

La propiedad horizontal como colectividad organizada

(Anotaciones a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo)

VICENTE LUIS MONTES PENADES

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Los límites de la propiedad de los elementos privativos:* 1. Cuestión preliminar: el carácter imperativo o dispositivo de las normas de la Ley de Propiedad Horizontal. 2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3. Ratio decidendi y obiter dicta. 4. Posición de la doctrina. 5. Sentido y alcance de la norma del art. 7, pf. 1.º LPH. 6. Los límites del art. 7.º, pf. 1.º. 7. La estructura y configuración del edificio como límite: A) La firmeza del título. B) El interés de la comunidad. C) Sentido del art. 11 de la LPH.—III. *El poder de la colectividad sobre los elementos comunes: Régimen de la alteración de los elementos comunes:* 8. Determinación de los elementos comunes. 9. Jurisprudencia del T. S. 10. Examen especial del vuelo. 11. La regulación especial del derecho de vuelo. 12. Conclusiones críticas.—IV. *Los órganos de gestión y administración de la Propiedad Horizontal:* 13. Planteamiento. 14. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 15. La «representación» del Presidente: A) El ejercicio de acciones por los condóminos en la copropiedad. B) Los principios de la representación en nuestro derecho. 16. Caracteres de la representación del Presidente: A) La obligatoriedad del nombramiento. B) La separación de funciones entre el administrador y Presidente. C) La fuente de la representación: recurso a la representación legal. D) Presencia y sentido de la «Comunidad»: el recurso a la llamada «representación orgánica». 17. Alcance y contenido de la representación: A) Ambito del poder. B) La actuación del presidente fuera de los límites de su poder. C) Contenido del poder: legitimación activa y pasiva. 18. Conclusiones críticas.

I. INTRODUCCION.

Pasados doce años desde la publicación de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre la Propiedad Horizontal, acaso es ya momento oportuno para un estudio jurisprudencial de la institución que no sea ni un puro repertorio de axiomas, ni una mera lista de “doctrinas legales”, sino que intente captar la significación de la jurisprudencia

en esta materia como experiencia jurídica en la solución de los conflictos de intereses que se han venido produciendo (1).

Se trata de ofrecer una imagen clara y real de nuestra Jurisprudencia en este campo, ceñida a algunos aspectos de la Propiedad Horizontal; a los componentes que nos parecen más significativos dentro de la institución, hasta el punto de poder decir que son estos factores los que le proporcionan su especial fisonomía y configuración. Se intenta, pues, llegar al conocimiento de la Propiedad de casas por pisos partiendo de la experiencia jurídica que se contiene en las sentencias del Tribunal Supremo. En último término, más que una depuración de la Jurisprudencia, buscamos una construcción del instituto.

La bibliografía existente en torno a la Propiedad Horizontal en la Jurisprudencia se centra en la búsqueda de las "doctrinas legales" e intenta ofrecer un repertorio de máximas o reglas generales que resuelva o contribuya a resolver los conflictos concretos (2). En este trabajo procuraremos huir de toda generalización o axiomatización, así como desbrozar de todos los "obiter dicta" las sentencias estudiadas y exponer y analizar los supuestos de hecho (3).

Es de observar cómo los resultados del análisis dependen en gran medida del método utilizado. Así, la Propiedad Horizontal viene siendo explicada como una institución especial, compleja e independiente del condominio, y en numerosas sentencias se pueden leer expresiones de este tipo. Pero estas definiciones, aparte de que por sí mismas carecen de valor explicativo, derivan de consideraciones de carácter doctrinal formuladas por el Tribunal Supremo que ni son fundamento del fallo ni, por ende, pueden dar lugar a doctrina legal. Esto es, derivan de puros "obiter dicta".

Las dos notas que caracterizarían a la Propiedad Horizontal des-

(1) Vide: Díez-PICAZO, L., *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*. I. Madrid, 1966, pág. 38; LALAGUNA, E., *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*. Pamplona, 1969, págs. 266 a 270.

(2) Vide: SANTOS BRIZ, *La Propiedad Horizontal en la Jurisprudencia*, en «R. D. P.», 1969, págs. 333 y ss.; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Jurisprudencia de Propiedad Horizontal*, en la «R. D. P.», a partir de febrero de 1971, página 24 y sig., 316 y sig., 449 y sig., en 1972, págs. 161-69, 252-58, 343-48, 457-61 y 823-33. El repertorio recogido por este autor comprende también las sentencias de las Audiencias Territoriales, de los Juzgados de 1.^a Instancia y Municipales y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros. También CORTÉS GIRÓ, V., *Nueva Jurisprudencia y Resoluciones Oficiales sobre Propiedad Horizontal*, en «Revista General de Derecho», 1966, págs. 22 y sig.; *Jurisprudencia y Notas sobre Propiedad Horizontal*, en la misma Revista, 1966, págs. 608 y sig. Sobre algunas Sentencias existen comentarios a parte, que serán citados en el lugar y momento oportunos.

(3) Vide: LALAGUNA, op. cit., pág. 55; PUIG BRUTAU, *Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1953, págs. 40 y sig.; 42-43 y 54. Este autor señala muy certeramente que la ratio decidendi sólo puede valorarse debidamente a base de confrontar los hechos del caso resuelto y los del que se ha de resolver. Este criterio ha sido seguido, entre otros, por citados Díez-PICAZO y LALAGUNA (op. cit., 268).

de el punto de vista de su naturaleza jurídica, según la interpretación que la doctrina más general da a la Jurisprudencia, serían las siguientes:

a) La "yuxtaposición de dos clases de propiedad" que dotan a la Institución de su especialidad.

b) Que la Propiedad Horizontal no es una comunidad (4).

La primera nota, que tiene su origen en una autorizada opinión (5), es hoy también, a lo que parece, el criterio legal. Así lo da a entender el artículo 3.º de la Ley vigente. Sólo que, aun admitiendo como característica fundamental esta "yuxtaposición de dos clases de propiedad", con esta fórmula no se ha resuelto todo problema. Como veremos, las más importantes cuestiones que se plantean en torno a la Propiedad Horizontal derivan precisamente de las relaciones entre dos ámbitos de poder: el de cada propietario y el de la comunidad. Las concretas tensiones entre el propietario del piso y el grupo de copropietarios del entero edificio son la base de la mayoría de los conflictos.

Por otra parte, negar que en la Propiedad Horizontal exista una comunidad sólo se puede defender, en principio, entendiendo que esta formulación quiere indicar que no estamos ante la comunidad jurídica clásica del Código civil, sino ante una comunidad especial, por lo que algunas normas del Código civil no resultan aplicables (6). Pero, como vamos a ver, cualquier construcción de la Propiedad Horizontal que olvide o subvalore el elemento comunitario se verá imposibilitada de explicar el fenómeno de la Propiedad Horizontal en términos lógicos.

El poder de la comunidad o grupo de propietarios se manifiesta ante todo, como límite de la soberanía de cada propietario de piso o local (art. 7.º y 11.º, etc.) y se expresa a través de los órganos de gobierno (art. 12 y concordantes, arts. 13, 16, etc.). Por otra parte, las cuestiones referentes a estos puntos son las más abundan-

(4) Vide SANTOS BRIZ, op. cit., 334 y FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, op. cit., «R. D. P.», febrero de 1971, págs. 208 a 209. Estos autores citan las Sentencias de 6 de abril de 1946, 28 de abril de 1966, 18 de mayo de 1960, 21 de febrero de 1963, 9 de junio de 1967 y 23 de abril de 1970.

(5) BATLLE, *La propiedad de casas por pisos*, cuya primera edición data de mucho antes de la publicación de la Ley. Vide la sexta edición, Alcoy, 1970. pág. 62 y nota 128.

(6) Vide, vgr., BONET, *Comentario a la Sentencia de 9 de julio de 1951*, en la «R. D. P.», 1951, págs. 932 y sig. Se ha negado que se trata de una comunidad partiendo, por ejemplo, de que la comunidad de bienes del Código civil requiere la existencia de la cuota.

Vide, al respecto, en sentido negativo, BONET, *Problemas de Técnica Notarial ante la Nueva Ley de Propiedad Horizontal*, en «Centenario de la Ley del Notariado», secc. 2.ª, vol. I, Madrid, 1962, págs. 243 y sig., 254 y 262-63. Para un tratamiento específico, por todos, ALVAREZ ALVAREZ, *La cuota de participación en la Propiedad Horizontal*, en «Anuario de Derecho Civil», XVI-2 (1963), págs. 1183 y sig., 1187.

tes en Jurisprudencia. Por ello, tratando de construir desde la Jurisprudencia la verdadera estructura de la Propiedad Horizontal, estudiaremos fundamentalmente estas dos cuestiones: los límites del poder del propietario, analizando las facultades de la comunidad, y el sistema de gestión y administración de la Propiedad Horizontal.

1. CUESTION PRELIMINAR: CARACTER IMPERATIVO O DISPOSITIVO DE LAS NORMAS DE LA LPH.

A primera vista, parece exacta la afirmación, apoyada en el último párrafo del artículo 396 Código civil y en la disposición transitoria 1.^a de la Ley de Propiedad Horizontal, según la cual esta institución viene regida, en nuestro ordenamiento, por normas de derecho necesario (7). Este carácter de "ius cogens" ha sido señalado (bien que incidentalmente) por alguna sentencia del Tribunal Supremo (8).

Según la fórmula del artículo 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal, al dueño de cada piso o local corresponde, además del derecho de propiedad sobre el piso, lo copropiedad de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes. Esta copropiedad se organiza a través del expediente de una cuota que, además de medida de participación, es módulo para la distribución de cargas y beneficios. Aunque algún autor ha negado que la cuota de la Propiedad Horizontal sea semejante a la cuota de la comunidad de bienes, tanto la dicción expresa de la ley, cuanto la doctrina de la Dirección General de los Registros y, además, la similitud de funciones que desempeña, hacen pensar más bien, que la cuota de la Propiedad Horizontal es en todo similar a su homónima de la comunidad de bienes. Así, la cuota desempeña en la Propiedad Horizontal las siguientes funciones:

a) Sirve como módulo para fijar la distribución de los gastos y cargas comunes entre los propietarios, salvo que se haya establecido otro módulo especial; en análogo sentido, el artículo 393 del Código civil respecto de la copropiedad.

b) Es el coeficiente de participación en los resultados dimanantes de cualquier acto que se refiera a todo el inmueble (indemnización por seguro, expropiación, etc.). En tales casos, al igual que en la copropiedad, la cuota representa la medida de todo el derecho de cada comunero.

c) Desempeña la función de determinar el cómputo de las mayorías y el quorum suficiente para los acuerdos, análogamente a cuanto dispone el artículo 398 Código civil respecto de la copropiedad.

(7) *Art. 396, ult. pf., cc.*: «Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.»

Disposición transitoria 1.ª L.P.H.: «La presente Ley regirá todas las comunidades de propietarios, cualquiera que sea el momento que fueran creadas y el contenido de sus estatutos, que no podrán ser aplicados en contradicción con lo establecido en la misma.»

La exposición de motivos, por otra parte, declara que la Ley «admite que por obra de la voluntad, se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la Ley». Ocurre, sin embargo, que a menudo la deducción de las normas de derecho necesario no se puede operar con la claridad que sería de desear.

(8) Así, la de 10 de mayo de 1965. Vide SANTOS BRIZ, *La propiedad horizontal en la Jurisprudencia*, en «R. D. P.», mayo 1969, págs. 333 a 355; pág. 334.

Sin embargo, parece claro que esta característica no puede predicarse de la entera normativa legal. Hay que proceder a una diferenciación entre preceptos de derecho cogente y preceptos dispositivos, en el seno mismo de la ley. Así lo ha entendido la doctrina, encontrando, junto a normas de derecho necesario, (como por ejemplo, la vinculación a los acuerdos de la mayoría, artículo 16; la distribución de los gastos comunes, artículos 9.º, 5.º, etc.) otros preceptos de carácter dispositivo, como la regulación de la convivencia por normas de régimen interior, la fijación de actividades permitidas o prohibidas por los estatutos (arts. 7.º, 3.º, etc.). (9).

De ahí se deriva ya un primer problema: determinar qué preceptos de la ley son de derecho necesario y cuáles son de carácter dispositivo. Lo que viene conectado a una segunda cuestión: el alcance de la imperatividad de la norma y la posición de la autonomía privada frente a las concretas normas legales, es decir, el juego de la libertad contractual frente a determinados preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, que vendrían a imponer límites a la autonomía privada. La determinación de los preceptos cogentes de la Ley de Propiedad Horizontal, permitiría conocer los límites concretos que en esta materia le son impuestos a la autonomía privada, especificando los límites genéricos del artículo 1.255 Código civil, con las consecuencias previstas en el artículo 4.º del Código civil, es decir, la nulidad de los pactos por haber traspasado los límites dentro de los cuales y sólo dentro de los cuales el ordenamiento jurídico considera tutelable una reglamentación autónoma de intereses (10).

El Tribunal Supremo se ha ocupado directamente del tema en dos sentencias, en las que se debatía el carácter, cogente o no, del precepto contenido en el artículo 7.º, párrafo 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal. Según este precepto: "*El propietario de cada piso podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél, cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad*".

Intimamente relacionado en el anterior, el artículo 11 dispone que "*La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes afectan*

(9) Vide: ESCRIVÁ DE ROMANÍ, *Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal*, en «R. C. D. I.», 1967, I, págs. 1233 y sigs., esp. págs. 1246 a 1.249. También en BATLLE, *La propiedad de casas por pisos*, 6.ª ed., Alcoy, 1970, pág. 67; FUENTES LOJO, *Suma de la Propiedad por apartamentos*, t. I, 2.ª ed. Barcelona, 1969, 93 y sigs.

(10) Vide: Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1970, págs. 294 y 301 y sigs. Se trataría de una nulidad parcial, al menos, allá donde el intento práctico de las partes no resulte totalmente afectado por la cláusula o pacto viciado.

Lo veremos con mayor detenimiento.

al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo”.

El artículo 16, regla 1.^a, exige la unanimidad para la validez de los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia del 16 de mayo de 1967 (Barturen y otros contra Goyarola) resolvió el problema en el sentido de lo que hoy parece entenderse como “doctrina legal”: el artículo 7.^o, párrafo 1.^o de la Ley de Propiedad Horizontal “ni amplía ni restringe el margen que a la libertad contractual concede el artículo 1.255 Código civil”.

En el caso, el demandado había vendido, en 1959, a los actores, varios pisos en un edificio enclavado en terrenos que eran asimismo propiedad del demandado, quien estaba levantando otro edificio adyacente a la casa en cuestión. En la escritura de compraventa se había reservado:

- a) el derecho de “comunicar las plantas bajas” de la casa con las de la otra finca que se estaba construyendo.
- b) el derecho de apoyar en la fachada norte las edificaciones que levantara en el terreno existente por dicho lado.
- c) el derecho de realizar en dichas partes “las obras que tenga por conveniente”.

Al realizar las obras de comunicación referidas, el demandado realizó también obras de extracción de tierra para rebajar el suelo, etcétera, que, a juicio de los condóminos demandantes, afectaban a la solidez del edificio y ponían en precario la sustentación del mismo.

Los actores (titulares de cuotas de participación por valor de 17/28 partes del inmueble, frente a las otras 11/28 en poder del demandado) consideran que no está autorizado el demandado para la realización de las obras y piden la reposición del edificio a su anterior estado y la indemnización de daños y perjuicios. El demandado se considera autorizado tanto por las escrituras cuanto por el artículo 7.^o de la Ley de Propiedad Horizontal.

En 1.^a instancia, estimando en parte la demanda, se condena al demandado a cerrar algunos huecos y a elevar el suelo, absolviendo de los demás pedimentos.

En apelación, se revoca la sentencia anterior, y se absuelve al demandado.

Se recurre en casación, entre otros, por los siguientes motivos:

- 1). Interpretación errónea de los artículos 1.281 y siguientes Código civil.
- 2). Inaplicación del artículo 396, Código civil, que establece un derecho de copropiedad sobre los elementos necesarios para el

adecuado uso y disfrute de edificio, y, entre ellos, el suelo. El suelo es un elemento común (y por ende es de aplicación lo dispuesto en los artículos 7.º, pf. 2.º y 11 de la LPH).

3). Violación del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal. La Ley de 1960 (razonaba el recurrente) "Es un ordenamiento "ex novo" del régimen de Propiedad Horizontal y sus preceptos tienen carácter de obligación por encima de los pactos de las partes (art. 396, pf. 4.º Código civil y disposición transitoria 1.ª LPH). En consecuencia, según el artículo 7.º, la alteración de la configuración o estado exteriores requiere la autorización unánime prevista en la ley". Se denunciaba en este mismo motivo la inaplicación del artículo 7.º, párrafo 2.º de la LPH.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso; "Las cuestiones debatidas en el pleito pueden reducirse a las dos siguientes:

1.ª) Fijar si con arreglo a los contratos suscritos entre los demandantes y el demandado estaba éste autorizado o no para realizar las obras que se denuncian en la demanda (problema de interpretación contractual).

2.ª) Determinar si en todo caso, tales obras no eran legalmente autorizables ni pueden mantenerse por prohibirlo las disposiciones que se citan y que el recurso estima como de derecho necesario, que no podía ser contradicho por acuerdo de los contratantes, integrando así un problema de oposición y valoración de normas que suponen un límite a la voluntad dispositiva de las partes.

...(Respecto de la 1.ª cuestión) No se ataca eficazmente la exégesis contractual realizada por la Sala sentenciadora, por lo que queda firme que los contratos suscritos permitían la realización de las obras...

...(Respecto de la 2.ª cuestión) Los motivos 2.º, 3.º y 4.º arguyen la infracción, por violación, de los artículos 396 (Leyes de 26 octubre 1939 y de 21 de julio de 1960) y artículos 7.º y 9.º de la vigente LPH... pero resulta patente que tales disposiciones legales no restringieron ni ampliaron el margen que a la libertad contractual se concede en el artículo 1.255 Código civil".

La Sentencia de 14 de marzo de 1968 (C. San José y otros contra Olaizola) resuelve en el mismo sentido un caso que presenta cierta analogía con el anterior.

El demandado era copropietario de una casa y de la contigua, con derecho de sobreelevación (o de levante). Para levantar necesitaba realizar obras de refuerzo, de cimentación y de apoyos. Los actores, copropietarios de los bajos de la finca, no consintieron la realización de las obras y entablaron el litigio pidiendo la finalización de las obras y la reposición al estado anterior.

En 1.ª instancia, se condenó al demandado a la ejecución de

las obras necesarias para reponer al estado anterior la fachada y el muro posterior, absolviendo del resto de los pedimentos.

Se recurrió en apelación por los actores con la adhesión del demandado. Fue estimado en parte el recurso de los actores y desestimado el otro.

Se recurrió en casación por ambas partes.

Los actores alegaban entre otros los siguientes motivos:

- a) Infracción de los artículos 1.258, 1.091 y 1.268 Código civil.
- b) Violación del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal: la alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo, etc.
- c) Violación de los artículos 397 y 579 Código civil.

El demandante argüía:

a) Aplicación indebida de los artículos 7, 11 y 16, 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal: el derecho de levante, según el título del actor, implica técnicamente verificar todas las alteraciones realizadas, y por ello no se deben someter al régimen de Propiedad Horizontal.

b) Las obras son una consecuencia legítima del derecho de levante, según los artículos 1.258, 1.901 y 1.278, es decir, una consecuencia de la obligatoriedad de lo pactado.

c) Violación de los artículos 396, pf. 4.º y 7.º LPH: no se habían alterado los elementos comunes.

d) Aplicación indebida de los artículos 1.098 y 1.099 Código civil.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto por el demandado.

“...Conforme a lo dispuesto en el artículo 396 Código civil y Ley de 21 de julio de 1960 que lo modificó, *no queda coartada la libre voluntad de los contratantes para establecer los pactos y condiciones que estimen oportunos en ejercicio del ppo. de autonomía de la voluntad, siempre que no aparezcan prohibidos por los preceptos de la Ley (de Propiedad Horizontal)...* y como quiera que del estudio de las escrituras públicas por las que las partes litigantes adquirieron la propiedad parcial cada una de ellas de la casa, se desprende, sin lugar a la menor duda, que el causante de los actores compró la planta baja y sótano de la finca en toda la extensión incluido el portal y el arranque de la escalera, que obligó a dar acceso a los restantes pisos del inmueble por la casa colindante que pertenecía al demandado y que éste entró en la propiedad de los demás pisos o plantas de la casa, estableciéndose en ambas escrituras, en sus cláusulas quinta, el derecho del demandado a elevar los pisos que consientan.

las Ordenanzas Municipales... “Siempre que las obras a efectuar no limiten las actividades propias del establecimiento (instalado en planta baja) con vallados, reparaciones o acarreos que lleven aparejados restricciones en el servicio o molestias al público que concurra a dicho establecimiento”..., es evidente que al no ser tales pactos contrarios a la legislación especial dicha, vinculan a las partes en su contenido y en el de sus consecuencias naturales...”

(Respecto del recurso de la parte actora).

“El 4.º motivo denuncia la violación del artículo 11, en relación con el 7.º, ambos de la Ley de Propiedad Horizontal, por entender el recurrente que la Sentencia hace declaración sobre reposición de la fachada anterior, pero no sobre la posterior, que es también elemento común, ni sobre las columnas de sustentación que han sido modificadas... y como quiera que el demandado adquirió el derecho a levantar las plantas que ha edificado y para ello se precisaba reforzar las columnas de sustentación, sobre todo habiéndose negado los actores a que fueran consolidados los cimientos y los apoyos en la parte de que son propietarios; es evidente que tal refuerzo es una consecuencia necesaria al derecho de elevar pisos y no puede prosperar en tal aspecto el motivo y en cuanto a la fachada posterior... no cabe olvidar que ejercitado el derecho de elevar las plantas, la fachada había de acomodarse a las nuevas obras...”

(Respecto del recurso de la parte demandada).

“El demandado denuncia la aplicación indebida de los artículos 7, 11 y 16, pf. 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, basado en que reconocido su derecho a levantar nuevas plantas en la casa según su título de adquisición... y demostrado que todas las obras realizadas son una consecuencia lógica y necesaria del alzamiento de nuevas plantas y la imposibilidad de mantener las estructuras de los pisos... hacen inaplicables los preceptos aducidos, y habida cuenta que... las partes adquirieron determinados derechos y obligaciones al comprar la finca con las respectivas partes que les corresponden, que les obligan a todas las consecuencias lógicas y necesarias que de lo convenido se deriven y que estos puntos no aparecen prohibidos en los preceptos que regulan las materias; es evidente que la propiedad horizontal que se contempla reúne unos caracteres específicos, consecuencia de los particulares pac-

tos aceptados por los interesados, no vedados en la legislación especial y que todas las obras realizadas son consecuencia necesaria del derecho de elevar plantas al edificio que adquirió (el demandado) y de la obligación que asumieron los actores de permitir tal elevación sin que se les haya ocasionado las limitaciones o perjuicios que se reseñaban en el contrato y derivadas las obras en gran parte de los obstáculos que opusieron a su normal realización; por todo lo cual debe admitirse la infracción aducida, casando y anulando la Sentencia recurrida...”

