

La pretendida vinculación del uso o destino de los espacios privativos en el régimen de propiedad horizontal

SUMARIO.—I.—LA OCASIÓN Y EL ENFOQUE. II.—ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL AUTO PRESIDENCIAL Y DE LA RDGRN DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1991. III.—LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD: 1. El acto de destinación como contenido esencial. 2. El carácter legitimador y **reafirmador** de la función social. IV.—ENTRE EL PODER ABSOLUTO Y EL DERECHO INERME O **IRRECOGNOSCIBLE**. V.—LA PROPIEDAD SOBRE ESPACIOS PRIVATIVOS EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL: 1. Utilidad de la dogmática acerca de las prohibiciones de disponer. 2. El carácter de los desvanes. 3. El perjuicio de la cuota. 4. Descripción *versus* vinculación. VI.—**ELEMENTOS COMUNES Y PROPIEDAD EXCLUSIVA**, ÁMBITOS RESPECTIVOS DE PROHIBICIÓN Y PERMISIÓN DE ACTUACIONES DEL COMUNERO: 1. Imposibilidad de influir autónoma e individualmente en los elementos comunes. 2. Autonomía del propietario en la disposición material (incluido cambio de uso) de su espacio privativo. VII.—**CONCRECIÓN DE LA LIBERTAD DEL DOMINIO Y CONSIGUIENTE PODER DE DESTINACIÓN EN LA NORMATIVA (POSTCONSTITUCIONAL) PROYECTADA.**

I. LA OCASIÓN Y EL ENFOQUE

Estas notas toman como ocasión y motivo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de septiembre de 1991 (*BOE* de 14 de octubre) y su elaboración ha sido facilitada por el Notario recurrente que ha tenido la amabilidad de proporcionarme todos los antecedentes de aquella Resolución.

El resultado que la decisión del Centro Directivo viene a corroborar

no puede por menos de resultar llamativo para cualquier mortal que sea consciente de la escasez actual de viviendas, particularmente en determinados aglomerados urbanos entre los que, desde luego, se cuenta la ciudad de San Sebastián. Precisamente, en el mismo centro de ésta se localiza el edificio cuya última planta pretendía hacerse habitable.

Si uno, además, ejerce de jurista, no puede resistirse a evaluar y contrastar los "argumentos" que, según la Dirección General, obligan a mantener aquel resultado que cualquiera de sus conciudadanos calificaría de "antisocial", si no quiere caer en la tentación de suscribir acriticamente los excesos verbales con los que otros ilustres colegas han obsequiado, unas veces, a la amplitud de la actividad calificadora y, otras, al propio registrador en el desempeño de ésta (1).

Mis reflexiones, inicialmente urgidas tanto por la proximidad del caso como por el tono meramente lógico, si no perfectamente circular, de la Resolución de referencia, tratan de tomar una mínima perspectiva desde la ponderación de las facultades del propietario de un espacio privativo que, con las oportunas licencias municipales y sin que conste oposición de los vecinos, logra transformarlo en vivienda. A ello —mejor, a la publici-

(1) En efecto, frente a la equilibrada defensa que el propio Centro Directivo vino a hacer tanto de la función notarial como de la registral (órganos cualificados, que contribuyen al desarrollo del Derecho, a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal: RDGRN de 26 de octubre de 1973), la mera lectura de la Resolución que motiva estas notas, confirmatoria de la calificación del Registrador, predispone a compartirla conocida Sentencia de don JERÓNIMO GONZÁLEZ en el sentido de que la facultad de calificar, siquiera por lo que respecta a los documentos notariales, "se ha desenvuelto en tan desmedidas proporciones que abarca todo lo divino y lo humano"; y, quizás, a una toma de postura en favor del Notario "descalificado" y recurrente. Algo semejante debió animar la pluma del también Notario don JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO cuando —al decir del Registrador don JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, 2.^a ed., Madrid, 1989, pág. 657— no quiso entender la "grandeza y la servidumbre" de la función, pues dice que la labor del Notario en la adaptación de las normas a la vida jurídica, tiene ante sí el "freno" de la calificación de los Registradores, que puede ser saludable si consigue evitar subjetivismos o fantasías, pero puede ser contrario a la vida jurídica si actúa meramente como cancerbero de la letra de la ley en contra de las necesidades jurídicas vitales. En descargo, no obstante, del propio Registrador que califica habrá de recordarse, al menos en la hipótesis de nuestra referencia, la corresponsabilidad de las instituciones que hubieron de volver a valorar el conflicto y resolvieron con el mismo apego a la interpretación meramente literal. Justamente el propio CHICO Y ORTIZ, al reiterar la frase de VALLET —pág. 785— se siente en la necesidad de puntualizar: "Ahí radica la importancia de las resoluciones de la Dirección General de Registros y la gravedad de que éstas no mantengan en algún caso el debido equilibrio. Esto puede hacerlas perder el viejo prestigio de que hasta hace unos años habían gozado. Sería tan grave que resultaran un *dique* insalvable para la progresiva elaboración jurídica del Derecho, como si fueran un *coladero* de todo criterio subjetivos".

dad registral de dicha **transformación**— se opone el Registrador en la inteligencia de que la legalidad vigente no admite, en beneficio y garantía de aquellos mismos vecinos, la decisión adoptada por el propietario de dedicar a vivienda su planta de desvanes.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL AUTO PRESIDENCIAL Y DE LA RDGRN DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1991

En escritura de 22 de diciembre de 1975, por la propietaria única del edificio, se procedió a otorgar la división horizontal de la casa señalada con el número 5 de la calle Urbietta, de San Sebastián, dividiéndola en 13 fincas, independientes, e iniciando la descripción de la última con el giro "Planta de desvanes, destinada a trastero". Interesa asimismo anotar cómo en los Estatutos (art. 4.º), aparte la reserva por la propietaria del derecho de levante de cuatro plantas nuevas, se previno la siguiente autorización genérica:

El propietario o propietarios presentes o futuros de las viviendas y los locales situados en la bodega y en el desván, así como de los que se formen por modificaciones físicas hechas en los mismos y de las demás fincas en que se distribuye el inmueble, podrán, sin necesidad de consentimiento o aprobación de los propietarios de otras partes del inmueble ni de la Junta de Condueños, practicar divisiones, segregaciones y agrupaciones y fijar para los nuevos locales y viviendas resultantes de esas operaciones las correspondientes cuotas de participación en el total valor del inmueble, mediante fraccionamiento o adición de las de los antiguos locales y viviendas y sin afectar a las otras partes del edificio, así como destinar partes de las superficies de aquellas fincas a pasillos de accesos comunes.

