

Hay que tener en cuenta que todo esto es excepcional, y sólo en muy limitadas ocasiones puede darse, ya que en ningún caso es admisible, como mantuvo la STS de 5 de julio de 1985, que la buena fe puede considerarse como un *concepto jurídico*, como una *máxima de experiencia*, apreciable como tal por los Tribunales, pues esto supondría una enorme inseguridad jurídica.

Pero sin llegar a estos extremos, sí que puede resultar criticable, en la sentencia que se analiza, el hecho de si se practicó debidamente la prueba de la mala fe, o si, por el contrario, pudiera haberse cometido un error en tal prueba que no llegó a ser plena, clara y manifiesta. Hay que tener en cuenta, además, que, desde luego, esa mala fe no parece referirse en ningún momento al de la adquisición del derecho, que es, en cualquier caso, cuando debe tenerse, sino en la inscripción, que como ya hemos dicho parece irrelevante.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACIÓN TÍTULO CONSTITUTIVO POR EL PROMOTOR-PROPIETARIO ÚNICO. COMPRAVENTA DE PISOS EN DOCUMENTO PRIVADO.—NO SE PRODUCE LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MARZO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Antecedentes.—Con posterioridad a los contratos privados de compraventa de pisos, el promotor del edificio en cuestión otorgó unilateralmente una escritura pública de rectificación del título constitutivo de propiedad horizontal, añadiendo como finca número 28 un local comercial sito en la planta baja del edificio y reduciendo los coeficientes de participación comunes de las restantes veintisiete fincas.

El objeto de litigio es esa finca de una superficie de 1.090 m², parte sin edificar, y parte bajo cubierta. Los recurrentes pretenden la nulidad de dicha escritura de rectificación en la que se manifiesta que dicho local pertenece en plena propiedad al promotor y su sociedad de gananciales, asegurando que se trata de un elemento común de la comunidad de propietarios.

Hay que señalar que, en las escrituras de compraventa de pisos posteriores, apareció en todas ellas reflejada la escritura de rectificación que ahora se discute.

El promotor interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando que se declare a su favor la propiedad del local en cuestión, y se obligue a los demandados a retirar los obstáculos que impiden el acceso al local propiedad del actor.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta declarando que el local descrito es propiedad del demandante y su sociedad de gananciales.

Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, dictó sentencia estimando parcialmente el recurso en el sentido de no imponer las costas de primera instancia a ninguna de las partes contendientes, confirmando el resto de los pronunciamientos del fallo, entendiendo que, al tiempo de la escritura de rectificación, el promotor era el único propietario de todo el inmueble, y por tanto estaba facultado para realizar las rectificaciones convenientes del título constitutivo, y que, además, los compradores conocieron por

estar reflejada en sus escrituras de compraventa, las escrituras de rectificación cuestionadas, y que aceptaron voluntariamente al otorgar las escrituras de compraventa.

Los demandados interponen recurso de casación, fundamentalmente, tratando de impugnar la afirmación de que el promotor no era propietario único, pues se habían producido las ventas privadas de los pisos, y por lo tanto, denuncian infracción de los artículos 5 y 16 LPH, al no obtener el acuerdo unánime necesario de todos los copropietarios para modificar el título constitutivo.

El Tribunal Supremo declara que no ha lugar el recurso de casación interpuesto y establece la siguiente

Doctrina.—La Dirección General, después de dar por probado que no se produjo la entrega de las llaves, ni ningún otro acto que pueda justificar la puesta en posesión de los pisos a los compradores, afirma que resulta incuestionable, en virtud de la teoría del título y el modo, que para adquirir el dominio no es suficiente la perfección de un contrato transmisivo, sino que es precisa la concurrencia de la tradición, y la jurisprudencia tiene reiterado que la formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental y no acredita por sí solo la efectiva transmisión patrimonial pretendida.

Y continúa, añadiendo que no se han vulnerado los preceptos relativos a la entrega de la cosa vendida porque el vendedor entregó mediante escritura pública aquello a que se obligó en la misma. Y no existe fraude de ley, pues al ser el promotor el propietario único —según lo que se ha afirmado en el párrafo anterior— goza de «cobertura» del ordenamiento jurídico para llevar a cabo la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal.

Por último, en las escrituras públicas de compraventa de los pisos se hace constar la rectificación de la escritura del título constitutivo de la propiedad horizontal, y este extremo fue voluntaria y libremente aceptado por las partes contratantes. Luego, no se formuló oposición a esta novación objetiva recogida en la escritura, y por tanto debe de afectarles.

COMENTARIO

El primer problema que aparece reflejado en esta sentencia es si puede el promotor, por sí solo, otorgar escritura de título constitutivo de Propiedad Horizontal y en su caso modificarlo; o si, por el contrario, necesita del consentimiento de los nuevos propietarios de los pisos en régimen de Propiedad Horizontal.