3. RATIO DECIDENDI Y OBITER DICTA

El carácter dispositivo o de derecho necesario del precepto del artículo 7.º, párrafo 1.º, parece constituir la *ratio decidendi* de la Sentencia de 16 de mayo de 1967. Las obras realizadas por el demandado habían sido autorizadas por los actores en las correspondientes escrituras de compraventa. Los copropietarios demandantes pretendían que semejante autorización carecía de valor porque la regulación establecida por la Ley de 1960, de carácter imperativo, impedía la vigencia del precepto de autonomía privada contenido en el negocio de adquisición. La cláusula autorizativa sería, así, nula y se debería aplicar el régimen de los artículos 11 y 16, pf. 1.º, LPH, que exigen el acuerdo unánime de los copropietarios para cualquier alteración en la estructura o fábrica del edificio“ (11).

(11) Incidentalmente, los actores y recurrentes denuncian la inaplicación del artículo 7.º, pf. 2.º de la LHP, que prohíbe realizar alteraciones «en el resto del edificio», es decir, en lo que no es «piso», que, en principio, hay que entender como expresión equivalente a «elementos comunes». Se procede con un equívoco: el juego de las prohibiciones de los pfs. 1.º y 2.º del art. 7.º, según apreciaciones muy reiteradas en la doctrina y en la Jurisprudencia, se basaría en una única limitación del poder del propietario. Tal limitación sería la imposibilidad de alterar los elementos comunes. Así, se piensa que la prohibición del párrafo 1.º del citado artículo 7.º se apoya en que para alterar la estructura general, la configuración o estado exterior de la finca se ha de pasar por una disposición física los elementos comunes. Habría, pues, dos regímenes distintos en orden a las alteraciones: sobre el piso —elemento privativo—, libre; y sobre los elementos comunes, sometido a la regla del consentimiento unánime de los copropietarios.

Sin embargo, esta opinión no es enteramente exacta, por cuanto el pf. 1.º del artículo 7.º contiene otros límites (la seguridad del edificio y el respeto a los derechos de otro propietario) que pueden ser vulnerados sin afectar a los elementos comunes. En realidad, el poder de realizar alteraciones en el elemento privativo es el único limitado por el art. 7.º, pf. 1.º. Semejante poder respecto de los elementos comunes no existe para cada copropietario, ya que por el pf. 2.º del mismo artículo es conferido a la comunidad. La regla del pf. 1.º es independiente, como veremos, de la alteración de cosas o servicios comunes, aunque forzosamente deriva de la existencia de una comunidad o agrupación, auténtica «titular» del edificio (sobre la titularidad de la comunidad, vide la ponencia sobre la natu

En la Sentencia de 14 de marzo de 1968 el Tribunal Supremo reafirma la doctrina anteriormente establecida y considera que, concedido el derecho de sobreedificación a uno de los copropietarios, en función de un pacto no prohibido expresamente por la Ley de Propiedad Horizontal, queda autorizado a la realización de las obras necesarias para llevar a efecto el levantamiento de nuevos pisos, aunque tales obras sobrepasen los límites del párrafo 1.º del artículo 7.º (12).

Ahora bien, como veremos, la *ratio decidendi* de ambas sentencias se apoya, no sólo en el principio de la inocuidad de la LPH respecto de la autonomía privada, sino también en la historia de ambos casos: reserva por el propietario constructor de la facultad de realizar obras, o concesión de la facultad de sobreedificar más plantas. En ambos casos, aparecía en los títulos de adquisición de los oponentes el conocimiento y la autorización de las obras, que alteraban la estructura del edificio.

El problema es:

a) Si tal autorización otorgada sin los requisitos del artículo 11 de la LPH es válida.

b) Si la reserva de una determinada facultad, en el título constitutivo, en favor del otorgante, permite pasar por encima de los límites del artículo 7.º, pf. 1.º, LPH.

c) Si quien ha consentido en verificar un negocio conociendo la reserva de una facultad en favor del otro contratante puede oponerse válidamente a la pretensión de la otra parte de ejercitar la facultad, prevaliéndose de la posterior publicación de una ley que estima imperativa y, sobre todo, obstaculizar con su conducta el ejercicio de la facultad, llevando a la obra parte a sobrepasar sobradamente el límite del artículo 7.º, pf. 1.º, LPH.

d) Como telón de fondo, si un precepto de autonomía privada puede válidamente anteponerse a la regulación de la PH, y específicamente a lo preceptuado en los artículos 7, 9, 11, 16 y 5.º.

Si opta por contestar afirmativamente en *d)*, el resto de las cuestiones se resuelven automáticamente. Pero para ello hay que pasar por encima del tenor y del sentido de la regulación legal. Lo que para resolver el problema no era, tal vez, necesario.

Las partes recurrentes, así mismo, aludieron a dos cuestiones incidentales que deberán ser objeto de estudio para precisar los términos exactos del problema que nos ocupa. Fueron los siguientes:

A) Se señaló la violación de los artículos 579 y 397 del CC. El motivo fue desestimado por quedar firme en casación que se

raleza Jurídica de la Propiedad Horizontal, dirigida por Díez-PICAZO en el simposio sobre Propiedad Horizontal, Cámara de la Propiedad Urbana de Valencia, Valencia, 1971 (en prensa).

(12) Lo que sólo partiendo del carácter dispositivo del precepto es comprensible.

abrieron huecos en pared medianera para la sustentación de las nuevas plantas. Es decir, una vez más, porque las obras eran consecuencia necesaria de la autorizada sobreelevación.

B) Por otra parte, los actores recurrentes alegaban la violación del artículo 11 de la LPH porque la Sentencia de Apelación hacía declaraciones sobre la fachada, pero no sobre el muro posterior, que era también elemento común. No prosperó por la misma razón que el anterior.

En ambas cuestiones, subyace un razonamiento derivado de la aplicación hasta el límite del artículo 1.258 CC (13).

Algunas indicaciones incidentales no carecen de interés. Así:

1) Los "caracteres específicos" que el T. S. encuentra en la Propiedad Horizontal que se contempla, consecuencia de los particulares pactos aceptados por los interesados, no vedados por la Legislación especial".

2) La repetida alusión a la conducta de los actores: "gran parte de las obras realizadas fueron debidas a la oposición de los actores a que se reforzaran los cimientos, lo que obligó a construir en la forma que se hizo" (último considerando). En el considerando anterior se alude a que las obras derivaban en gran parte de los obstáculos que opusieron los (actores) a su normal realización".

3) La Sentencia acoge también la alegación del recurrente y demandado sobre que los párrafos final y 1.º del artículo 396 del Código civil y la ley especial no coartan la libre voluntad de un contratante para establecer los pactos y condiciones que estimen oportunos en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, siempre que no aparezcan prohibidos por los preceptos de la LPH.

4. LA POSICION DE LA DOCTRINA

La doctrina se muestra hasta la fecha más bien conforme con la Jurisprudencia en este punto. Así, o se recogen acríticamente (y axiomáticamente) los considerandos de ambas sentencias (14) o se señala la posibilidad de derogación en el título constitutivo del régimen establecido en la Ley (15) o bien se deja el problema resuelto señalando algunos preceptos imperativos e indicando simplemente el carácter imperativo, en principio, de la regulación especial, con amplio juego, sin embargo, de la autonomía privada (16).

(13) Queda por ver si las consecuencias de lo pactado, en este caso, son conformes «a la buena fe, al uso y A LA LEY».

(14) Por ejemplo, SANTOS BRIZ, *La Propiedad Horizontal en la Jurisprudencia*, cit., pág. 336.

(15) BATLLE, respecto del art. 11, *La propiedad de casas por pisos*, 6.ª ed.; Alcoy, 1970, pág. 129.

(16) FUENTES LOJO, *Suma de la Propiedad*, cit., 93.

Por otros autores se acentúa el límite imperativo, pero sin llegar a una distinción clara entre los límites del párrafo 1.º y del párrafo 2.º del artículo 7.º (17).

En el único estudio monográfico dedicado hasta ahora al tema, se señala el carácter dispositivo de la norma del párrafo 1.º del artículo 7.º, pero dentro de ciertos límites (18). Se concluye que el poder del propietario ni puede ser aniquilado ni ampliado excesivamente.

Con todas estas consideraciones, no obstante, el problema subsiste. No basta con decir que la LPH contiene un régimen imperativo, ni mucho menos queda claro que una normativa de derecho necesario "no amplíe ni restrinja la autonomía privada".

Por el contrario, las normas jurídicas, como ha sido puesto de relieve (19), son de derecho necesario cuando gocen de eficacia preferente en la regulación de la relación jurídica de tal manera que excluyan o impidan la vigencia y efectividad de los preceptos de autonomía privada. El régimen señalado por las normas de derecho necesario, es un límite legal de la autonomía de la voluntad. Las normas dispositivas permiten que se anteponga a ellas el precepto creado por la autonomía privada.

5. SENTIDO DE LA NORMA DEL ARTICULO 7.º, PF. 1.º LEY PROPIEDAD HORIZONTAL

Las dificultades, desde luego, no han quedado, con esta precisión conceptual, totalmente separadas. El problema estriba casi siempre en dilucidar ante una norma concreta si tiene carácter imperativo o dispositivo. Se trata, como se ha dicho, (20) de una de las tareas interpretativas más delicadas.

(17) ZANON MASDEU, *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona, 1964, pág. 175

(18) ESCRIVÁ DE ROMANÍ, *Lo imperativo y lo dispositivo*, cit., pág. 1258-1259. «La norma (art. 7.º, pf. 1.º) —dice este autor— tiene a nuestro juicio carácter eminentemente dispositivo y no vemos inconveniente que los estatutos regulen las facultades de los propietarios para hacer modificaciones en sus pisos, siempre que no se les prive totalmente de tal facultad ni sea ésta tan amplia que interfiera los elementos comunes o el derecho de los demás copropietarios. Es decir, la facultad en si tiene carácter imperativo, pero puede modalizarse en forma dispositiva.»

(19) DIEZ-PICAZO, *La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de arrendamientos Urbanos*, en «A. D. C.», 1956, págs. 1149 y sigs., esp., pág. 1164.

(20) DÍEZ-PICAZO, *Ibidem*, 1165. Cuando no resulte del tenor literal de la norma, el autor señala unos caminos de interpretación: investigar el contenido peculiar de la norma poniéndolo sobre todo en conexión con el momento funcional del negocio o de la relación de que se trate. Así, las normas que establecen requisitos o presupuestos del negocio serán imperativas; las que establezcan el contenido esencial del negocio también (por más que las partes podrán alterarlas, entrando en tal caso en otro tipo negocial). Las normas que señalen el contenido natural y actual del negocio serán dispositivas, etc. Otro medio de interpretación radica en la presunción de derecho dispositivo, puesto que las normas limitadoras y prohibitivas, dado el significado institucional de la autonomía privada como ppo. gral. del derecho, deben ser interpretadas de modo restrictivo.

Ahora bien, situados ante la norma del párrafo 1.º del artículo 7.º de la LPH, el problema de la imperatividad o no de la disposición se podría formular del siguiente modo: ¿Cabe dispensar al propietario de cada piso, de los límites que el precepto establece al poder de realizar alteraciones en los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios?

En otras palabras: ¿Se puede conceder al propietario de cada piso el poder de realizar alteraciones, aun cuando "altere o menoscabe la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o perjudique los derechos de otro propietario"?

Una cláusula semejante incluida en el título o en los estatutos, ¿sería válida y eficaz?. A primera vista, y por razones obvias, parece que hay que descartar la validez de una cláusula que permita las obras que menoscaben la seguridad del edificio. Este límite ha de ser forzosamente imperativo.

Lo mismo cabe decir del perjuicio a otro propietario, salvo, claro está, cuando el mismo propietario afectado lo consienta. Pero en tal caso ya no está ante un "perjuicio" a su derecho. Una cláusula, contenida en los estatutos, que permitiere, por ejemplo, hacer obras de modificación cualquiera que fuese el perjuicio causado a los vecinos, sería a todas luces ineficaz.

La cuestión, entonces, se centra en la alteración de la estructura general, configuración o estado exterior, porque el artículo 11 habla de "alteración en la estructura o fábrica del edificio". La diferencia terminológica no entraña, según creemos, una distinción de conceptos, y bien podemos entender que ambas expresiones se refieren a lo mismo, es decir, son equivalentes.

La cuestión a resolver sería, en tal caso, la siguiente: los propietarios pueden realizar las modificaciones de los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de su piso, aun alterando la estructura o la configuración del edificio, cuando hayan sido autorizados para ello en el título o en los estatutos, o bien han de someterse en todo caso al régimen de unanimidad establecido por el artículo 16, 1.º, en relación con el artículo 11. Tal es el planteamiento con que la cuestión se presenta en las Sentencias citadas y en gran parte de la doctrina.

Sin embargo, tal planteamiento responde a una excesiva simplificación del problema. Por ello, ambas respuestas son incompletas. La primera (posibilidad de que en el título o estatutos se autorice cualquier modificación) desconoce el tenor literal y el contenido peculiar de la norma. La segunda (sometimiento al régimen de unanimidad) olvida que el régimen del artículo 16, 1.º, en relación con artículo 11, se refiere a la modificación del título constitutivo, pero que ni aún la unanimidad puede dispensar del límite de seguridad del edificio.

Para encontrar la ratio legis del precepto se le debe conectar con el artículo 3.º de LPH. Según esta norma (art. 3.º, a) corresponde al dueño de cada piso o local “el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos, e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario”.

El artículo 7.º, párrafo 1.º, no hace sino delimitar el poder de actuación del “propietario” dentro de la esfera de su derecho, o, en otras palabras, delimitar la esfera de libre actuación (*agere licere*) del titular del piso respecto del objeto de su derecho.

Podríamos decir que no se trata del establecimiento de unas limitaciones según el concepto clásico—derogaciones del contenido normal del derecho de propiedad—, sino de delimitar el contenido normal del derecho (21).

Sabido es que el conjunto de facultades estrictamente inherentes al derecho de propiedad sobre un bien, que hacen posible su utilización natural y típica, es decir, la función económica esencial del bien y que constituyen el contenido del propio derecho, deben ser reconducidas siguiendo lo dispuesto en el artículo 348 del CC. a dos tipos fundamentales: facultad de goce (posibilidad de usar y disfrutar el bien de cualquier modo) y facultad de disposición (posibilidad de enajenación). Para algunos autores (22) la facultad de disposición no es más que una extensión de la facultad de goce y, más exactamente, la consecuencia extrema de ésta. es decir, la causa que legitima la actividad del sujeto inherente al goce del derecho.

En consecuencia, puede identificarse la sustancia del derecho de propiedad con esta posibilidad de goce del bien, en sentido amplio. Pero el núcleo de cada concreto derecho de propiedad vendrá constituido por alguna o algunas de las facultades de goce. De ahí que la privación de cualquier facultad tendrá diversa repercusión según que la utilización económica fundamental de que sea susceptible el bien objeto del derecho de propiedad (23) sea posible o no como consecuencia de la privación de la facultad.

Por ello es límite de la propiedad privada, y no limitación, la directriz impuesta por la norma al modo de goce libremente escogido por el propietario que no altera la posibilidad del destino económico fundamental del bien, cuando el propietario puede hacer, a

(21) Como respecto de la Ley del Régimen del Suelo, ha sido puesto de relieve por GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, pág. 383. Vide MARTÍN MATEO, *El estatuto de la propiedad inmobiliaria*, en «R. A. P.», núm. 52, págs. 101 y sigs.

(22) PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1935, pág. 89.

(23) Amplius en D'ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della Facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*. Nápoles, 1963, págs. 216, 218, 219 y 221.

pesar de la norma limitatoria, aquello que en la conciencia social aparece como destino normal del bien.

Lo contrario sería una limitación o una auténtica expropiación (24).

Los límites en sentido estricto se traducen en directrices o prohibiciones del modo de goce del bien por parte del propietario y las más de las veces tienden a satisfacer necesidades de la colectividad. Es decir, que la norma actúa en tutela de un interés no propio del titular, generalmente el interés público (25).

Por tanto, el artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, viene a delimitar el poder del propietario de cada piso. El primer párrafo se refiere a lo que se ha llamado "disposición física"; el 2.º excluye la posibilidad de esta disposición respecto a los elementos comunes y el 3.º da unas directrices sobre el uso y destino del piso (26).

6. LOS LÍMITES DEL ARTICULO 7.º, PARRAFO 1.º

Respecto del párrafo primero, hay que señalar que fija los límites del llamado poder de disposición física respecto de lo que es "elemento privativo" de la relación de propiedad horizontal, estableciendo tres distintos límites:

1.º) La seguridad del edificio, límite que viene impuesto, en último término, por razones de interés público.

2.º) La estructura y configuración del edificio, límite que se establece en beneficio del interés de la comunidad.

3.º) El perjuicio de los derechos de otro propietario. Límite establecido, claro está, en tutela del legítimo interés de este propietario.

Por ello, en principio, hay que concluir que el límite Sub 1) es

(24) Muchas veces, el problema de la distinción entre límite y limitación, estriba en determinar el tope de tolerabilidad de la intervención pública en derechos que, para continuar siendo tales derechos, suponen una esfera de autonomía, ofreciendo al titular una mínima satisfacción del interés personal. Sobre el tema, MORTATI, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, vol. II, 7.ª ed.; Padua, 1967, pág. 891. Si la propiedad es «un estado de sujeción de una «res» a la potestad de autonomía privada» se trataría de determinar cuándo esta sujeción se convierte en una mera formalidad, sin sustancia. Vide ROMANO, S., *Sulla nozione di proprietà*, en «Rivista Trim. di Diritto e Procedura Civile», 1960, págs. 337 y sigs.

(25) RODOTÁ, S., *Voz Proprietà (Diritto vigente)*, en «Novissimo Digesto Italiano», XIV, Turín, 1967, págs. 125 y sig., esp. pág. 134, ACUPLIUS NATOLI, «la proprietá», I, Milán, 1965, pág. 101 y sig. y CONSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietá*. Nápoles, 1967, págs. 44 y sig. RODOTÁ, *Note critiche i: tema di proprietá*, en la «Rivista Trim. di Diritto e Procedura Civile», 1960, página 1252 y sig., esp. 1325 a 1330.

(26) Los límites del art. 7.º no impiden la utilización económica fundamental del bien, que es servir de vivienda o de local de negocio. Se trata, por ello, de auténticos «límites». El art. 348 del C. c. habla de «limitaciones», pero utiliza este concepto en sentido lato o impropio.

imperativo, mientras que los Sub 2) y Sub 3) podrían venir dispensados por los titulares del interés que se protege (27).

En el caso Sub 3), como ya se advirtió, sólo el consentimiento del otro propietario afectado levantaría la prohibición, pero ya no podría hablarse de perjuicio a su derecho. En cambio, una cláusula que estableciera el derecho a modificar el piso por encima de los derechos de los vecinos, parece que sería ineficaz. Pero obsérvese que en buena medida el alcance de su derecho deriva del título, en que se fja lo que es "elemento privativo" y lo que es "elemento común", la extensión del piso, linderos, etc. Lo que la norma claramente impone es el respeto absoluto de los derechos (si se me permite la expresión) fijados en el título, en el alcance y en la extensión que se haya determinado.

Nos queda, pues, el límite de no alterar la estructura o la configuración del edificio. La comunidad puede autorizar lo contrario, desde luego, pero cabrían dos posibilidades.

a) La autorización en el título o estatutos.

b) La autorización prevista en los artículos 11 y 16, pf. 1.º, por acuerdo unánime.

El T. S. se inclinó por la primera (que, obviamente, no descarta la otra), pero su interpretación de la norma no es convincente.

(27) Los límites se traducen en este caso en poderes de los otros titulares dentro de las situaciones personales de una relación jurídica, pero no en auténticos derechos subjetivos, porque falta la independencia exterior que los abstraiga de la relación y carecen de significado propio en el tráfico jurídico, como tampoco pueden servir de base segura a otros poderes o derechos subjetivos secundarios.

Vide DE CASTRO, *Derecho Civil de España*. Parte General. I, Madrid, 1949, pág. 577. Se trataría, por el contrario, de una *facultad*, en la terminología de este autor, es decir, de una «posibilidad de actuar concedida a una persona, por formar parte del contenido de una situación jurídica». Por ello tienen por contenido un ámbito de actuación libre, concedido y garantizado por el derecho, carece de independencia respecto de la situación jurídica principal (que es la condición de propietario y condómino) y no pueden ser enajenadas, renunciadas o prescritas más que en unión de la situación de que dependen. *Ibidem*, 602.

En el mismo sentido, recientemente, vide COMPORTI, M.: *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, en «Rivista di Diritto Civile», 1970, 435 y sigs., esp. 472-473. Mientras el derecho subjetivo consiste en una situación jurídica final, compleja, en cuanto posición objetiva de particular e intensa tutela otorgada por el ordenamiento jurídico a una relación de utilidad entre sujeto y bien, el *poder* y la *facultad* constituyen situaciones simples, dinámicas, dirigidas a realizar diversamente el interés fundamental al bien protegido en la situación final. La facultad atribuye una posibilidad dinámica de comportamiento material.

Sobre la relación de la «facultad» con el derecho subjetivo, puede verse también FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, F., *La facultad de disposición*, en A. D. C., III (1950), págs. 1025 y sigs., esp. pág. 1040.

7. LA ESTRUCTURA Y CONFIGURACION DEL EDIFICIO COMO LIMITE

A. La fijeza del título.

El título constitutivo de la propiedad horizontal (28), frecuentemente refleja un negocio jurídico unilateral, en todos los casos en que la constitución de la PH se decide por el propietario único de la casa, que normalmente es el promotor que construye para vender por pisos o el propietario de una casa antigua que toma la misma decisión. La doctrina no ve en ello ningún inconveniente (29).

Generalmente, esta forma de constitución de la PH es un negocio preparatorio de otros negocios de enajenación, en función de los cuales los adquirentes de pisos se van a encontrar con una situación predeterminada respecto del alcance y medida de sus derechos, especialmente en lo referente a la extensión objetiva. Para estos propietarios de pisos, derechohabientes del constituyente de la PH, está plenamente vigente el artículo 7.º, párrafo 1.º. Al realizar obras no podrán alterar la estructura o configuración del edificio.