El 24 de octubre de 1986 se transmitió dicha planta de desvanes a un matrimonio que procedió, previas las oportunas licencias municipales, a realizar ciertas obras para su adaptación a vivienda, las que se manifiestan mediante escritura de obra nueva de 27 de junio de 1989 que, en consecuencia, varía el inicio de su descripción: número 13, Vivienda única de la última planta alta o desvanes de la casa señalada con el número 5 de la calle Urbietta, de esta ciudad de San Sebastián.

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de San Sebastián, fue calificada, el 20 de julio de 1990, con la nota siguiente:

Suspendida la inscripción del presente documento por no acreditarse, conforme disponen los artículos 5 y 16 de la Ley de Propiedad Horizon-

tal, el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios para la conversión en vivienda del desván destinado a trastero, con la consiguiente modificación del título constitutivo.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo, en el que, fundamentalmente, llamaba la atención sobre la necesidad de interpretar sistemáticamente aquel título constitutivo, pues, así leído resultaba meridiano que la referencia al destino se había hecho en función meramente descriptiva y no como vinculación o imposición de uno definitivo; interpretación que, en el parecer del recurrente, venía corroborada por el principio de libertad de la propiedad, proclamado en el art. 348 CC y concretado, para caso análogo, por la STS de 20 de diciembre de 1989 (2).

Tampoco carece de interés dejar anotado el hecho de que la contestación del Registrador (3) en defensa de su nota no sólo contribuye al establecimiento de las premisas que, acogidas por la DGRN, harán su argumentación circular (la referencia al destino está en el título y su alteración le afecta), sino que, a mayor abundamiento, trae a la discordia un indicador (la menor cuota) que se erigirá en prueba de convicción para el Auto presidencial y que, no obstante haberse certificado en contra de su

(2) Alegó, según la síntesis que acabaría recogiendo la Dirección General en los antecedentes: Que en la interpretación de los negocios, el artículo 1.281 del Código Civil obliga a atenerse al sentido natural de las cláusulas si los términos son claros, y la expresión "destinada a trastero" se limita a dar un dato de hecho y por ello no puede entenderse que sea obligatorio ese destino; y lo mismo sucede interpretando el artículo 1.285 del Código Civil, ya que tal expresión se contiene en los antecedentes de la escritura, pero no en la parte dispositiva que es la que revela las reglas o acuerdos pactados, así como el artículo 1.287, máxime cuando la otorgante se reservó el derecho a construir nuevas plantas por encima de la actual, con lo que quedaría una planta de trasteros en mitad de la casa ubicada entre viviendas. Además, cita en su favor los artículos 348 del Código Civil y 3.º a), y 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, que consagra la libertad del propietario para dar a sus cosas el destino que estime conveniente, y así lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1989, que estimó lícita la conversión en supermercado de un local destinado a restaurante. Al no haber, por tanto, modificación del título constitutivo, no cabe la exigencia de los artículos 5 y 16 de la Ley de 21 de julio de 1960.

(3) Supuesto que sea fiel reproducción el antecedente que la recoge: Que si en el título constitutivo de propiedad horizontal del edificio se indicaba en el elemento número 13 que es "planta de desvanes" su transformación en vivienda, supone la modificación del mismo y la necesidad de acuerdo unánime de los interesados. Lo prueba igualmente en la cuota de esa planta de desvanes es el 3,75 por 100, mientras que la de las viviendas, con la misma extensión, alguna llega al 16,75 por 100, y que la reserva del derecho de levante no implique que las nuevas plantas lo sean de viviendas. Por último, que no hay un cambio de actividad, sino algo de mayor trascendencia con las lógicas repercusiones para el resto de la Comunidad.

pretendido significado, es lisa y llanamente "preterido" en la Resolución del Centro Directivo.

En efecto, el Presidente del Tribunal Superior de la Comunidad Vasca, en Auto de 10 de enero de 1991, al confirmar la nota, recoge puntualmente y potencia los argumentos del propio Registrador. Basta leer detenidamente los tres últimos fundamentos de derecho para colegir **que** la fuerza de convicción reside justamente en el que se instrumenta en derredor del significado de la cuota, ya que el segundo y el cuarto se llenan con afirmaciones genéricas no exentas de alguna petición de principio. He aquí su tenor literal:

PRIMERO.—Se plantea en este caso la corrección o no de la nota calificadora del Sr. Registrador de la Propiedad núm. 2 de San Sebastián, suspendiendo la inscripción pretendida de la escritura pública de obra nueva autorizada por el Sr. Notario de la misma ciudad D. Aquiles Paternotte Suárez, obra realizada en la planta de desvanes de la casa núm. 5 de la calle Urbietta de San Sebastián, por entender que no se acredita conforme a los arts. 5 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, para convertir en vivienda el desván destinado a trastero, con la consiguiente modificación del título constitutivo.

SEGUNDO.—A tal respecto, conviene precisar, para ordenar lógicamente el razonamiento, que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene sus límites, entre ellos los establecidos en las leyes, según proclama el art. 348 del Código Civil. En esta línea se sitúa la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, al disponer de sus arts. 5.º y 16.º que, cualquier modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal exige los mismos requisitos que su constitución, variación que deberá hacerse para ser válida, con el consentimiento unánime de todos los propietarios.

TERCERO.—Aparece claro al presente en el número trece del título que la planta de desvanes, la aquí construida, es destinada a trastero y prueba de que tal destino fue elemento básico al constituirse la propiedad horizontal, es que, pese a tener 160 mts. de superficie se le asigna una cuota de sólo el 3,75 por 100 sobre el total valor de la finca, mientras que a las viviendas, con igual superficie, así la del piso 1.º, se le atribuye una cuota de participación del 16,75 por 100 y a la del piso 4.º la del 14,70 por 100.

CUARTO.—Así las cosas y puesto que el sentido de lo convenido o los términos de la cláusula que se analiza son claros, pues no es una simple descripción, sino la fijación o determinación de un destino, aspecto esencial en un edificio urbano, ha de entenderse que establecer cualquier otro distinto, cual es el dedicarlo a vivienda, supone una variación sustancial, para cuya validez y eficacia entra en juego lo dispuesto en los aludidos preceptos, cuya falta genera una dificultad subsanable para que el documento tenga acceso al Registro de la Propiedad.

Dichos argumentos fueron nuevamente contestados por el Notario recurrente (4), quien se alzó de la decisión presidencial, explicando las razones a que obedecía la fijación de una cuota inferior (5).

No obstante, la Dirección General, en la indicada Resolución de 25 de septiembre de 1991, acordó confirmar el auto apelado, vistos los artículos 5 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y a partir de tres escuetos Fundamentos de Derecho que conviene tener a la vista:

PRIMERO.—Toda la cuestión gira en torno a si la transformación de una planta de desvanes en vivienda supone o no la modificación del título constitutivo, pues si lo alterase sería necesario el acuerdo de la Junta de copropietarios en la forma requerida por los artículos 5 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal.

