la declaración de obra nueva y su inscripción, exigiendo a Notarios y Registradores, en relación con la de obra nueva terminada, la comprobación de que la obra ha sido realizada conforme al proyecto aprobado, a través de la certificación de finalización de la obra, expedida por técnico competente, y de que tenía la correspondiente licencia de edificación, habiendo de testimoniarse en las escrituras tanto ésta última como aquélla (57). No obstante, señala la doctrina más especializada el alcance limitado de este precepto, pues entiende que la única alteración sujeta al art. 25.2º es la que suponga un cambio del volumen autorizado o del número de viviendas, es decir, una modificación objetiva de la edificación, nunca modificaciones objetivas del uso (58), utilidad que se esfuma si la declaración de obra nueva y la división horizontal no son operaciones realizadas conjuntamente, pues, en tal caso, el contenido de la certificación podía referirse tan sólo a la superficie construible y el número de plantas, sin especificar siquiera el número de viviendas (59).

Respecto a la discordancia mencionada antes (realidad material y documentación jurídica del edificio, plasmada en la declaración de obra

---

(56) ARNAIZ EGUREN, R. («Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del art. 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo». *Revista de Derecho Inmobiliario*. Noviembre- diciembre 1991. Pg. 2168) considera que, a partir de este momento, la declaración de obra nueva implica una presunción de legalidad en el ordenamiento jurídico español.

(57) Como señala LASO MARTINEZ, J.L. («La inscripción de las declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990». *Revista de Derecho Inmobiliario*. Noviembre- diciembre 1990. Pg.526), con estas exigencias el Registro de la Propiedad asume un papel central en el fortalecimiento de la legalidad urbanística.

(58) CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.Mª: «Disciplina urbanística y publicidad registral». *Revista de Derecho Inmobiliario*. Mayo- junio 1991. Pg. 1632.

(59) LASO MARTINEZ: *loc. cit.* Pg. 537.

nueva y división horizontal) ha tenido ya ocasión de pronunciarse en alguna ocasión el Tribunal Supremo (60), calificando la situación de «clandestinidad jurídica» y confirmando la decisión de instancia de ordenar la demolición de un gimnasio, que se había construido en una terraza antes de la finalización de la obra, sin figurar en el proyecto ni tener reflejo en el título constitutivo de la propiedad horizontal ni, por consiguiente, en el Registro (61). Un caso similar resolvió la Audiencia Territorial de Oviedo (62) años antes en sentido parecido, declarando contrarias a Derecho las construcciones y anexiones efectuadas después de vender viviendas y otorgar la escritura de declaración de obra nueva (63).

En relación con este último caso, pero utilizando para su resolución argumentos extraídos básicamente del Derecho Registral, deviene imprescindible la alusión a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo (R.A.J. 4077), que se pronuncia sobre la alteración por parte del constructor de lo que en el título constitutivo estaba configurado y perfectamente descrito como elementos comunes.

---

(60) Sentencia de 14 de octubre de 1991 (R.A.J. 6916).

(61) Sin embargo, debido fundamentalmente a la escasa entidad de las obras, en otras ocasiones el propio Tribunal Supremo desestima la pretensión de demolición, como ocurrió en la Sentencia de 28 de abril de 1992 (R.A.J. 4467), supuesto en que la inmobiliaria propietaria del edificio, después de otorgar la escritura de declaración de obra nueva en construcción y constitución de la propiedad horizontal, efectuó en él obras como el cerramiento de dos plazas de garaje, argumentando, con independencia de que existió consentimiento tácito de la Comunidad durante cuatro años sin oposición alguna a las obras, que el título no podía recoger tales obras porque, al estar el edificio en construcción, era muy simple: descripción del inmueble en su conjunto y de cada piso y señalamiento de las cuotas, sin estatutos, argumento que parece bastante inconsistente, puesto que las obras donde debían contemplarse era, precisamente, en las descripciones. No se utiliza en este caso como criterio decisivo el de la disconformidad del resultado final de la construcción con el proyecto, que sí se empleó en la Sentencia de 28 de noviembre de 1992, donde el Tribunal Supremo analiza, ante la alegación de que la entreplanta construida en el edificio era ilegal, si figuraba como tal en el proyecto de edificación, en el cual efectivamente constaba, por lo que se desestima la pretensión de derribo. Semejante a la sentencia del Supremo anteriormente reseñada es la de la Audiencia Provincial de Santander de 2 de febrero de 1993 (*Aranzadi Civil*, nº 186), donde se legitima la construcción de una comunicación no prevista ni en el plano ni en la declaración de obra nueva en construcción, argumentando que el perito afirma la imposibilidad de que la puerta figurase en el plano, dada su reducida escala, y que no constaba en la declaración de obra nueva porque era en construcción.