En cambio, el propietario constituyente de la PH, puede haberse reservado la posibilidad de esa alteración. Pero es obvio que el poder que se ha reservado está limitado en sí mismo por dos factores: el contenido mínimo de la PH (la existencia de un elemento privativo y de una parte común, sobre la cual carecerá de poder de disposición por sí mismo desde el momento de la enajenación de un piso)

(28) Título constitutivo entendido como documento que refleja el acto de constitución, es decir, el negocio jurídico consistente en «una declaración de voluntad del titular o titulares del edificio, dirigida a configurar la casa bajo un régimen especial que es de una problemática distinta y una legislación especial aplicable, tanto en el orden sustantivo como en el orden registral», según la definición de ALVAREZ, J. E., *El título constitutivo de la propiedad horizontal*, en «Centenario de la Ley del Notariado», sec. 2.ª, vol. II. Madrid, 1965, págs. 429 y sigs., 436; para BATLLE (La propiedad de casas por pisos, cit., pág. 83) es el «documento en que constan las circunstancias de hecho y de derecho de las que nace y se configura la institución». Vide también PERE RALUY, *La propiedad horizontal*, Barcelona, 1961, pág. 41 y sigs.; MONET lo llama «plasmación documental del negocio jurídico de constitución de la Propiedad Horizontal» cuando el mismo se produce en supuesto tipo: con simultaneidad y formalidad. Pero —añade— «la ley no plantea ni resuelve todos los supuestos varios que la vida ofrece por falta de forma o de simultaneidad» («Problemas de técnica Notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal») en «Centenario de la Ley del Notariado», sec. 2.ª, vol. I, Madrid, 1962, págs. 243 y sigs., 273).

(29) Y lo mismo cabe decir de los estatutos, que pueden ser ordenados por el mismo dueño de toda la casa. Vide MONET, *Problemas de Técnica Notarial ante la nueva LPH*, cit., 274 y 291; ALVAREZ, *El título constitutivo de la propiedad horizontal*, cit., 444, de quien he tomado la frase; FUENTES LOJO: *Suma*, cit., 657, vol. I. Vide también SAPENA, J., *Inscripción de estatutos de copropiedad urbana*, en «R. C. D. I.», XXXII (1956), págs. 206 y sigs.; ZANON MASDEU, *La propiedad de casas por pisos*, cit., pág. 417.

y la fijeza del título, que es, según creemos, esencial en el régimen PH (30).

Lo que quiere decir, que no puede reservarse en el título ni una facultad que destruya la vertebración mínima de la PH (por ejemplo, la posibilidad de convertir en privativo o en común un determinado elemento del edificio), ni un poder de realizar alteraciones que pueda hacer variar el contenido del título por actos del constituyente o de sus derecho habientes. Así, una reserva en favor del propietario primitivo, promotor o constructor, de la facultad de realizar "las obras que tenga por conveniente", está en sí misma limitada por el contenido del título: descripción del inmueble, extensión, linderos, etcétera, de cada piso; cuota, etc. Lo contrario sería tanto como la indeterminación del derecho de los adquirentes de los pisos. Sería una PH variable. Sería, en suma, algo distinto de la PH.

Es decir, que el propietario único del edificio que otorga el título constitutivo no puede contradecir con su conducta posterior su declaración de voluntad y queda vinculado por ésta. De la misma forma, no puede autorizar ni reservarse un poder que convierta en ilusorio el contenido de su declaración.

Desde el momento en que haya otro propietario de piso, la medida de su derecho fijada en el título no puede sufrir alteración sin su consentimiento. Como veremos, esto es lo que se protege a través del régimen de unanimidad y lo preceptuado en el artículo 11, segundo inciso.

Tanto las normas del último párrafo del artículo 5.º, cuanto las contenidas en los artículos 11, 16, pf. 1.º, etc., podrían resultar fácilmente inútiles o supérfluas con una cláusula semejante a la indicada en el caso de la Sentencia de 1967: el primitivo dueño se reserva la facultad de "realizar las obras que tenga por conveniente". Los nuevos propietarios, al adquirir el piso, dan con ello un asentimiento (indirecto por lo demás) a esta facultad y ello es suficiente para que, finalmente, no sepan a ciencia cierta el alcance de su derecho, ni la medida de su cuota, ni estén seguros respecto de algo tan importante para su propio interés como la configuración y la estructura del área en que tienen su parcela.

Si lo que protege la norma en examen no es más que la estructura y configuración que resulten del título, no deberá admitirse un tipo de título "elástico" que permita su alteración posterior, so pena de que los derechos de los propietarios carezcan de la necesaria fijeza y determinación.

(30) El título constitutivo es, como dice ALVAREZ, «el acto oficial del nacimiento de la PH» y —añade— «en él se contienen los *datos esenciales* de ésta: descripción del edificio con sus elementos comunes, servicios e instalaciones; descripción de los pisos con sus anejos, número y cuota; y las reglas de constitución y ejercicio del derecho o Estatutos». Vide ALVAREZ, *El título constitutivo*, cit., 518. No parece que los *datos esenciales* puedan ser alterados en virtud de un poder reservado por el otorgante. No serían entonces tales «datos», sino unas «variables»

B. *El interés da la comunidad.*

Por otra parte, si aceptamos que el límite referente a la alteración de la estructura o configuración del edificio se impone en beneficio de la comunidad, hay que pensar en una dispensa de ese límite alterada por un acuerdo de la Junta (31) y no autorización auto-concedida ni por suma de autorizaciones individuales aisladas. El límite que contemplamos a la facultad de cada propietario de modificar los elementos comunes se establece en beneficio de la comunidad, a la que se dota en la ley de un auténtico poder de control. Y casi se podría decir, que es el mismo poder de verificar alteraciones de la estructura el que, despojado de manos del propietario, pasa a la comunidad. Así parece indicarlo el artículo 11 LPH, especialmente en el segundo inciso.

C. *Sentido del artículo 11, LPH.*

Según este precepto, toda alteración de la estructura o fábrica del edificio afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido en el artículo 16, 1.º. Y añade: "El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos pisos o locales".

El tenor literal del precepto indica claramente que el legislador está pensando en una reunión de la Junta con todas las formalidades que la ley establece. El acuerdo adoptado deberá reunir unos requisitos (los del 2.º inciso del citado art.).

El acuerdo unánime de la Junta que no reuniera los requisitos del segundo inciso del artículo ¿Se debe tener por nulo o por válido?

Algún sector doctrinal, aun cuando no contemple exactamente esta cuestión, se inclina claramente por la validez dado el carácter dispositivo que la mayor parte de los autores señalan en el artículo 11 (32). Otros, en cambio, indican la necesidad del cumplimiento de los requisitos del segundo inciso del artículo 11 (33). Este último

(31) Así, ALVAREZ, *El título constitutivo de la P. H.*, cit., pág. 520, considera necesaria la celebración de la Junta.

(32) ESCRIVÁ DE ROMANÍ. *Lo imperativo y lo dispositivo*, cit., 1249; ZANON, *La propiedad de casas por pisos*, cit., 394.

(33) Así, FUENTES LOJO, *Suma*, cit., I, 375: «La ley exige imperativamente fijar estos puntos para evitar dudas. Si no se cumplieren, habría que estimar no autorizada la alteración», amplius, 560 y sigs.; BATLLE, *La propiedad de casas por pisos*, cit., 124 y 130.

Este autor, analizando la cuestión del derecho de sobreelevación y aún admitiendo que el título constitutivo puede atribuir este derecho a persona distinta de los propietarios, con lo que se podrá ejercitar sin necesidad del acuerdo unánime, cree que aún en el caso de autorización por el título se habrán de cumplir los requisitos del artículo 11, segundo inciso. Además, critica la S. de 14 de marzo de 1968, considerando que el ppo. general en ella sentado de posibilidad de alteración de la fachada como consecuencia de la concesión del derecho de sobreelevación,

parece el criterio mejor fundado. Además, es el único coherente con el artículo 5.º, párrafo último, que impone para la modificación los mismos requisitos que para la constitución. Los requisitos para la constitución pueden esbozarse del siguiente modo.

- a). Intervención de todos los propietarios existentes.
- b). Descripción del inmueble, con las circunstancias exigidas por el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, y fijación de los elementos comunes y privativos.
- c). Fijación de la cuota de participación.

Son precisamente estas menciones las que constituyen el "título" y respecto de las cuales entra en juego el régimen del artículo 11 LPH (34).

El artículo 11 de la Ley exige, para la modificación, precisamente el cumplimiento de los requisitos que el artículo 5.º establece para la constitución. Parece que la conexión de ambos preceptos debe llevarnos a la conclusión de la imperatividad de las normas que lo establecen, tanto partiendo del tenor literal de las disposiciones comentadas, cuanto por tratarse del "contenido esencial" del negocio, según hemos dicho antes (ver nota 20).

Si esto es así, sólo una reserva de la facultad de modificación de la estructura del edificio que contuviera las menciones del artículo 11, segundo inciso, podrá ser actuada. No hay razón para que lo que es imperativo para todos los propietarios del piso del edificio no lo sea para uno sólo de ellos (o para quien no es siquiera propietario de un piso). No cabrá, pues, una reserva genérica o indeterminada de las facultades de modificar la estructura o configuración del edificio, salvo que:

- a) Contenga las menciones exigidas por el artículo 11, en relación con el 5.º, último párrafo, de la Ley de Propiedad Horizontal.
- b). Se trate de una reserva genérica en favor de constructor, propietario o tercero, que requerirá el acuerdo unánime de la Junta con los requisitos de los artículos 11 y 16, 1.º LPH, para poder ser actuada (35).

debe ser interpretado restrictivamente, puesto que la fachada es elemento común. De ello hablaremos más adelante.

En análogo sentido, respecto del número de plantas en caso de sobreedificación, vide VENTURA-TRAVERSET, *Derecho de edificación sobre finca ajena y la Propiedad Horizontal*, Barcelona, 1963, pág. 169: «el art. 11 de la LPH —dice este autor— exige acuerdo de la Junta de Propietarios, determinación clara de la naturaleza de la modificación, y de las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, y del titular o titulares de los nuevos pisos o locales».

(34) ALVAREZ, op. cit., 519 parece dar a entender que los «requisitos de constitución» de que habla el úl. p.º del art. 5.º son los requisitos formales (escritura pública e inscripción en el Registro). Pero el propio autor aclara —en la pág. 463— que se trata de requisitos de contenido, no de forma, puesto que el título constitutivo no exige ninguna forma especial o litúrgica.

De acuerdo, MONET, *Problemas de Técnica Notarial*, cit., 277 y 308.

(35) ALVAREZ, op. cit., 524 y 525. BATLLE, *La propiedad de casas por pisos*, cit., pág. 130.

III. REGIMEN DE ALTERACION DE LOS ELEMENTOS COMUNES. EL PODER DE LA COLECTIVIDAD SOBRE LOS ELEMENTOS COMUNES

El supuesto más típico —y acaso más importante— de alteración de las estructuras del edificio es la construcción de nuevas plantas sobre el suelo. La cuestión, en principio, debe resolverse de modo análogo a la anterior, puesto que no es otra cosa que una específica “alteración de la estructura o fábrica del edificio”. Sin embargo, hay un matiz importante, derivado de que el vuelo es, en principio, un elemento común. (art. 396, párrafo 1.º del Código civil).

8. DETERMINACION DE LOS ELEMENTOS COMUNES

En tema de elementos comunes es necesario recoger la distinción entre:

a) Elementos comunes *naturales*, indivisibles por ley física y cuya negociabilidad separada está excluida imperativamente por el artículo 396, 2.º Código civil

b) y elementos comunes *accidentales*, establecidos para la común utilidad de los partícipes, sin que ello sea necesario por ley física (36).

Los primeros se incluyen en la enumeración “ad exemplum” que se contiene en el artículo 396, 1.º Código civil. Entre ellos se cita el vuelo.

La doctrina señala el carácter imperativo de la consideración de “elementos comunes” respecto de aquellos *físicamente* necesarios para el uso y disfrute adecuados del edificio, como el suelo, escaleras, muros, cimentaciones, etc. Y separa a los demás como “accidentales”, lo que significa la posibilidad de no ser configurados como comunes, sino como privativos, según la voluntad de los que realicen el acto de constitución.

Así, la enumeración establecería una presunción legal en favor del carácter de elemento común de los citados (37), o bien, como con mejor criterio opina otro sector doctrinal, se trataría de una norma dispositiva (38), de modo que las dos partes podrían establecer

(36) Recogen la distinción, basada en la Jurisprudencia del T. S. (Sentencia de 10 de mayo de 1965), que más adelante examinaremos, entre otros, ESCRIVÀ DE ROMANÍ, op. cit., 1.245 y 1.246 y ALVAREZ, op. cit., 468-470.

(37) En este sentido, FUENTES LOJO, Suma, cit., 250-251. PERE RALUY, *La Propiedad Horizontal*, cit., 62. En Italia respecto del art. 1.117 C. C. opinan lo mismo, vgr., PERETTI-GRIVA, *El condominio di casé condivise in piani nelle nuova legislazione*, Torino, 1942, pág. 13, SALIS, *Il condominio negli edifici*, Turín, 1950, pág. 8.

(38) Como dice, p. ej., ZANON, *La propiedad de casas por pisos*, cit., 104. La teoría arranca de GUIDI, *El condominio nel nuovo codice civile*, Milán, 1942, pág. 55; seguido por BRANCA, *Condominio negli edifici en Commentario del Codice Civile a cura di SCLALOJA e BRANCA*, libro terzo, della proprietà, 2.ª

como comunes los elementos que tuvieran por conveniente, salvo aquellos elementos estrictamente indispensables para el uso o disfrute del edificio, los cuales forzosamente serán comunes.

A primera vista, una vez determinado lo que es elemento común, entrará en estado de indivisión forzosa que establece el artículo 396, párrafo segundo. Sólo que por más que la redacción del precepto no sea la más acertada, como se ha apuntado (39), parece que se refiere a las partes del edificio estrictamente necesarias para el uso y disfrute de los elementos privativos.

En cambio, es acertado el criterio de quienes consideran que, una vez establecido en el título lo que es parte común, por más accidental que este elemento común sea, estará sometido a las especiales normas de uso y disposición señalados por la ley para estas partes [art. 7.º, pf. 2.º: imposibilidad de realizar alteraciones por cada propietario; art. 3.º: imposibilidad de pedir la división y artículo 11 respecto de la posibilidad de realizar alteraciones] hasta que la comunidad acuerde, con los requisitos de los artículos 11 y 16, 1.º su desafectación, y conversión en elemento privativo.

9. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma plenamente cuanto hemos venido diciendo sobre el régimen de alteración de los elementos comunes, partiendo siempre de la determinación, verificada en el título de lo que es "elemento común".

Sobre la determinación de los elementos comunes, pueden verse, entre otras, las Sentencias de 10 de mayo de 1965 y 20 de marzo de 1970.

En la primera de ellas, la sociedad promotora de la construcción de un inmueble en régimen de propiedad horizontal, que había ya vendido la totalidad de las viviendas y cuatro de los seis locales comerciales del edificio, construyó otros dos locales comerciales en el semisótano. El presidente de la Comunidad ejercita la acción reivindicatoria sobre ambos locales, fundándose en que se trataba de elemento común. La demanda es desestimada en ambas instancias. Se recurre en casación, entre otros motivos, por inaplicación de los artículos 2, 5, 11 y 16 de la LPH y por interpretación errónea del artículo 396 Código civil.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar:

“...Integrando y armonizando lo dispuesto en los artículos 396 Código civil y 3.º de la LPH respecto de los denominados “elementos comunes”, cabe establecer una clasificación bipartita, a saber: elementos comunes por

ed., Bologna-Roma, 1954, 294 y ss., 296 y Visco, *Le case in condominio*, I, 7.ª ed., Milán, 1967, 132 y sigs.

(39) ZANON, *op. cit.*, 111.

naturaleza, como inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los locales delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente, que son objeto de enumeración ad exemplum en la propia ley; y elementos comunes por destino, cuales son aquéllos que en concepto de anejos se constituyan especialmente al servicio de todos o de algunos de los propietarios singulares... Los sótanos no pueden clasificarse entre los elementos comunes por naturaleza..."

Por ello concluye el Tribunal Supremo que, no siendo el semisótano elemento común, la comunidad carece del título legítimo de propiedad, que es requisito esencial para el ejercicio de la acción reivindicatoria. Por la misma razón no cabe aplicar el artículo 11 LPH.

En la Sentencia de 20 de marzo de 1970, se admite la reivindicación de una azotea por la comunidad sin especial problema por que aparece descrita en el título como elemento común.

Respecto de la modificación de los elementos comunes se pueden señalar dos momentos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En un primer momento, se descarta la aplicabilidad del artículo 397 Código civil (antes de la vigente Ley de 1960) cuando pugne con la especial naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal. Se subraya entonces el carácter predominante o principal del piso (elemento privativo), que habían afirmado, entre otras, la importante Sentencia de 9 de julio de 1951 y la de 4 de diciembre de 1953. Así, la Sentencia Anta y Villarino contra Anta y Bermello, 18 de mayo de 1960, no admitió la impugnación de las obras realizadas por el arrendatario del bajo, con autorización del arrendador pero sin consentimiento del resto de los condóminos. Las obras afectaban a la fachada y a los muros, y eran consecuencia del cambio de destino del local, convertido de vivienda en local de negocios. Puede verse también la Sentencia de 21 de febrero de 1963 (Berrondo contra Berrondo).

El giro doctrinal, en consonancia con la LPH, se produce a partir de la Sentencia de 9 de diciembre de 1966, Comunidad de Propietarios de la casa número 28 de la calle A. Toledano de Madrid contra Sevillano Simón.

En el caso, el demandado, que había construido la casa en solar de su propiedad y después había vendido los pisos, realizó algunas obras que alteraban los elementos comunes (como construcción de una vivienda bajo el sótano, apertura de un patio, etc.). La Comunidad pidió que se repusiera a la situación anterior y que se verificase el uso y disposición del solar, patios y otros elementos de acuerdo con la inscripción registral. El demandado opone la autorización de la Comunidad. La Sentencia de 1.^a Instancia absuelve al demandado, pero en apelación se estima en parte la demanda y se conde-

na a cerrar el patio, a destruir la vivienda del sótano y a reintegrar uno de los patios a la Comunidad. Se recurre en casación, alegando la aplicación indebida de los artículos 11 y 16, 1.º LPH y artículo 397 Código civil. El recurrente razonaba que no cabe apoyar la aplicación de los artículos 11 y 16 de la LPH por su analogía con el artículo 397 Código civil por dos razones: porque el artículo 397 no es de derecho necesario y porque el contenido de los artículos 11 y 16 es mucho más amplio por lo que hay que concluir que ambos preceptos ni tienen el mismo contenido ni igual carácter.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

“...Conforme a lo dispuesto en el artículo 16, 1.º LPH, se exige la unanimidad de todos los copropietarios para la modificación de cuanto afecte al título constitutivo de la copropiedad, entre lo cual figura, según el artículo 11, la construcción de nuevas plantas u otras alteraciones en la estructura o fábrica del edificio; y habida cuenta de que según el artículo 23 de los estatutos se requiere la misma unanimidad para la modificación del régimen de la comunidad o del número y valor de las participaciones...”

En análogo sentido, se resolvió el caso Comunidad de Propietarios de la finca número 8 de la calle Fundadores de Madrid contra Sevillano Simón, 28 de enero de 1967. La Comunidad pedía se declarase la inexistencia o nulidad de los acuerdos, tomados con asistencia de una minoría de propietarios, por los cuales se autorizaba al demandado para la realización de determinadas obras en los elementos comunes y que se declarase que la copropiedad de los patios es la establecida e inscrita en el Registro. El demandado oponía la validez de los acuerdos, a los que nadie había manifestado su oposición. En 1.ª Instancia se absolvió al demandado. En Apelación se estimó en parte la demanda, declarando la inexistencia de los acuerdos y la copropiedad inscrita en el Registro y condenando a la demolición de las obras y reposición al estado anterior. Se recurrió en casación, alegando, entre otros motivos, la aplicación indebida de los artículos 396 y 597 del Código civil, que no son de derecho necesario según el recurrente, y la violación del artículo 348 por acceder a la reivindicación de los patios comunes faltando el requisito de la detentación por parte del demandado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, ateniéndose al artículo 23 de los estatutos que establecían el régimen de unanimidad para los acuerdos que impliquen “modificación del número o valor de las participaciones”.

En la Sentencia de 30 de junio de 1967 (Comunidad de Propietarios de la casa número 15 del Paseo de las Delicias de Madrid contra Rodríguez Gómez) se ratifica nuevamente el mismo criterio: la modificación de los elementos comunes está sometida al régimen de unanimidad en el consentimiento. El propietario carece de poder,

por sí mismo, para efectuar cualquier obra que entrañe alteración de los elementos comunes.

En el caso, el demandado había realizado obras que afectaban a los cimientos y al muro de carga de una crujía, en un local comercial del edificio. Las obras fueron asesoradas por peritos, incluso por el aparejador de la Comunidad. Esta consiguió la paralización por interdicto y ahora pide la reposición al estado anterior. El demandado opuso, entre otras razones, los dictámenes periciales en el sentido de que las obras eran beneficiosas y se verificaban con todas las garantías de seguridad. La demanda fue desestimada en ambas instancias. Se recurrió en casación alegando, entre otros, la inaplicación de los artículos 7.º, pf. 2.º de la LPH y 396 pf. 1.º del Código civil. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso:

“...Obras de tal índole, afectantes a los elementos comunes de la edificación no son las que pueden ser efectuadas por cada propietario sin más que cumplir con los requisitos del artículo 7.º, pf. 1.º de la LPH, máxime cuando media la oposición expresa de la Junta de la Comunidad...”

Una vez más, la regla de la unanimidad para las obras que impliquen alteración de los elementos comunes ha sido consagrada por la Sentencia de 21 de mayo de 1970.

Del examen de estas sentencias podemos obtener, al menos tres conclusiones:

a) El artículo 396 contiene una enumeración ejemplificativa de los elementos comunes y permite por ello un amplio juego de la autonomía privada en la determinación de las concretas partes comunes de una determinada finca. Pero hay un mínimo de elementos que por naturaleza han de ser comunes, porque sin ellos es imposible o muy difícil el goce de las partes privativas.

b) Una vez determinando lo que es elemento común, sea o no por naturaleza, estará sometida a la regulación especial prevista en la ley para estas partes. En otras palabras, se estará a lo establecido en el título, que sólo por unanimidad puede ser modificado. Algunas sentencias relacionan la alteración de los elementos comunes con la variación del número y valor de las participaciones, esto es, con la determinación de los derechos de cada uno de los condóminos o, si se prefiere, con la fijeza del título. El criterio nos parece acertado.

c) Sobre lo que es elemento común, resulte del título o de la naturaleza, cada uno de los propietarios carece de toda facultad de realizar alteraciones, modificaciones o reparaciones. Carece, en otras palabras, de facultad de “disposición física”. Las reglas de los artículos 7, 2, 11 y 16, 1.º de la LPH son análogas a la contenida en el artículo 397 del Código civil, con un matiz que señalar: que las

de la LPH parecen imperativas, mientras que el artículo 397 puede entenderse como de derecho dispositivo.

Ahora bién, aquí nos importa subrayar que sobre los elementos comunes, dado el juego de las reglas citadas, cada propietario carece del poder de realizar alteraciones. Este poder está en manos de la colectividad.