SEGUNDO.—Examinada la escritura de 22 de diciembre de 1975 ante el Notario de San Sebastián don Miguel de Castells, en la que se constituye en régimen de propiedad horizontal la casa en ella descrita, se observa que en la descripción de los diversos elementos privativos, el correspondiente al número 13 figura como una "planta de desvanes destinada a trasteros", y aunque normalmente tales desvanes por su situación inmediata al tejado suelen tener la consideración de elementos comunes del edificio, o bien de anejo inseparable de un piso o local, nada impide y así ha sucedido en este caso, el que pueda configurarse como un elemento privativo independiente al tener todo él una salida directa a la escalera, más, en cualquier caso, la alteración de su destino supone un cambio importante en la medida que afecta a todos los copropietarios del inmueble y requerirá la aprobación de la Junta de Condueños al suponer una modificación del título constitutivo (artículo 5 de la Ley).

TERCERO.—La cláusula 4.^a de los Estatutos de la Comunidad se refieren a la facultad que tienen los propietarios de la bodega, pisos y desván para hacer las modificaciones físicas que permitan practicar divi-

(4) Que la cuota más pequeña de la planta de desvanes —al igual que sucede con la de la bodega destinada a **vivienda**— se debe no a su destino, sino a su deficiente aprovechamiento, ya que al estar los desvanes bajo los tejados tienen para igual superficie mucha menos utilidad que las plantas normales, y en este caso concreto, según un informe técnico del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro, tiene el desván una altura de 1,5 y 2,60 metros, frente a los 3,39 metros de las plantas de vivienda, salvo la quinta y 3,02 de la **bodega-vivienda**; que carece de ventanas a la calle, y sólo cuatro al patio interior frente a las siete de las otras plantas, incluida también la bodega, por lo que no puede basarse en la reducida cuota del desván —que también la tiene la **bodega-vivienda**— para interpretar que se ha vulnerado el título constitutivo.

(5) En diligencia para mejor proveer, y de acuerdo con el artículo 127 del Reglamento Hipotecario, se aporta al recurso, certificado de 28 de enero de 1991 del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro en relación a la calle Urbietta, número 5, de San Sebastián, que contiene los datos antes señalados, así como que la superficie construida de cada una de las plantas es de 160,6 metros cuadrados, salvo la de desvanes, que es el 101,8 metros cuadrados, y la superficie útil de 137 metros cuadrados las primeras y sólo 86 metros cuadrados la última.

siones, segregaciones y agrupaciones, todo ello sin necesidad de aprobación de la Junta de Condueños, pero no autoriza sin esta aprobación a transformar el destino de un elemento privativo de desván-trastero en vivienda, y por eso también la necesaria licencia municipal de obras concedida hay que entenderla subordinada en este aspecto a aquella otra aprobación.

III. LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Aunque pueda parecer grandilocuente, constituiría auténtica ligereza intelectual por mi parte realizar ahora un análisis pretendidamente jurídico sin anteponer una referencia, por escueta que sea, a los principios constitucionales en la materia. Estos han de tener virtualidad no sólo en los conflictos de los grandes hacendados, sino también en los reducidos ámbitos dominicales de quien únicamente conoce la propiedad inmueble por los problemas que le acarrea el piso que habita o pretende habitar en régimen de propiedad horizontal; no sólo con motivo de una formal (y acaso espectacular) expropiación, sino igualmente con ocasión del ejercicio de cualquier facultad cuya efectividad se veta en nombre del Derecho.

Con ese mismo tono preliminar, parece pertinente recordar que no hay propiedades inmunes a la vigencia constitucional. Al contrario, como ha tenido ocasión de escribir recientemente un autorizado civilista (6) "el reconocimiento constitucional viene referido a todas y cada una de las instituciones propietarias (incluidas las denominadas "propiedades" sobre los bienes inmateriales), descritas en su multiplicidad, con la idea, suficiente a su finalidad particular, de preservar, de modo necesario, un ámbito de poder económico para los privados".

Pues bien, los dos principios o conceptos constitucionales, que han venido a constituirse en referentes insoslayables y fundamentales de cara al examen de cualquier propiedad, esto es, el concepto "defensivo" y contenido esencial y el elemento "reafirmador" (y, en casos, negativo) de la función social, sugieren de inmediato una solución contraria a la que se impuso en el caso objeto de consideración.

1. *El acto de destinación como contenido esencial*

Es referencia obligada, para la conceptualización de lo que haya de entenderse por "contenido esencial" de un derecho con reflejo constitucional, la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, por

(6) ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 41.

cuanto, aún dictada pensando en el derecho de huelga, se ha tornado de interés general respecto de cualquier otro derecho. De su doctrina, interesa recuperar, no sólo el condicionamiento que la opinión jurídica **común** significa para la delimitación del contenido esencial de un derecho todavía no regulado por la Ley **Post-Constitucional**, sino también el subrayado de que la comprensión de ese contenido básico nunca puede obtenerse a virtud de limitaciones o restricciones arbitrarias e irrazonables. Nos basta, al efecto, con reproducir estos dos incisos de su razonamiento, extraídos del fundamento jurídico octavo:

El contenido esencial del derecho subjetivo, al que se refiere el artículo 53 de la Constitución Española, puede determinarse a partir del tipo abstracto conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente **admidias** entre los juristas, los jueces, y en general, los especialistas en Derecho, de modo que constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteniente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo, y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por así decirlo.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Una doctrina, la que acabamos de transcribir, que fue corroborada por el propio Tribunal en la no menos conocida Sentencia de 26 de marzo de 1987, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley Andaluza **8/1984**, de 3 de julio, de Reforma Agraria. Y se trata de una Sentencia singularmente importante para nuestro caso, no sólo porque hace referencia específica al derecho de propiedad inmueble (rústica), sino porque, para la potenciación del aspecto de deber o función social, no necesita incidir en aquel contenido esencial, pues enseña que éste, en todo caso, ha de ser respetado (salvo, expropiación) y que sólo habrá de ceder ante la presencia de intereses públicos y sociales superiores. La necesaria conjugación de ambos enfoques resulta meridiana en el segundo fundamento jurídico:

La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir...

... Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Mas, antes de que puntualicemos la utilidad que, para la resolución de nuestro problema, puede aportarnos el imperativo de la función social, conviene especificar qué es exactamente lo que nuestros juristas más autorizados entienden por contenido esencial del derecho de propiedad y que no es otro que la relación de dominación material y jurídica (goce y disposición), *la más plena posible* sobre el objeto, con arreglo a la naturaleza de éste y su transcendencia social (7).

