

La prefiguración de los complejos inmobiliarios y su modificación mediante instrumentos urbanísticos

A Eva, con cariño.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES.—2. NATURALEZA JURIDICA DEL COMPLEJO.—3. ASPECTOS REGISTRALES.—4. NATURALEZA JURIDICA DE LA FASE II.—5. EL REGIMEN DEL COMPLEJO PREFIGURADO.—6. MODIFICACION DE LA PREFIGURACION DEL COMPLEJO. EL ESTUDIO DE DETALLE.

1. ANTECEDENTES

El señor D. A. acude al despacho profesional del Letrado que suscribe, solicitándole emita dictamen sobre las siguientes cuestiones.

En su día, la mercantil T., tras la agrupación de una serie de fincas colindantes que había adquirido con anterioridad, emprendió la ejecución de un Complejo Inmobiliario T. en la localidad levantina de B. sobre un solar de 5.362 m² estructurando el mismo en dos fases edificatorias.

Ejecutada la primera de ellas, que consta de ciento cincuenta departamentos, y otorgadas las correspondientes Escrituras Públicas de Obra Nueva y División Horizontal del inmueble establecido sobre la misma por parte de su promotor, en las mismas se hace constar que dicha Fase I tiene atribuida una cuota del 94 por 100 del solar, quedando el 6 por 100 restante reservado para la Fase II. Igualmente se hace constar que la Fase I ha consumido, a efectos urbanísticos, el volumen correspondiente a 4.936 m².

En dichas escrituras no se acompaña letra, gráfica o plano que permita ubicar espacialmente el suelo reservado a la Fase II, pero sí se incluye una

cláusula de reserva por la cual la promotora, unilateralmente, puede, una vez ejecutada la Fase II variar el Título Constitutivo del Complejo Inmobiliario creado variando las cuotas de la misma al incluir en ella esta segunda fase.

Enajenados los distintos departamentos (viviendas y locales) de la Fase I, la promotora coloca sobre una porción del solar un vallado que restringe unos 851 m² de la extensión de la finca, superficie sobre la cual la promotora dice ostentar la propiedad a fin de ejecutar la Fase II del complejo. Poco después presenta unilateralmente un Estudio de Detalle ante el Ayuntamiento de la localidad, por el que se solicita la reordenación de los volúmenes edificables de esa superficie y de otras fincas colindantes que son de su propiedad, las cuales ya ha agregado en el Catastro con la porción ocupada de la finca en cuestión, de modo que en esos 851 m² introduce volúmenes de otras fincas.

El señor D. A., propietario de un departamento en la Fase I, formula consulta sobre los siguientes extremos:

- a) ¿Deben compartir los elementos comunes de su comunidad con los futuros adquirentes de viviendas de la Fase II? ¿Se trata de propiedades independientes? ¿Cabe variar por este medio las cuotas de la comunidad?
- b) ¿Es correcto el Estudio de Detalle presentado? ¿Puede el mismo introducir mayores volúmenes en la comunidad y por tanto mayor número de miembros?
- c) ¿Dónde se ubica la Fase II? ¿Está la misma haciéndose con elementos comunes de la Fase I?

2. NATURALEZA JURIDICA DEL COMPLEJO

El solar donde se ubica el Complejo Inmobiliario T. constituye a efectos registrales, y por tanto a efectos de propiedad, una única finca. Existe, por tanto, un único objeto real sobre el cual pueden recaer distintas formas de propiedad colectiva, pero que, hasta en tanto en cuanto no se realice operación en otro sentido, constituye una unidad jurídica, como se desprende del propio Registro de la Propiedad.

Sobre dicho solar, en su día, la mercantil T. previó la ejecución de un Complejo Inmobiliario a desarrollar mediante dos fases edificatorias separadas temporalmente la una de la otra. En todo caso, conviene despejar la duda de que se trata de un único complejo inmobiliario (1), tal y como se señala

(1) Una definición de Complejo Inmobiliario la encontramos en las Ponencias del V Congreso Internacional de Derecho Registral: *una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de los elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones*

en la Inscripción 2.^a que consta en el Registro de la Propiedad, cuyo tenor literal citamos, sin que quepa pensar en la posibilidad de dos propiedades totalmente independientes entre sí:

...El conjunto residencial, considerado en su totalidad, tiene en la actualidad los mismos linderos que el solar sobre el que se constituye y que son los siguientes...

En cuanto a la naturaleza jurídica de la figura y su correlativo régimen normativo, hay que señalar que, como ha quedado dicho, el Complejo Inmobiliario se compone de dos fases edificatorias que coexistirán en el mismo dentro del régimen de Comunidad regulado por la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril), puesto que encajan analógicamente con la descripción del artículo 396 del Código Civil, dada por esta última Ley en su Disposición Adicional única: *...para aplicar el régimen del artículo 396 del Código Civil a estos complejos inmobiliarios es preciso que estén integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí, cuyo destino principal sea la vivienda o locales, y que los titulares participen con carácter inherente a su derecho en una copropiedad indivisible sobre los demás elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios...* (2)

En suma hablamos para el total del Complejo de una única Comunidad en régimen de Propiedad Horizontal [régimen además buscado de propósito] (3), como pone de manifiesto la atribución de cuotas sobre el total de la finca y la mención del título constitutivo en la escritura de Obra Nueva de la Fase I], pues, como señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 12 de noviembre de 1992, en su Fundamento de Derecho primero, para un caso con un presupuesto de hecho similar al que nos ocupa: «Cuando sobre una porción de terreno individualizada como finca indepen-

y deberes entre los mismos, con vocación de permanecer a una multiplicidad de titulares para la construcción y mantenimiento de los intereses generales y particulares de los partícipes. Véase Ponencias y Comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1983, pág. VIII. Sobre la terminología del concepto, véase el artículo de FERNÁNDEZ COSTALES, J., Las urbanizaciones y la propiedad horizontal, Actualidad Civil, núm. 8, 1995, págs. 5 y sigs.

(2) DOMÍNGUEZ LUELMO, A., En la obra colectiva *La reforma de la Propiedad Horizontal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 42.

(3) Expresión de la STS de 28 de mayo de 1986 que, para un caso con un similar presupuesto de hecho al que nos ocupa, señaló que *...la servidumbre no es el único derecho limitativo del dominio en las relaciones de vecindad, sino que las limitaciones nacen, por vía contractual, con apoyo legal, en otras situaciones como la que se contempla, en las que existe una especial comunidad, como la que deriva de las urbanizaciones, cuya analogía con la propiedad horizontal es patente por la peculiar situación de distintos elementos, unos propios y otros comunes, y porque, en este caso, la aplicación de las normas de la propiedad horizontal ha sido buscada de propósito.*

diente se construye un edificio, éste pasará a formar parte integrante de dicha finca (vid. arts. 350, 353 y 358 del Código Civil), que seguirá conservando su unidad e individualidad jurídica —si bien modificada en su composición— y, consiguientemente, cuando ese edificio (en vigor, el todo formado por el suelo y la construcción) se constituye en régimen de propiedad horizontal todo el terreno —y no sólo la parte ocupada básicamente por el edificio— se convierte en elemento común sobre el que recaerá el derecho de copropiedad inherente a la propiedad separada sobre cada uno de los diferentes pisos o locales (vid. art. 396.1 del Código Civil), de modo que en lo sucesivo no podrá segregarse ninguna porción del mismo no edificada sin el acuerdo unánime de todos los propietarios de los pisos o locales en que se ha dividido el edificio construido, adoptado en la forma pertinente (vid. arts. 397 del Código Civil, 11 y 16.1 LPH)».

En el mismo sentido se expresa el artículo 44 del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991:

1. También quedará sujeto al régimen de Propiedad Horizontal el conjunto constituido por varias edificaciones, contiguas o no, cuando la parcela sobre la que se asientan haya de ser común.
2. A la escritura en que se formalice el régimen se incorporará un plano en el que figure la situación en planta de edificios, la de los elementos y espacios comunes y, de existir, la de los usos adscritos a alguna edificación. Se incorporará original o testimonio cuando lo exija la legislación urbanística de la autorización administrativa que permita, sin segregación, las edificaciones autónomas.
3. En la inscripción se expresarán, en su caso, los datos esenciales de la autorización administrativa. Para la inscripción se acompañará copia del plano que quedará archivada en el Registro de la Propiedad.

Precepto que venía a completar al artículo 3.1 de ese mismo texto, el cual señala que:

1. El régimen comunitario existe desde que resulte por cualquier título que diversas propiedades separadas, de las que integran el conjunto, pertenecen a distintas personas.