El carácter dispositivo que se ha señalado en el artículo 396, párrafo 1.º Código civil está también limitado por el "contenido esencial" del régimen de Propiedad Horizontal: tiene que haber unos elementos comunes mínimos necesarios para que el disfrute del piso sea posible. Quien otorgue el acto de constitución puede fijar los elementos privativo y común, salvo los elementos físicamente indispensables.

10. EL VUELO

El vuelo puede, según la doctrina, ser configurado como derecho independiente, y no como elemento común (40). En tal caso deben haberse cumplido los requisitos del artículo 11 LPH en el título constitutivo, en el que constará en germen la realización de la posibilidad de construcción de nuevas plantas y sólo se tendrá que verificar un actualización posterior, sin necesidad de acuerdo de la Junta. Tal configuración sería conocida y "ratificada" por todos los propietarios, al ir adquiriendo sus respectivos pisos. Pero es de notar, que el conocimiento y la "ratificación" de la concreta configuración de cada propiedad horizontal, como antes decíamos, no pueden equivaler a la autorización que exige el artículo 11 de la ley.

En efecto, si el vuelo figura en el título como elemento común, ha quedado claro que debe recaer un acuerdo unánime de la Junta, fijando las circunstancias del artículo 11.

Por contra, si aparece configurado el derecho de vuelo con carácter independiente, y con las circunstancias del artículo 11 bien expresadas, estaremos en el supuesto del artículo 7.º, párrafo 1.º o en un terreno muy semejante, ya que tenemos un proyecto que define una configuración y una estructura del edificio, tal y como va a quedar cuando esté totalmente realizado o llevado a la práctica el proyecto de construcción de nuevas plantas. En tal caso, la ejecución del derecho de sobreedificación no alterará la estructura o la configuración del edificio, puesto que la finca en cuestión tiene una estructura y una configuración que comprende las nuevas plantas (para el caso sería lo mismo tratándose de la ejecución de cualquier tipo de obras). La estructura y la configuración de un edi-

(40) ALVAREZ, op. cit., pág. 524 y 525, basado en el art. 16 del Reglamento Hipotecario, adaptado a la L. P. H. y concretamente al art. 8.º, 4.º de la Ley Hipotecaria (texto siguiente) y al art. 11 L. P. H.

ficio no han de ser forzosamente las que materialmente resulten de las obras o construcciones ya realizadas. Del mismo modo que cabe la inscripción de un edificio empezado a construir, pero aún no terminado (art. 8.º Ley Hipotecaria) y aún a juicio de algunos autores (a mi entender correcto), después de contar con un proyecto definido (41).

Se tratará del titular o titulares de los futuros pisos que realiza las obras de instalación de un elemento arquitectónico, instalaciones y servicios de sus pisos dentro de los propios límites del precepto, esto es, de acuerdo con la estructura y configuración del edificio (que lógicamente no se ha plasmado aun en obra, pero tienen ya existencia); y sin alterar ni menoscabar la seguridad ni perjudicar los derechos de otro propietario.

Lo que viene confirmado, de acuerdo con lo que algún autor ha precisado, por el hecho de que cualquier alteración del plan prescrito, en cuanto a las plantas a construir u otro dato cualquiera que entrañe modificación del derecho, significaría una modificación del título y debería ajustarse a lo dispuesto en los artículos 5, 11 y 16 que hemos examinado (42).

Los adquirentes de los pisos no tienen que autorizar más obras que las realizadas por el titular en su piso, como no las tienen que autorizar en el supuesto tipo del artículo 7.º, párrafo 1.º, cuando se verifique dentro de los límites que el precepto señala. Cuando al otorgar la escritura de compraventa o en otro momento conocen la existencia del derecho de sobreelevación (o del derecho de realizar otras obras, por ejemplo, en los bajos) de acuerdo con los artículos 5 y 11 se comportan como el adquirente de un piso respecto de las obras que el titular de otro piso ya terminado se proponga realizar en él. El edificio tendrá tantos o cuantos pisos, unos acabados y otros por construir, pero se conocen y están fijadas las condiciones esenciales del título y está asegurada la fijeza del mismo, que es tanto como decir el alcance y la medida del derecho de los condóminos.

Cuando, por el contrario, deba autorizarse una alteración de la estructura o configuración del edificio o de los elementos comunes, lo tendrán que hacer ajustándose al régimen de los artículos 11 y 16, pf. 1.º LPH y, desde luego, por unanimidad.

Notemos también que de todas estas consideraciones resulta

(41) DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO, *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana*, en «Revista de Derecho Notarial», LXIV (1969), pág. 145 y sig. Según estos autores, desarrollando el precepto del art. 8.º, 4.º de la Ley Hipotecaria, se puede admitir la constitución de la Propiedad Horizontal sobre edificio cuya construcción está ya definida, esto es, cuyo proyecto haya sido aprobado por los organismos oficiales. Los autores proponen una interpretación de la norma citada en el sentido de entender la expresión «construcción comenzada» en sentido no rigurosamente físico, sino más bien técnico (pág. 177 y 178).

(42) ALVAREZ, *El título constitutivo*, cit., 525.

que no se puede hablar de "vuelo" sino refiriéndose al espacio aéreo que se encuentre por encima de las plantas en proyecto. Y que este "vuelo" será siempre elemento común, como se desprendería de una primera lectura del artículo 396, 1.º Código civil. Parece que, en este sentido, siempre habrá un vuelo que será elemento común, porque lo que se puede reservar no es una apropiación del vuelo, sino un derecho a elevar más plantas sobre lo que en un momento dado es "vuelo" físico de lo edificado, pero que en realidad ya no lo es en sentido jurídico.

11. LA REGULACION ESPECIAL DEL DERECHO DE VUELO

El artículo 16, 2.º del Reglamento Hipotecario, que regula el "derecho de vuelo" y permite la inscripción en el Registro, no altera los términos de nuestro planteamiento toda vez que está redactado conforme al Decreto 393/1959, de 17 de marzo, por lo que debe adaptarse en su aplicación a la Ley (posterior y de mayor rango) de 21 de julio de 1960 (43) y, además, exige se haga constar las notas de los nuevos pisos y las normas del régimen de comunidad, si se establecieren. Esto es, no regula un supuesto de reserva de un poder general en favor del propietario, sino que, ya antes de la LPH, indica la necesidad de una previsión respecto del resultado del ejercicio de este derecho.

Con ello, vista la necesidad de adaptar este precepto a los artículos 5, 11 y 16, 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, queda claro que si el edificio pertenece en Propiedad Horizontal a varias personas, la concesión del derecho de vuelo requerirá el acuerdo unánime de todos los propietarios (44). Si el edificio pertenece a un sólo titular, se creará una situación de Propiedad Horizontal entre el propietario de la construcción primitiva y el constructor de las nuevas plantas, titular del derecho de vuelo.

La Propiedad Horizontal nacerá ya al otorgarse el derecho de levante, cuando su titular se proponga construir de inmediato, ya en un momento posterior, cuando se defina la nueva construcción.

En ambos supuestos, se debe otorgar el título constitutivo; con las menciones del artículo 5.º LPH, para que nazca la Propiedad Horizontal. Hasta que la construcción se defina, el concesionario del derecho de vuelo es titular de un derecho real sobre todo el edi-

(43) ALVAREZ, op. cit., 524, dice que es «preciso adaptar este artículo a la nueva situación creada por la Ley de Propiedad Horizontal». Lo que, a juicio del autor, indica el art. 16 del Reglamento Hipotecario es que el derecho de vuelo, sin llegar a constituir propiamente una finca, «figure en el Registro».

(44) En este sentido, DE LA CÁMARA-GARRIDO-SOTO, *Modalidades en la constitución...*, cit., pág. 201, nota 51. Conviene, sin embargo, señalar que la necesidad del acuerdo unánime, como hemos visto, no depende únicamente del carácter de «elemento común» que tiene el vuelo.

ficio que comporta, de un lado, la facultad de construir y hacer suyo lo construido y, de otro, la de exigir la constitución del régimen de Propiedad Horizontal (45).

12. CONCLUSIONES CRITICAS

Llegados a este punto, acaso convendrá obtener algunas conclusiones, relacionando las consideraciones expuestas con la doctrina de las sentencias comentadas, y muy especialmente con la fundamentación de esta doctrina.

Ante todo, hemos de señalar que se puede descomponer el precepto del párrafo 1.º del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal en tres límites que definen la esfera del poder del propietario de un piso en régimen de Propiedad Horizontal respecto de lo que se ha llamado la "disposición física" (que se incluye dentro de la facultad de goce en sentido amplio). De ellos, uno no puede ser sino imperativo: el que se refiere a la seguridad de edificio. Otro (el que atañe a la defensa del derecho de otro propietario) es imperativo en su formulación general porque el perjuicio de tercero es un límite del ejercicio de los derechos subjetivos, y por tanto de la autonomía privada. El tercero de los límites examinados (la alteración de la estructura o fábrica del edificio) se corresponde en realidad, con el poder concedido por la ley a la colectividad o comunidad respecto del bien "edificio". Las dos sentencias comentadas planteaban dos conflictos en torno a este límite. De ahí que haya sido objeto principal de nuestro estudio.

El propietario de piso carece de poder de "disposición física" respecto de la estructura y configuración del inmueble en su conjunto, como carece del poder de realizar alteraciones en las partes comunes (art. 7.º, 2.º párrafo). Sólo la comunidad lo puede hacer, y ajustándose al régimen preceptuado por los artículos 11 y 16, 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal.

El otorgante u otorgantes del acto de constitución (que se reflejará en el título) pueden configurar el régimen de Propiedad Horizontal dentro de una amplia potestad decisoria, con dos límites fundamentales: la fijez y determinación del título de una parte, y de otra, el contenido mínimo esencial de una situación de Propiedad Horizontal. Así se desprende de los artículos 5 y 11 de la ley

Ello quiere decir que cabe una configuración de un concreto régimen de Propiedad Horizontal en que esté prevista la realización de determinadas obras, pero siempre respetando el contenido del título constitutivo de modo que no haya verdadera "alteración" ni del título ni de la estructura o configuración del edificio, ya que estos son conceptos que indican una realidad jurídica, no mera-

(45) DE LA CÁMARA-GARRIDO-SOTO, op. cit., 202 y 203.

mente física o material. Cuando, por el contrario, se haya de apreciar una auténtica alteración, deberá intervenir la colectividad, compuesta por quienes en tal momento sean propietarios del edificio (esto es, de pisos o locales en el edificio).

Por la misma razón, las cosas comunes, que mientras lo sean (es decir, salvo la posibilidad de desafectación, que también deberá operarse en los requisitos del art. 11) están bajo control de la comunidad, no son objeto de ninguna alteración por el propietario del piso.

Este límite a la esfera del poder del propietario del piso, contenido en el párrafo 2.º del artículo 7.º, se debe tener conceptualmente distinto del anterior (referente a la imposibilidad de alterar la estructura), aunque obedezcan a idéntica razón (el poder de la colectividad) y aunque, de hecho, se presenten muchas veces unidos, dado que para alterar la estructura, configuración, etc. generalmente hay que provocar alguna alteración en los elementos comunes. La razón de la distinción (además de la posibilidad de alterar vgr.; la configuración exterior sin pasar por un elemento común) estriba en que la estructura, configuración etc. del edificio son bienes distintos de los elementos comunes, aunque pertenezcan de alguna manera a (quienes podemos llamar) un mismo titular.

También respecto de los elementos comunes el otorgante del acto de constitución goza de amplia maniobra. Pero lo que se configura como común escapará a su poder y caerá en el de la comunidad. Aparte de que hay un mínimo de elementos comunes indispensables sin los que no se puede hablar de propiedad horizontal.

Partiendo de estas consideraciones, intentaremos ahora afrontar el examen crítico de las dos sentencias comentadas.

Parece claro, en primer lugar, que no es aceptable el principio de que los artículos 7 y 11 de la LPH (7 y 9 en la Sentencia) son disposiciones legales que no restringieron ni ampliaron el margen que a la libertad infructual se concede en el artículo 1.255 Código civil" o, si se prefiere, que "no queda coartada (por la LPH) la libre voluntad de los contratantes para establecer los pactos y condiciones que estimen oportunos en ejercicios del ppo. de autonomía de la voluntad, siempre que no aparezcan prohibidas por los preceptos de la Ley".

Ambas declaraciones son dos puros axiomas que nada resuelven, porque remiten a una investigación de las normas en concreto, con el fin de determinar bien si un determinado pacto es "contrario a la ley" (1.255 Código civil) bien si "aparece prohibido en la ley". De ninguna de ambas fórmulas se puede obtener una luz suficiente para resolver la cuestión. Lo peligroso es que, así citadas, se pueden convertir en "doctrina legal".

Ahora bien, en ambas sentencias, la fundamentación del fallo se encuentra ligada a la validez de los contratos celebrados entre las partes. El Tribunal Supremo estima, en ambos casos, que los con-

tratos son perfectamente válidos y que las partes están vinculadas por ellos. La razón de la validez es, de un parte, que la LPH no altera los términos del artículo 1.255 Código civil, y de otra, que la citada Ley no prohíbe expresamente tales pactos. Con ello, no hace sino aplicar el principio de la presunción de derecho dispositivo.

Sin embargo, aún siendo cierto que la ley no prohíbe directamente los mencionados pactos, el tenor literal de los preceptos que hemos examinado no nos puede llevar a mantener el carácter dispositivo de tales normas. Como tampoco permite semejante conclusión el tratarse, como hemos visto, de preceptos que establecen el contenido esencial de la Propiedad Horizontal y las formas de constitución y modificación de este régimen.

Por otra parte, el artículo 7.º, párrafo 1.º es, según hemos dicho, una norma que limita el poder del propietario, y que al propio tiempo, lo define. Por ello, está ligada al artículo 348 del Código civil, puesto que viene a definir la esfera de potestad del propietario del piso, precisando las "limitaciones" (en realidad más exactamente, "límites", como hemos visto) que en este caso concreto experimenta el poder de gozar y disponer que caracteriza el derecho de propiedad.

Por todas estas razones, no parece que el precepto pueda ser considerado como "norma dispositiva".

Así, la premisa general del silogismo de ambas sentencias se viene abajo. Las normas de los artículos 5, 7¹, 11 y 16¹ son imperativas y no consienten la vigencia de un precepto de la autonomía privada por encima de ellas.

Quedan, no obstante, algunas circunstancias por examinar en lo dispuesto de las sentencias comentadas.

En primer lugar, si la reserva de la facultad de realizar las obras contenía las menciones imperativas del artículo 11, en cuyo caso (como hemos visto) no se producía una verdadera alteración de la estructura, ni del título constitutivo. Nada se dice en las sentencias. Pero tal argumento hubiera podido fundamentar la tesis del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, respecto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1968, las referencias a la conducta de los actores. En el caso, ambos litigantes eran los únicos propietarios del edificio. El título de constitución se contenía en el negocio de adquisición, es decir, en la escritura de compraventa, donde constaba la facultad de realizar las obras de sobreedificación. El Tribunal Supremo sobreentiende en el caso, un "venire contra factum proprium" del autor que se opone a la realización de unas obras que había "consentido".

Ahora bien, como hemos visto, el conocimiento y la adquiescencia prestada en el título constitutivo sólo son válidas cuando no sufren por ello ni la fijeza y determinación del propio título, ni, de

otra parte, el contenido esencial del régimen de Propiedad Horizontal.

Por ello, no nos parece correcta la aplicación hasta el límite del artículo 1.258 Código civil, ni menos aún concediendo al ejecutor de las obras facultad para alterar los elementos comunes, poder evidentemente desmesurado, que ni la conducta de los actores, ni el artículo 1.258 pueden fundamentar, salvo siempre que en el título se contuviera una configuración o estructuración del edificio que no resultara en realidad, afectada por las obras.

La doctrina ha observado con justeza, que la ley no establece ninguna posibilidad para actuar contra quien se oponga a la realización de las obras, por muy perjudicial que fuese para los demás esta actitud (46). Cuando uno, en este caso el titular del derecho de sobreelevación, cuenta con una declaración, en principio, favorable, del único que puede oponerse. ¿Puede darse algún valor a semejante declaración? No el de una autorización en regla, salvo el caso de cumplir los requisitos de los artículos 5 y 11 LPH. Pero ¿carece por completo de valor?

Estamos ante un supuesto semejante al del acuerdo unánime de la Junta que no contenga las menciones del artículo 11. Como hemos visto, el juego de los artículos 11 y 5.º impone el cumplimiento de los requisitos establecidos.

La consecuencia del incumplimiento no puede ser sino la nulidad del pacto (arts. 1.255 y 4.º CC.). En el caso de autorización en el acto constitutivo, la ineficacia parcial: *Utile per inutile non vitiatur*. Solución que el Código civil admite en otros casos de oposición a las leyes imperativas (47).

La declaración de voluntad del adquirente del piso sobre la autorización de las obras no puede ser explicada como renuncia a un derecho a oponerse. Ni cabe tampoco ver en la impugnación de su declaración, efectuada indirectamente a través de la oposición a las obras, un “*venire contra factum proprium*”.

No cabe hablar de renuncia:

a) Porque como acertadamente se ha señalado (48), sólo en sentido impropio se puede llamar renuncia al acto por virtud del cual no se abandone el derecho cuya titularidad se ostenta (lo que

(46) FUENTES LOJO, *Suma cit.*, I, 551.

(47) Vide Díez-PICAZO, *Fundamentos*, cit., 294: La ineficacia parcial se prevé en nuestro ordenamiento, entre otros, con los supuestos de los arts. 1.316-1.317 y 1.691. Habría que salvar no obstante, la intención práctica de las partes. Cuando estas no hubieren celebrado el contrato sin la parte nula, la ineficacia debe ser total. La prueba de la voluntad (conjetural) de las partes corresponde a quien sostenga la nulidad total.

(48) Díez-PICAZO, *La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, pág. 1172 a 1175.

sería renuncia en sentido técnico) sino que se rechaza o se impide la entrada en el patrimonio de un sujeto de un derecho que sin esta declaración de voluntad ingresaría normalmente. Cuando el derecho subjetivo se contempla no como unidad cierta del patrimonio del renunciante, sino como mera posibilidad, no se puede hablar de renuncia en sentido técnico. Lo que hay en tal caso es un acto de autonomía, un acto de determinación del contenido de la relación jurídica, que consiste en la exclusión de un derecho que por formar parte del contenido típico de la relación existiría si las partes no lo excluyeran. Y frente a una norma imperativa, parece que el acto de autonomía privada no puede tener eficacia.

Por tanto, la Propiedad Horizontal se constituye siempre con el régimen previsto para la alteración del título constitutivo en los artículos 5 y 11.

b) Porque considerar la autorización como una renuncia al derecho de oposición (en sentido técnico) después de constituida la Propiedad Horizontal no es viable, dado que el poder de autorización de un propietario o, mejor dicho, de la comunidad, no es un verdadero derecho subjetivo (como hemos visto, se trata de una *facultad* dependiente de la situación de condómino o de propietario del piso si se prefiere), que forma parte del contenido esencial de la Propiedad Horizontal, y que sólo es renunciable dentro de la propia posición jurídica en la que vive y de la que es parte inseparable.

Por otra parte, la impugnación de la cláusula ineficaz contenida en el título, no puede constituir un "venire contra factum proprium" por más que goce de gran arraigo en nuestra doctrina y jurisprudencia, la doctrina de los propios actos como límite a la facultad de impugnar un negocio ineficaz. En primer lugar, siempre se ha salvado la posibilidad de impugnar los contratos celebrados contra una prohibición de la ley. En segundo lugar, si se aprecia un "venire contra proprium" en la impugnación de un negocio cuando se le ha prestado aquiescencia en los actos del impugnante, estamos en el campo de la confirmación tácita (49) que exige un negocio anulable o impugnabile, pero no automática y radicalmente nulo. (Y no obsta para ello que la nulidad inficione solamente una o alguna de sus cláusulas, ya que sólo respecto de ésta cabría la impugnación). De otro lado, no cabiendo la renuncia, no se puede ver un "venire contra factum proprium" por actuar un derecho renunciado.

Todo lo cual nos lleva a la conclusión ya señalada: imperatividad de las *normas* en examen e ineficacia de un contenido negocial distinto impuesto por un precepto de la autonomía privada.

(49) Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*. Barcelona 1963, pág. 171 a 176. La convalidación del negocio nulo es un remedio excepcional (sobre el Testamento nulo). Vide GULLÓN, *La confirmación*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1960, pág. 1195 y igs., esp. 1199 a 1206.

IV. LOS ORGANOS DE GESTION Y ADMINISTRACION DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

13. PLANTEAMIENTO

La Ley de 21 de julio de 1960 establece una organización básica dirigida a conseguir el equilibrio de la tensión que entre la soberanía individual y la del grupo (50) que se produce necesariamente en cada situación de Propiedad Horizontal.

En la exposición de motivos, se indica la necesidad de resolver esta tensión ocasionada por la "conurrencia de una colectividad de personas en la titularidad de derechos que, sin perjuicio de su sustancial individualización, recaen sobre fracciones de un mismo edificio y dan lugar a relaciones de interdependencia entre los respectivos titulares".

Estas palabras señalan dos causas de fricción que nos parecen exactas:

a) La "conurrencia de una colectividad en la titularidad de los derechos", es decir, el aspecto comunitario en sí mismo.

b) La unidad final del objeto de los derechos: el edificio o área, cuya suerte corren todos los partícipes, por más que puede individualizarse formal o lógicamente el piso.

Efecto necesario de estas dos causas es un haz complicado de relaciones de interdependencia, para cuya regulación establece la Ley una vertebración básica, apoyada sobre tres órganos fundamentales: el Presidente, la Junta y el Administrador (art. 12), de los cuales los dos primeros son esenciales e imprescindibles legalmente, mientras el tercero es esencial en cuanto a la función pero facultativo en cuanto al nombramiento de persona especialmente encargada.

(La práctica, sin embargo, en la gran mayoría de los casos, ha establecido los tres órganos, confiando las funciones de Administrador a profesionales).

A primera vista, esta organización legal confiere al grupo de condóminos una cierta coherencia y lo aproxima en alguna medida a la figura de una comunidad cualificada, cercana a los tipos societarios, como han puesto de relieve algunos autores (51).

(50) Vide Díez-PICAZO, *Estudios sobre Jurisprudencia Civil*, tomo II, Madrid 1969, pág. 171.

(51) Así, ESCRIVÀ DE ROMANÍ, op. cit., 1246 a 1249. Vide también: BARMANN, *Sobre la dogmática del condominio*, en «Revista de Derecho Notarial», XIII-XIV (1956), pág. 159 y sigs., esp. pág. 171. La doctrina francesa subraya como característica de la Prop. por apartamentos la presencia de una fuerte organización colectiva y la participación en ella del propietario del «lot» (la ley francesa de 10 de julio de 1965 concede la personalidad jurídica al Sindicato de propietarios). Por todos, vide GIVORD-GIVERDON, *La copropriété*. París, 1968, pág. 107 y GIVERDON, *Copropriété par appartement et copropriété horizontale*, en «Etudes de Droit con-

El vértice de todo este montaje se encuentra, a nuestro juicio, en la figura del Presidente, a quien, según el artículo 12, párrafo 1.º, se confiere la representación de la Comunidad en juicio y fuera de él.