Características exclusivas de la relación dominical —concluye el mismo maestro de *civilistas*— son, así, de una parte, la total influencia fáctica sobre la cosa, que permite utilizarla a voluntad ... y, de otra, *imprimir a la cosa el destino y utilización que tenga por conveniente*. Primacía, ésta del poder de destinación, en la que insiste reiteradamente otro autorizado especialista (8):

¿Cuál es el contenido esencial de la propiedad, según la CE? A mi juicio, que ya expuse y justifiqué hace tiempo, la propiedad se identifica, en cuanto derecho subjetivo, por la decisión sobre el destino económico

(7) Esa es la conclusión de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil III*, vol. 1.º, 2.ª parte, Barcelona, 1988, pág. 45, lugar en el que apostilla: La ley puede imponer cualesquiera limitaciones, obligaciones y transformaciones en atención a estos criterios, pero siempre de modo general (la privación singular tiene su cauce en la expropiación) y mediando causa proporcionada.

(8) Se trata de VICENTE L. MONTES PENADES, en *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, I, págs. 957 a 161, donde descarta la facultad de disposición (jurídica) como elemento identificador y vuelve a precisar la singularidad de aquel otro contenido: el goce consiste en la utilización directa del bien, por el propietario o, en otras palabras, en la posibilidad de obtener de modo directo las utilidades de que la cosa es capaz. Ello significa que el goce implica el desarrollo del "valor en uso" de la cosa... la utilización directa (que incluye la llamada disposición física o modificación de la esencia física de la cosa)... En el fondo, el objeto de *licere* del *dominus* no es un tipo de goce, sino una orden, una decisión, acerca del goce... para el propietario carece de relevancia el acto de destino preestablecido, que puede alterar, o desconocer, y no tiene el deber de respetar... El interés del propietario ha de configurarse como un interés en la elección del tipo de goce o de los posibles destinos del bien, interés que no esté protegido en ninguno de los tipos de derecho de goce. De este modo, corresponde al propietario la competencia (exclusiva) de determinar, de modo independiente y autónomo, la elección del tipo de goce y por ello esta elección puede ser hecha por el propietario de modo pleno, es decir, en cualquier dirección querida por él.

de la cosa. A diferencia de cualquier otro titular de derechos sobre un bien, el propietario tiene, "per se", la competencia para decidir sobre la inserción del bien en el proceso económico, en uno y otro sentido. Desde una perspectiva formal, *ese es su poder, y no lo comparte con nadie*.

2. *El carácter legitimador y reafirmador de la función social*

Ya se sabe que este concepto constitucionalizado inicialmente nace como imperativo de utilización de los bienes por su propietario y pone como horizonte la finalidad, **socialmente** controlable, de obtener de aquéllos el rendimiento óptimo. Es así que, el **cumplimiento** de la denominada función social, se constituye en condición de conservación de las facultades típicas del propietario, en la medida en que sólo el incumplimiento de aquéllas deja expedita la vía para la intromisión o privación por parte de los poderes públicos.

Desde esta "eficacia negativa" suelen explicarse singulares actuaciones de la Administración habilitada —**en** tanto gestora de intereses **sociales**— para condicionar determinados disfrutes o titularidades: ordenar el arrendamiento forzoso, retraer la vivienda de promoción pública e incluso expropiar.

Así, pues, habida cuenta del origen y operatividad natural de la idea de función social, una lectura somera del artículo 33.2 CE permite deducir un carácter delimitador, precisamente, del contenido específico de la propiedad privada. En ella la que, evaluada por las leyes, permitirá establecer el contorno, suplementario respecto del contenido esencial, de los poderes del propietario de un determinado tipo de bienes (9).

Con todo, para el enfoque de estas notas, revista mayor interés aún la que podemos denominar "vertiente positiva" de esa misma función social. Quiero decir que la coincidencia entre las pretensiones de utilización por el titular del bien y el papel que se considera indicado socialmente para los objetos pertenecientes a la misma categoría, no puede por menos de suponer una garantía o reafirmación de legitimidad de la actuación intentada (10); y, más concretamente, que en nuestro caso, para juzgar la facultad

(9) Para LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional*, cit., pág. 45, el artículo 33.2 constituye el referente básico, pues mientras el apartado 1 "se refiere al reconocimiento a los particulares de un ámbito genérico de aprobación, disfrute y transmisión de los bienes **económicos**", el segundo —**delimitación** a virtud de la función **social**— "se mueve en el plano de delimitación de concretos Estatutos de la propiedad, según la transcendencia económico-social del bien.

(10) En términos bastante genéricos, pero acertados y en la dirección que apuntamos, escribió ya hace años VICENTE O. TORRALBA SORIANO, "El Derecho civil desde la codificación hasta el tiempo presente", *RGLJ*, t. 239 (1975), pág. 347: "La introducción de la exigencia de una función social en el concreto de derecho subjetivo ha implicado

del propietario de imprimir a su espacio (privativo) urbano el destino que pretende (lo que, en principio, representa la quinta esencia de la propiedad misma), no ha de considerarse irrelevante o neutra la función social que la Comunidad entiende apta para ese tipo de propiedades. Una función social, en fin, a cuya identificación no puede, obviamente, ser ajena ni la escasez de viviendas en el entorno ni el espíritu del artículo 47 de la propia Constitución (11).

Aunque sólo fuera al objeto de prevenir determinadas objeciones simples o precipitadas, en el sentido de que la anterior retahíla se halla fuera de lugar o es meramente especulativa con relación a la propiedad horizontal y a nuestra hipótesis, arguyendo que la misma ley reguladora ya tiene evaluada esa función social y, no obstante, mantiene —en función delimitadora del contenido de esa **propiedad**— numerosas restricciones para el propietario, que no goza de un derecho "absoluto" (recuérdese el apoyo que en esta aseveración, por lo demás, obvia, encuentra el auto presidencial), se impone aún —y supuesto cuanto se ha dicho en tema de "contenido esencial"— insistir en un dato y una apreciación.

El dato evidente se refiere al carácter preconstitucional de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, que no ha sido retocada en los extremos que nos importan. Luego, las pretendidas limitaciones impuestas por dicha norma es seguro que no se han establecido a la vista, de los indicados parámetros constitucionales. Precisamente, la regulación que en estos momentos se proyecta sí tiene cuenta de ello y, consiguientemente, también para ese tipo de propiedad actualiza —como veremos— las consecuencias del principio de libertad.

La apreciación, que parte lógicamente de aquel dato, tiene por objeto llamar la atención, no ya sobre la actuación de la garantía ("contenido esencial") frente al legislador o la necesaria actualización legal de las

una concreción del contenido y de las facultades del mismo, así como una especie de legitimación de la titularidad derivada de su correcto ejercicio, legitimación que juega, por supuesto, positivamente, se mantiene al titular que ejerce sus derechos de acuerdo con las necesidades sociales, y negativamente, se priva del derecho a causa de un ejercicio abusivo o antisocial del mismo". Más recientemente y por seguir limitando la cita a la doctrina española, concorde con la de otros países de nuestro entorno, puede consultarse LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional*, cit., pág. 62: la instauración de la ley de la finalidad supone que "el propietario tiene una función de cumplir, una función social, y que mientras la cumpla, o no la medida en que la cumpla, sus actos como propietario estarán protegidos.