En todo caso, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (4) y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el

(4) Sentencias, entre otras, de 2 de abril de 1971; 13 de noviembre de 1985; 26 de junio de 1995, señalando esta última: «Es doctrina de esta Sala, contenida en la sentencia de 23 de septiembre de 1991, que cita las de 18 de abril de 1988 y 13 de marzo de 1989, que se admite en el caso de las urbanizaciones, la posibilidad de coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para su administración: la propia y exclusiva de cada edificio con pluralidad de viviendas y la de la urbanización, cada una con sus propios cometidos comunitarios.

Notariado, y dado el cierto vacío normativo que no ha venido a colmarse debido a la no aprobación de dicho Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, es claro que, en principio, el régimen normativo aplicable a esta figura inmobiliaria es, como hemos señalado, el contenido en la Ley de Propiedad Horizontal: *La regulación de la LPH constituye en la actualidad el «cuerpo normativo básico» de las nuevas formas de propiedad inmobiliaria plural* (SAP, Sevilla 18-2-1992) (5). En el mismo sentido, y al hilo de citada al pie STS de 23 de septiembre de 1991, señala CABALLERO GEA que *...la urbanización se regirá primero por sus estatutos, si no existen o para completarlos por la LPH, aplicada de modo analógico y también puede regirse, si así se establece expresamente, creando una Asociación, conforme a la Ley de 1964...* (6)

Sin embargo, la cuestión —más allá de la doctrina (7) y jurisprudencia anotada (8)— ha sido definitivamente resuelta, sobre la base de esos pronunciamientos, por la reciente reforma de la vetusta Ley de Propiedad Horizontal de 1960, operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril; la cual, en sus artículos 2.c) y 24, dedicados a los Complejos Inmobiliarios, sienta como regulación normativa de éstos en el ámbito jurídico privado (9), en primer lugar, los pactos

(5) CARRASCO PERERA, A. y otros, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Ed. Dilex, Madrid, 1997, pág. 425.

(6) CABALLERO GEA, J. A., *Propiedad Horizontal, Comunidades de Propietarios, Complejos Inmobiliarios Privados*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, pág. 66. Señala ese mismo autor (pág. 548) que *siendo la Ley de Propiedad Horizontal una norma de derecho necesario (último párrafo del art. 396 del Código Civil), debe regir con independencia de la efectiva existencia y eficacia del título constitutivo. Pero si ello es así cuando su objeto es un edificio dividido en pisos o locales por tratarse del supuesto de hecho expresamente contemplado en el artículo 396 del Código Civil, no ocurre lo mismo cuando estamos ante una «propiedad horizontal atípica» en la que habrá que acudir, como primera fuente de las obligaciones, al título constitutivo y estatutos, expresión del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil.*

(7) Fundamentalmente la sentada por SAPENA TOMÁS que fue el primero en propugnar la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a los Complejos Inmobiliarios, en lo que denominó *Propiedad Horizontal Tumbada*. SAPENA TOMÁS, J., *Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas*. Anales de la Academia Maritrense del Notariado, Tomo XIV, Madrid, 1968.

(8) *La jurisprudencia de las Audiencias sigue también con bastante generalidad y uniformidad el criterio de que el régimen jurídico aplicable a las urbanizaciones es el de copropiedad, similar al régimen de propiedad horizontal con aplicación analógica de la Ley de Propiedad Horizontal, y a tal efecto puedo citar las sentencias de las Audiencias Territoriales de Valencia, de 13 de febrero de 1975; de Granada, de 25 de septiembre de 1985; de Madrid, de 9 de junio de 1986, y las de las Audiencias Provinciales de Sevilla, de 18 de febrero de 1992; de Las Palmas de Gran Canaria, de 8 de marzo de 1993, y de Zaragoza, de 21 de junio de 1993.* FERNÁNDEZ COSTALES, J., *op. cit.*, pág. 21.

(9) En el ámbito jurídico público, y en lo referente a urbanizaciones privadas, será el Ordenamiento Urbanístico la norma primera en jerarquía. No obstante, en este nuestro caso, y como señala AMORÓS GUARDIOLA, no nos hallamos tanto en el caso de una urbanización privada o particular, sino que, siendo el suelo clasificado como urbano, no procede hablar de urbanización de iniciativa particular en sentido estricto, sino más bien

y normas establecidos entre los titulares, siendo las disposiciones de la citada Ley de Propiedad Horizontal y las correlativas del Código Civil de carácter supletorio.

Así, la reforma efectuada por la Ley 8/1999, en cuanto se refiere a los complejos inmobiliarios, da prioridad normativa a los pactos establecidos por los propietarios (art. 24.4) siendo en tal caso supletoria la Ley de Propiedad Horizontal (10). Si bien, si se opta por la aplicación directa de esta norma, el artículo 24.2 da la posibilidad de: *a)* constituir una única comunidad, o *b)* constituirse en una *Agrupación de Comunidades*, opción a la que la doctrina dio el apelativo de *Supracomunidad*, siendo la opción que se ha seguido en este concreto caso; y que resulta, a nuestro entender, la solución más versátil y adecuada, y más seguida en la práctica (11).

No obstante, si bien esta referencia normativa viene a ser ejemplarmente clarificadora, la regulación establecida por la Ley 8/1999, no deja de ser especialmente escueta, parcial e insuficiente para el complejo fenómeno de los Conjuntos Inmobiliarios y sus particularidades y singularidades propias respecto al régimen de la Propiedad Horizontal (12).

3. ASPECTOS REGISTRALES

Tras este primer y fundamental estudio sobre la configuración jurídica del Complejo Inmobiliario, hemos de centrarnos ya en los aspectos de Derecho Registral que concurren en el mismo.

Sobre ellos podemos decir que, en suma, la práctica registral ante la que nos encontramos en este caso no es otra que la conocida como *Técnica del triple folio* y recogida en la célebre Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 2 de abril de 1980. Esta técnica admitía la constancia registral de titularidades *ob rem* entre los diferentes edificios y las cuotas en los elementos y zonas comunes del complejo inmobiliario. Según dicha Técnica, sin necesidad de proceder a segregación o división alguna, y sin hacer peligrar el principio registral de especialidad, procede:

de ejecución privada de un plan público. AMORÓS GUARDIOLA, M., «Aspectos registrales de las urbanizaciones», en *RDU*, núm. 62, 1979. Para FERNÁNDEZ COSTALES (*op. cit.*, pág. 24) la norma urbanística es la primera fuente en todo caso.

(10) En el mismo sentido ya antes de la Ley 8/1999, y dando rango primero superior al planeamiento urbanístico como fuente normativa, se pronunciaba FERNÁNDEZ COSTALES, J., *op. cit.*, pág. 24.

(11) Véanse los comentarios de DOMÍNGUEZ LUELMO al artículo 24 de la Ley 8/1999, *op. cit.*, págs. 436 y sigs.

(12) Sobre esta distinción, véase LASO MARTÍNEZ, J. L., «De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios», en *RCDI*, 1993, págs. 1831 y sigs. También SAPENA TOMÁS, J., *op. cit.*, págs. 516 y 517.

1. Abrir un folio general a toda la urbanización en su conjunto, en donde se inscriban los elementos comunes (...), y las reglas generales de toda la urbanización contenidas en el título constitutivo y en los Estatutos, y donde podrán relacionarse a través de una numeración, las distintas parcelas separadas sobre las cuales existan edificaciones, sometidas o no a su vez al régimen de propiedad horizontal.
2. Abrir folio separado a cada uno de los edificios en régimen de propiedad horizontal relacionándolos con el folio general de la urbanización.
3. Abrir folio separado a cada uno de los pisos o locales en la forma prescrita por la LPH.

No obstante lo anterior, la Comunidad del Complejo, tal y como se recoge en la Escritura de Obra Nueva del edificio de la Fase I, verá modificada su configuración actual una vez cumplida la ejecución sobre la base del 6 por 100 de la superficie de la finca, de la Fase II de la promoción. Formándose entonces definitivamente lo que la doctrina ha venido en llamar *Supracomunidad* (13), de modo tal que existiría una Comunidad de Propietarios para todo el conjunto de la urbanización y asuntos que le afecten en su totalidad, y otras tantas para cada uno de los edificios que hubiese en el complejo, limitándose el ámbito de estas últimas a los concretos asuntos de referencia exclusiva a ese ámbito espacial que es el edificio, a no ser que se opte por la solución alternativa, más compleja en la práctica, que ofrece el artículo 24.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, de integrarse en una sola Comunidad de Propietarios (*Agrupación de Comunidades*), solución esta, a mi juicio, más problemática que aquella antes señalada y también permitida por ese artículo 24.2, puesto que serían amplias y difíciles de solucionar las *trabas* de Juntas de propietarios tan extensas en número de participantes y temas y donde se abordasen asuntos que sólo incumbiesen a una fracción de los mismos, lo cual se complicaría sobre manera, de impedirse la adopción de los mismos por cotitulares no afectados. Piénsese, por ejemplo, en las cuestiones que afecten únicamente a una escalera de propietarios de un edificio del complejo, sería absurda la voz de los titulares de otros edificios distintos y mucho más problemático, incluso en vía judicial, su voto, decisorio o no, sobre el tratamiento y la solución el asunto. Las cuestiones de legitimación no tardarían en suscitarse, por lo que de adoptarse esta solución, el papel de las normas de la agrupación serán fundamentales en este aspecto y, finalmente,

(13) El legislador, en el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, ha optado por la denominación de *Agrupación de Comunidades*.

creemos optarán por una diferenciación, si no nominal si al menos práctica, entre las distintas Comunidades existentes.