La exposición de motivos señala que con esta representación otorgada al Presidente y referida a todos los titulares "se resuelve el delicado problema de legitimación que se ha venido produciendo".

Tendríamos en un primer análisis, una representación legal, necesaria, que excluiría la actuación de los demás condóminos (los cuales carecerían de legitimación).

Un primer problema, entonces, estribaría en el *representado*: o la comunidad o todos y cada uno de los propietarios considerados aisladamente. La comunidad (como se ha dicho tantas veces) no es persona jurídica. Pero entender la representación como conferida por una relación entre el Presidente y cada uno de los propietarios no está exento de dificultades. Por ejemplo, la elección se produce por mayoría. La minoría, sin embargo, queda representada por quien no recibió su voto ni su consenso. Habrá que determinar, en segundo lugar, en base a qué relación de gestión, ya que la más típica (el mandato) encuentra algunas dificultades de adaptación.

Por otra parte, si entendemos que el Presidente, representa a la comunidad como grupo organizado nos acercamos a la figura de la llamada "representación orgánica", de la que se duda si es o no representación en sentido técnico. La cuestión planteada en torno a la naturaleza de la representación conferida al Presidente envuelve una serie de subproblemas sobre el sistema de gobierno de la Propiedad Horizontal, significado de la organización colectiva, etc. y es evidente que la respuesta que se dé a estas cuestiones servirá de punto de apoyo para una teoría explicativa de la estructura y función del elemento comunitario en la Propiedad Horizontal y, con ello, del contenido fundamental de la institución.

La doctrina presenta notables dudas y vacilaciones, dentro de una bipolaridad de posiciones: entre el recurso a la figura del mandato y la remisión a la teoría de la representación legal (52).

temporain»: VIII.º Congrés International de Droit comparé (Pescara, 1970). París, 1970, pág. 90.

Otro sector de la doctrina rechaza de plano esta aproximación a los tipos propietarios, y cree que la «comunidad» no es más que una figura retórica, una fórmula verbal para referirse a todos y cada uno de los propietarios. Así, MONET, *Problemas de técnica Notarial*, cit., 313 y 323.

(52) Para MONET (*Problemas de Técnica Notarial*, cit. 314) el Presidente es un mandatario en una relación de mandato representativo y general *entre el Presidente y la comunidad* y con interesantes desviaciones de tipo general del C. C. (arts. 1.709 y sigs.). Según FUENTES LOJO (Suma, cit., 757) será un mandatario FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (*La Ley de P. H.*, cit. 604-605), lo considera «Órgano de Gestión y representante legal».

En opinión de ZANÓN MASDEU (*La propiedad de casas por pisos*, ct. 481 y 482), nos encontramos ante el supuesto de una representación legal o necesaria: el Presidente representa a todos los condueños individualmente considerados. DE LA CÁMARA-GARRIDO-SOTO (*Modalidades en la constitución...*, cit., 235-236), sub-

Las vacilaciones se agravan en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuyas sentencias revelan la existencia de dos líneas o tendencias, no precisamente coherentes y bien avenidas, sino más bien contradictorias y antagónicas que coexisten en este momento.

14. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La primera sentencia en que se plantea el problema de la representación otorgada por el artículo 12 al Presidente es la *de 19 de junio de 1965*.

En el caso, el arrendatario de un local de negocios solicitó del arrendador, propietario en régimen de Propiedad Horizontal, el permiso para llevar a cabo unas obras que, por afectar a la fachada del local repercutían en uno de los muros principales del edificio y que, por su propia naturaleza requerían el cumplimiento de las exigencias establecidas en la ley para las alteraciones de los elementos comunes.

El arrendatario obtuvo la autorización del arrendador, del Administrador y del Presidente, otorgadas tras la certificación del Arquitecto de que las obras no entrañaban ningún peligro para la integridad del inmueble.

El litigio surgió cuando, con posterioridad, la Junta, desautorizando a su Presidente, afirmó que no había otorgado su consentimiento, que ahora expresaba en forma negativa, solicitando la paralización de las obras y la reposición al estado anterior a costa del arrendatario.

En 1.^a instancia la demanda fue desestimada.

La Audiencia revocó esta sentencia y, estimando la demanda, declaró que las obras habían afectado a los elementos comunes y eran abusivas e ilegales por falta del consentimiento de la Comunidad. En consecuencia, condenó a paralizar las obras y a reponer a la situación anterior.

Se promueve recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la interpretación errónea del artículo 1.902 y la inaplicación del artículo 1.258 Código civil.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, con base en los siguientes considerandos:

Es preciso partir de la naturaleza y facultades que deben atribuirse al Presidente de la comunidad de propietarios en régimen de Propiedad Horizontal, para lo

rayan la dificultad de encasillar la representación que ostenta el Presidente y aún excluyendo la figura de la representación orgánica, concluyen que si bien es una representación referida a todos y cada uno de los propietarios, se confiere y ejerce «Sub specie communitatis».

cual es forzoso tener en cuenta lo que dice la exposición de motivos de la vigente Ley de 21 julio 1960, a cuyo tenor, es uno de los tres órganos (junto con la Junta de propietarios y el Administrador) a quienes se confía normalmente el adecuado funcionamiento de esta forma de propiedad, el cual, aunque represente a la comunidad según se dice el artículo 12 de la misma Ley, *no lo es en sentido técnico de representante*, pues sus actos no son de representación aislada e independiente que requiera en cada caso unos poderes específicos, ni consta tampoco por ningún lado que obre en virtud de la concesión de una procura de carácter general, sino que actúa como un auténtico órgano del ente comunitario al que personifica en las relaciones externas del mismo, sustituyendo con su voluntad individual, la auténtica voluntad social o común y viniendo a ser un puro instrumento físico a través del cual actúa la comunidad, lo cual elimina la distinción y contraposición de sujetos típicos de la representación y permite al propio tiempo considerar todo lo realizado por el Presidente no como hecho "en nombre de la comunidad", sino como si ésta misma fuese quien lo hubiera realizado, sin perjuicio de la relación interna que medie entre dicho Presidente y la Junta de propietarios, ante los que, como es lógico, deberá responder en el caso de que lo llevado a cabo no se hubiera ajustado a las normas legales de orden general o del particular contenidas en los Estatutos que rigen la vida de cada una de estas entidades.

De acuerdo con todo lo anterior, cuando el arrendatario hoy recurrente, después de obtener el permiso del propietario del local de negocios que tenía arrendado, se dirige al Presidente de la comunidad de propietarios, cumpliendo todo lo que éste le pide, según lo ordenado legalmente, es incuestionable que se ha dirigido al único órgano a quien podía hacerlo, el cual cuando concede la autorización requerida no es que la dé en nombre propio —más o menos real— por representación del ente comunitario, sino que se limita a sustituir la verdadera voluntad de éste en virtud de la catalogación de órgano formal del mismo que legitima a todos los efectos legales al tercero que con él contrató —en este caso el arrendatario— para obtener las consecuencias jurídicas que le sean favorables como inevitable derivado de la *legitimación por aquella apariencia formal* de ésta como de cualquier otro tipo de situación jurídica, básica en nuestro sistema como en todo ordenamiento que trate de proteger el tráfico jurídico, de lo que, en nuestra legislación, existen varios

ejemplos concretos, entre otros el supuesto de los artículos 135 y 144 del Código comercial.

Que esta justificación formal de la actuación del actual recurrente, al pactar con el órgano de la comunidad de propietarios, haciéndolo con el único que legalmente estaba en condiciones de poderlo efectuar, solamente podía quedar enervada en el caso —que ni siquiera ha sido alegado en el supuesto presente— de que aquél no hubiese procedido con la buena fe, indispensable para que aquella protección a la apariencia formal pudiera desplegar toda su eficacia jurídica, puesto que no sabía, ni tenía por qué saber que aquel Presidente, órgano de la comunidad, al ponerse en contacto con él, no había recabado el asentimiento del resto de los mismos, aspecto este subjetivo de la buena fe entendido como un estado de conocimiento que recogen los artículos 433 y 1.950 del Código civil y que inevitablemente debe ponerse en relación con la consecuencia objetiva del 1.258 del mismo Cuerpo legal, en el sentido de que no hay base bastante para catalogar como ilegal la actuación del recurrente, emprendiendo y continuando las obras que el tantas veces citado Presidente de la comunidad le autorizó de modo expreso, a causa de todo lo cual procede la estimación del único motivo formulado al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denunciando interpretación errónea del 1.902 del Código civil e inaplicación del 1.258 del mismo Cuerpo legal y con él, la totalidad del recurso interpuesto, casando y anulando la sentencia recurrida”.

La doctrina de esta sentencia se puede reducir a los siguientes puntos:

1) El Presidente es un órgano del ente comunitario y no un representante en sentido técnico. En consecuencia su actuación no requiere unos poderes específicos en cada caso (El Presidente pone en obra la voluntad social o común. No hay la distinción y contraposición de sujetos típicos de la representación).

2) La actuación del Presidente legitima al tercero en base a la “apariencia formal”. Se trataría de un poder típico, como en los supuestos de los artículos 135 y 144 Código de comercio.

3) Esta justificación formal sólo podía ser enervada con la prueba de la mala fe del tercero. Aquí la buena fe es la ignorancia, por parte del tercero, de que el Presidente no había recabado el consentimiento de la Junta. El Tribunal Supremo se remite a los artículos 433 y 1.950 del Código civil (“buena fe subjetiva” como un estado de conocimiento). De ahí que lo pactado por el Presidente

produzca las consecuencias previstas en el artículo 1.258 Código civil.

Esta Sentencia ha sido criticada por algunos autores, considerando que la actuación del Presidente en el caso excedía de sus facultades, por lo que no podía obligar válidamente a la comunidad (53).

De la sentencia examinada obtenemos, por tanto, aparte cuanto después diremos sobre la naturaleza de la "representación" del Presidente, un primer dato: la legitimación activa del Presidente, fuera de juicio, para actuar en nombre de la comunidad frente a terceros.

Esta doctrina, se confirma y ratifica en la Sentencia de 11 de diciembre de 1965, que examina el problema de legitimación de los comuneros para actuar por la comunidad sin la actuación del Presidente, y estima que la "representación" y la actuación del Presidente son *necesarias*.

Así, por lo que parece deducirse del caso (54):

La Comunidad de Propietarios dedujo demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, contra dos Sociedades Inmobiliarias, sobre restitución de obras y disminución y supresión de servidumbre.

La entidad actora alega que los componentes de la Comunidad compraron a la entidad demandada "Inmobiliaria Cruz del Sur, Sociedad Anónima" mediante documentos privados, 29 pisos, sin que en dichos contratos figurase la existencia de una servidumbre de paso para personas como carga del edificio, y al elevar a escritura pública los contratos se encontraron con la existencia de tal servidumbre, siendo agravada ésta al construirse un cinematógrafo por la otra entidad demandada: solicita se declare la agravación de la servidumbre, debiendo ser demolidas las edificaciones construidas y que son causa de la agravación de la servidumbre.

La parte demandada se opuso alegando el conocimiento de la servidumbre por los componentes de la Comunidad de Propietarios, y la falta de personalidad.

El Juez de 1.^a Instancia dictó sentencia estimando en parte la demanda y desestimando la excepción de falta de personalidad adu-

(53) FUENTES-LOJO, Suma, cit. 760. BATLLE (*La propiedad de casas por pisos*, cit., 162 y 163) opina que aún aceptando que sea un «órgano» y no un «representante», los órganos sólo deciden dentro de sus atribuciones. Si la Ley (cuya ignorancia no puede alegar nadie) o los Estatutos inscritos en el registro de la propiedad, limitan sus facultades, claro es que no puede sobrepasar estos límites por un acto de su sola voluntad y si lo hiciere no puede válidamente obligar a la comunidad. El tercero no puede alegar que ha celebrado un contrato válido cuando ignore las limitaciones legales o estatutarias del Presidente.

(54) La Sentencia puede verse en la Colección Legislativa (diciembre 1965, página 379 y sig.). La parte demandada opuso la excepción pesentoria de falta de personalidad en la parte actora (pág. 388-389), por no haber tomado el acuerdo en concreto de iniciar el pleito.

cida por los demandados. Apelada la Sentencia, la Audiencia la revocó y estimó la falta de personalidad de la parte actora.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

El Tribunal Supremo fundamentó su resolución en los siguientes considerandos:

“Perece el primer motivo porque orientado a demostrar el error de hecho en la apreciación de la prueba que se dice cometido por el Tribunal de instancia, ninguno de los documentos sobre que se asienta, goza de la calidad de auténtico a los fines pretendidos, ya que la certificación del acta de 17 diciembre 1960 objeto de análisis e interpretación por dicho Tribunal, únicamente puede ser censurada en casación por la vía formal señalada en el número 1.º del mencionado artículo 1.692, en el supuesto de haberse vulnerado alguna de las normas de hermenéutica enunciadas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil como con reiteración ha proclamado la Jurisprudencia de esta Sala y los demás, porque no patentizan por sí mismos y sin necesidad de acudir a conjeturas o deducciones la equivocación que sirve de fundamento al motivo.

Tampoco es viable el segundo motivo del recurso, en el que por igual cauce procesal del que le precede, se acusa a la resolución impugnada de haber incidido en error de derecho de apreciación de la prueba con infracción por no aplicación del artículo 503 de la Ley de Trámites, porque ni este precepto ni los 578 y 601 del mismo Cuerpo legal, que también se citan de forma específica, contienen regla alguna sobre valoración de la misma, como es preciso para el éxito del recurso a causa de estos vicios in judicando, según con uniformidad y constancia, se ha exigido por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, ni es lícito invocar globalmente distintos preceptos, como se hace en el motivo, por oponerse a ello lo dispuesto en los artículos 1.720 y 1.729, número 4 de la citada Ley, ni el juzgador de Instancia ha negado a ninguno de los documentos aportados al pleito, la fuerza vinculante que les atribuyen los artículos 1.225 y 1.228 del Código civil.

El perecimiento de los anteriores motivos, llevan consigo el del tercero y último recurso acogido al número 1.º del indicado artículo 1.692, no sólo porque se apoya en supuestos de hecho contrarios a los afirmados por la Sala de instancia, que como se han visto, han quedado inco-

lumes en casación, sino también, porque las reglas sobre ejercicio de acciones por parte de los condóminos contenidas de forma genérica y con relación a lo dispuesto en los artículos 392 y siguientes del Código civil, en la doctrina legal que se cita en el motivo, son inaplicables cuando, como sucede en la hipótesis aquí contemplada, el legislador estableció un régimen jurídico especial regulador de la persona que debe representar en juicio a la comunidad (art. 12 de la Ley de 21 julio 1960), lo que, unido a la invocación de esta Jurisprudencia se aduce por primera vez en este momento procesal, da lugar a la desestimación del motivo y a la del recurso en su totalidad.

La legitimación pasiva del Presidente de la comunidad se perfila muy claramente en la Sentencia Zulaica contra Presidente de la Comunidad de Propietarios de la finca número 13 de la calle Santuchu de Bilbao, 6 de junio de 1968.

En el caso, la demandante se personó un día en el portal de la casa para realizar una gestión en uno de los pisos. Al tomar el ascensor, encontró la puerta entornada, sin ver lo que había detrás, y juzgando que la cabina del ascensor se encontraba en la planta baja, intentó penetrar en la cabina para utilizarlo. Al abrirse la puerta, cayó al fondo mientras el ascensor seguía funcionando. La autora estimó que la causa del accidente se debió a las malas condiciones de funcionamiento, cuidado y conservación del ascensor y reclamó 250.000 pesetas de indemnización por daños y perjuicios a la comunidad de propietarios.

La comunidad opuso, entre otras razones, la excepción de falta de legitimación pasiva.

La demanda fue estimada en ambas instancias. Se interpuso recurso de casación, fundamentalmente basado en el siguiente motivo:

Inaplicación de los artículos 5, 9 y 20 de la LPH, desde que la sentencia recurrida impone el pago de la indemnización a la comunidad de propietarios, en forma genérica, en lugar de hacerlo respecto a los específicos miembros de la misma que únicamente podrían estar afectados por esa responsabilidad, y en la cuota correspondiente. Se decía también en este motivo que era forzoso excluir de la responsabilidad a los propietarios de las lonjas, que están exentos de los gastos de ascensor y, por último, que en el tiempo que había mediado entre la demanda y la sentencia se habían producido algunos cambios de titularidad en los pisos, por lo que los nuevos propietarios no deberían quedar sometidos a responsabilidad.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso:

“...(La) regulación (del uso de las pertenencias y servicios comunes) se hace (en la Propiedad Horizontal) por un órgano rector colectivo cual es la Junta de Propieta-

rios, representada en juicio y fuera de él por su Presidente, según el artículo 12...

La sentencia impugnada declara que la causa determinante del accidente sufrido por la parte actora fue el mal funcionamiento del ascensor, debido a la conducta negligente o culposa de los encargados de su vigilancia, de cuya conducta responde la Comunidad de Propietarios, al no haber demostrado que había desplegado la diligencia de un buen padre de familia...

(Hay que desestimar los motivos del recurso) porque si los dueños de las lonjas están exentos de los gastos derivados del ascensor y si hay condueños que han advenido a la comunidad con posterioridad al accidente, ello no afecta para nada a la obligación de pago impuesta a dicha comunidad, y sí a las relaciones internas de ésta, a la que es ajena la víctima, y como además, siendo el ascensor elemento común y surgiendo la obligación de pagar no en la fecha del avento dañoso, sino cuando se acuerde el pago, es indudable que éste ha de hacerlo el propietario del piso o local actual, según los artículos 9, 5.º y 20 de la LPH sin perjuicio de que, si no es deudor personal, pueda repetir contra el obligado a tenor del artículo 1.158 del Código civil".

Aquí el sentido del artículo 12 LPH queda claro. La presencia del Presidente resuelve el problema de legitimación y la comunidad se presenta frente al demandante como un bloque (si no se quiere decir "como un ente") sin perjuicio de las relaciones internas entre los copropietarios.

Por otra parte, hay que hacer constar que estamos en presencia de una *deuda de la comunidad*, aunque más tarde, en un segundo momento, se convierta en deuda de todos y cada uno de los partícipes. No rige el principio "nomina et debita ipso iure dividuntur". No hay una automática transformación de la deuda en deudas de cada uno de los comuneros (55). No se trata de un caso de solidaridad (56). Hay, en cambio, una deuda mancomunada, o conjunta, es decir, atribuida en común al grupo de copropietarios. La relación crédito-deuda, esto es, en el aspecto de su función o finalidad económico-social, se presenta unificada, como una deuda unitaria, como una deuda entre un acreedor y un deudor.

(55) No rige este ppo., desde luego, en la comunidad hereditaria, según la interpretación que la mejor doctrina ha dado al art. 1.086, 1.º del C. C. De alguna manera se podría pensar que tal ppo. está recogido en el art. 393 del C. C.

(56) La solidaridad se caracteriza porque cada uno de los deudores tiene el deber de cumplir íntegramente la prestación objeto de la relación obligatoria. Sería una deuda «mancomunada, común o consorcial» en la terminología de Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. I, Madrid, 1970. págs. 404 y 419.

Las tres sentencias expuestas revelan una línea jurisprudencial abocada a entender el artículo 12 LPH como un precepto que establece la necesidad de intervención del Presidente en los asuntos que afectan a la Comunidad, con todas las consecuencias que ello implica en orden a la naturaleza de la "representación".

Semejante doctrina, sin embargo, está en contradicción, al menos aparentemente, con la sentada por las otras dos sentencias que a continuación vamos a examinar.

La 1.^a de ellas es la del caso Azpillaga y otros contra Cementos Zumaya y electricidad, S. A., y otros, 28 de abril de 1966.

Algunos propietarios de pisos de una finca, que había sido muy dañada por socavones y grietas producidos en el edificio, reclamaron el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al arquitecto, al constructor y a la S. A. Cementos Zumaya, propietarios de una mina contigua, cuyo mal estado era la causa de los daños. A esta reclamación se adherieron más tarde los 7 copropietarios restantes.

La Sentencia de 1.^a instancia consideró a la S. A. como única responsable. Esta Sentencia fue confirmada en Apelación.

Se interpuso recurso de casación, entre otros, por el motivo de haberse violado el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Después de recordar que para invocar falta de personalidad era necesario hacerlo por la vía del artículo 1.693, 2 de la LEC y que los demandantes reclamen en calidad de propietarios privativos de pisos o viviendas, sin arrogarse la representación de la comunidad, dice el Tribunal Supremo:

"En realidad, el problema que plantea el primer motivo del recurso se reduce, simplemente, a determinar si tratándose de una comunidad de casas por pisos, todos los integrantes de la misma, en conjunto, o cualquiera de ellos, aisladamente, pueden ejercitar cualquier acción en reclamación de daños que se les hubiere causado en sus participaciones privativas o, incluso, en los elementos comunes, cuyo uso, disfrute o aprovechamiento les pertenecen en pro-indivisión o si, por el contrario, tales acciones tienen que ser ejercitadas por el Presidente de la Comunidad, a quien el artículo 12 de la Ley confiere la representación para actuar en defensa, tanto de los derechos privativos como de los relativos a los elementos comunes.

Configurada esta especial institución como yuxtaposición de esas dos distintas clases de propiedad, se comprende fácilmente que todos los que sean titulares de ella, bien en conjunto o bien aisladamente —y aún existiendo Presidente designado— podrán ejercitar toda clase de ac-

ciones tendentes al resarcimiento de daños o a la indemnización de perjuicios que se les hayan irrogado lo mismo en relación a sus propiedades exclusivas que con referencia a los elementos comunes, ya que los daños en aquellas o en éstos le afectan a su derecho particular, que requieren necesariamente la utilización de elementos comunes.

“...Porque los poderes de gestión, de representación y de disposición están limitados en esta especial comunidad al ámbito de la administración y buen uso del edificio, sin interferencia en los derechos autónomos que corresponden individualmente a cada Propietario”.

La lectura de esta sentencia produce una cierta perplejidad, sobre todo cuando se la compara con las anteriormente expuestas. Por una parte, hay que admitir que los daños en el edificio afectan a cada propietario. Por otro lado, el tenor literal del artículo 12, párrafo 1.º LPH y la Jurisprudencia anterior hacían pensar en una “representación necesaria”. A menos que pueda entenderse que los daños no afectan a la comunidad, es decir, no son uno de los asuntos que afectan a la comunidad” y, por tanto, estamos fuera del ámbito de la representación conferida al Presidente de la comunidad.

La doctrina de esta sentencia ha sido plenamente confirmada por la de 23 de abril de 1970.