(11) Como se sabe es uno de los preceptos dedicados a enunciar los principios rectores de la política social y económica y, en su primer párrafo, proclama: "Todos los españoles tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación".

consecuencias subsiguientes a la observancia o contradicción de la función social, sino particularmente acerca de la insoslayable virtualidad de esas mismas exigencias constitucionales en la interpretación cotidiana y actual, sea para recuperar y mantener interpretativamente lo que en el ámbito jurídico especializado se entiende por contenido esencial de la propiedad **horizontal/privativa**, sea para reafirmar la legalidad de una concreta actuación del propietario que, entrando en el círculo delimitado por aquel contenido, parece guiada por la función social que de su dominio cabe esperar (12).

Esta preocupación permeabilizadora de la interpretación diaria a los principios constitucionales está, desde luego, indicada para cualquier operador jurídico, pero ha de reputarse absolutamente preceptiva, no sólo para los Tribunales de justicia (13), sino también para las instancias administrativas. En este sentido, es obvio que tanto el Registrador como la propia Dirección General, aún no ejerciendo jurisdicción (tampoco el presidente del Tribunal Superior en este "recurso gubernativo"), encarnan una faceta de los "poderes públicos" a los que la Constitución nombra de continuo.

(12) Es reiterativa en doctrina esta transcendencia hermenéutica de los preceptos y principios constitucionales, incluidos los prefiguradores del derecho de propiedad y tanto por relación a la garantía de su "contenido esencial" como, singularmente, a la fuerza modalizadora del ejercicio en atención a la concreta función social, incluso en la vertiente que antes denominábamos reafirmadora. Véanse, si no, LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional*, cit., págs. 72 a 79, donde explica cómo ha de operar mediante su catalogación como principio general del derecho; y LACRUZ, *Elementos*, cit., págs. 39, 45, 47 y 48: la proclamación de la función social del dominio en los textos constitucionales entraña un modo de interpretación de los preceptos vigentes, amén de un programa y una barrera para el legislador... la regla no proporciona la solución expresa de ningún problema, sino que suministra una directriz **genérica**..., inspira y conduce la aplicación de las reglas y decisiones particulares que componen y expresan el dominio en aquel específico evento. Saber, en cada caso, hasta dónde alcanzan los derechos del dueño —no se olvide que constitucionalmente **protegidos**— y dónde cesan al ser superados por una función social... es una tarea de "*prudentia juris*" nada fácil, que exigirá apreciar si el peso del imperativo comunitario alcanza a autorizar la mutilación o el acortamiento de unas facultades de dominio que sin razones convincentes no deben perder la indefinición de sus fronteras.

(13) Así imperativamente lo establece el art. 5.1 LOPJ: La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

IV. ENTRE EL PODER ABSOLUTO Y EL DERECHO INERME o IRRECOGNOSCIBLE

Por lo visto, al margen que constitucionalmente se deja (o impone) al legislador y al intérprete para el diseño de las facultades dominicales viene señalado, por arriba, en las amplias habilitaciones al titular que recoge el espíritu originario del artículo 348 CC (14) y, por abajo, en el mínimo común denominador que hoy significa el contenido esencial, identificado —según dijimos— con el poder de imprimir un destino económico o prescindir del que, previamente, el anterior titular, o el actual, hubiera fijado para el bien.

Desde este ángulo, el auto presidencial no puede ser criticado en el punto en que genéricamente proclama que el derecho de propiedad no es (ya) un derecho absoluto, sino ajustado —al amparo del propio artículo 348 CC— por la Ley de Propiedad Horizontal.

Que no se niegue la mayor, no significa que no pueda disentirse de la conclusión —imposibilidad de cambiar el destino o uso— en la medida en que el silogismo haya descuidado el rigor lógico, o el espíritu constitucional, en la formulación de alguna de las proposiciones interpuestas.

Por lo pronto, si se filtra aquella genérica negativa a la luz de los indicados preceptos constitucionales, hemos de tener claro que en absoluto puede dejar entender que, ahora, el de propiedad acabe siendo un derecho inerme o inidentificable.

Precisamente respecto de una de las propiedades más funcionalizadas, la STS 4.^a, de 21 de febrero de 1981 (15), se vio en la necesidad de advertir acerca del límite de la "inutilización", proclamando, de entrada, "Que, en supuestos como el presente (alcance del *ius aedificandi* y significado de las licencias), no se debe perder de vista que, por mucho que se enfatice sobre la mutación sufrida por el derecho de propiedad en materia urbanística, hasta convertirse en un derecho de los llamados estatutarios, su declinación

(14) En efecto, dicho máximo alcance queda enunciado en la definición que hacen del derecho de propiedad los glosadores (derecho más pleno posible en la cosa), se exterioriza asimismo en el precedente francés (gozar y disponer "del modo más absoluto"), y encuentra su explicación el hecho de que el contenido del derecho dominical se enseña y regule como "un *agere licere* tendencialmente ilimitado", toda vez que la disciplina decimonónica de la propiedad casi se agota en la regulación de las cuestiones o aspectos de adquisición y pérdida de ese derecho subjetivo paradigmático. Es, pues, lógico que su contenido se conciba "como un vacío, presidido por la omnimoda voluntad del titular, cuyo arbitrio, dentro de ese círculo, era la medida de las concretas manifestaciones del ejercicio del derecho" (LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional*, cit., pág. 60).

(15) RA núm. 1.147; ponente: Excmo. Sr. D. ÁNGEL MARTÍN DEL BURGO y MARCHAN (primer considerando).

respecto del sentido que ha tenido en sus momentos de mayor esplendor en los que le estaba permitido, en su ejercicio, hasta el *ius abutendi*, no puede llegar al extremo de reducirlo a un derecho inerme, totalmente sometido a cuantas prohibiciones tengan a bien adoptar las diferentes autoridades administrativas, por rectas que sean sus intenciones".

Si se prefiere una compulsa dogmática, habrá que recordar que la evolución experimentada no puede exagerarse hasta el punto de retirar o desconocer las notas peculiares o caracteres esenciales que hacen reconocible a cualquier tipo de propiedad y, muy singularmente, su vocación de generalidad, en el sentido de que "la propiedad comprende, *in genere*, en tanto no se halle gravada, todas las facultades, aplicaciones y posibilidades de la cosa no prohibidas por la ley, sin excepción: las actuales y las que puedan surgir en el futuro, sin necesidad de definir las o caracterizarlas" (16).