La figura de la *Supracomunidad* venía contemplada ya expresamente en el *cristalino* artículo 44 del Anteproyecto de Ley de Complejos Inmobiliarios de 1991 que, bajo la rúbrica de *Propiedad Horizontal sobre varias edificaciones*, vino a recoger la consolidada doctrina jurisprudencial de la cual nos hemos hecho eco, rezando así dicho precepto:

1. También quedará sujeto al régimen de Propiedad Horizontal el conjunto constituido por varias edificaciones, contiguas o no, cuando la parcela sobre la que se asientan haya de ser común.

2. A la escritura en que se formalice el régimen se incorporará un plano en el que figure la situación en planta de edificios, la de los elementos y espacios comunes y, de existir, la de los usos adscritos a alguna edificación. Se incorporará original o testimonio cuando lo exija la legislación urbanística de la autorización administrativa que permita, sin segregación, las edificaciones autónomas.

3. En la inscripción se expresarán, en su caso, los datos esenciales de la autorización administrativa. Para la inscripción se acompañará copia del plano que quedará archivada en el Registro de la Propiedad.

En nuestro caso, esta es la solución adoptada por el promotor del complejo para la prefiguración del mismo. Así se hace constar en la *Escritura de División Horizontal (14) del edificio de la Fase I y Modificación de Préstamo con Garantía Hipotecaria por Distribución del Mismo, otorgada sobre la finca en cuestión por la mercantil T. y el Banco H. ante el Notario de B., D. J., el 9 de abril de 1991:*

La Fase I del conjunto constructivo que se declara en la presente escritura tiene una superficie total construida, incluidos elementos comunes, de ONCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO METROS CUADRADOS (...), y le corresponde un coeficiente sobre el conjunto del solar de NOVENTA Y CUATRO ENTEROS POR CIENTO (94.00 por 100).

El conjunto residencial considerado en su totalidad tiene en la actualidad los mismos linderos que el solar sobre el que se constituye.

/// En el apartado II del otorgamiento de dicha Escritura de Declaración de Obra Nueva (15), se consigna que la entidad T., podrá, sin autorización de los dueños de los departamentos de la Fase I, declarar la Obra Nueva de la Fase II, y proceder a la División Horizontal de las construcciones de ambas fases, en el momento en que lo estime oportuno,

(14) Que, en suma, viene a hacer en cierto modo las veces del Título Constitutivo del Complejo en la Prefiguración de éste, hasta que, ejecutada la Fase II del mismo, no se otorgue formal y definitivamente dicho documento (recuérdese que el art. 94.2 RH equipara a efectos de inscripción a aquél con la Escritura de Obra Nueva).

(15) Se refiere a la del edificio de la Fase I celebrada ante ese mismo notario el 28 de diciembre de 1988.

fijando además libremente las Normas de Comunidad que considere convenientes, y asignando a cada departamento el coeficiente que le corresponda.

Se trata, tal y como señaló la importante Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de fecha 21 de octubre de 1980, una de las posibles soluciones para estructurar las relaciones internas surgidas del fenómeno de las urbanizaciones privadas es la constitución por el propietario único (aquí, el promotor en su día) de las fincas que en el futuro la formarán una serie de limitaciones o servidumbres recíprocas que tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de los fines comunitarios futuros (aquí este papel lo juega el transcrito apartado II de la Escritura de Obra Nueva). Solución esta que dicha Dirección General califica de *Prehorizontalidad* (16) y que venía comprendida en cierto modo (ampliación) en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991, que en su artículo 6 preveía que:

1. *El propietario, al constituir el conjunto, podrá reservarse el derecho de ampliarlo con expresión de los criterios que han de determinar las nuevas cuotas, con sujeción a la legalidad urbanística y con respeto siempre de las condiciones que impongan las reglas del conjunto. En cuanto a los terceros adquirentes se estará a lo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 3.º*

2. *Tratándose de complejos urbanos, se precisarán los máximos de extensión superficial y de número de parcelas integrables en el conjunto. El derecho caducará a los diez años.*

3. *Tratándose de propiedad horizontal, el derecho comporta el de edificar encima o debajo de lo ya edificado o en otro sitio dentro del mismo solar, con respeto siempre de la seguridad y armonía del edificio. Se precisarán el lugar de la edificación y los máximos de volumen y número de plantas y locales integrables en el conjunto. El derecho sólo podrá referirse a los pisos, plantas o edificaciones que permitan las normas urbanísticas aplicables al constituirse la reserva, y caducará a los diez años respecto de la construcción que no esté terminada en ese plazo.*

La cuestión de la Prehorizontalidad ya fue tratada en 1973 por CÁMARA ALVAREZ, quien señaló: *La PH presupone un edificio (o grupos de edificios) que pertenece «proindiviso» a varias personas. A esta situación se llega de dos maneras distintas. O bien se trata de un edificio ya construido, que pertenece a un solo propietario o varios en comunidad ordinaria y que por diversas causas (venta, cesación de comunidad, herencia, etc.) se constituye en régimen de PH, o bien el edificio antes de existir como tal ha sido pro-*

(16) LASO MARTÍNEZ, J. L., por su parte, la denomina *Prefiguración de la urbanización o conjunto inmobiliario*, término que hacemos nuestro. Citado por RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 111.

yectado para que pertenezca por pisos o departamentos a diversas personas. Cuando esto acontece, y durante la fase de construcción del inmueble, éste se haya en una situación que con toda exactitud puede denominarse de «prehorizontalidad» (17).

Es sobre esta práctica, definición sobre la que podemos ver cómo en el caso que nos ocupa, nos hallamos ante una *Prehorizontalidad de una supra-comunidad o complejo inmobiliario*. En efecto, ejecutada la Fase I del mismo, y pendiente de ejecución por el constructor originario la Fase II (18), nos encontramos con que, no obstante, ésta tiene reservada por aquél, dentro del régimen de Prehorizontalidad, un 6 por 100 de la superficie del solar (unos 321,774 m²s) —superficie esta que no queda definida espacialmente en Escritura ni en Registro de la Propiedad— puede ser ejecutada por T. dentro del solar originario y con la edificabilidad relativa que de acuerdo con las determinaciones urbanísticas —en este caso el Plan General del municipio de B.— le corresponde 0,9 m²t/m²s (289,5966 m²t).

4. NATURALEZA JURIDICA DE LA FASE II

Dando ya por sentado que estamos ante un caso de Comunidad (*Supra-comunidad*) regido, en principio, por la Ley de Propiedad Horizontal, y estudiadas las cuestiones registrales de la misma, es interesante detenernos, siquiera sea un momento, para cuestionarnos cuál ha de ser la naturaleza jurídica de la Fase II del Complejo Inmobiliario dentro de ese régimen normativo.

Con carácter preliminar podemos señalar que el Tribunal Supremo ha venido señalando, *por razones registrales, que la parte de solar no construido ni segregado formalmente de la finca registral en régimen de p.h. ha de considerarse elemento común (cfr. sentencia de 13 de marzo de 1981, que cita en su apoyo la de 11 de octubre de 1967 y la Resolución de 28 de febrero de 1968). Y en una línea bien asentada, estima decisivo para determinar la naturaleza privativa o común de ciertas partes del inmueble, la voluntad del (de los) constituyente(s) o promotor manifestada en el título constitutivo de*

(17) CÁMARA ALVAREZ, M., «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal», en la obra colectiva *Curso de conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1973, pág. 69.

(18) ...*Las fuentes primordiales, perfectamente tipificadas, a través de las cuales surge en nuestro tráfico jurídico la situación de prehorizontalidad, se reducen esencialmente a tres: La primera de ellas tiene lugar cuando la persona, natural o jurídica, que acomete la construcción del edificio, se propone venderlo por departamentos.* CÁMARA ALVAREZ, M., *op. cit.*, pág. 70.

la propiedad horizontal o de la urbanización, bien por hacer este expresa reserva para sí de la propiedad de la parte no construida (sentencia de 22 de junio de 1990) o por estar reservada en aquel título a ciertos comuneros en particular (sentencias de 6 de febrero y 8 de mayo de 1989), o bien si está considerada en el mismo título como elemento común del conjunto inmobiliario (sentencias de 18 de abril de 1988, relativa a edificio en p.h. y de 26 de enero de 1989, relativa a urbanización) (19).