En el caso, uno de los propietarios de piso de la finca del número 12 de la calle Caramuel de Madrid, había realizado obras que afectaban al muro de la fachada (elemento común). Entablan el litigio otros tres propietarios, basados en la falta de acuerdo unánime que autorizara las obras. El demandado opone la excepción de falta de legitimación.

En 1.ª Instancia y en Apelación se acoge la excepción interpuesta.

El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación.

“...Probado que el demandado ha realizado obras que afectan al muro de fachada (elemento común) sin obtener el consentimiento unánime de todos los conductores... el único problema es determinar si los actores, que son tres de los copropietarios, están legitimados para el ejercicio de la acción al pedir la demolición de los construido...”

Se plantea este tema en el primer motivo, alegando la indebida aplicación del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal y la violación de los artículos 5, 7, 11 y 16, 1.º LPH, al afirmar la instancia que “para el ejercicio de la acción entablada la única persona con capacidad y aptitud jurídica es el Presidente de la Comunidad en

conformidad con el artículo '12 LPH" cuando se refieran dichas acciones a los "elementos comunes". Y es *procedente acoger el motivo por las siguientes razones:*

1.^a) Porque el hecho de que el artículo 12 de la Ley mencionada confiere al Presidente de la Comunidad la representación de ésta en juicio, no es impeditivo de que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender, en caso de pasividad e incluso en el de oposición del Presidente y del resto de los (propietarios) partícipes, el interés que ha de estar jurídicamente protegido de su participación indivisa en los elementos comunes, que es lo que afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1966...

2.^a) Porque siendo indispensable, en la hipótesis tratada por la instancia, el consentimiento unánime de los copropietarios (art. 16, 1.^a LPH)... Si no se concediera acción a cada condómino para impugnar los actos realizados por uno de ellos sin la previa obtención de ese consentimiento unánime, se convertiría en ilusorio el derecho obstativo que a cada uno concede la mencionada norma.

Digamos, ante todo, ampliando la segunda de las razones expuestas por el Tribunal Supremo, que ante la pasividad del Presidente, los copropietarios pueden convocar una junta extraordinaria, cuando actúen en número tal que representen el 25 por 100 de las cuotas (art. 15 LPH) y aún entiende la doctrina (57), que puede solicitarlo del Presidente un copropietario, en caso de que no se acuerde acudir a la vía judicial en defensa de su derecho.

Una vez reunida la Junta, y no pudiendo reunirse el consentimiento unánime previsto por el artículo 16, 1.^o LPH en relación con el 11, para la alteración de las cosas comunes, cualquier acuerdo permisivo o, simplemente en el sentido de abstención, puede ser impugnado como contrario a la ley, según después veremos. Además, puede promoverse en Junta una reclamación contra el Presidente (art. 13, 1.^o) y, recaído acuerdo, acudir al Juez (art. 16, 4.^o).

Cabe asimismo la remoción del Presidente (art. 12, párrafo 4.^o), que se acordará por mayoría (art. 16, 2.^a), y que es libre (58), es decir, no sometida a causas taxativas.

Por más que sea cierto que no está prevista en la Ley de Propiedad Horizontal, una verdadera impugnabilidad de las decisiones que el Presidente tome, la Junta, ciertamente, según es pacífico en

(57) FUENTES LOJO, Suma, cit., 741.

(58) FUENTES LOJO, Suma, cit., 762 y 764. VENTURA-TRAVERSE, *Derecho de Propiedad Horizontal*, cit. 246. F. MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal*, cit., 605. PERÉ RALUY, *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, «Pretor», 1963, pág. 31.

doctrina, podrá oponerse a su actuación. Pero ¿qué otra vía tiene, además de la remoción?

¿La impugnación prevista en el artículo 16, regla 4.^a, respecto de los acuerdos de la Junta de propietarios podría ser extendida a las decisiones del Presidente?

Hay dos dificultades:

En primer lugar, que se trata de una decisión del Presidente y no de un acuerdo de la Junta.

En segundo lugar, que no es una verdadera decisión, sino la falta de una decisión o de una actuación, es decir, la inercia del Presidente.

Al actuar solicitando la nulidad (acción declarativa) el propietario o propietarios afectados ejercitan una acción general, que no tiene ninguna peculiaridad en sede de Propiedad Horizontal, salvo la ejecutoriedad provisional del acuerdo y el plazo de caducidad de 30 días. En realidad, ninguna de las dos especialidades son aplicables: los actos contrarios a la ley son nulos (art. 4.^o Código civil) y la acción de nulidad no está sometida a ningún plazo de ejercicio, según entiende la mejor doctrina (59), como no cabe conceder ningún efecto a los actos radicalmente nulos.

No parece que quepa entender derogados estos principios por la LPH (ley especial) pero de la lectura de este precepto bien puede deducirse que un acuerdo contrario a la ley no impugnado será ejecutivo y, después de 30 días, eficaz.

La única forma de entender el precepto, es que, después de 30 días, o cuando el propietario haya consentido en principio, habrá que acudir a la vía ordinaria: acción declarativa de nulidad, o bien, según la opinión de un sector de la doctrina (60), distinguir los acuerdos nulos de los anulables, aplicando únicamente a los segundos el régimen especial del artículo 16, regla 4.^a de la LPH, con lo que sólo estará vigente este régimen para los acuerdos contrarios a las normas estatutarias que, además, no recojan un precepto imperativo de la ley. Así el plazo de 30 días sustituirá al de 4 años del artículo 1.301 Código civil y la ejecutoriedad provisional coincidirá con las reglas generales en materia de anulabilidad.

La inercia del Presidente no es más que una conducta omisiva, que debe quedar sometida a las mismas reglas que la conducta positiva contraria a la ley.

La regla 4.^a del artículo 16 no puede sino referirse a los acuerdos contrarios a los estatutos y cabría extender su régimen, si acaso, a los actos del Presidente contrarios a las normas estatutarias. Los

(59) Ctr., recientemente y por todos, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, cit., 301 y siguiente.

(60) ZANÓN MASDEU, *La propiedad de casas por pisos*, cit., 535 y sig. Le sigue FUENTES LOJO, *Suma*, cit., II, 1.028. ZANÓN señala, con razón, lo desafortunado de la fórmula legal.

actos contrarios a la ley, porque excedan a su competencia o porque aun dentro de la esfera de sus atribuciones sean contrarios a un precepto imperativo, estarán sometidos al régimen de nulidad general, como los acuerdos de la Junta. Para pedir la nulidad está siempre legitimada cualquier persona que tenga interés en ello. Lógico es, por tanto, que esté legitimado cualquiera de los condóminos.

En cambio, la primera de las razones en que la Sentencia de 23 de abril de 1970 apoya el fallo debe ser objeto de un análisis mucho más detenido.

En realidad, se plantea en este considerando el problema de fondo de este trabajo: Si la representación conferida por el artículo 12 LPH al Presidente impide o no que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender su interés. En otras palabras, de qué tipo es la "representación" otorgada al Presidente y cual es su ámbito.

La sentencia, según hemos visto, apoyándose en la de 28 de abril de 1966, resuelve la cuestión en sentido favorable a la actuación de los condóminos. La Sentencia de 11 de diciembre de 1965 respondió que era preceptiva de intervención del Presidente. La de 19 de junio de 1965 (aparte otras consideraciones que más tarde examinaremos) concedió valor y eficacia a la autorización del Presidente sin contar con el acuerdo de la Junta, como en actuación de un "poder típico". Y la de 6 de junio de 1968 estableció la legitimación pasiva, en nombre de la Comunidad, del Presidente.

Acaso la disparidad de las tesis recogidas en las sentencias sea más aparente que real y haya entre ellas un hilo conductor, autorizado por las palabras de la ley, a pesar de la incompleta regulación de esta materia.

Para descubrirlo, es necesario analizar el sentido de la normativa legal en relación con las normas sobre copropiedad, con los principios de la representación en nuestros derechos y, en último término, con la naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal.

15. LA "REPRESENTACION DEL PRESIDENTE"

Según la exposición de motivos, "el cargo de Presidente, que ha de ser elegido del seno de la Junta, lleva implícita la representación de todos los titulares en juicio o fuera de él, con lo que se resuelve el delicado problema de legitimación que se ha venido produciendo".

Para conseguir la resolución de este problema se confiere al Presidente la representación en juicio y fuera de él, de la comunidad, en los asuntos que la afecten (art. 12, 1.º).

Si en general esta norma no altera la posibilidad de ejercicio de acciones por parte de los condueños está vacía de contenido y es una declaración vana o, acaso, con un sólo efecto: la economía procesal, el que se pueda conseguir a través de la actuación del Presidente,

que sería opcional, una mayor rapidez o brevedad en los trámites. El "delicado problema de legitimación" se resolvería aportando un expediente más cómodo, pero los condóminos podrían actuar exactamente como antes.

Pero es necesario, ante todo, precisar qué acciones pueden ejercer los condóminos y cómo las pueden ejercer.

A. *El ejercicio de acciones por los condóminos en la copropiedad.*

Recordemos, ante todo, que los actos de administración y de mejor disfrute de la cosa requieren, según el artículo 398 Código civil, el acuerdo de la mayoría de los partícipes. Los actos que supongan alteración de la cosa común o disposición sobre ella, exigen la unanimidad (art. 397 del CC.) "aunque pudieran resultar ventajas para todos".

Corolario de esos principios es que cada copropietario no puede realizar acto alguno de administración sin contar con los demás, que decidirán por mayoría. Ni por ende, ejercitar por sí un acto de administración que necesite del poder de representación de los demás, como ostentar la representación en juicio como actor o demandado. Salvo que haya una imposibilidad absoluta de actuar de otra manera, ya porque el acto sea indivisible, ya por inercia o ausencia de los demás. Y en este último supuesto, estamos ante un caso de gestión de negocios sin mandato (art. 1.888 y ss.).

El acto realizado sin aprobación de la mayoría, fuera de estos supuestos es inválido, según entienda una autorizada opinión (61).

Por tanto, el ejercicio de acciones por el condómino (un acto de administración), es algo puramente excepcional, cuya admisibilidad, que la doctrina ciñe a la defensa judicial del derecho de copropiedad a través de las llamadas "acciones petitorias" (reivindicatoria, confesoria, negatoria) (62), deriva de la observación de que en ocasiones el condómino obra, aun sin encargo expreso o tácito, en nombre de la comunidad. Así, el ejercicio de una servidumbre por uno de los partícipes impide la extensión por no uso para todos. De ahí se concluyó, analizando estos supuestos, que hay que admitir excepcionalmente una representación de la comunidad por el condómino en todos los casos en que el acto de administración fuese absoluta-

(61) BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La Comunidad de bienes en derecho español*. Madrid, 1954, págs. 309 y 310. En el mismo sentido, RAMPONI, C., *Della comunione di proprietà e comproprietà*. Nápoles-Turín, 1922, pág. 941; BARASSI, *Proprietà e Comproprietà*, Milán, 1951, 395 y 398; SALIS, L., *La Comunione*, en «Trattato di diritto civile italiano», dirigido por F. VASSALLI, Turín, 1939, número 75, pág. 143; vide, BRANCA, G., *Comunione, Condominio negli edifici*, en «Commentario del Codice Civile» a cura di SCIALOJA y BRANCA, libro terzo, *Della Proprietà* (arts. 1.100-1.139), 4.^a ed., Bolonia-Roma, 1965, pág. 160.

(62) BELTRÁN DE HEREDIA, J., op. cit., 276 a 279.

mente indivisible. En tales casos, se entiende que tratándose de una materia indivisible, el comunero no puede gozar de su derecho sin ejercitar al propio tiempo el de los demás.

Esta primera posibilidad de ejercicio de acciones por el condómino (respecto de actos de contenido indivisible) deriva del artículo 394 del Código civil: el uso y goce se verifican "in solidum" y no "pro parte". Pero hay que entenderla limitada a los casos expresos en que por Ley el acto sea de contenido indivisible. V. gr., respecto de las servidumbres (art. 535 Código civil) o de la prescripción—usucapión— según el artículo 1.933 Código civil.

Otra posibilidad de ejercicio de acciones por el condómino, se deduce del artículo 395 del Código civil: Si todo copropietario tiene derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa común, es lógico que los actos de conservación se consideren cumplidos por todos los condóminos, es decir, por la colectividad (63).

Finalmente, como ya hemos apuntado, cabe el ejercicio de actos de administración por los condóminos en cuanto actos ejercitados como gestión de negocios sin mandato (art. 1.888 y ss. CC.) figura que es admisible en la copropiedad aunque, al propio tiempo, el condómino actuante gestione un negocio propio (64).

Fuera de estos casos, estaremos en el campo del litisconsorcio necesario: la decisión judicial interesará a todos y deberá pronunciarse frente a todos.

Cierto es, sin embargo, que nuestra Jurisprudencia ha venido admitiendo en materia de comunidad de bienes que cualquiera de los condueños puede ejercitar las acciones que competen a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la cosa común. El Tribunal Supremo ha establecido que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, para ejercitarlos o para defenderlos y la sentencia dictada en su favor beneficiará a sus compañeros sin que les perjudique la dictada en contra (65).

Pero esta doctrina debe ser relacionada con el precepto del artículo 1.252 Código civil, (párrafo 3.º) que extiende los efectos de la cosa juzgada a los litigantes del segundo pleito "unidos por el

(63) Cfr., BRANCA, *Comunione*, cit., 164; BARASI, *Proprietá e comproprietá*, cit., 826 y sigs., esp. 831.

(64) BRANCA, *Comunione*, cit., 166-67; RAMPONI, *Della comunione*, cit., números 483-86; BARASI, *Proprietá*, cit., 393; SALIS, *Comunione*, cit., núm. 76; BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La Comunidad de bienes*, cit., 310.

(65) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., página 409, de quien tomo también la crítica a esta Jurisprudencia. El autor cita las S. T. S. de 8 de abril y 26 de marzo de 1955. Vide, recientemente, las de 29 de septiembre de 1967 (Iturriaga contra Guridi) y 17 de abril de 1968 (Echevarría contra Ugarte). El T. S. en la de 1967, cita las de 22 de noviembre de 1899, 8 de mayo de 1952 y 8 de abril de 1952 y dice que es «doctrina constante... que el copropietario puede ejercitar por sí las acciones que benefician a la comunidad...»

vínculo que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación de satisfacerlas”, ya que si bien es cierto que el artículo citado, entendido en sentido literal, alude a la indivisibilidad como característica objetiva de la prestación, su recto sentido impone entenderlo aplicable a todas las hipótesis de obligación no solidaria ni fragmentada o parciaria. De donde deriva que la acción entablada por un cotitular produce efectos de cosa juzgada respecto de los restantes cotitulares, y ello con independencia de que la decisión haya sido favorable o perjudicial. Por ello parece más clara la idea de la legitimación colectiva o del grupo, o sea, como apuntábamos, el litisconsorcio necesario.

Por otra parte, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no es unánime.

Cabría citar la Sentencia de 3 de abril de 1961 (Casamor contra Llaquet), en la que el Tribunal Supremo sostiene (a nuestro juicio acertadamente) que la legitimación activa del comunero para promover un litigio en defensa de la cosa común y en nombre e interés de todos los copropietarios, no deriva automáticamente de su derecho (66).

(66) En el caso, la demandante era propietaria del 14,58 por 100 y usufructuaria del 27,08 por 100 de un edificio. Promovió el litigio para la resolución del contrato de arrendamiento de un local de negocios sito en la planta baja de la casa, que había sido convenido por el administrador de la comunidad con el demandado. La causa de resolución era el traspaso inconstituido, por haber establecido el demandado en dicho local un negocio que primero giró a nombre de una sociedad en comandita, más tarde fue sociedad regular colectiva, y finalmente de titularidad individual. El demandado opuso la excepción de falta de legitimación activa.

El juez de 1.ª Instancia desestimó la demanda. La audiencia estimó la excepción dilatoria propuesta. Se recurrió en Injusticia Notoria, alegando, entre otras razones, el siguiente motivo:

«Interpretación errónea del art. 398 C. C. Todo condueño está facultado para ejercitar la acción de desahucio, la cual se presume que obra en interés de la comunidad y no es necesario que se manifieste expresamente que se acciona su nombre y en interés de la comunidad. El comunero obra en interés de la comunidad mientras no se demuestre lo contrario...».

El T. S. declara no haber lugar al recurso

«Si la relación jurídica procesal constituida a instancia de una persona individual con capacidad para, de ella, ser sujeto, es válida y despliega sus efectos plenos hasta el de investir a la sentencia que la pone término, de licitud, exenta del defecto de falta de personalidad de aquel actor unipersonal o del de falta de legitimación «ad processum», no es menos cierto, que quien, en cualquier proceso legalmente constituido, pretenda, en propio nombre la protección para sí de un derecho que para sí no lo confiere el objetivo sustantivo porque su titularidad pertenece a una colectividad, como en el caso enjuiciado acontece, en el cual una comunidad es la única arrendadora en virtud del contrato en debate y, por ende, la única titular de los derechos que de dicha convención emanan y, entre ellos, del de pedir que se le restituya la tenencia de la cosa que sólo ella entregó, carece como individuo de la acción exclusiva de una entidad colectiva, le falta legitimación activa «ad causam» y se halla desprovista del derecho que legalice su pretensión lícitamente no nacida de la relación jurídica sustantiva sometida a decisión, sin que debilite tal conclusión la circunstancia de que, por el titular pluripersonal pueda actuar, en calidad de representante legal, una cual-

Esta sentencia trasladada acertadamente el problema del ejercicio de acciones por los condóminos al terreno de la representación. La actuación del condómino por sí sólo no puede defenderse, en efecto, como uso o goce del derecho (art. 394 Código civil) porque el ejercicio de una acción no es uso o goce, sino administración (67), aparte de que el artículo 394 es una norma que se refiere exclusivamente a las relaciones entre los condóminos y no con los terceros.

Tampoco puede defenderse este poder del copropietario en base al artículo 398 Código civil, porque esta norma sólo legitima a cada condómino para la coparticipación en la administración, no para decidir por sí solo la administración.

El poder de representación sólo puede ser conferido por la ley o por el interesado. La ley lo atribuye en los tres casos que hemos expuesto. Los interesados pueden atribuirlo a través de mandato, pero de un mandato (expreso o tácito, como veremos) real y no presunto. Admitir un mandato presunto sería una petición de principio, porque la existencia de un mandato es lo que se trataba de demostrar (68).

B. *Los principios de la representación en nuestro derecho*

Dentro de los límites de este trabajo, en el que obviamente no podemos entrar a fondo en el mar de los problemas de la teoría de la representación, bastará con sentar unas líneas fundamentales que nos permitan afrontar la caracterización jurídica de la "representación" del Presidente.

Ante todo, hemos de tener en cuenta que la representación se basa en la idea de gestión de asuntos ajenos y que el negocio representativo no es, en último análisis, sino un negocio que tiene eficacia directa para una persona distinta de la que lo ha realizado (69) y estos dos caracteres se presentan claramente, en el supuesto del Presidente de la Propiedad Horizontal, como se presentaban

quiera de sus miembros unipersonales, es decir, uno de los comuneros, pues llano es que la comunidad representada, como todo poderdante, no puede frente a terceros quedar vinculada y, secuentemente, no puede adquirir más derechos ni asumir más obligaciones que los generados por los actos que, concluidos por su apoderado legítimo, éste, al celebrarlos, declaró explícitamente a los extraños que los celebró en nombre y por cuenta de su representada, requisito esencial cuya omisión en cuanto actuación en nombre propio, aunque por cuenta ajena, niega la representación y reduce a la de mandato sin poder o representación la relación interna entre mandante y mandatario que obliga a éste a transferir a aquél, por un acto distinto, lo adquirido por el último en su propio nombre y sin representación...»

(67) Administración ordinaria o extraordinaria. Vide BRANCA, *Comunione*, cit., 164.

(68) Cfr. BRANCA, op. cit., 164.

(69) DÍEZ-PICAZO, *El concepto jurídico de representación en el Derecho Privado*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», XVI (1968), 133 y sig., 149 y 175.

claramente en los tres supuestos examinados en materia de ejercicio de acciones por los condóminos en la copropiedad (70).

La doctrina que se ha llamado "clásica", y que aún hoy es "communis opinio" exige en la actuación representativa dos requisitos: actuar en nombre del representado y que los efectos se produzcan de modo directo en la esfera jurídica del representado. A su vez, esta eficacia directa presupone un previo poder del representante o una posterior ratificación por parte del representado. El poder se concede a través del negocio jurídico de apoderamiento (negocio unilateral, abstracto e independiente de la relación jurídica de apoderamiento) (71).

Recientemente, sin embargo, se han acentuado las críticas a esta opinión generalizada, especialmente centradas en la imposibilidad de independizar el negocio de apoderamiento (concesión del poder) de la relación de gestión, y poniendo de relieve que el negocio de apoderamiento no es abstracto (72), sino que está íntimamente ligado a una relación jurídica de cooperación (de gestión) de asuntos ajenos, cuyas vicisitudes sigue.

La relación típica de gestión es, por otra parte, el mandato en cuya sede se contiene, como es sabido, la regulación general de la representación en nuestro derecho.

De ahí que se haya podido decir, agudamente (73), que aunque el

(70) Como un caso de representación enfocan el caso del administrador del condominio en Italia, entre otros autores, BRANCA, *Comunione*, cit., 47 y sig. PUGLIATTI *Studi sulla rappresentanza*, Milán, 1965, pág. 504.

(71) Para una exposición de la teoría generalmente aceptada, puede verse: Díez-PICAZO, *El concepto y representación*, cit., 142 a 144; ALBALADEJO, *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General*, Barcelona, 1970, 607 y sig., esp. 612; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, 9.^a ed., Nápoles, 1966, págs. 273 y sigs., 282; MOSCO, *La representación voluntaria*, Barcelona, 1963, 81 y sig. La distinción entre relación de gestión y apoderamiento, enunciada ya por LABAND (*Zeitschrift für Mandelsrecht*), X, 1866, págs. 183-241 y su crítica, puede verse en Díez-PICAZO, ídem, 151 y 152, así como en las notas de CERRILLO a la citada obra de Mosco, pág. 84 y sig. y 165, también en PUGLIATTI (con abundantes referencias) en los *Studi*, cit., pág. 60, nota 22. Para la crítica, páginas 67 y sigs., esp. 71 y 72.

(72) Así, Díez-PICAZO (ult. op. cit., 151 y 152) demuestra que el negocio de apoderamiento es causal entre poderdante y apoderado y que, en las relaciones con terceros, más que una abstracción del negocio de concesión del poder hay un efecto reflejo de la protección del tercero de buena fe. PUGLIATTI (*Studi*, cit., 529) defiende que el apoderamiento constituye una modalidad de las relaciones contractuales que tienen por objeto una actividad de cooperación para la realización de intereses ajenos. Todo lo más la concesión del poder será una cláusula de tales contratos, cuando no un elemento natural de ellos.