De manera que, de esa nota esencial, fluyen dos tipos de consecuencias del máximo interés en nuestro caso. Ante todo, que el dominio se presume libre de cargas y gravámenes; pero también —y por virtud coadyuvante del principio de *numerus clausus* de derechos reales—, que (a salvo los límites, propiamente dichos) sólo es posible detraer o amortizar una facultad del dominio *en favor de otro sujeto cuando se halle tipificada por el ordenamiento*, tipificación a la que precede un juicio legislativo acerca de la plausibilidad de los intereses a los que el sacrificio del propietario sirve.

V. LA PROPIEDAD SOBRE ESPACIOS PRIVATIVOS EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Si, con lo que llevamos dicho, se retorna sobre los razonamientos del Registrador, del Presidente del Tribunal Superior y de la Dirección General, resultará forzoso concluir que aquéllos parecen contruidos reiteradamente en contra de lo que naturalmente dicta la dogmática del derecho de propiedad. En particular, la Nota de calificación se limita a hacer supuesto de la cuestión, dando por sentado que la constancia de la habitabilidad de

(16) Así, LACRUZ, *Elementos*, cit., págs. 22 a 24. Más, en términos similares, puede verse MONTES PENADES, en *Comentario del Código Civil*, cit., págs. 952 y 953: La generalidad o ilimitación de facultades lleva consigo dos órdenes de efectos, unos sustantivos y otros procesales. En cuanto a los primeros, la imposibilidad dogmática de definir el poder del propietario de modo positivo, puesto que no es posible agotar enunciativamente las facultades del propietario... En el que hemos denominado aspecto procesal, porque la libertad del propietario se presume, y el que alegue la limitación debería probarla. Las llamadas "facultades" que no son otra cosa que posibilidades de actuación jurídica protegidas, no son una serie de sumando cuya adición constituya la propiedad, sino sólo aspectos parciales del señorío que ésta es.

la planta de desvanes "afecta", en el sentido fuerte de esta expresión jurídica, al título constitutivo. El auto del Presidente, **deslumbrado** por el espejismo de la "menor cuota", hace reposar su decisión confirmatoria sobre esta premisa que, como después se demuestra, era realmente inútil (y, si acaso, sobre la de que "el derecho de propiedad ya no es absoluto"). La Resolución, en fin y dando por firme todo lo anterior —salvo del pretendido significado de la menor cuota, extremo que llanamente desconoce, rayando la "incongruencia"—, reincide en el prejuicio de que la alusión descriptiva equivale a vinculación de uso y, con la prevención de que los desvanes son naturalmente elemento común, busca en los documentos constitutivos una autorización positiva y específica del concreto cambio de uso, la que, lógicamente, no encuentra, no sólo porque no es función de los estatutos "enumerar" las posibilidades de goce, sino igualmente porque las autorizaciones existentes son interpretadas en el sentido más estricto y limitador de las facultades del propietario.

1. *Utilidad de la dogmática acerca de las prohibiciones de disponer*

Brillan, pues, por su ausencia las orientaciones hermenéuticas que en el tema parecían indicadas, pero se echa en falta, también y en particular, cualquier referencia al tema de las prohibiciones de disponer, siquiera al objeto de examinar, con el mismo rigor y recelo que respecto de éstas muestra la legislación hipotecaria, el pretendido establecimiento de la vinculación del uso.

El enlace de la cuestión "debatida" con la dogmática de aquellas prohibiciones, hubiera resultado, cuando menos, clarificador, por cuanto que había sido aludido implícitamente en los recursos del Notario (17); y, en

(17) Esto podía leerse en los fundamentos III y IV del recurso definitivo ante la DGRN: Que la propiedad no sea un derecho absoluto significa, entre otras cosas, que a su contenido natural se le pueden poner limitaciones; pero una cosa es que pueda ser sometida a limitaciones y otra cosa es que efectivamente se le hayan impuesto. Y sigue siendo cierto que no cabe presumir y que deben ser objeto de interpretación restrictiva las limitaciones a las facultades naturales del derecho de propiedad, como la de decidir el destino de la cosa propia, especialmente cuando son tan graves como la que nos ocupa, que amortiza en gran medida la propiedad, y están establecidas además en beneficio de intereses privados, no más respetables que los del propietario.

Que la fijación del destino de una parte privativa es esencial, o muy importante, en un edificio urbano es cosa que hay que admitir; pero es muy importante para todos. Es, sobre todo, muy importante para el propietario de la parte privativa cuyo destino se limita, en la medida que se le impone un sacrificio, y no sólo para los propietarios de las restantes partes privativas de la casa, que van a disfrutar del correlativo beneficio. Y hay que decidirse por unos u otros intereses. A ese respecto, en el caso que se debate, hay que tener en cuenta: que la limitación del uso a trasteros es gravísima para el propietario de

otras ocasiones, también ha sido insinuado por la propia Dirección General.

Dicha referencia constituye, sin duda, una perspectiva útil, pues, aún recordando que —la de disponer— no es una facultad identificadora por sí sola del derecho del propietario, a diferencia de la de destinación, su dogmática puede resultar un instrumento complementario o concreto para hacer efectiva la idea constitucional de proscripción de limitaciones inútiles o arbitrarias, que —desde otro ángulo— aflora en la doctrina (antes recordada) del contenido esencial y de la función social.

En el escalón constitucional, ya se sabe que todo límite o sacrificio que pretenda imponerse al propietario ha de venir justificado (exigido) por los intereses de la colectividad, esto es, intereses públicos y sociales superiores (18). Y las cosas no suceden sobre esquemas muy diversos en el plano hipotecario o registral, en el que las prohibiciones de disponer —para que alcancen efecto real y, por tanto, supongan auténtica limitación—, no sólo han de venir impuestas en un acto o negocio de absoluta liberalidad (art. 26 LH), siendo ya de por sí irrelevantes —hipotecariamente hablando— en cualquier otro supuesto (art. 27 LH), sino que, además, han de servir, inicial y sucesivamente, a un interés justo y legítimo (19).

la planta afectada; que a los otros propietarios, que no tienen ningún derecho a la utilización de la misma, esa limitación no les reporta más ventaja que la de impedir otros usos que pudieran incomodarles; que no se ve por qué ha de incomodarles que el propietario de la planta de desvanes le dé el mismo destino de vivienda que ellos les dan a las suyas propias y que, en todo caso, la gravísima carga que se pretende imponer a la propiedad de la planta objeto de debate, que a los demás les proporciona el beneficio de evitar otros usos que pudiesen molestarles, supone para éstos unas ventajas completamente triviales, dado de que de la prohibición de los destinos que representan incomodidades de importancia ya se ha encargado la ley (art. 7, párrafo 3.º, de la Ley de Propiedad Horizontal). Siendo totalmente desproporcionada la gravedad de la prohibición que se pretende para lo mediocre de las ventajas que se pueden conseguir, lo que procede es entender la frase discutida tal como se propone en el escrito inicial.