En concreto, y sobre lo visto, para nuestro caso podemos distinguir *a priori* tres posturas fundamentales, cuya determinación no carece de trascendencia, pues, ya indicada la normativa a aplicar con carácter genérico, el optar por una u otra alternativa, por una u otra naturaleza jurídica, nos llevará a aplicar para la Fase II unas reglas u otras.

- a) La primera postura sería considerar que la Fase II es un elemento común de la comunidad de carácter transitorio, situación que habría de concluir tras su ejecución en que, desafectado de tal uso, se convertiría un elemento privativo. Su no configuración como tal en la Declaración de Obra Nueva de la Fase I, así como su destino privativo que ha llevado al vallado de la porción de suelo donde en principio ha pretendido ubicarse, hace que, por título y destino, esta opción deba ser descartada, además de que la misma exigiría un acto positivo, siquiera tácito, de constitución, ya que su fisonomía se aproximaría bastante al de las servidumbres temporales.
- b) La segunda opción sería alejarnos del régimen de Propiedad Horizontal, puesto que al no estar la Fase II incluida en las previsiones normativas de la Declaración de Obra Nueva, a la espera de su ejecución (momento en que tendrá lugar esa inclusión con la consiguiente modificación del régimen establecido). A ello hay que añadir que en dicha Declaración sólo se ofrece la cuota de un 6 por 100 de la Fase II, referida únicamente al suelo de la finca registral, podría pensarse que estamos ante un caso de comunidad de bienes del Código Civil sobre el *elemento suelo*, ajena a aquélla de régimen de Propiedad Horizontal que sería exclusiva de la Fase I, hasta en tanto en cuanto, como hemos visto, no se le adhiera la Fase II. Esta compleja posición (que nos llevaría a encontrarnos con dos comunidades de distinto régimen, se aproxima a la realidad final que en su día habría de regir el Complejo, con dos comunidades para cada Fase y una tercera cuyo ámbito abarcaría el total del complejo) ha de encontrar como principales objeciones, el que las cuotas definidas no guarden el carácter de ideales sino que las mismas son concretadas fisi-

(19) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pág. 34.

camente mediante la determinación de elementos privativos que obstan al total uso y goce en común de la cosa, lo cual nos lleva a que la existencia de estos elementos privativos en correlación con aquellos delimitados como comunes, nos lleva de nuevo a la conclusión de que con claridad el conjunto, en principio, ha de regirse por el régimen de Comunidad de Propiedad Horizontal.

La cuestión de la pendencia del Título Constitutivo de la *Supra-comunidad*, y, en su caso de los Estatutos de ésta, no resta aplomo a la conclusión obtenida sobre la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a la situación estudiada, ya que, como bien señala FERNÁNDEZ COSTALES, en línea con lo establecido en el artículo 24.4 de la Ley 8/1999, *...en el supuesto de que no existiera título constitutivo o no existieran Estatutos o Reglamentos o éstos fueran nulos, estimo que en lugar de aplicar una solución única para todos los casos, lo cual puede no ser aconsejable en determinadas hipótesis, considero que existe base jurídica suficiente para aplicar a las urbanizaciones tanto la Ley de Propiedad Horizontal por analogía o, en su caso, por virtud de interpretación extensiva del artículo 3 de la misma, pues su ámbito no es taxativo...* (20)

- c) Una vez conducidos a igual solución de régimen normativo, no nos queda sino determinar el carácter de la Fase II, a día de hoy, esto es, del suelo reservado a esa fase, para conocer su más concreto régimen jurídico. Y desechada ya la posibilidad de configurarlo como un elemento común, hemos de concluir que se trata de un elemento privativo de dicha Comunidad. A esta conclusión residual, no obstante, es preciso buscarle un argumento adicional de carácter positivo; pues le es fácil objetar prontamente la carencia de atribución de cuota dentro de la misma. Frente a esto hay que señalar, recordando el título de este estudio, que nos hallamos ante un caso de *Prefiguración* de una Comunidad en régimen de Propiedad Horizontal, la cual ha de quedar completada al ejecutarse la Fase II e incluir definitivamente a ésta dentro de aquélla, una vez definida su superficie, uso y aprovechamiento, siendo este el único momento en el cual podrá determinarse esa cuota de participación, pues de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal

...Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma que racionalmente va a efectuarse de los servicios o elementos comunes.

(20) FERNÁNDEZ COSTALES, J., *op. cit.*, pág. 25.

Precepto este que obsta toda duda de la necesidad de determinar ciertos aspectos básicos (superficie, emplazamiento, uso y relación con los servicios comunes) de los elementos privativos para determinar su cuota de participación en la comunidad. Siendo así, y debiendo concretarse todos y cada uno de estos aspectos para la Fase II, lo cual no puede realizarse sino con su completa ejecución, hemos de sentar que estamos ante un caso de *Prefiguración* de una Comunidad Horizontal en la cual, no obstante, ha de considerarse como elemento integrante *ab initio* a la Fase II, si bien éste con una particular naturaleza dentro de este *régimen general transitorio*, pues para la constitución o nacimiento de la propiedad especial que suponen las urbanizaciones no es preciso la terminación de las obras conforme al antiguo artículo 8.4 LPH. En suma, hemos de concluir que la naturaleza jurídica de la Fase II, en relación a la Comunidad del Conjunto Inmobiliario, no puede ser otra que la de un ELEMENTO PRIVATIVO PENDIENTE DE ATRIBUCION DE CUOTA. En este sentido, la pendencia de esa atribución supone un elemento en común con las denominadas Propiedades Horizontales de Hecho reguladas en el artículo 2.b), donde también, como aquí, se produce una pendencia sobre el otorgamiento del Título Constitutivo.

5. EL REGIMEN DEL COMPLEJO PREFIGURADO

Ahora bien, la configuración de la Fase II como elemento privativo, a la espera de la atribución de cuota, nos plantea el problema de cómo se articula su condición de cotitular de la misma y la actuación como tal, sin la atribución de cuota, elemento que, en suma, es el definidor de las obligaciones y derechos de su titular (arts. 9 y 17 LPH). Llegados a este punto, en que la carencia de base normativa y de soluciones jurisprudenciales crea una laguna que puede llevar a la comisión de abusos relevantes y, como veremos más adelante, de gran trascendencia futura para la propia configuración de la comunidad, hemos de fijarnos en la realidad del momento y su relevancia jurídica, en el sentido de examinar la morfología y composición de la comunidad dentro del régimen de transitoriedad que nos ocupa, a fin de aproximar lo más posible a los dictados de la Ley que, en definitiva y con sus peculiaridades lo rige.

Así, es nuestro parecer que, en la actualidad, nos encontramos ante dos Comunidades que, en su día, con la ejecución de la Fase II, podrán, de acuerdo con los postulados del artículo 24.2 LPH, ser hasta tres. Esas dos comunidades son, una primera, la del inmueble de la Fase I, que no plantea en principio cuestiones fundamentales; y otra, segunda, la global del Complejo Inmobiliario, que cabe calificar ya, según el término que hemos adoptado de la doctrina, como de *Supracomunidad*.

Siendo así, y no estando legitimados el propietario o propietarios de la Fase II para tratar asuntos propios y reducidos exclusivamente al ámbito de la Fase I —a su Comunidad— ni viceversa, las relaciones entre la Fase I y Fase II, como cotitulares de la *Supracomunidad* han de ceñirse al concreto ámbito de ésta, es decir, a aquellos aspectos que inciden en la totalidad de la misma (fundamentalmente los relativos a elementos comunes y configuración).

Para ello la necesaria determinación de las cuotas ha de venir determinada por las fijadas en la Escritura Pública, tantas veces citada, y que se refería al sustrato común a ambas fases, el suelo, dando a la primera un 94 por 100, y a la segunda un 6 por 100 de la superficie de la finca, siendo este el criterio que siguen los artículos 19.2 y 20.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos para edificios que no se encuentren bajo el régimen de Propiedad Horizontal.