(73) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en la «Revista Internacional del Notariado» (lo recoge, de acuerdo, Díez-PICAZO, ult. op. cit., 152) profundizando en la fórmula del art. 1.697 C. c. No es ajeno a esta idea, PUGLIATTI (*Studi*, cit., 72), para quien, en cierto sentido, la declaración de apoderamiento dirigida al tercero, que la acepta y ratifica, más que una simple relación de «negotiorum gestio», crea un auténtico mandato: *ratihabito mandato comparatur*.

La distinción de LABAND entre mandato y poder debe ser mantenida. Hay, en efecto, mandatos sin poder y poderes sin mandato, pero el poder siempre vive

poder de la representación tenga su causa en una relación jurídica especial de la concesión del poder, hace aplicable a esta relación las normas del mandato.

De ahí también que un sector doctrinal entienda que la relación entre el Presidente y los propietarios, en la Propiedad Horizontal, no es sino un mandato (74). Esta proposición, como veremos, es aceptable en los exactos términos en que la recogemos: sin prejuzgar la verdadera naturaleza, acaso sea necesario aplicar las normas sobre el mandato.

La tesis del mandato representativo como explicación de la posición del Presidente encuentra algunas dificultades que responden a otras tantas características de esta representación.

16. CARACTERES DE LA REPRESENTACION DEL PRESIDENTE

A. *La obligatoriedad del nombramiento.*

No cabe duda de que el presidente debe ser nombrado (75). El acto de nombramiento o proposición es un acto debido, aunque no constituye el contenido de una obligación de hacer (76). Se trata, mas bien, de un acto jurídico (al menos si admitimos que la distinción se basa en la voluntariedad de los efectos) en cumplimiento de un deber legal, que no es una obligación en sentido técnico.

Por otra parte, es un cargo en cierto sentido irrenunciable, puesto que, aún cuando se considere que es necesaria la aceptación del nombrado (77), el único expediente que permite el indefectible cumplimiento de la norma, cuando nadie acepta, es el recurso al juez, que nombrará a uno de los propietarios, el cual no podrá ex-

en relaciones de gestión arrendamiento de servicios, contrato de trabajo, sociedad). Lo que ocurre es que el mandato es la relación de gestión típica y la fuente normal de la representación.

(74) Así, como «mandato general y representativo», MONET, *Problemas de Técnica Notarial*, cit., 314; FUENTES LOJO, *Suma*, cit., I, 756. También SALIS *Condom. negli edifici*, cit., núm. 93. Para VISCO, *La case in condominio*, 7.^a ed., Milán, 1967, 238 se trata de un «mandato para administrar».

(75) Así lo reconocen todos los autores y así se desprende claramente del art. 12, 1.º LHP, que es una norma imperativa. Puede verse esta afirmación, por todos, en FUENTES LOJO, *Suma*, cit., 756, de acuerdo con PERE RALUY y con FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal*, cit., 601.

(76) No reúne sus caracteres técnicos: no hay un acreedor ni se produce la sanción típica en caso de incumplimiento. Vide BRANCA, *Comunione*, cit., 477. Este autor pone de relieve que la obligatoriedad del nombramiento del administrador es extraña a la sociedad regular colectiva. Desde luego lo es a la sociedad civil, en nuestro derecho, que prevé un régimen supletorio (art. 1.695) para el caso de que no se hayan nombrado representantes.

(77) ZANON MASDEU, *La propiedad de las casas por pisos*, cit., 480.

cusarse (78). Además, lo cierto es que el artículo 12 prescinde por completo de la aceptación del nombrado, lo que no podría ocurrir si estuviéramos en el terreno del mandato.

Al mismo resultado habríamos de llegar considerando la duración del cargo: 1 año, prorrogable tácitamente por otro período igual. El contrato de mandato se extinguiría ipso iure al cumplimiento del plazo (79).

Cabría, si acaso, acudir al expediente de la relación de mandato forzoso impuesto por un imperativo legal, es decir, a la constitución por ley de una relación jurídica de mandato, recogiendo la tesis sobre los contratos forzosos, expuesta por una autorizada doctrina (80).

Pero creemos que el recurso a esta figura no es necesario, aparte de que el deber (obligación en sentido amplio) de estipular un contrato de mandato es difícilmente concebible en abstracto, porque la estabilidad del cargo y la presencia de los intereses del grupo, son elementos que hacen pensar una gestión no subsumible enteramente en la figura del mandato.

B. *La separación de funciones entre el administrador y el Presidente.*

En la LPH, como sabemos, la figura del Presidente, cuando no es al propio tiempo administrador, secretario o ambas cosas, parece centrada en la relación con terceras personas.

En otras palabras, se trata de un cargo abocado al exterior, a la pura actividad representativa, sin un contenido de gestión determinado. Esta característica ha hecho pensar a algún autor (81) que se trata de un "mero representante", es decir, del titular de un poder, desconectado o casi desconectado, de una actividad de administración.

De acuerdo con la opinión más generalizada sobre la distinción entre mandato (relación de gestión) y poder (representación) se po-

(78) VENTURA-TRAVERSET, *Derecho de Propiedad Horizontal*, cit., 241.

De acuerdo FUENTES LOJO, *Suma*, cit., 1.758. En contra, MONET, *Problemas de Técnica Notarial*, cit., 315.

(79) Aunque el 1.732 no cite el cumplimiento del término o plazo, MANRESA (*Comentarios al C. c. español*, tomo XI, Madrid, 1905, págs. 544 y 545) cree que la enumeración del 1.732 no es limitativa, sino simplemente enunciativa de las formas especiales y privativas para terminar el mandato, cuya extinción está también sometida a las causas generales.

Aceptan el sentido del texto, por todos, CASTÁN, *Derecho Civil Español, común y formal*. Tomo IV, 9.ª ed. (reimpresión). Madrid, 1969, pág. 502; PUIG BRUTAU, *Fundamento de Derecho Civil*, II, 2.ª. Barcelona, 1956, pág. 375.

Vide, una vez más, BRANCA, *Comunione*, cit., 478.

(80) DÍEZ-PICAZO, *Los llamados contratos forzosos*, en «Anuario de Derecho Civil», IX-1 (1956), págs. 85 y sigs., especialmente pág. 116 sobre la «excepcionalidad de la imposición» y el art. 1.091 C. c.

(81) ZANON-MASDEU, *La propiedad de casas por pisos*, cit., 482 y 483.

dría pensar que el Presidente es titular de un poder que le ha sido conferido a través de un negocio de apoderamiento. El acto de nombramiento sería así el negocio de concesión del poder, (independiente, unilateral, abstracto).

Ahora bien, aún siendo cierto el dato de la separación de las funciones de administrador y del Presidente, y el carácter interno de competencia del administrador, contra el carácter fundamentalmente volcado al exterior de la actuación del Presidente, hay que notar que el Presidente es un colaborador, un gestor de la colectividad (o si se quiere de los condóminos), con una competencia también hacia el interior, que además puede venir aumentada por los estatutos. Pensemos, por ejemplo, que al Presidente corresponde recibir las notificaciones de los propietarios previstas en el artículo 7.º, pf. 1.º; convocar y presidir las Juntas (art. 15), etc.

Por otra parte, cualquiera que resulte ser el concepto de representación del artículo 12, 1.º LPH, no puede estar lejano de la idea de gestión o colaboración. Así, cuando se piensa en el ejercicio de determinadas acciones, o "Representación en juicio", que, es, precisamente, uno de los tipos más claros de gestión de asuntos.

Finalmente, que el acto de nombramiento tenga un contenido negocial ya lo hemos descartado, y subsisten respecto de esta cuestión las mismas dificultades que para admitir que sea un mandato, agravadas por el hecho de que el negocio de apoderamiento (preparatorio, unilateral, abstracto, etc.) por sí mismo no obliga a nada (82), mientras que el cargo de Presidente tiene un contenido obligatorio innegable.

C. *La fuente de esta representación: La representación del Presidente como representación legal.*

Es evidente, que la representación que ostenta el Presidente emana directamente de la ley y no deriva de un negocio jurídico (entre representante y representado) celebrado por libre elección, enteramente facultativa, por el destinatario del interés que la relación representativa deberá realizar.

Sin embargo, no parece viable incluir la representación de que hablamos dentro de la categoría (por tantas razones imprecisa) de la "representación legal", por más que algunos de sus caracteres le pudieran convenir.

En efecto, la representación que estudiamos y la "representación legal" coinciden en algunos puntos, como los siguientes:

1) El Presidente, como en general, los representantes legales, no pueden cumplir sus deberes actuando en nombre propio, sino

(82) En este sentido ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., 612.

SANTORO - PASARELLI, *Dottrine Generali*, cit., 281, 282. «El poder». Se entiende precisamente como «potestad de hacer». Vide, Díez-PICAZO, *El concepto jurídico de representación*, cit., 144 y PUGLIATTI, *Studi*, cit., 61 y sig.

que debe actuar necesariamente en calidad de representante, ya que no es posible la adquisición en nombre propio y la sucesiva transferencia al representado. La actuación del representante pone en ambos casos en relación directa al representante con el tercero, de tal forma que bien se puede decir que la representación es un requisito esencial de la misma relación de gestión (83).

2) Asimismo, tanto en el supuesto del artículo 12 de la LPH, cuanto en los que la doctrina generalmente califica como de representación legal, la actuación representativa no se agota en sí misma y es, por contra, un momento de otra institución en cuyo seno vive.

El representante legal suele ser configurado como titular de un oficio de derecho privado, caracterizado por la estabilidad o permanencia. Figura, por otra parte, no bien delimitada por la doctrina, como se ha señalado (84).

Otras características de la categoría no son, empero, aplicables al supuesto del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal. Entre ellas:

1) El defecto de capacidad en el interesado que, generalmente, se da en la representación legal (85). A menos que veamos como esta característica de la representación legal una imposibilidad jurídica de actuación del representado, que se daría también en el caso de las personas jurídicas, que sólo a través de sus órganos pueden actuar. Con una diferencia fundamental, sin embargo, que señalar: en la representación legal típica la imposibilidad de actuación del representado traslada la autoría total del negocio al representante, mientras en los supuestos de actuación de los órganos de las personas jurídicas el negocio se atribuye a la propia persona jurídica.

En el supuesto del artículo 12 de la LPH, además, la imposibilidad de actuar del representado (de haberla), o sería pareja a la de las personas jurídicas (es decir, no basada en la incapacidad stricto sensu), o sería creada precisamente por la ley.

(83) PUGLIATTI, *Studi*, cit., 88 y 89. La representación legal no es facultativa en cuanto a su ejercicio, porque no caben los efectos indirectos. Cuando no se actúa en nombre del dóninus no se ejerce representación en ningún sentido.

(84) Vide, PUGLIATTI, *Op. cit.*, 341; Díez-PICAZO, *El concepto de representación*, cit., 161; NEPPI, *La rappresentanza*, cit., 84-86; Mosco, *La rappresentación*, cit., 22.

(85) Así lo ve ZANON MASDEU, *op. cit.*, 481, vide; Mosco, *La rappresentación*, cit., 20; Díez-PICAZO, *últ. op. cit.*, 158. Lo niega PUGLIATTI, *op. cit.*, 239-240, presentando algunos casos de representación legal de personas capaces; como en la obligación solidaria, la gestión de negocios sin mandato, etc. Aquí, sin embargo, el término «representación legal» se utiliza en un sentido mucho más amplio. También admite la representación legal de personas capaces NEPPI, V., *La rappresentanza del diritto privato moderno*, Pádua, 1930, pág. 265. Lo que ocurre es probablemente, que la representación legal de personas capaces es una figura distinta de la representación legal de personas imposibilitadas jurídicamente para ejercitar sus derechos.

2) En la representación legal, según se ha puesto de relieve desde diversos puntos de vista (86), la norma no tiene en cuenta la manifestación de voluntad del interesado y el acto del representante legal es, visto desde la perspectiva del (interesado) representado, un precepto que no dimana de su autonomía privada, esto es, una regla heterónoma que disciplina su interés. Hay, como se ha dicho, mas que una concesión de legitimación, un poder de configuración de la esfera jurídica ajena (87).

Según entiende la doctrina (88), el Presidente está sometido a la Junta en su actuación. Además, cabe un control de su gestión, aunque no esté previsto un recurso específico para una impugnación de lo actuado. Así, como hemos visto, además de la posibilidad de reclamación, prevista en el artículo 13, párrafo 1.º, cabe, sobre todo, la remoción. Obsérvese, no obstante, que este poder de control de la gestión, impensable en la representación legal de incapaces, está en manos de la colectividad, en último término, y no se ejerce ni individualmente ni por el sistema de una unanimidad, esto es, no deriva de la voluntad de cada uno de los propietarios aisladamente.

La representación del Presidente no puede ser explicada acudiendo a la figura de la representación legal, a menos que entendamos por tal una amplia y borrosa categoría compuesta por muy diversas figuras cuyos únicos puntos de contacto fueran, de una parte, la presencia de una persona que gestiona los intereses de otra, de modo que la actuación produzca efectos en la esfera jurídica del interesado (lo que la situaría en el terreno de la representación) y, por otra parte, el origen, la fuente, que se encontraría directamente en la ley.

Ahora bien, acaso la especialidad de este tipo de representación se encuentre en el representado: si es cada copropietario, deberíamos estar ante un caso de representación legal, por más atípica que fuese. Pero, como veremos, los copropietarios actúan en este terreno corporativamente y componen, mal que bien, una colectividad organizada, a la que se refiere la actuación representativa del Presidente.

D. *Presencia y sentido de la comunidad: El recurso a la llamada "representación orgánica".*

Ciertamente, la naturaleza del acto de nombramiento y algunos otros elementos, como la perennidad y estabilidad del cargo, hacen pensar, como se ha señalado (89), en un acto interno de proposi-

(86) Díez-PICAZO, últ. op. cit., 158; PUGLIATTI, *Studi*, cit., 327; MOSCO, op. cit., 20-21; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 270.

(87) Díez-PICAZO, *Ibidem*, 159.

(88) Así, ZANON MASDEU, op. cit., 482 y 483; FUENTES LOJO, *Suma*, cit., 759.

(89) BRANCA, *Comunione*, cit., 478.

ción semejante al nombramiento de los administradores en la Sociedad Anónima y, en general, a la designación de órganos de las personas jurídicas.

Se está en una línea muy certera cuando se señala que la representación conferida al Presidente se refiere a cada propietario en cuanto titular de un piso o local y mientras lo sea. Por ello hay que convenir con quienes han subrayado que esta representación se ejerce "sub specie communitatis" y presenta grandes concomitancias con la llamada representación orgánica (90).

Las dificultades de esta construcción son, sin embargo, muy notorias. La primera de ellas, que la comunidad de propietarios no es, en nuestro derecho, persona jurídica. La segunda, que la representación orgánica sea o no una verdadera representación (91).

El Tribunal Supremo se inclinó por esta solución, en la Sentencia de 19 de junio de 1965.

Según se lee en esta sentencia, el Presidente es un "órgano del ente comunitario". La tesis coincide con la defendida, muy autorizadamente por algún otro autor (92), que se basa en que la comunidad esté dotada de "personalidad colectiva" (no personalidad abstracta o unitaria), semejante a la de las "civitates", romanas, y a las asociaciones de hecho (o asociaciones no reconocidas). Sería una colectividad organizada, con capacidad menor que la de las personas jurídicas unitarias.

Característica de este tipo de colectividades sería que permiten un gran juego de la autonomía individual.

(90) DE LA CÁMARA-GARRIDO-SOTO, *Modalidades en la constitución, etc.*, cit., 235-236.

(91) Que los órganos de las personas jurídicas son verdaderos representantes es la tesis de FERRARA, F., *Teoría delle persone giuridiche*, 2.^a ed., Nápoles-Turín, 1923, núm. 93, págs. 623 y sigs.; de COMBA, M., *Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi*. Torino, 1931; de SCHLOSSMAN, *Organ und Stellvertreter*, en «Jherings Jahrbücher», 1902, págs. 300 y sigs., de PUGLIATTI, *Studi*, cit., 177 y sigs., 388, etc.

En contra, v. gr., ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., 612 y 613, para quien la actuación de la persona física órgano es directamente imputable a la persona jurídica; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali*, cit., 273. No hay desdoblamiento entre la actividad jurídica imputable al agente y los efectos de la misma, imputados al interesado.

También NEPPI, V., *La rappresentanza*. Milán, 1961, págs. 90 a 93; CASTÁN (Derecho civil, español, común y foral. T. I, vol. 2.º, 9.^a ed., Madrid, 1956, págs. 333 y 334). Se inclina por la negativa (cuando se trate de órganos estables) pero admite que las personas jurídicas puedan actuar por representantes ocasionales y quita importancia a la cuestión, *centrándola en los poderes suficientes del órgano o representante*.

(92) BRANCA, *Comunione*, cit., 7 y sigs., ver también págs. 477 y 478, 510 y sigs. Entre nosotros, FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, op. cit., págs. 601 y 627. Contra, v. gr., DE LA CÁMARA-GARRIDO-SOTO creen que la expresión del T. S. debe ser entendida «metafóricamente», porque «no hay un ente comunitario», *Modalidades, etc.*, cit., 236. Ver las críticas a esta sentencia, recogidas en la nota 53. Lo rechaza de plano MONET, *Problemas de Técnica Notarial*, cit., 312 y 313 negando que la «comunidad» tenga existencia jurídica.

El texto legal, hablaría así de “representación”, refiriéndose a la “representación orgánica” y el Presidente actuaría, sin voluntad propia, como voluntad del ente condominio, dentro del ámbito de su competencia. Pero no excluiría que, en los mismos casos en que puede y debe actuar (especialmente en juicio) el Presidente, pueda también actuar por sí cada condómino. Al ser la personalidad del ente colectiva y no unitaria, el miembro del grupo no pierde totalmente su autonomía, y tiene un derecho de naturaleza real sobre las partes comunes. De ahí que en nombre de este derecho, y de modo autónomo, pueda ejercitar acciones y pedir providencias judiciales. Con mayor motivo, por tanto, lo podrían hacer todos los condóminos (93).

Esta explicación se adapta bastante bien a las sentencias examinadas (salvo, si acaso, a la de 11 de diciembre de 1965) y permitiría aclarar algo que parece lógico: que el artículo 12 no impide la actuación de los condóminos. El texto legal debería, en tal caso, leerse como “podrá representar”, es decir, en el sentido de que el Presidente está legitimado naturalmente, por razón del cargo, pero sin excluir la legitimación de los condóminos.

Sólo que, aparte de la dificultad de concebir la comunidad como un “ente”, la exposición de motivos dice que la representación conferida al Presidente se refiere “a todos los titulares”, e incluso la fórmula legal indica una cierta “necesidad” en la representación del Presidente, por más que ceñida a los asuntos “que afecten a la comunidad”, como ha puesto de relieve la citada sentencia de 11 de diciembre de 1965.

Gran parte de la doctrina cree que los representados son los titulares de los pisos (94), siguiendo el criterio de la exposición de motivos. La ley dice, en cambio, que representará a “la comunidad en los asuntos que le afecten”.

Por tanto, partiendo del texto del artículo 12, que es el que debe prevalecer en caso de disparidad, tendríamos que ver lo que

(93) Además de BRANCA (*Comunione*, cit., 515) lo creen así: VISCO, *Le case in condominio*, cit., núm. 384 y SALIS, *Condominio negli edifici*, cit., núm. 95, aunque con distinta fundamentación.

De acuerdo, entre nosotros, ESCRIVÁ DE ROMANÍ (*Lo imperativo y lo dispositivo*, cit., 1254) quien analizando la Sentencia de 18 de abril de 1966, dice que la resolución jurisprudencial, está plenamente justificada si se tiene en cuenta que se refiere a litigios comprendidos en su propio nombre por los demandantes (y no en nombre de la comunidad), contra terceras personas.

(94) Así, por todos, MONET, op. cit., 312 y 313, dice que representa a la comunidad, pero, en su concepto, «comunidad» no es más que un modus dicendi, ya que son los propietarios mismos «sin más interpolación ni alteridad». Para ZANON (op. cit., 481), se trata de una representación legal «de todos y cada uno de los condueños». Otros autores indican la presencia de la *comunidad*, pero sin analizar en profundidad lo que esta afirmación pudiera significar. V. gr., FUENTES LOJO, *Suma*, cit., I, 756. Como hemos dicho, DE LA CÁMARA GARRIDO y SOTO (op. cit., 235-236) apuntan que si bien la exposición de motivos refiere la representación a todos los titulares, ésta se ejerce «sub specie communitatis» respecto de cada titular, en cuanto lo es y mientras lo sea.

significa esta "comunidad" que, para gran parte de la doctrina, no es más que una fórmula verbal sin ninguna trascendencia sustantiva.

Esta opinión, como hemos defendido en otro lugar (95), desconoce el sentido de algunos preceptos de la LPH e, incluso, la especial naturaleza de las relaciones internas entre los propietarios de pisos en la situación de Propiedad Horizontal.

En efecto, si la comunidad no significa nada, la obligación de contribuir a los gastos generales (art. 9.º, regla 5.ª, párrafo 2.º Ley de Propiedad Horizontal), sólo podrá ser entendida como una obligación respecto de cada uno de los propietarios de los restantes pisos o locales. Una obligación que daría lugar a un crédito parciario (arts. 1.137 y 1.138 CC.) garantizado con una especial "afección" del piso o local, y que la citada norma concibe como un "crédito a favor de la comunidad de propietarios". Si por el contrario, como creemos más lógico, se trata de un crédito conjunto o en mano común es porque estamos en presencia de una colectividad organizada (ya que la prestación es divisible, y por tanto no puede destruir la presunción *iuris tantum* del art. 1.138). De otra suerte, aplicando la regulación del artículo 1.138 Código civil, la obligación de contribuir a los gastos se resolvería en tantos créditos cuantos fueran los propietarios de pisos, que funcionarían con independencia, pudiendo cada acreedor exigir independientemente su parte. La legitimación de cada uno de los propietarios no se aviene ni con el especial origen del crédito (gastos generales del inmueble, servicios, tributos y cargos no susceptibles de individualización) ni, desde luego, con el artículo 12, 1.º de la ley, que quedaría vacío de contenido.

Por otra parte, como hemos visto, en el supuesto de la Sentencia de 6 de junio de 1968 hay un caso de obligación mancomunada o consorcial, cuyo titular pasivo, frente a los terceros, es la comunidad, en congruencia con el propio artículo 9.º, regla 5.ª ("cargas y responsabilidades no susceptibles de individualización", que se distribuyen en un segundo momento entre los propietarios de pisos o locales en razón de su cuota). Para el tercero, demandante que no puede reclamar el pago a uno de los propietarios (porque no hay solidaridad), su deudor es la comunidad, representada en juicio por el Presidente.