(62) SAT Oviedo 19 de junio de 1985. R.G.D. Enero- abril 1986. Pg. 1017.

(63) La promotora construyó una nave sobre una terraza y la unió a un piso que tenía atribuido en el título sólo su uso y disfrute.

Ha suscitado considerable litigiosidad, en relación con este tema, la construcción de sótanos que no aparecían previstos en el proyecto ni recogidos en la declaración de obra nueva y división horizontal, generando especialmente reclamaciones de la Comunidad de Propietarios, en las que se pretendía se declarase su carácter de elementos comunes, sin que faltan tampoco intentos por parte del autor de la obra de legalizar una construcción clandestina, sin reflejo en el título constitutivo (64). Respecto a la reiterada alegación por parte de las Comunidades de Propietarios de que tales construcciones ilegales deben tomarse como elementos comunes debe hacerse la observación de que la cuestión está imbricada en otra mucho más amplia, cual es la de determinar si un espacio que no sea común por naturaleza (terrazas, terreno sobrante de la construcción, sótanos, etc...) lo es sólo en el caso de que así se haya hecho constar en el título constitutivo (65) (o exista acuerdo unánime de los propietarios en ese sentido) o, por el contrario, lo es salvo que en dicho título se le haya reconocido carácter privativo, posición esta última que parece prevalecer en la jurisprudencia (66). Precisamente teniendo presentes estas

- 
- (64) El Tribunal Supremo resuelve en la Sentencia de 18 de diciembre de 1987 (R.A.J. 9584) un caso en que el constructor del edificio solicitaba el otorgamiento de escritura pública de rectificación y subsanación de la de constitución de propiedad horizontal, en la que no constaba un sótano construido también al margen del proyecto inicial del edificio (si bien poco antes de la formalización de la escritura de obra nueva y división horizontal se visa en el Colegio de Arquitectos un proyecto de ampliación del edificio), pretensión que desestima argumentando que el constructor se apropió de un suelo ajeno que era elemento común del edificio, puesto que cuando la obra se llevó a cabo ya se habían vendido las viviendas del edificio en documento privado.
- (65) Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1965 (R.A.J. 2521), que se pronuncia en tal sentido sobre unos locales construidos en el semisótano del inmueble después de haber vendido algunas viviendas, los cuales no figuraban en el proyecto inicial de la obra, y de 10 de diciembre de 1990 (R.A.J. 9901), que establece expresamente que los sótanos podrían ser elemento común «cuando así se diga en el título».
- (66) Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1971 (R.A.J. 1343), 15 de marzo de 1985 (R.A.J. 1168), 27 de octubre de 1986 (R.A.J. 6012), 4 de mayo de 1989 (R.A.J. 3585), 6 de mayo de 1991 (R.A.J. 3564), ésta última en relación con un sótano construido sin licencia en un edificio y sin que constara su existencia en la declaración de obra nueva ni en la escritura de constitución de la propiedad horizontal y 23 de febrero de 1993 (A.C. nº 24, 14- 20 junio 1993. Pgs. 1462- 1465), que, tras establecer que una terraza «puede tener naturaleza privativa si así se ha determinado en el título constitutivo de la propiedad horizontal», acaba por reconocerle ese carácter no por esa razón, pues en este caso no existía título como tal, sino porque en el Registro de la Propiedad figuraba el derecho de edificar sobre la terraza, configurándose ésta como finca registral independiente, lo cual podían

vacilaciones, y en previsión de posibles conflictos, ha expresado RIVERO HERNANDEZ su opinión de que, «más que conveniente, es necesario» que los elementos comunes «sean perfectamente descritos en el título constitutivo del conjunto inmobiliario y en la inscripción registral» (67).