Todo ello ha de referirse básicamente a los aspectos de administración de la *Supracomunidad*, pues en lo que se refiere a los de uso de la cosa común, dentro de la misma la peculiaridad de no haberse ejecutado la Fase II hace determinar que el propietario de la misma, como cotitular, puede usar de la misma conforme a su destino, pero en cambio los propietarios de la Fase I no ven delimitados ni existidos los elementos comunes de la Fase II (a unir con aquéllos algún día). Mas la cuestión carece de gran trascendencia práctica, al ser el propietario de la Fase II el promotor del complejo y no por tanto, en principio, un residente que es a quien más interesaría el uso y disfrute para sí de esos elementos; a lo cual hay que añadir que la ya ejecución de los elementos comunes dentro de la Fase I, así como la en principio *escasa magnitud* de la Fase II hacen que en ésta, siempre bajo los dictados de la normativa urbanística correspondiente, y en especial de las determinaciones sobre aprovechamientos, edificabilidad y parcela mínima, la ejecución de espacios comunes ceda ante los privativos sin que, finalmente, varíen aquéllos, por lo cual la incidencia en los propietarios de la Fase I, en este sentido de uso y disfrute, no tendrá para ellos trascendencia de aumento cuantitativo ni cualitativo, si en su caso de descenso al entrar nuevos cotitulares provenientes de la Fase II (21), siendo en este punto fundamentales, a falta de otras determinaciones en las documentos públicos existentes, los

(21) *...Raro es el caso en que el constructor espera a que el edificio esté terminado para iniciar las ventas. Lo normal es que trate de buscar durante la construcción e incluso antes de que el edificio comience a fabricarse, los compradores, quienes al pagar en el momento de la celebración del contrato y después, es decir, en el curso de la edificación, una cantidad a cuenta del precio, financian con sus propios recursos una parte, al menos, del importe de la construcción.* CÁMARA ALVAREZ, M., op. cit., pág. 70.

dictados que pueda establecer la normativa urbanística sobre estándares de urbanización y el Código Civil sobre las relaciones de vecindad (22).

6. MODIFICACION DE LA PREFIGURACION DEL COMPLEJO. EL ESTUDIO DE DETALLE

A modo de recapitulación de todo lo anterior, tomaremos las palabras de CARRASCO PERERA, quien, en la misma línea del transcrito artículo 6.3 del Anteproyecto de Ley de Complejos Inmobiliarios, realiza un genérico, pero perfecto recorrido y descripción de una situación *prototípica* que sirve de modelo para esta nuestra ante la que nos encontramos:

Según el TS, todo elemento en régimen de propiedad horizontal que no quede configurado expresamente como privativo en el título constitutivo, será común. Por tanto, habrá que evitar que, a la hora de comenzar la construcción de ulteriores fases de edificaciones dentro de la urbanización, la falta de previsión de esta circunstancia obligue a recabar el consentimiento de los actuales propietarios de fases ya construidas a fin de proceder a una segregación de terreno para el nuevo edificio (a ello obligó la RDGRN 12-11-91, RA 8631). La forma de proceder será la inscripción de la parcela donde haya de recaer la nueva fase como finca perteneciente a la urbanización, conectada ab initio con la parcela de elementos comunes y estableciéndose en el título constitutivo del conjunto la reserva, por parte del promotor, del derecho de ampliación del conjunto con nuevas unidades, respecto de las cuales tendrá éste pleno poder de configuración jurídica a través del otorgamiento del título constitutivo de los edificios resultantes. Como en el caso de las cláusulas de reserva de sobreelevación y subedificación en régimen de PE, esta cláusula habrá de prever las edificaciones futuras con la suficiente determinación, sin posibilidad de remitirse a eventuales modificaciones urbanísticas (23).

Sobre este último pronunciamiento, oponer otra postura distinta sería contraria al Principio de Seguridad Jurídica. Lo que no puede pretender la

(22) Véase GONZÁLEZ-ALEGRE, BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, Ed. Nauta, Barcelona, 1967.

(23) CARRASCO PERERA, A. y otros, *op. cit.*, pág. 430. En la misma línea, señala SAPENA TOMÁS: *...la urbanización particular tiende a formar un conjunto de tal modo reglamentado, que ofrezca a todos los usuarios la seguridad de su permanencia. El adquirente de una parcela, edificio o departamento ha de tener la garantía de que el ordenamiento de zona perdurará en las mismas condiciones en que inicialmente se ha plasmado, con subsistencia tanto de los derechos y limitaciones que configuren las propiedades particulares, como de los elementos de uso común en condiciones aptas para el mismo.* SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, Tomo XIV, pág. 488.

citada mercantil T. es ni: A) añadir o agregar solares colindantes al que aquí nos ocupa y ello aunque ostente la plena propiedad sobre los mismos; ni tampoco B) segregar aquellos 321,774 m²s citados correspondientes a la Fase II.

Y ello porque estas operaciones inciden de modo y manera fundamental sobre el derecho de propiedad de cada uno de los titulares de la Fase I, pues, recordémoslo, éstos y el propietario de la Fase II (hoy todavía la promotora) se hallan en régimen de comunidad que se rige por las normas de la Ley de Propiedad Horizontal y por el Código Civil, señalando el artículo 397 del Código Civil que ningún propietario puede efectuar alteraciones (24) en la cosa común, aunque sea beneficiosa, si no es con el CONSENTIMIENTO UNÁNIME de los otros comuneros; no bastando siquiera que lo apruebe la mayoría.

Exige, por su parte, la Ley de Propiedad Horizontal, en su artículo 17, la UNANIMIDAD para la modificación de elementos comunes y para la modificación del Título Constitutivo, acción para la cual la cláusula de la Escritura de Obra Nueva, antes citada, no autoriza para actuar más allá de los límites estrictos del solar, los cuales se configuran como límites del complejo:

...El conjunto residencial, considerado en su totalidad, tiene en la actualidad los mismos linderos que el solar sobre el que se constituye y que son los siguientes...

limitación esta que, además, aparece en la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad y que, por tanto, goza de la protección del mismo (art. 1 LH) (25), y que su variación en cualquier sentido haría precisa la UNANIMIDAD de los comuneros que exige el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal.

En idéntico sentido el artículo 4.1, último párrafo del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, señalaba que:

Las cuotas de participación no podrán modificarse sino con los requisitos establecidos en esta Ley o con el consentimiento de todos los propietarios.

(24) Las alteraciones que menciona la norma han sido interpretadas por la jurisprudencia como referidas a modificaciones físicas de la cosa y a actos jurídicos de disposición hechos por uno o varios comuneros sobre la totalidad de la cosa; asimismo la construcción en terreno común o la modificación arquitectónica del bien, e incluso la venta de la cosa común.

(25) Señala el artículo 3.3 del Anteproyecto de Ley de Complejos Inmobiliarios, en congruencia con el artículo 32 LH, que *las cláusulas o pactos modificativos del régimen legal no inscritos en el Registro de la Propiedad no serán oponibles a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe de las propiedades separadas; precepto al que habrá que aplicar la doctrina registral del artículo 32 LH.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pág. 105.

Y el artículo 41 de ese mismo Anteproyecto, ya referido exclusivamente a los Complejos Urbanos, y bajo el título de Ampliación, no deja lugar a dudas sobre cuál debiera ser el adecuado *iter legal* para proceder a la ampliación del Complejo Inmobiliario, regulando expresamente dicho fenómeno de modo más benévolo en cuanto al quórum a observar que las dos normas anteriormente citadas (CC y LPH):

La Junta General, con voto favorable, cuando menos de la mayoría de todos los propietarios, siempre que ésta, a su vez, represente más de la mitad del montante de todas las cuotas, puede acordar la incorporación de una o varias fincas a petición de sus propietarios, al régimen del complejo. En el acuerdo se señalará el precio y, además, y conforme a la base a que se refiere el artículo 4.º, la cuota correspondiente a las parcelas incorporadas con la consiguiente reducción proporcional de las cuotas restantes.