La solución es clara y sin fisuras. El promotor, si es el único propietario de todo el edificio en régimen de Propiedad Horizontal (lo que implica que no se haya producido ninguna transmisión del dominio de los pisos), está perfectamente legitimado para constituir dicho régimen, como recoge la Ley, doctrina y jurisprudencia; pues éste es uno de los supuestos típicos y previstos de constitución de la propiedad horizontal (1).

(1) La constitución de una propiedad horizontal debe hacerse a través de una escritura pública de división horizontal, que es el título constitutivo. Y éste puede predisponerlo: a) el dueño del edificio, haciendo él la división formal pero reteniendo todos los

Obviamente, él mismo y por sí solo, si continúa siendo el único propietario, puede también modificar o rectificar dicho título. Los nuevos propietarios que con posterioridad adquieran el dominio tendrán que aceptarlo, e igualmente, los estatutos que allí se incorporen.

Pero, si por el contrario, el promotor ya no fuera el propietario único del edificio en propiedad horizontal porque se hubiera transmitido el dominio —aunque sólo fuera de uno de los pisos—, necesitará el consentimiento y la aprobación del nuevo(s) propietario(s) para poder modificar u otorgar título constitutivo de propiedad horizontal, tal y como se deduce de lo establecido en los artículos 5.4, 14.d) y 17.1.^a LPH (2). Ya que es prerrogativa de todos los copropietarios el llevarlo a cabo, pues se exige la unanimidad de todos ellos, al consistir la modificación en una alteración de las cuotas previstas en los estatutos y el título.

Así las cosas, la solución al conflicto sería muy fácil y clara. Pero, el problema surge, como en el caso que se analiza, cuando no queda tan claro quién o quiénes son los propietarios de todos los pisos o del edificio en propiedad horizontal. Esta es la cuestión principal que analiza esta sentencia, y la que creo merece un breve análisis.

El problema, por tanto, hay que resumirlo planteado el siguiente aspecto: Vendidos en documento privado los pisos de un edificio de propiedad horizontal, ¿se ha transmitido el dominio de los mismos? Porque, según la respuesta que se dé a esta pregunta, solucionamos el problema inicial de manera muy sencilla: si no hay transmisión de dominio, el promotor sigue siendo propietario único y por tanto puede llevar a cabo la rectificación del título constitutivo por sí solo. Si hay nuevos propietarios de los pisos, porque el dominio sí se ha transmitido, hay que contar con ellos y su aprobación para cualquier modificación que afecte a los estatutos y por tanto al título de constitución de la propiedad horizontal.

Analicemos, entonces, la eficacia traslativa dominical de un documento privado de compraventa.

El contrato de compraventa no es un contrato formal, pues no se exige para su perfección y validez el otorgamiento de una forma determinada (principio de libertad de forma, art. 1.278 del Código Civil). De esta manera, son perfectamente válidas y eficaces —en sentido obligacional— las compraventas realizadas en documento privado, o incluso de manera verbal. Es cierto que el artículo 1.280 del Código Civil parece ordenar la forma pública en la compraventa de inmuebles, pero esta «exigencia» hay que interpretarla a la

pisos; b) o pueden otorgarlo los distintos adquirentes de un constructor; c) o bien puede resultar de una división en la que los condueños de una copropiedad o comunidad hereditaria describan los pisos y señalen las cuotas que se adjudiquen; d) o puede hacerlo un testador que constituye, él, el régimen de propiedad horizontal en testamento. También puede otorgarse por laudo arbitral o resolución judicial (art. 5 LPH).

(2) Artículo 5.4 LPH: «...Cualquier modificación del título, y a salvo de lo que se dispone sobre validez de acuerdos, se observarán los mismos requisitos que para la constitución».

Artículo 14.d) LPH: «Corresponde a la Junta de Propietarios: d) Aprobar o reformar los estatutos y determinar las normas de régimen interior».

Artículo 17.1.^a LPH: «Los acuerdos de la Junta de Propietarios se sujetarán a las siguientes normas: 1.^a La unanimidad sólo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad».

luz del 1.279, en el sentido de que enumera alguno de esos contratos en los que las partes pueden compelerse al otorgamiento de forma pública, normalmente porque así son fácilmente oponibles frente a terceros, pero eso no significa que sea necesaria para su eficacia entre las partes. Por lo tanto, la compraventa de pisos en documento privado es perfecta, válida y hace nacer las obligaciones principales de dicho contrato: entrega de la cosa y pago del precio.