Particularmente interesante se presenta el tema de los derechos de los compradores de viviendas sobre los terrenos que circundan el edificio y su disfrute como espacios comunes, que, a menudo, se ven comprometidos por actuaciones constructivas de la empresa vendedora, para quien esa porción de suelo tiene un interés especial. Admitida la reserva del dominio de ese terreno por parte del constructor en el título constitutivo por él otorgado (68), queda por determinar cuál será su régimen jurídico cuando no se haya hecho tal mención, extremo sobre el que se ha manifestado oscilantemente la jurisprudencia, pues si no faltan las decisiones judiciales que declaran que todo el terreno, y no sólo la parte que ocupa el edificio, ha de ser considerado elemento común (69), otras establecen que si los

---

conocer los terceros que adquiriesen pisos en el edificio. También sobre la condición jurídica de una terraza versa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de abril de 1993 (*Aranzadi Civil*, nº 579), que entiende común la naturaleza de la debatida, porque no es atribuida específica y singularmente a ninguno de los locales cuyos titulares reclaman su propiedad, pretendiendo además este órgano judicial extender tales conclusiones al resto de los supuestos con base en el art. 3 b) L.P.H., precepto que, en opinión de la Audiencia, «parece hacer de la calificación como común de un elemento la categoría general, esto es, la procedente cuando no se acredite el carácter privativo; prueba ésta que puede consistir en la propia naturaleza del bien, o en el título de constitución de la comunidad de propietarios y de división horizontal».

- (67) «Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991», en *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad. Ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*. Barcelona, 1993. pgs. 33- 34.
- (68) *Vid.* S.T.S. de 5 de marzo de 1964 (R.A.J. 1331), que considera que la copropiedad del suelo se refiere sólo en el Código al que sirve de base física al edificio, no al circundante, para cuyo perfecto entendimiento parece indispensable tomar en consideración como antecedente que los adquirentes se adhirieron en sus contratos a las normas reguladoras de la Comunidad, que, según consta, conocían, formando así parte de sus contratos, en las que el vendedor se reservaba la propiedad de ese terreno.
- (69) Tal fue la solución adoptada tanto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1992 (R.A.J. 6616), que decide tomando como base el título constitutivo de la propiedad horizontal, en el que se hacía constar que ese terreno estaba ocupado por terrazas y zonas ajardinadas, aunque no se expresaba que fueran elementos comunes, como por la Resolución de la Dirección General de Registros de 12 de noviembre de 1991 (R.A.J. 8631). En sentido semejante se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de marzo de 1981 (R.A.J. 912), aunque la demanda no se dirigía en este caso contra el constructor,

respectivos contratos de compraventa no hacían alusión alguna como objeto del contrato a esos terrenos, circunscribiéndose a los pisos o locales, debe entenderse que no están al servicio de la Comunidad de Propietarios (70).

### **5. Posible impugnación de alguna cláusula del título por contradicción con la publicidad previa a la venta del piso. Integración del contrato con el principio de buena fe.**

Tanto a nivel jurisprudencial (desde una conocida sentencia de 27 de enero de 1977 (71)) como legal (art. 8.1º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y los Usuarios (72); y, referido más específicamente a la vivienda, art. 3.2º del Decreto 515/1989 de 21 de abril (73)) está consolidada la idea de que las condiciones del objeto promocionado anunciadas en la publicidad que del mismo se haga son exigibles por el adquirente, aunque no consten de manera expresa en el

---

sino contra los dueños del bajo que construyeron en una franja de terreno lindante con el edificio y que se reclamaba como elemento común, aclarando el Alto Tribunal que, para que pudiera considerarse el espacio controvertido como anejo del bajo, si sería precisa la especificación del título constitutivo.