Lo que no puede pretender la promotora del complejo es, bajo la ausencia de Título Constitutivo del mismo (que, recordémoslo, se dejó pendiente a falta de la ejecución de la Fase II) (26), ampararse en una cláusula de reserva que tiene unos límites amparados en la publicidad del Registro de la Propiedad, cuales son los linderos de la finca registral. La STAP Vizcaya de 23 de noviembre de 1994, tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el alcance de una cláusula estatutaria, en relación con las determinaciones de los artículos 12 y 17 LPH, que permitía la agrupación de elementos privativos con la consiguiente modificación de cuota, así como la instalación de chimeneas y tubos de ventilación, de modo unilateral —sin necesidad del consentimiento unánime del resto de copropietarios— para los titulares de unos locales de la comunidad; y señaló esa sentencia que *...en las condiciones especificadas estatutariamente no exime al copropietario de un elemento privativo que pretenda realizar alguna alteración en los elementos comunes del edificio, de la obligación de solicitar y obtener previamente el consentimiento unánime de los restantes condueños (...) ya que el precepto estatutario invocado no contiene ninguna autorización general a los comuneros para realizar cualquier tipo de obra en los elementos comunes, sino que se limita a facultarles a agrupar o dividir los elementos privativos de los que son titulares, asignan-*

(26) Podríamos calificar la situación de *Propiedad Horizontal de Hecho*, artículo 2.b) LPH (término que ha acuñado la Jurisprudencia para *aquellos supuestos de edificios divididos por pisos y vendidos como tales a distintos propietarios, con sus elementos comunes, y hasta con sus estatutos, pero en los que no existe título constitutivo, es decir, que la propiedad horizontal no ha surgido como tal jurídicamente*. CABALLERO GEA, *op. cit.*, pág. 62), sin embargo, consideramos que en propiedad no estamos ante tal supuesto por encontrarnos ante un régimen transitorio hacia un régimen de Propiedad Horizontal, digamos definitivo, y cuya pendencia no se basa en cuestiones de hecho sino en una *querida pseudoregulación legal* como es la *Prefiguración* de la Propiedad Horizontal.

do la correspondiente cuota de participación sin el previo consentimiento de los demás copropietarios... (27) Como vemos, esta sentencia da pie a considerar conformes a Derecho, al igual que la RDGRN de 12-11-91, antes citada, aquellas cláusulas que dispensan de las normas de los artículos 12 y 17 LPH sobre necesidad de consentimiento unánime de los copropietarios de la comunidad para realizar alteraciones en su configuración, sobre la base de que las normas estatutarias, en especial en los Complejos Inmobiliarios, la norma primera es la establecida en el Título Constitutivo y, en su caso, en los Estatutos (art. 24.4 LPH); pero, también deja claro la Audiencia Provincial de Vizcaya en esa su sentencia, que estas cláusulas no pueden aplicarse extensivamente, sino en sus más estrictos términos, para lo cual es fundamental su perfecta determinación, y ello por ser dispensa a norma legal con el consiguiente riesgo de abusos que pudieran producirse.

En definitiva, de igual modo que para el supuesto del pronunciamiento visto, toda operación que exceda del exacto contenido de esa cláusula de reserva (la cual habrá de interpretarse en el sentido más estricto en aras del Principio de Seguridad Jurídica) quedará falta de legitimación al precisar el consentimiento unánime de todos los propietarios del complejo que, como adquirentes de buena fe, y protegidos por el contenido del Registro, no pueden ver alterada su situación más allá de lo expresado en éste. Otra interpretación que nos llevase más lejos en el sentido de ampliar la disposición de la citada cláusula no sólo contradiría los más elementales Principios Registrales sino que, además, nos llevaría a tener que considerar como abusiva dicha cláusula de acuerdo con los dictados de la Ley 7/1998, de 6 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y por tanto nula de pleno derecho, pues no se puede pretender crear una vinculación ilimitada a la propiedad de modo que ésta pueda quedar alterada en cualquier modo y tiempo por la voluntad unilateral de uno de los comuneros con el consiguiente perjuicio de los restantes. Ello iría en contra de los más básicos Principios de Equidad, Buena Fe y Seguridad Jurídica.

A este argumento, que otorga a la Ley de Propiedad Horizontal el carácter de normativa de directa y primera aplicación al caso, al ser nuestra opinión la de que, a pesar de que el artículo 24.4 de esa norma, tras la reforma operada por la Ley 8/1999 y sobre la base del Principio de Libertad de Pactos del artículo 1.255 del Código Civil, permite que los Conjuntos Inmobiliarios se rijan por las reglas establecidas en su Título Constitutivo (28), fundamen-

(27) CABALLERO GEA, J. A., *op. cit.*, pág. 366.

(28) *...en presencia de regulación especial nacida de la voluntad de los particulares, parece que no existe duda de que el régimen jurídico aplicable, en el aspecto jurídico-privado, es el libremente pactado en el título constitutivo, y en esta línea se pronuncia las SSTC de 3-11-1989 y del TS 28-5-1988 y 13-3-1989. CABALLERO GEA, J. A., op. cit., pág. 555.*

tar esa opción sobre una cláusula de reserva anterior a la menudada reforma y usando la misma para ampliar unilateralmente el complejo más allá de sus estrictos límites que se hayan inscritos en el Registro de la Propiedad, supondría tanto una burla a la protección del mismo como un efectivo y real perjuicio para los comuneros de la Fase I que verían modificada la proporción entre elementos privativos y comunes del complejo, variando totalmente las condiciones de adquisición de su departamento. Esto en suma, además de ser contrario a los Principios Registrales, no cabría considerarlo sino como un abuso de derecho catalogable dentro las denominadas *Cláusulas abusivas* de la ya citada Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y sancionadas por esta norma con la nulidad (art. 8.2 LCGC). En concreto, ese artículo 8.2 se remite el artículo 10.bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, introducido por aquélla para definir los supuestos de Condiciones Generales de la Contratación (29), incluyéndose entre las mismas las contenidas en los Títulos Constitutivos y/o Estatutos de las Comunidades de Propietarios (30).

Puede considerarse abusiva la cláusula de reserva que nos ocupa, de ser entendida en el sentido de potestad del promotor (su redactor) para ampliar indefinida y unilateralmente el complejo, desde los postulados de la Disposición Adicional primera V.20 de la LGDCU (introducida por la Ley 7/1998), donde se establece que se considerarán abusivas (31) las estipulaciones que impongan al consumidor la adhesión *a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar un conocimiento real antes de la celebración del contrato* (32). Y, en todo caso, conforme al artículo 6.2 de la Ley 7/1998,

(29) Señala el artículo 1.1 LCGC que *son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*

(30) *...el mayor auge de la contratación mediante condiciones generales se produce precisamente en aquellos sectores del tráfico mercantil en que apenas existe regulación legal positiva, con la consecuencia de que muchas veces se carecían de las normas legales imprescindibles para la integración y conservación del contrato en favor del consumido...* CANDELARIO MACÍAS, I., en la obra colectiva *Las Condiciones Generales de la Contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 123.

(31) *Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares* (Exposición de Motivos de la Ley 7/1998).

(32) DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.*, pág. 446.

que viene a recoger lo señalado en el artículo 1.288 del Código Civil, en el supuesto de que existiesen *dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras*, éstas se resolverán a favor del adherente (Principio *contra proferentem*), lo cual aquí bien podría suscitarse.

A ello es preciso añadir, que si bien el artículo 24.4 LPH confiere prioridad normativa a las reglas contenidas en el Título Constitutivo o en los Estatutos, es fácil observar, como ya hemos apuntado anteriormente, las similitudes entre la *Prefiguración de la Propiedad Horizontal* y la *Propiedad Horizontal de Hecho* del artículo 1.b) LPH, cuando la primera, en similitud con la segunda, tiene en pendencia su Título Constitutivo. Por ello, y mediante la analogía del Código Civil, consideramos aplicables en este caso las reglas del expresado artículo 1.b) LPH en cuanto a la normativa aplicable. Lo cual nos lleva, nuevamente, a la misma conclusión de dar prioridad a la citada Ley como fuente normativa, y por ende, exigir el consentimiento unánime de todos los copropietarios para la modificación de la configuración del Complejo Inmobiliario, pues, como señala tal artículo 1.b), las comunidades que carezcan de Título Constitutivo (*Propiedad Horizontal de Hecho*) se regirán, *en todo caso, por las disposiciones de esta Ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros*. En este punto, *lo difícil es*, señala DOMÍNGUEZ LUELMO, *los preceptos de la Ley que son directamente aplicables y los que no pueden serlo* (33). De este modo, y siguiendo a este autor, directamente aplicables serían los artículos 396 del Código Civil, 3 y 4 LPH, relativos al régimen jurídico de la propiedad, de las partes privativas y elementos comunes; y los artículos 6, 7, 9.1, letras a), b), c), d) y g), y parcialmente, los artículos 8, 10, 11 y 12 LPH, relativos a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros.

Como vemos, entre tales disposiciones se encuentra la regla relativa a la alteración de la configuración del bien objeto de la Comunidad (art. 12 LPH), el cual se remite a las reglas de modificación del Título Constitutivo (art. 17 LPH), las cuales exigen la unanimidad para tales operaciones. Así pues, la aplicación analógica del artículo 1.b) LPH, relativo a la *Propiedad Horizontal de Hecho*, nos llevaría a la lógica conclusión de que cualquier modificación sobre la configuración del Complejo Inmobiliario sería contraria a la Ley y, por tanto, nula de pleno derecho, más cuando, aun cuando no se realizase esa analogía, la cláusula de reserva de la Escritura de Obra Nueva viene limitada por los lindes de la finca, como hemos tenido ocasión de señalar.