Además el contrato de compraventa es consensual y no real, de este modo desde que las partes consienten en la cosa objeto del contrato y en el precio, el contrato se ha perfeccionado (art. 1.450 del Código Civil). Comprador y vendedor deben llevar a cabo las prestaciones que les corresponden, y si no lo hicieran, como el contrato en sí es perfecto, deberán responder por el incumplimiento de esas obligaciones ya nacidas, y podrá compelerse a la otra parte a que entregue la cosa, pague el precio, o bien resolver el contrato, e indemnizar al perjudicado por su incumplimiento.

Ahora bien, el efecto principal que se pretende conseguir con el contrato de compraventa es, precisamente, la transmisión del dominio del objeto de la venta. Pero para que ese dominio se transmita de vendedor a comprador no basta que esa compraventa esté perfecta. En virtud de nuestro sistema de título y modo de transmisión de los derechos reales, recogido en el artículo 609 del Código Civil, es absolutamente necesario que se produzca el modo, *traditio* o entrega de la cosa del vendedor al comprador. Si no existe modo (*traditio*, entrega, en definitiva, desplazamiento posesorio o cualquiera de sus equivalentes), la propiedad, como derecho real que es, no se transmite. Por lo tanto, en una compraventa sin modo, existe un contrato que en el plano obligacional es perfecto, válido (consentimiento, objeto y causa) y que hace nacer las obligaciones propias; pero, si no existe esa *traditio* o modo, no tiene eficacia real, el efecto principalmente querido de ese contrato no se produce. Se trata de un contrato válido pero sin eficacia real. No nace la propiedad a favor del comprador porque no se ha transmitido, y por tanto, el vendedor sigue siendo propietario. En este sentido, baste ver, por ejemplo, lo que afirma la STS de 14 de diciembre de 1988: «el dominio sólo puede adquirirse mediante un contrato con virtualidad traslativa del dominio (título) como es la compraventa, acompañado o seguido de la entrega o tradición (modo) en cualquiera de sus modalidades (real, simbólica o *ficta*)».

El documento privado no es, ni equivale al modo o *traditio*, a diferencia de la escritura pública (art. 1.462) (3), y por lo tanto una compraventa en documento privado no transmite la propiedad. La jurisprudencia del TS ha insistido reiteradamente sobre este extremo, afirmando que la sola plasmación de la venta de un inmueble en un documento privado, si por otro lado no se produce la puesta en posesión, no permite entender cumplido el requisito del modo y la adquisición no se puede llevar a cabo; no genera tradición instrumental, y no acredita por sí solo la transmisión patrimonial (SSTS de 14 de junio de 1996, 30 de mayo de 1997, 21 de marzo de 1998, 14 de julio de 1998, 9 de octubre de 2001, 14 de febrero de 2002 y 10 de julio de 2002). Por eso, el TS considera que el adquirente de un inmueble mediante documento privado (sin que haya otra forma de tradición), no es propietario del mismo, sólo

(3) La escritura pública equivale a la entrega de los bienes, entre otras, véanse las RRDGRN de 16 de mayo de 1996 y 5 de enero de 1999.

tiene un *ius ad rem* sobre aquél; para transformarlo en *ius in re* será necesaria la unión del título y modo (SSTS de 20 de octubre de 1994 y 14 de febrero de 2002). En consecuencia, le impide interponer con éxito, por ejemplo, una tercería de dominio ante el embargo de ese bien por deudas del vendedor-propietario (SSTS de 26 de marzo de 1990, 26 de noviembre de 1991, 30 de diciembre de 1993, 9 de marzo de 1994, 1 de febrero de 1995, 27 de junio de 1996, 17 de septiembre de 1996 y 18 de septiembre de 1996).

Es necesario, entonces, para la transmisión del dominio, el título (contrato CV), y el modo, que puede ser la efectiva entrega (traspaso posesorio), o simbólica (como la entrega de llaves), o bien tradición instrumental (la escritura pública, hoy en día la más normal en compraventa de pisos), pero, en ningún caso la formalización del contrato en documento privado equivale al modo o a la tradición instrumental.

En el supuesto de hecho que da lugar a esta sentencia, queda claro y probado que no existe tradición real, ni ninguna de sus variedades (4), luego, podemos afirmar que no se ha producido la transmisión de la propiedad de los pisos por el mero documento privado, y, consecuentemente, el único propietario sigue siendo el promotor. Por lo tanto, él sólo puede otorgar y modificar el título constitutivo de Propiedad Horizontal, sin necesidad de la aprobación de los compradores.