Pero hay más, el artículo 9.º, regla 3.ª obliga al propietario del piso a "permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas por la creación de servicios comunes de interés general". Tales servidumbres, como se ha destacado por la doctrina (96), se han de

(95) En la presencia sobre «Naturaleza y contenido de la Propiedad Horizontal», dirigida por Díez-PICAZO, para el Simposio sobre Propiedad Horizontal organizado por las Cámaras de la Propiedad Urbana de Levante.

(96) Por todos, FUENTES LOJO, *Línea*, cit., I, 488; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, op. cit., 384.

producir por la utilidad de la finca en conjunto y no en beneficio de otro u otros pisos o locales privativos. Se establecen por acuerdo de 4/5 partes de propietarios, imponiéndose, una vez más, el interés colectivo al individual.

Ahora bien, salvo que la expresión del texto legal sea puramente metafórica hay que pensar que los elementos y servicios comunes se constituyen en "predio dominante", y sobre todo, en una distinta titularidad de ambos predios, pues *nemini res sua servit (iure servitutis)*". En tal caso, el titular del predio dominante o, si se prefiere, el titular de las servidumbre, no puede ser sino la comunidad.

La comunidad de propietarios es, así, titular de determinados créditos, de ciertas obligaciones y de algunos derechos reales. Además, el recto entendimiento de otros preceptos nos han de llevar a la conclusión de que es titular, en último término, del edificio en su conjunto.

En efecto, no solamente los elementos y servicios comunes son objeto de administración y goce en común (arts. 5, 3.^a; 6.^o; 7.^o, 2 y art. 18, especialmente reglas 1.^a y 3.^a), ejercitadas a través del Presidente y del administrador (o del Presidente-Administrador), sino que incluso respecto de las partes privativas hay un auténtico poder de control del uso y destino que a ellas imprima el propietario. Así se desprende de los artículos 7.^o, párrafo 3.^o y 19 de la ley, y lo ha reconocido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (97).

La comunidad de propietarios es, por tanto, en la Propiedad Horizontal, una colectividad organizada cercana (si no equivalente) a las asociaciones sin personalidad o a otros grupos dotados de cierta coherencia por el ordeamiento jurídico, que, por carecer de per-

(97) Por ejemplo, en la Sentencia Presidente de la comunidad de la finca número 3 de la calle Gutiérrez Solana, de Madrid, contra Zabala y Blázquez, 14 de junio 1968, en la que claramente se sostiene la obligatoriedad de las reglas estatutarias, que prohíben un determinado uso o destino del piso, aunque este uso no sea, por sí, ni inmoral, ni peligroso, ni incómodo, ni insalubre. El T. S. decretó la viabilidad de la petición de la comunidad instando el lanzamiento del inquilino. Es obvio que el poder de control de la comunidad sólo se puede ejercitar a través de los órganos de la comunidad. No tendría sentido aquí la legitimación individual de los condóminos.

La Sentencia tiene precedente, entre otras, en la de 26 de noviembre de 1956 (comunidad de propietarios de la finca núm. 7 de la calle Eduardo Dato de Madrid C. Campuzano Cacho). En ambos casos había una regla estatutaria que fijaba el caso o destino del local.

En las Sentencias de 18 de mayo de 1960 (Anta y Vilaríño contra Anta y Bermello) y 3 de diciembre de 1966 (comunidad de propietarios de la finca número 30 del Paseo de Rosales de Madrid contra Caja de Ahorros del Sureste de España) el T. S. no admitió el control de la comunidad. La primera de ellas (anterior a la Ley vigente) se basaba en la prioridad de los derechos privativos y razonaba la inaplicabilidad del art. 397, C. c. a la Propiedad Horizontal «cuando pugne con la especial naturaleza de ésta». La de 3 de diciembre de 1966 no consideró legítima la oposición de la comunidad al uso que el propietario quería dar al local porque no había regla estatutaria que lo prohibiese y no se había probado que la actividad a desarrollar fuese incómoda o insalubre.

sonalidad jurídica abstracta o unitaria, suelen muchas veces ser designados como asociaciones “de hecho” o fórmulas definitorias semejantes. No es una metáfora ni un dislate hablar del “ente conunitario”, ya que la comunidad es, por una parte, el componente definidor de la Propiedad Horizontal, aquello que le confiere la “especialidad” y por otra, el expediente a través del cual se organiza la administración y el goce del edificio. Lo que al lado de la titularidad dominical del piso o local, define la propiedad de pisos o apartamentos en este régimen es la cualidad de miembro de un grupo, que es inseparable de la propiedad (artículo 3.º, último párrafo) y que en algunos supuestos (art. 21, regla 1.ª) condensa en sí misma todo derecho de que es titular cada comunero.

Aplicando estas ideas al problema de la representación que el artículo 12 confiere al Presidente, podremos concluir que estamos ante un caso semejante a lo que se ha llamado “representación orgánica” y si para ello es necesario recurrir al concepto de persona jurídica, podemos indicar que una cierta capacidad, limitada (como hemos visto) ha sido atribuida por la ley a la comunidad, al menos en la medida en que puede definirse la capacidad como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Por lo demás, las especialidades de esta “representación orgánica” son perfectamente explicables desde la perspectiva de esta especial naturaleza, que algún autor ha definido como “personalidad colectiva”. Así podemos dar respuesta a uno de los interrogantes que anteriormente hemos formulado: quién es el representado. Podemos decir, que el representado es la comunidad, como se lee en el texto legal. Y claro está que, en último análisis, los comuneros, como en la sociedad civil, por ejemplo, se representa a la sociedad y, en último término, a los socios.

Que después la representación orgánica sea o no una verdadera representación, aparte de las sólidas opiniones que avalan una respuesta afirmativa, es una cuestión que tiene solamente una importancia relativa. La idea de gestión o colaboración, según hemos visto, envuelve ambas figuras y el problema central de la distinción: sería el ámbito de actuación del órgano o representante, es decir, la extensión del poder para obligar al representado. El alcance de este poder se deducirá, ante todo, del negocio de que derive o de la norma legal que lo confiera y parece que, en nuestro sistema, se debe concluir que sea cual fuere la relación de gestión en que se apoya, la concesión del poder hace aplicables a esta relación las normas del mandato, que es la relación de gestión típica (98). Aunque estas normas sólo se podrán aplicar en lo que no contradigan los principios de la Ley de Propiedad Horizontal, en nuestro caso.

(98) Remitimos a lo expuesto en la nota 41. Vid también: Díez-PICAZO, *El concepto de representación*, cit., 152 y BRANCA, op. cit., 510.

17. ALCANCE Y CONTENIDO DE LA REPRESENTACION DEL PRESIDENTE

A. *Ambito de la representación.*

El artículo 12 de la Ley establece que el Presidente representará a la comunidad “ en los asuntos que la afecten”. La fórmula general dice poco, y habrá que determinar cuales son estos asuntos que afectan a la comunidad.

No cabe aplicar, sin más, dada la imprecisión legal, las disposiciones referentes al mandato general (99) que no tienen sentido frente a una normativa especial de la que se puede deducir con bastante exactitud la esfera de competencia del Presidente.

En la doctrina se ha sugerido como criterio básico la atención a los asuntos relacionados con las cosas y los servicios comunes (100). Tampoco esta fórmula resuelve la cuestión, por más que se deba aceptar que la competencia del Presidente incluya estos asuntos.

En realidad, para obtener un criterio seguro hemos de partir de la idea de gestión y de la administración confiada a la comunidad. Allá donde la resolución de un problema se haya confiado a la comunidad, la actuación del Presidente será posible en nombre de esa colectividad.

La comunidad se organiza a través de dos tipos de órganos: una asamblea deliberante, que adopta los acuerdos y establece las medidas oportunas y dos órganos ejecutivos de los cuales uno actúa hacia dentro (el administrador) y otro hacia el exterior (el Presidente). La ejecución de los acuerdos que sean competencia de la Junta puede requerir una actividad puramente interna, o, acaso, una actuación respecto de terceras personas o una actuación procesal frente a terceros o frente a uno de los propietarios. En este segundo supuesto actuará el Presidente. De ahí, que los límites de la competencia del Presidente se deban fijar con relación a los otros dos órganos: la Junta y el administrador, salvo lo que en la propia ley es atribuido directamente al Presidente: la convocatoria de las Juntas (art. 15,2) y recibir las notificaciones previstas en el artículo 7, 1.^a. En último término, si tuviéramos que reducir a una fórmula breve el campo de actuación del Presidente, podríamos decir que sus atribuciones se extienden hasta donde la comunidad se presenta organizada y unificada e independiente de los miembros que la componen, es decir, donde la comunidad actúa como persona colectiva.

Así, serán asuntos que afectan a la comunidad:

(99) MONET, *Problemas de técnica notarial*, cit., 314 y 315.

(100) ZANON MASDEU, op. cit., 483, apuntando, sin embargo, el criterio que seguiremos; también BRANCA, *La comunione*, cit., 510-511. De acuerdo PERETTI-GRIVA, op. cit., 387-88; GUIDI, op. cit., núm. 140, pág. 253, y SALIS, *Condominio negli edifici*, cit., núm. 93, págs. 329 y 331 y núm. 94.

1) Las modificaciones del título constitutivo, es decir, todas las alteraciones (que hemos visto en otro apartado) que afecten al título constitutivo: artículos 7, 11 y 16, 1.º.

Hay que destacar un matiz importante: donde se exige unanimidad más que un poder de la colectividad hay un poder de cada uno de los miembros, una facultad contenida en su posición o cualidad de miembro. De ahí que la opinión (que será siempre relevante) de uno sólo de los condóminos pueda llevarle a actuar por sí solo como si se tratase de una de las facultades sobre los elementos privativos.

2) El cumplimiento de las obligaciones que para los propietarios establece el artículo 9.º de la ley o que establezcan los estatutos y reglamento de régimen interior en orden a lo prevenido por el artículo 5.º, 3.ª y artículo 6.º.

3) La administración y disposición de las partes comunes artículos 7.º, 2; 6.º; 5.º, 3 y 18, 3.ª.

4) El control del uso y destino del piso o parte privativa (de acuerdo con los artículos 7.º, 3 y 19 de la ley y los estatutos) y de los elementos comunes.

En estas materias, la comunidad actuará a través del administrador o del Presidente. Este último, desde luego, cuando haya que actuar procesalmente, pues es el único que puede representar a la comunidad en juicio. Pero ¿es el único que puede obligar a la comunidad? Según algún autor, lo puede hacer el administrador, como se desprende del artículo 18, párrafos 4.º y 6.º, dentro de los límites de los acuerdos y de la gestión que se le confíe (101). Otros, en cambio, niegan que el administrador esté dotado de facultades ni deberes representativos (102) y opinan que cuando haya de realizar contratos de gestión o servicios, lo debe hacer el Presidente, o el administrador como delegado de éste, pero admiten que la Junta pueda confiar poderes de representación (art. 18, 6.º) al administrador.

El Presidente es, así, el único legitimado para comparecer en juicio en las materias que hemos indicado y, además, está dotado del poder general de representar a la comunidad, salvo las atribuciones expresamente conferidas al administrador, y siempre dentro de la esfera de los asuntos que afecten a la comunidad.

Fuera de estos asuntos el Presidente carece de poder de representación.

B. *La actuación del Presidente fuera de los límites de su poder.*

Parece claro, en principio, que la actuación del Presidente debe producirse en los asuntos que afectan a la comunidad, y que fuera de esos asuntos carece de poder de representación y no puede, por

(101) BATLLE, *La propiedad de casas por pisos*, cit., 166.

(102) MONET, op. cit., 322.

tanto, al menos en principio, obligar a la comunidad. El ámbito de su poder está fijado por la ley y no lo puede desconocer ninguna persona que contrate o se relacione con el Presidente (103), como se deduciría de la aplicación del artículo 1.714 y concordantes del Código civil.

También hemos de aceptar que el Presidente, sometido como está a las decisiones de la Junta, debe atenerse a ellas en su actuación, en el sentido del artículo 1.719 Código civil.

Lo que, en cambio, hemos de precisar es la relación entre los límites del poder del Presidente, las instrucciones de la Junta y la actuación del Presidente fuera de los límites o sin atenerse a las instrucciones.

El Presidente puede obrar en asuntos de su competencia, que están incluidos dentro del ámbito de su representación, sin atenerse a los acuerdos de la Junta.

Un sector doctrinal (104) entiende que en tal caso obligará a la comunidad, pero será responsable de los daños que cause con su actuación.

Habría que matizar. La actuación del Presidente contra los acuerdos expresos de la Junta no podría obligar, en principio, a la comunidad, salvo las consecuencias de la protección del tercero de buena fé, que no puede desconocer el ámbito de la representación del Presidente, pero sí el acuerdo concreto de la Junta. El acto del Presidente sin consultar con la Junta (es decir, sin contar con un acuerdo expreso) sería ineficaz, salvo la ratificación de la Junta. Finalmente, la actuación que se produjera sin tener en cuenta instrucciones de la Junta sobre la forma de realizar el encargo, se podría considerar como la vulneración de las "instrucciones del mandato" (art. 1.719), que el Código civil no considera como traspaso de límites cuando el encargo se haya cumplido "de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste" (art. 1.715 CC.) (105).

C. Contenido del poder del Presidente.

Al Presidente le es conferida la legitimación activa y pasiva para actuar en juicio en nombre de la comunidad. Esta regla general, clara en principio, presenta sin embargo algunos problemas.

(103) En este sentido, BATLLE, op. cit., 162.

(104) ZANON MASDEU, op. cit., 483. FUENTES LOJO, *Suma*, cit., 763. Así lo entendió también la Sentencia de 19 de junio de 1965. Para BRANCA (*La comunione*, cit., 511) el acto que excede de los poderes pero se halla dentro de la esfera de competencia es ineficaz, pero puede ser ratificado a posteriori por la comunidad.

(105) Recogemos, en lo que cabe, la distinción entre «límites del mandato» e «instrucciones del mandante» defendida por GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil. Los contratos en especial*. Madrid, 1968, págs. 289 y 290.

Para otros autores siempre que se incumplen las instrucciones hay traspaso material de límites del mandato. Vide, v. gr., PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, II, 2.º, Barcelona, 1956, pág. 367.

El primero de ellos consiste en determinar si la legitimación activa del Presidente impide la de los demás condóminos. Algunos autores optan por la negativa (106), apoyándose en la especial naturaleza de la Propiedad Horizontal, en la que el miembro del grupo, titular de un derecho real sobre los elementos comunes, no pierde su autonomía y por ello puede ejercitar acciones de modo autónomo, en nombre de ese derecho que ostenta.

Ahora bien, ante todo serían de aplicación las consideraciones que hemos expuesto en orden al ejercicio de acciones por los condóminos en la copropiedad ordinaria, ciñendo, por tanto, esta posibilidad de actuación representativa a los tres casos examinados en los que uno de los condóminos puede válidamente verificar por sí sólo actos de administración. Esto es, cuando se trate de actos de contenido indivisible, o de actos de conservación, o de actos comprendidos dentro de la gestión de negocios sin mandato.

En la Propiedad Horizontal, comunidad especial, la aplicación de estos principios presenta algunas peculiaridades.

Así, tengamos en cuenta, respecto de los actos de conservación, lo dispuesto en los artículos 7, pf. 2.º y 18, pf. 3.º de la Ley: se prohíbe que el propietario del piso realice por sí las reparaciones, incluso urgentes, en las partes comunes y se confía, por otra parte, la conservación y entretenimiento de la casa al administrador. Por ello, salvo los casos de extrema urgencia en los que la aplicación de lo preceptuado condujese al absurdo de no poder impedir un daño grave, hay que entender que el ejercicio de los actos de conservación del edificio (lo que podríamos llamar "conservación física") se atribuyen a la colectividad y no a cada condómino. En tales supuestos, no cabrá aplicar el artículo 395 del Código civil.

Los actos de conservación del derecho (la otra parte del supuesto regulado por el artículo 395 del Código civil) son claramente de competencia del Presidente, según el artículo 12 LPH dentro del ámbito de lo que es titularidad colectiva. Ocurre, sin embargo, que la conservación del derecho de uno de los propietarios puede contener una defensa del derecho de la colectividad, en cuyo caso no cabe duda de que actuará válida y eficazmente el condómino interesado.

Claramente hay que aceptar cuanto dijimos sobre los actos de contenido indivisible, cuyo ejercicio por uno de los condóminos extiende sus efectos a la colectividad.

Respecto de la aplicabilidad de la gestión de negocios sin mandato acaso sea necesario distinguir entre una esfera interna y otra externa. En la primera, el tenor de los artículos 12 y 18 de la ley

(106) Ver nota 93. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Jurisprudencia de la Prop. Horizontal*, cit., en «R. D. P.», 1972, pág. 825. Este autor opina que no puede darse al art. 12, pf. 1.º un alcance tan absoluto que excluya la legitimación de los propietarios singulares.

impide la posibilidad de que cualquier condómino actúe por la comunidad. Hacia el exterior, esto es, en relación con terceras personas, cabría la actuación gestoria, ratificada por la comunidad en los términos del artículo 1.892 Código civil. Así, mientras no sería admisible que uno de los condóminos exigiera el cumplimiento de la obligación de contribución a los gastos generales a otro condómino, no vemos inconveniente en que uno de los condóminos verificase un contrato con un tercero y fuese ratificado por la comunidad.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que en las materias que forman el contenido del poder de la comunidad, el propio Presidente está sometido a los acuerdos de la Junta, y con mayor razón lo deben estar los demás condóminos. En realidad, como hemos venido diciendo, el Presidente ejecuta los acuerdos, es un brazo de la comunidad. No cabe que cualquiera de los propietarios se arrogue esta función.

Finalmente, hemos de considerar que los propietarios pueden ejercer libremente sus derechos privativos, que, necesariamente incluyen un derecho de uso y goce de los elementos comunes y, pueden actuar en defensa de su derecho.

Lo que ocurre, sin embargo, en la Propiedad Horizontal, es que la posición de un titular de un piso es compleja y se compone de los elementos: la propiedad de su piso y la cualidad de miembro de una colectividad organizada.

Los condóminos pueden ejercitar las acciones que les correspondan en defensa de su derecho complejo, pero no podrán representar a la comunidad. En cambio, el ejercicio de determinadas acciones, referentes a actos de goce del derecho que son de contenido indivisible extenderá sus efectos a la comunidad.

Pero la norma del artículo 12 de la LPH no es facultativa, no puede entenderse dentro del supuesto en que resulta aplicable, como opcional para los condóminos. En cambio, es cierto que no estando prevista en la ley una verdadera posibilidad de recurrir al juez, para que éste supla el defecto de actuación del Presidente, los condóminos pueden ejercitar ante los tribunales las facultades contenidas en su calidad de miembros de la colectividad cuando los órganos de gestión no procedan de acuerdo con sus obligaciones. Pero siempre se actuará en función de un poder o de un derecho propio, no de la comunidad.

18: CONCLUSIONES CRITICAS

Estamos en condiciones de afrontar unas conclusiones críticas en torno a las sentencias objeto de estudio.

En realidad, la ratio decidendi de las sentencias encaja en lo que hemos expuesto y la contradicción entre ellas es más aparente que real.

La de 19 de junio de 1965, resuelve el caso en que un tercero recaba una autorización del Presidente, quien la concede sin solicitar el consentimiento de la Junta, que era preceptivo. El Tribunal Supremo razona que siendo competencia del Presidente (por serlo de la comunidad) y siendo el Presidente órgano de la colectividad, el tercero que ignora de buena fé si ha mediado o no el consentimiento de la Junta, no debe sufrir las consecuencias de los defectos de la actuación representativa del Presidente. Por tanto, la comunidad queda obligada, sin perjuicio de la responsabilidad de éste.

Hemos de aceptar que el Presidente es un órgano de la comunidad y que sus actos son directamente imputables a la colectividad. No creemos, en cambio, en la eficacia de lo actuado contra lo acordado en la Junta, salvo las consecuencias de la protección a los terceros de buena fé, quienes confiando en el contenido extenso y formal de la relación de apoderamiento, no deben sufrir las consecuencias de las relaciones internas entre representante y representado.

En la Sentencia de 11 de diciembre de 1965 el Tribunal Supremo consideró necesaria la intervención del Presidente cuando la comunidad de propietarios pedía se declarase la agravación de una servidumbre y se demoliesen los edificios que eran causa de la agravación. La servidumbre gravaba los elementos comunes de la finca. En principio, el ejercicio de la servidumbre, como el "pati" de la servidumbre, son actos indivisibles, que soportan por igual todos los condóminos. La oposición de uno de ellos puede ser eficaz extendiéndose a los demás, y precisamente como excepción a la regla general que hemos admitido, según la cual la administración de las cosas comunes están confiadas a la colectividad y sólo sus órganos las pueden actuar. Todo ello salvando el caso de que no hubiese recaído acuerdo. La falta de acuerdo de la Junta puede fundamentar la posición del Tribunal Supremo. La afirmación, "obiter dictum", de que en la Propiedad Horizontal no se pueden aplicar sin más las reglas de ejercicio de acciones por los condóminos es certera.

La Sentencia de 6 de junio de 1968, en que el Tribunal Supremo admite la legitimación pasiva del Presidente ante la reclamación de un terero por daños ocasionados por el mal estado de uno de los elementos comunes es irreprochable. Se trata de una deuda de la comunidad y queda clara la personificación de la comunidad ante los terceros a través del Presidente.

Las Sentencias de 28 de abril de 1966 y de 23 de abril de 1970 no contradicen la doctrina anterior en lo referente a la competencia y legitimación del Presidente. En la primera de ellas, los condóminos actuantes reclamaban los daños ocasionados en su piso y el Tribunal Supremo accede a su petición considerando que los daños en todo el edificio afectaban a su derecho, lo que es cierto en cuanto al derecho de cada condómino es complejo y en cuanto que el disfrute del piso es imposible sin los elementos comunes. En cambio, no se puede aceptar la afirmación incidental de que los poderes de

la comunidad no interfieran los derechos autónomos. En último término, los propietarios demandantes actuaban en defensa de su derecho privativo, y no suplían la acción de la comunidad. Sin embargo, la actuación del Presidente hubiera resuelto todo problema. (El Tribunal Supremo no niega la posibilidad de actuación del Presidente).

En la de 23 de abril de 1970, tres copropietarios piden la paralización de obras que afectaban a los elementos comunes realizadas sin el acuerdo unánime preceptivo. El Tribunal Supremo los considera legitimados para actuar. Los propietarios obran en virtud de una facultad propia, como revela la exigencia de unanimidad en el acuerdo. La facultad de oposición a las alteraciones prevista en el artículo 11, más que un poder de la colectividad es un poder de cada uno de los miembros, como ocurre en todos los casos en que se exige unanimidad. Por otra parte, no estando previsto en la ley un recurso al juez para suplir el defecto de actuación del Presidente, es claro que se deberá recurrir directamente contra los actos a los que el Presidente debería haberse opuesto. Todo ello justifica la solución contenida en el 2.º de los razonamientos de la sentencia. El 1.º, en cambio, demasiado general, no nos parece aceptable en sus propios términos.