No obstante, la condición de desván de la planta discutida y la reducida cuota de la vivienda de la bodega constaban ya tanto en el Registro de la Propiedad como en los documentos inicialmente presentados en este expediente, de manera que, si sobre la base de la pequeñez de la cuota de aquélla (y olvidándose de esas otras circunstancias) se ha pretendido deducir determinadas restricciones a su destino, es porque, de entre las posibles interpretaciones de los hechos, se ha escogido, en contra de todas las reglas aplicables a juicio del recurrente, la más perjudicial y restrictiva para la propiedad. Y de la propiedad lo que hay que presumir (al igual que de los demás derechos y aunque no sea absoluta) es que es libre y que de ella forman parte todas las facultades que naturalmente le corresponden y, siendo inaceptable suponerla sometida, sin razones muy convincentes, a cargas de tanta gravedad como la que se discute, me veo obligado a alzarle por segunda vez en defensa de los intereses del propietario afectado.

(18) Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional*, cit., págs. 69 y 146, entre otras.

(19) Véase la exposición precisa y escueta de LACRUZ, *Elementos*, cit., págs. 56 a

Que, para ver establecida una prohibición de cambio de uso en la propiedad horizontal (prohibición que, de admitirse, sólo podrá ser removida por el acuerdo unánime de los convecinos: con el riesgo de abuso del que, como veremos, habla la RDGRN de 26 de febrero de 1988), se exija igualmente la concurrencia y subsistencia de ese mismo interés justo y legítimo (requisito que no se llena con el mero capricho o la simple incomodidad) en el resto de la comunidad de propietarios, parece de todo punto razonable" (20).

En todo caso, limitándonos al conflicto de referencia (suscitado, recuérdese, no ya por los convenios, sino por el Registrador en defensa de la legalidad), podemos adelantar que, desde esta óptica y según las enseñanzas del Tribunal Supremo y del propio Centro Directivo, la instauración y mantenimiento de la prohibición de cambio de uso no podría justificarse en base a un interés correspondiente y tutelable en beneficio de la Comunidad de Propietarios, aunque ellos mismos lo hubieran invocado. Me refiero —pasando sobre el requisito de la adecuación del título o acto en el que se pretende establecida la vinculación (21)— a un significativo párrafo de la importante Sentencia de 6 de julio de 1978 en el que se razona sobre ciertas "incomodidades o molestias" alegadas por la Comunidad: "La simple alegación de las posibles molestias que, en su día, pueda originar la concurrencia de clientes al consultorio, en mayor o menor número, es análoga a la que puedan producir las amistades más o menos numerosas que acudan a las viviendas de cualquiera de los ocupantes de los restantes pisos del edificio y, sin embargo, no puede servir de pretexto para impedir las y ni siquiera para limitarlas".

58, lugar éste donde recuerda que la exigencia del requisito de un interés legítimo procede del Derecho romano, de donde pasó a las partidas y cómo, aunque no está expresada en el CC, la sobreentienden en él la jurisprudencia del TS y de la DGRN (siquiera en resolución referente a Cataluña).

(20) Cfr. JUAN V. FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1978, 3.^a ed., I, págs. 670 y 671.

(21) Pero véase, por si tuviera este significado, el fundamento de derecho tercero de la RDGRN de 12 de diciembre de 1986, según el cual la precisión estatutaria "por su propia esencia no puede implicar determinación de destino con transcendencia real y carácter excluyente de cualquier otro adecuado a la naturaleza de dichos locales, de modo que procederá la aplicación de la doctrina antes apuntada (libertad de la propiedad), y sin que quepa apreciar en la escritura presentada un supuesto de modificación estatutaria precisada de consentimiento unánime de los propietarios de cada uno de los pisos o locales integrantes del edificio en su conjunto".

2. *El carácter privativo o común de los desvanes*

La cuestión acerca de la calificación de los desvanes y buhardillas dentro del régimen de propiedad horizontal, y su problemática habilitación como viviendas no puede decirse que sea precisamente nueva (22).

De cualquier modo y para no arrastrar prejuicios, parece indicado poner por delante que el binomio habitual en la normativa específica, cuando se refiere a "pisos y/o locales", no agota las realidades inmobiliarias que pueden ser objeto de propiedad exclusiva, sino que, siendo de aquel tipo los más habituales, también pueden haberlos que no sean exactamente una cosa u otra. De ahí que convenga hablar, desde el comienzo y de manera genérica, de "parte privativa o espacio delimitado", haciendo primar el artículo 3 LPH sobre la restricción que pudiera derivarse de la concreción terminológica del artículo 396 CC. Además, con esa precisión, se *alcanza* llanamente la consecuencia de que el propio artículo 7 LPH, aunque sólo hable de "piso", para referirse a la actuación autónoma del propietario, comprende a cualquier titular de un espacio privativo con el límite, todos ellos, de los párrafo segundo y tercero (23).

En el mismo orden de ideas, se comprenderá que no resulte inocua la definición que de esa realidad inmobiliaria se utilice o acepte; pues, mientras la que la describe como "el piso superior de una casa, construido en el espacio comprendido por la armadura que sostiene la cubierta" (FUENTES LOJO, I, 421) deja imprejuzgada su naturaleza jurídica o carácter, cuando se habla de porción bajo cubierta "constitutiva de cámara de aire intermedia entre el tejado y el techo del último piso" (STS 1.^a, 11 octubre 1991), se está insinuando ya el carácter de elemento común del edificio.

La Resolución de la DGRN no **explicita**, para nuestra discordia, concepto previo alguno de desván, aunque no deja de recordar la **excepcionalidad** de su caracterización como espacio privativo. Este prejuicio es muy posible que condicionara —como hemos dejado escrito— la solución que acabó imponiéndose. Así es que nos creemos en la necesidad de insistir en que los desvanes tendrán uno y otro carácter en atención, sobre todo, a su mención o preterición en el título constitutivo de la Comunidad horizontal de que se trate. Si no existe mención, será, lógicamente, elemento común. Pero, caso de haberla, será preciso estar a lo que se disponga (común o privativo), sin descuidar, caso de duda, los caracteres concretos de ese

(22) Cfr. FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, cit., I, págs. 421 y 422.

(23) **Vid.**, FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, cit., págs. 85 y 591.

espacio y, singularmente, su posibilidad de acceso desde un elemento común. En otras palabras, que, para ser objeto de titularidad privativa, como cualquier otra parte del edificio, tendrá que estar suficientemente delimitado y ser susceptible de aprovechamiento independiente [art. 3.a) LPH]; y, por lo mismo, en adelante habrá de ser tratado también como cualquier otra parte privativa, sea piso o local.