Sólo cabría alegar, por parte de estos, que sí se ha producido la transmisión del dominio, porque existe algún tipo de tradición consensual en la que no es necesaria la entrega cosa para transmitir el dominio. Los supuestos en que se admite esta tradición consensual son: la imposibilidad de trasladarse la cosa por fragilidad de la misma, lejanía o gran volumen; la tradición *brevi manum* en la que no es necesaria la entrega de la cosa porque el comprador ya la tiene en su poder; o la tradición con pacto de constituto, en la que tampoco hay traspaso posesorio porque se acuerda que el vendedor siga con la posesión de la misma. Es obvio que ninguno de estos supuestos puede ser de aplicación al caso. No puede alegarse un tipo de tradición consensual.

Es cierto que hay sentencias que amplían el concepto de tradición a otros supuestos que estrictamente no lo son, precisamente, para admitir el traslado del dominio, y la nueva propiedad del adquirente, sobre todo por razones de equidad. Por ejemplo, la STS de 9 de marzo de 1994 admite como tradición el que el comprador de un piso (sin entrega del mismo, ni escritura pública) hubiera realizado obras y mejoras en el mismo; otras justifican la tradición por la incorporación del documento privado de venta en un Registro público (SSTS de 17 de septiembre de 1996 y 18 de septiembre de 1996); considera consumada la venta de finca arrendada mediante el traspaso al comprador de la posesión mediata (STS de 10 de julio de 1997).

En el caso que analizamos no existe similitud con los supuestos de hecho descritos en las sentencias que acabamos de exponer. Y como considero que estas sentencias deben interpretarse de manera restrictiva, pues son excepciones a la literalidad del 609 del Código Civil, no son de aplicación al caso. No me parece conveniente seguir ampliando jurisprudencialmente el concepto de tradición, pues cabe el riesgo de dejarlo vacío de contenido, cuando nunca fue esa la voluntad del legislador.

(4) Se afirma en la sentencia que no se ha probado ni la entrega de llaves de las viviendas, ni que se haya producido ningún consumo de agua o electricidad.

En conclusión, repitiendo lo que ya hemos afirmado antes: no existe modo, no hay transmisión de la propiedad, y por tanto el promotor es el único propietario. Según la LPH, está perfectamente legitimado para modificar el título por sí solo.

Comparto doctrina del TS, que no tiene fisuras pero que es conveniente recalcar, no ya para los profesionales del Derecho que en mayor o menor medida la conocen y admiten, sino para subrayarlo a los ciudadanos legos en la materia que confían muchas veces en su adquisición en documento privado. Sobre todo, en la compraventa de pisos pueden surgir muchas dificultades para ese comprador confiado: embargo de los pisos al promotor-constructor con la posible pérdida del piso para el adquirente; hipoteca del piso por parte del vendedor, que igualmente implica el riesgo de la pérdida del inmueble, y muchas veces incluso de todas las cantidades que se pagaron por el piso, a veces hasta la totalidad del precio, etc.

Porque, en definitiva, y en estos casos de ventas en documentos privados, ¿qué tienen esos compradores? Desde luego, no un derecho de propiedad, tan sólo el crédito, la facultad de exigir que se le entregue la cosa, que se cumpla la obligación pactada en el contrato por parte del vendedor. Pero si esto no es posible, sólo cabe la indemnización por incumplimiento de obligaciones (la de entregar la cosa), pero se frustra la finalidad pretendida por el comprador al suscribir un contrato de compraventa: la adquisición de la propiedad.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

1.4. Sucesiones

SUCESIONES (INCLUSIÓN DE VIVIENDA EN EL CAUDAL HEREDITARIO DE LA CAUSANTE QUE FALLECIÓ EN ESTADO DE SOLTERA Y HABÍA DONADO A UNA HERMANA, SUCEDIÉNDOLE COMO HEREDERA SU MADRE). COLACIÓN HEREDITARIA IMPROCEDENTE, POR NO TENER LOS HERMANOS LA CONDICIÓN DE HEREDEROS FORZOSOS DE LA CAUSANTE. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MAYO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Antecedentes.—C. fallece el 19 de noviembre de 1993, soltera y sin descendencia, declarándose a su madre, F. L., como su única y universal heredera.

F. L. fallece en 1994 siendo viuda, sucediéndole sus cinco hijos sobrevivientes por partes iguales que se enfrentan en este pleito unos como demandantes —M., G. y M.^a F.— y otros como demandados —I. y A.

Los demandantes solicitan al Juzgado de Primera Instancia que se pronuncie sobre varias cuestiones que les afectan en la sucesión de su madre, de las cuales destacamos por su interés las siguientes:

1.º Que se condene a I. a rendir cuentas de los movimientos y disposiciones realizados en la cuenta que su hermana C., fallecida, tenía abierta en Banesto y de la cual I. tenía firma autorizada desde el 1 de octubre de 1993, debiendo abonar lo dispuesto a su favor a la comunidad hereditaria junto con sus intereses desde la fecha de disposición.