Tras los puntos vistos, hemos de centrarnos ya en la cuestión relativa a la figura del Estudio de Detalle, y sobre la misma señalar que la posible reali-

(33) DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.*, pág. 41.

zación de esta serie de actuaciones, *encubiertas* bajo un instrumento urbanístico que ha de venir previsto por el Plan General, como es el Estudio de Detalle (34) (que, de acuerdo con la citada normativa urbanística autonómica y ya antes, con los arts. 14.3 de la Ley del Suelo de 1976 y 91.3 de la Ley del Suelo de 1992, no puede variar las determinaciones del planeamiento de los terrenos comprendidos en su ámbito ni ocasionar perjuicio ni alterar las condiciones de la ordenación de los predios colindantes, no puede incurrir en desviacionismos innovativos) en suma, supone el intento de amparar un ilícito civil bajo la hipotética aprobación del mismo por la Autoridad Administrativa competente, el Ayuntamiento de B. Pero, como es obvio, y ha de quedar claro, la actuación administrativa no puede afectar a las relaciones civiles interprivadas (*sin perjuicio de tercero*), siendo su único y exclusivo objeto el control de la legalidad urbanística y la adecuación a ésta de las actuaciones de los particulares.

En el caso de los Estudios de Detalle de ordenación de volúmenes, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana, su objeto es efectuar *remodelaciones tipológicas o morfológicas*; esto es, mediante esta figura sólo cabe realizar meras *remodelaciones de la tipología prevista, o bien, manteniendo la misma tipología efectuar variaciones morfológicas* (35).

Un primer aspecto en el ámbito jurídico-público es el de la naturaleza de los Estudios de Detalle, sobre la cual señala LASO MARTÍNEZ que éstos *tienen un carácter complementario respecto de los Planes de Ordenación, pero al mismo tiempo constituyen una nueva base aplicativa en su desarrollo y por lo tanto cercanos ya a los actos de mera ejecución de aquél...* (36) Por lo tanto, y de acuerdo con lo señalado en el citado artículo 26 de la Ley 6/1994, en su número 1, sólo podrán existir en suelo urbano cuando vengan expresamente previstos en el planeamiento general correspondiente, precepto que exige previsión expresa y positiva, yendo más allá que sus precedentes estatales que autorizaban el Estudio de Detalle cuando fuese preciso completar la ordenación del planeamiento general por no haber llegado éste al detalle pormenorizado que recoge el Estudio de Detalle: *...en todo caso, pues, queda a merced de los redactores del Plan General matizar el grado de desarrollo*

(34) Artículo 26 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, reguladora de la Actividad Urbanística; y artículos 100 y 101 del Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana, aprobado mediante el Decreto 201/1998, de 15 de diciembre, del Gobierno valenciano.

(35) ROMERO SAURA y LORENTE TALLADA, *Régimen Urbanístico de la Comunidad Valenciana*, Universidad Politécnica de Valencia - Fundación Bancaixa, 4.^a Ed., Valencia, 1996.

(36) LASO MARTÍNEZ, J. L., «LOS Estudios de Detalle, nueva figura legal de planeamiento», en *RDU*, núm. 43, 1975, pág. 50.

del Plan General respecto del suelo urbano y del Plan Parcial para el suelo urbanizable programado. Cuando este grado de desarrollo no llegue a alcanzar las previsiones correspondientes a los propios Estudios de Detalle, el desarrollo del Plan General o de los Planes Parciales podrá hacerse posteriormente mediante éstos; lo que no ocurrirá, por el contrario, cuando el Plan General en sí mismo contenga aquellas propias determinaciones o se consignent también en los Planes Parciales, puesto que en este caso ambos documentos contendrán el régimen total e integral del suelo sin necesidad de la incorporación de un nuevo documento (37).

Así pues, ha quedado meridianamente claro que el primer estudio sobre la idoneidad legal del Estudio de Detalle ha de versar más que sobre sus efectos sobre su propia sustancia, esto es, sobre su legitimidad jurídico-pública. En concreto habrán de observarse, primero, las determinaciones que el planeamiento general de la ciudad establece para el ámbito en cuestión y ver si las mismas admiten, por su grado de determinación, la existencia de un instrumento de planeamiento que las complete, lo cual no será posible si, como hemos visto, aquel planeamiento general ofrece ya el régimen total e integral del suelo; en segundo lugar, será preciso ver si, conforme al mandato del artículo 26.1 de la Ley 6/1994, el Estudio de Detalle se haya amparado por correspondiente planeamiento general, pues aquél sólo vendrá avalado por *éste para las áreas o en los supuestos previstos por los Planes Generales*; y en tercer lugar, y por último, corroborado todo lo anterior, será preciso verificar la congruencia entre el Plan General y el Estudio de Detalle ya que éste sólo puede servir de complemento a las determinaciones de aquél y no modificar éstas; mas sobre este último aspecto tendremos ocasión de volver más adelante.

Superados, en su caso, estos exámenes, podremos pasar, si bien sin abandonar definitivamente las anteriores cuestiones, al plano jurídico-privado de la cuestión.

Así, llegados a este punto, podemos afirmar que para este caso la figura del Estudio de Detalle cae en cuanto a sus efectos civiles en una falta total de legitimación (38), y ello porque afectando finalmente la misma a la totalidad del Complejo Inmobiliario, en el sentido de ampliar los lindes jurídicos

(37) LASO MARTÍNEZ, J. L., «LOS Estudios de...», *op. cit.*, pág. 57. *...de esta manera resultará, en definitiva, que los Estudios de Detalle podrán realizar la misma función que los Planes Parciales respecto del suelo urbano, para completar las determinaciones de éste...*

(38) No así en el ámbito público, pues el artículo 26 de la Ley de Régimen de la Actuación Urbanística considera legitimado a cualquier interesado para promover los ED, lo cual en el ámbito civil es fácilmente contrarrestable con la legitimación requerida por las normas citadas y que habrá que referir a los efectos del citado instrumento, con relación a los cuales si es apelable el artículo 100.4 del Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana que señala que, *en ningún caso podrán ocasionar perjuicio ni alterar las condiciones de ordenación de los predios colindantes.*

y materiales de éste, más allá de donde lo permite la reserva realizada por la promotora T a su favor en la Escritura de Obra Nueva de la Fase I, y siendo la ordenación urbanística la *Norma primera* del régimen del Complejo Inmobiliario (39) al configurar las posibilidades edificatorias y de ordenación del mismo, se hace precisa, sobre las reglas de la Ley de Propiedad Horizontal, la unanimidad de todos los comuneros para realizar cualquier tipo de actuación, preparatoria o no, encaminada a modificar la configuración de la Comunidad o Complejo.

La reserva que el promotor de la Fase II realiza a su favor en la Escritura de Obra Nueva de la Fase I, pese a las graves deficiencias de indeterminación en que la misma incurre con el consiguiente riesgo de inseguridad jurídica, y que a nuestro juicio debieran de haber sido motivo más que suficiente para proceder a profundo examen del mismo por parte de los fedatarios públicos, es conforme a Derecho de acuerdo con la doctrina de la DGRN, pero ello no significa que sea ilimitada sino que, como hemos visto, la misma ha de referirse necesariamente a la extensión de la finca como límites del complejo, según consta en el Registro de la Propiedad, sin que quepa creer que la misma faculta para una modificación o ampliación indefinida del complejo a unilateral voluntad de su promotor.

En efecto, de la idea de unidad del Complejo Inmobiliario, consustancial al mismo (40), y de las Resoluciones de la DGRN de 21 de octubre de 1980 y 5 de noviembre de 1982, se hace preciso proteger a los futuros adquirentes de viviendas o locales en el mismo a través de la correspondiente publicidad de la edificación proyectada y del Estatuto jurídico del futuro Complejo Inmobiliario, de manera que no se pueda variar la situación jurídica creada sin su consentimiento (41).

A ello hay que sumar una falta de adecuación legal del Estudio de Detalle a la finalidad pretendida. Puesto que, como señala el artículo 26 de la Ley 6/1994, los ED de volúmenes lo que pueden efectuar es remodelaciones tipológicas o morfológicas; o sea, los ED de volúmenes pueden realizar, siempre que lo prevea el Plan General (42), *remodelaciones de la tipología prevista*

(39) FERNÁNDEZ COSTALES, J., *op. cit.*, pág. 24.

(40) Y de la que se hizo eco AMORÓS GUARDIOLA: *...la idea de urbanización lleva consigo la de parcelación o distribución del terreno en pequeños espacios que, al pasar a la propiedad particular de diferentes dueños, forman fincas independientes, aunque subordinadas a una normativa que rige el complejo urbanístico en que están ubicadas.* AMORÓS GUARDIOLA, M., *op. cit.*, pág. 23.

(41) DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.*, pág. 454.