(70) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991, que hace aplicación del art. 1283 Cc para resolver en contra de lo propugnado por los propietarios, utilizando argumentos poco convincentes en opinión de RAGEL SANCHEZ (*loc. cit.* Pg. 111), para quien lo verdaderamente decisivo es que la constitución de propiedad horizontal, al no haberse segregado aún el terreno sobrante de la edificación, afecta a toda la finca, que figura, de este modo, inscrita en el Registro a nombre de todos los propietarios. Para él existe una diferencia entre el régimen jurídico de los sótanos y patios de luces, que son elementos comunes, salvo que el título constitutivo o los copropietarios, unánimemente, hayan excluido esa condición, y el del terreno sobrante de la construcción, que sólo es elemento común cuando aquél o éste lo hayan determinado (elementos comunes naturales y accidentales, respectivamente, categorías que se unen a la de elementos comunes esenciales, aquellos «que no pueden perder esa condición bajo ningún concepto»).

(71) R.A.J. 121.

(72) Menciona el contenido de la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades y servicios, las prestaciones propias de éstos y las condiciones y garantías ofrecidas como exigibles por los consumidores y usuarios, aunque no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido, lo cual no es óbice, como añade el párrafo 2º del mismo precepto, para que prevalezcan las cláusulas del contrato sobre las condiciones de la oferta, promoción o publicidad cuando sean más beneficiosas para ellos.

(73) Hace alusión a los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad.

contrato celebrado después. Sin perjuicio del ejercicio de las correspondientes acciones encaminadas a reclamar la rigurosa observancia de lo ofertado, podemos plantearnos si podría prosperar la impugnación de cláusulas concretas del título constitutivo redactado por el vendedor sin contar con los adquirentes de viviendas cuando sean contradictorias con la oferta o publicidad efectuadas en torno a los pisos adquiridos (pensemos en la conversión de los que aparecían como elementos o servicios comunes de que iban a disfrutar todos los condóminos del edificio en fincas privativas enajenadas a terceros). Creemos que no existe ninguna duda de que podría exigirse cuanto figurara en la propaganda de la empresa promotora si el título constitutivo adoleciera de una laguna y no hiciese pronunciamiento alguno sobre el carácter común o privativo del espacio litigioso, aunque el redactor del mismo intentase presentarlo como una omisión involuntaria, pues el principio general de buena fe como elemento integrador del contrato también puede ser aplicado en este caso (74). En el supuesto de que el título constitutivo sí haga mención del régimen jurídico de los espacios controvertidos y se aprecie contradicción con lo dispuesto en la propaganda, guardando silencio al respecto el contrato particular de adquisición, consideramos que la petición de rectificación del contenido de aquél sólo tiene sentido para el comprador como subsidiaria de la de cumplimiento del contrato, pues sus intereses se ven realmente satisfechos sólo en el caso de que se le entregue lo que coherentemente podía esperar. No obstante, tal entrega puede devenir imposible por razones no tanto materiales como jurídicas, si confiando en las descripciones que el título constitutivo contenía hubo personas que realizaron adquisiciones, procediendo a inscribirlas en el Registro de la Propiedad y actuando de buena fe, pues la existencia de estos terceros hipotecarios en el sentido del art. 34 L.H. cercena toda posibilidad de ver atendidas sus pretensiones en lo que no sea indemnización de los daños y perjuicios causados. En todo caso, instar la rectificación del título constitutivo con el argumento

---

(74) La sentencia de 27 de enero de 1977 estableció que «siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico, como dice la instancia, que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe, proclamado en el art. 1258 del Cc., al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa». *Vid.* el comentario de LASARTE ALVAREZ, C. en «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del T.S. de 27 de enero de 1977)». *R.D.P.* Enero 1980. Pgs. 50- 78.

de la contradicción con la propaganda será siempre de gran utilidad para evitar precisamente que aparezcan estos terceros.

Si el título constitutivo ya estuviese redactado e inscrito en el Registro cuando se lleva a cabo la publicidad contradictoria con su contenido no parece que pueda el adquirente reclamar como parte integrante de su contrato lo ofrecido de aquel modo por el vendedor y prevalecería lo establecido en el título, sin perjuicio de que pudiera hacer valer a los efectos oportunos el carácter de publicidad falsa o engañosa de aquélla en la que confió.