(42) *...En todo caso, respetarán el principio de jerarquía normativa pues, en la medida en que pueden contribuir a delimitar el derecho de propiedad del suelo, son Derecho objetivo ellos mismos, normas jurídicas; por lo tanto, nunca podrán alterar determinaciones del planeamiento que sólo vienen a completar...* SÁNCHEZ GOYANES, E. (Cord.), *Sistema urbanístico español*, Ed. Paraninfo, Madrid, 1994, págs. 140.

o bien, manteniendo la misma tipología, efectuar variaciones morfológicas (43). Cosa que ni en uno ni en otro sentido se da en el Estudio de Detalle aquí tratado, sino que el mismo, en clara contravención de la regla de los artículos 14.3 LS76 y 91.3 LS92, reflejada hoy en los artículos 26.3 de la Ley 6/1994 y 100 del Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana (aprobado mediante el Decreto 201/1998, de 15 de diciembre, del Gobierno Valenciano), y de las normas civiles tantas veces citadas (arts. 17 LPH y 347 del Código Civil), pretende una alteración de las determinaciones urbanísticas y civiles de los predios comprendidos en su ámbito y, en especial, de los terrenos del Complejo Torpa (en perjuicio de los propietarios de la Fase I, que verían modificada de modo escandaloso la proporción entre elementos comunes y privativos) (44), que, como hemos dicho tantas veces, se pretende ampliar sin medida, con el consiguiente perjuicio de sus actuales propietarios (45). En este sentido es oportuno traer a citación el artículo 10 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales que, para el caso de las licencias, al igual que hacían los ya citados artículos 14.3 LS76, 91.3 LS92

(43) *Los ED completan o readaptan alienaciones y rasantes, y volúmenes de edificación definidos en Planes Generales, Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento y Proyectos de Delimitación de Suelo Urbano. Los PPs y los PERIs sólo pueden remitir al ED el complemento y adaptación de volúmenes y el reajuste de alineaciones y rasantes. Se completa cuando el planeamiento superior no sea suficientemente concreto y se readapta cuando se quieren modificar las condiciones, sin que suponga cambio de alineaciones exteriores, ni aumento de volumen.* MOYA GONZÁLEZ, L. (Ed.), *La práctica del planeamiento urbanístico*, Ed. Síntesis, Madrid, 1994, pág. 251. En el mismo sentido se mueven el resto de Legislaciones Urbanísticas, ya nos refiramos a las anteriores estatales o a las autonómicas más recientes; así, v.g., en la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, el ED *tiene por finalidad exclusiva la previsión o el reajuste de alineaciones y rasantes y/o volúmenes (...)* los ajustes que el Estudio de Detalle puede introducir en la ordenación y derechos urbanísticos son casi exclusivamente morfológicos, de trazado, y en el único caso en que pueden ser sustanciales o de contenido es para la ampliación de las dotaciones públicas. PAREJO ALFONSO, L. (Dir.), *Derecho urbanístico de Castilla-La Mancha*, Ed. Marcial Pons-Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, pág. 254.

(44) Señala el artículo 100.4 del Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana, para los Estudios de Detalle, en la línea de los artículos 14.3 LS76 y 91.3 LS92: *En ningún caso podrá ocasionar perjuicio, ni alterar las condiciones de ordenación de los predios colindantes.*

(45) *...como señala la doctrina, hay que intentar evitar una proliferación indebida de estos Estudios, porque el señalamiento de alineaciones y rasantes, así como la reordenación de los volúmenes debe quedar resueltas a nivel de Plan General en suelo urbano y de Plan Parcial en otro caso, a fin de evitar el peligro de que este instrumento de planificación —por su simplicidad de contenido, así como el escaso control de la Administración urbanística estatal y autonómica— pueda convertirse en instrumento eficaz para amoldar las determinaciones del planeamiento a las conveniencias de la promoción privada...* Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de junio de 1986.

y 100.4 del Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana para los estudios de detalle, señala que aquéllas *no alterarán las situaciones jurídicas privadas entre éste* (peticionario de la licencia) *y las demás personas*.

La transferencia de edificabilidad de unas fincas a otras por medio de un instrumento complementario de planeamiento como es el Estudio de Detalle, no puede llevar a variar las relaciones jurídico-privadas de éstas, puesto que, en suma, lo que se estaría produciendo es un ataque al derecho de propiedad de nuestro artículo 33 CE, al variar las condiciones jurídicas de este derecho que viene definido, como bien señaló en su día GARCÍA DE ENTERRÍA, de acuerdo la letra del número 2 de ese precepto constitucional, por las determinaciones del planeamiento urbanístico que es el que define el *contenido normal del derecho de propiedad*.

Todo ello es razón más que suficiente para la impugnación y anulación del citado Estudio de Detalle, tanto por causas civiles como administrativas, pues el mismo busca lograr una redistribución de volúmenes con fincas registrales colindantes a fin de paliar la escasa superficie y edificabilidad a que su propio propietario y promotor ha dejado reducida la Fase II del complejo. Y como ya quedó expuesto en el I Simposio Internacional sobre Propiedad Horizontal celebrado en 1972 en Valencia, *lo mismo que la Administración no puede desconocer las relaciones de derecho privado y los particulares tienen siempre un límite de su autonomía en el Derecho Público —muchas veces de carácter necesario— también las urbanizaciones públicas han de respetar fundamentales derechos privados como el dominio, y las urbanizaciones privadas están sujetas a aquellas normas de derecho público que delimitan su existencia y condicionan su realización* (46).

Por último, la cuestión sobre si la mercantil T. se ha apropiado para la ejecución de la Fase II de suelo más allá de los citados 321,774 m²s sería cuestión a resolver sobre los ya vistos postulados de la Ley de Propiedad Horizontal, pues con toda seguridad el exceso sobre dicha superficie de suelo estaría afectando a zonas de uso común para las cuales rige la norma de unanimidad antes expresada. En suma, se trataría de una acción reivindicatoria de dominio del artículo 348 del Código Civil por parte de la Comunidad del Complejo contra uno de sus cotitulares que ha ampliado unilateralmente y de hecho su dominio privativo en perjuicio de lo que son elementos comunes.

Y sobre la localización espacial exacta de la Fase II sobre la superficie de la finca, al no estar la misma definida en ninguno de los documentos existentes, es causa de notable inseguridad jurídica que debiera haber sido controlada y revisada en su día por los Agentes Públicos implicados, a fin de evitar

(46) Citado por RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., *Las urbanizaciones privadas*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1987, pág. 66.

situaciones como éstas, para lo cual consideramos óptima *de lege ferenda* aquella previsión que ya realizara el transcrito artículo 6.3 del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, relativo a la ampliación de los mismos:

3. *Tratándose de propiedad horizontal, el derecho comporta el de edificar encima o debajo de lo ya edificado o en otro sitio dentro del mismo solar, con respeto siempre de la seguridad y armonía del edificio. Se precisarán el lugar de la edificación y los máximos de volumen y número de plantas y locales integrables en el conjunto.* El derecho sólo podrá referirse a los pisos, plantas o edificaciones que permitan las normas urbanísticas aplicables al constituirse la reserva y caducará a los diez años respecto de la construcción que no esté terminada en ese plazo.

La situación espacial, finalmente, también habría de venir determinada mediante documento gráfico, según el artículo 44 de ese mismo Anteproyecto:

1. *También quedará sujeto al régimen de Propiedad Horizontal el conjunto constituido por varias edificaciones, contiguas o no, cuando la parcela sobre la que se asientan haya de ser común.*

2. *A la escritura en que se formalice el régimen se incorporará un plano en el que figure la situación en planta de edificios, la de los elementos y espacios comunes y, de existir, la de los uso adscrito a alguna edificación. Se incorporará original o testimonio cuando lo exija la legislación urbanística la autorización administrativa que permita, sin segregación, las edificaciones autónomas.*

3. *En la inscripción se expresarán, en su caso, los datos esenciales de la autorización administrativa. Para la inscripción se acompañará copia del plano que quedará archivada en el Registro de la Propiedad.*

Siendo esta la misma situación, y a falta de plano inscrito en el Registro de la Propiedad (que sería la mejor y más deseable regulación sobre la tantas veces clamada la correlación entre Catastro y Registro), cabe acudir a aquel documento gráfico que, aun sin la fuerza y protección de dicho Registro Público, permita probar la situación espacial de la Fase II en el Conjunto Inmobiliario, y éste no es otro que el Proyecto de Ejecución de la Fase I, correspondientemente visado y tras su paso por la Administración Local para la obtención de la correspondiente licencia de obras (lo cual le otorga un cierto carácter de *oficialidad por destino*), se defina perfectamente la situación, lindes y configuración de esa primera Fase, y por ende, si bien residualmente, dichas características para la Fase II del complejo.

Es este nuestro dictamen, salvo mejor razón en Derecho, y así lo expresamos en A., a veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

JOSÉ ANTONIO CARRILLO MORENTE
Abogado