Ni que decir tiene, a estas alturas, que la planta de desvanes que nos ocupa cumplía puntualmente y desde luego con todos los requisitos exigibles. Contaba con salida independiente, y lo era en todos los sentidos; hasta el punto de que el propio título constitutivo, cuando establece una habilitación exorbitante para los propietarios —como la que desplaza la intervención comunitaria del art. 8 LPH— incluye, junto a los otros pisos, el desván y la bodega. Recuérdese, si no, la cláusula estatutaria (reproducida al principio de este trabajo) que coloca en plano de igualdad a los propietarios, presentes o futuros, de cualquier parte o espacio privativo, precisamente, en el punto en que autoriza una actuación perfectamente autónoma en cuanto a divisiones, segregaciones y agrupaciones, sin intervención de la Junta de propietarios.

No hay duda, entonces, de que la "planta de desvanes, destinada a trasteros" o, según la otra expresión, "el local situado en el desván", como el situado en la bodega (que ya había sido transformado en vivienda), son unos departamentos más, con las mismas obligaciones y libertades que aquellos que al momento constitutivo estaban acondicionados para vivienda.

La propia RDGRN invoca, como se recordará, la meritada cláusula habilitante de los Estatutos (en su fundamento de derecho tercero); y, sin embargo, deduce, sin solución de continuidad, que "no autoriza a transformar el destino de un elemento privativo". Como si hubiera de preverse específica y exhaustivamente todas las posibles manifestaciones del derecho del propietario, sin que pudiera hacer valer la actuación preterida. Así, se hace, de la excepción, regla, cuando lo indicado —a partir de la presunción de libertad del dominio, potencialmente absoluto— sería haber mostrado dónde se hallaba la prohibición singular de destinar ese local —insisto, privativo— a vivienda.

3. *El prejuicio de la cuota*

Demostrar este prejuicio, que condiciona —como he dicho— el Auto presidencial, requiere escaso esfuerzo y espacio. El dato, se recordará, fue suministrado por el Registrador, al defender su Nota, en función de prueba

de la vinculación del uso y, con esa misma finalidad, se reproduce en el tercer fundamento de derecho del reiterado Auto.

A lo que me parece, dicho prejuicio fue eficazmente combatido en el recurso ante la Dirección General, no sólo a través de las oportunas alegaciones del Notario recurrente (24), sino también a virtud de la aportación —según dejamos anotado— del correspondiente certificado del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro acerca del efectivo aprovechamiento de la planta de desvanes.

No debería hacer falta, a la vista de aquellas alegaciones y de este certificado, insistir en el carácter meridianamente equívoco del dato en cuestión. La cuota se había fijado —al parecer, **equitativamente**— atendiendo a los indicadores que señala la propia ley, en el art. 5 II: superficie útil, emplazamiento, situación y uso presumible de los servicios o elementos comunes (25). De ahí, por tanto, no cabía inducir una prohibición de cambio del uso o destino, ni siquiera en el supuesto de que se le hubiera

(24) Este era su fundamento IV:

Y la insuficiencia del único argumento en contra que, a nuestro juicio, tiene el auto recurrido, según el cual hay que concluir que la planta de desvanes debe ser obligatoriamente destinada a trastero sobre la base del dato de que dicha planta, de 160 metros cuadrados, tiene una cuota de 3,75 por 100 mucho menor que las de otros pisos de la casa de igual superficie, por ejemplo, el tercero y el cuarto, cuyas cuotas son respectivamente de 16,75 por 100 y de 14,70 por 100. Ahora bien, dicho dato no lleva ni mucho menos a la conclusión expresada, como resulta:

a) En primer lugar, da la circunstancia de que, para la escritura de división horizontal, de donde se sacó el dato, está claro que las cuotas reducidas son compatibles con destinos distintos del de trastero, y concretamente con el de vivienda, puesto que la bodega, también de 160 metros cuadrados, y destinada, según ese documento, a vivienda, tiene una cuota de sólo 4,75 por 100 casi igual que la del desván y muchos menor que las de los pisos primero y cuarto.

b) Y, en segundo lugar, del **hecho** de que la cuota pequeña se debe, tratándose de la planta de desvanes (como tratándose de la bodega), a su **deficiente** aprovechamiento, no a su destino. Los desvanes, como es sabido, son los espacios que están bajo los tejados y, por su situación, por los problemas de aislamiento, por su forma abuhardillada, etc., tienen, para igual superficie, mucha menos utilidad que las plantas normales. Por ejemplo, la planta de desvanes objeto de debate: tiene una altura comprendida entre un metro y medio (que ni siquiera permite estar de pie) y los dos metros sesenta, que es mucho menor que la de los pisos primero, tercero y cuarto (que exceden abundantemente de los tres metros); carece de ventanas a la calle y, de los ciento sesenta metros cuadrados que le atribuyen las escrituras, alrededor de sesenta parecen ser hasta tal punto inútiles que ni siquiera deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de la superficie construida.

(25) Y, si hubiera de descartarse éste del "uso", la fijación se habría hecho en atención a los otros indicadores válidos, incluyendo en la superficie útil también el dato de la (menor) altura o volumen: Vid. FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamento*, cit., págs. 281 a 285. También las observaciones de la pág. 293, en cuanto a la posible modificación de la cuota inicialmente asignada, por variación sobrevenida de los factores tenidos en cuenta, pero con la advertencia, asimismo, de que dicha modificación no procede en el caso de "mejoras" (art. 3.b, párrafo 2.º, último inciso).

asignado una cuota sensiblemente inferior a la equitativa según aquellos parámetros, salvo que se entienda vinculado por el uso o destino inicial cualquier otro local o piso que en el título constitutivo (normalmente otorgado por el propietario único) resulta beneficiado por una cuota "política".

Empero, lo verdaderamente llamativo es que la RDGRN, una vez que se ha desvanecido el fundamento o *ratio decidendi* del Auto impugnado, desconozca e ignore ese motivo de impugnación; preterición, involuntaria o intencional, que, desde luego, no contrarresta ni con la argumentación puramente lógica (y, metodológicamente, incorrecta, del último fundamento de derecho: una autorización no implica otra, viene a decir), ni, muchos menos, con el mantenimiento de la mera petición de principio del fundamento de derecho segundo, según el cual "en cualquier caso, la alteración de su destino supone un cambio importante en la medida que afecta a todos los copropietarios del inmueble y requerirá la aprobación de la Junta de Condueños al suponer una modificación del título constitutivo". Su fuerza de convicción dependía, es obvio, de que realmente se hubiera establecido vinculación al uso inicial con trascendencia hipotecaria.

4. Descripción "*versus*" vinculación

Para no incidir ahora en la petición de principio que vengo denunciando, emplearé este breve apartado en recordar la posibilidad de que, el dato de que la planta de desvanes estaba destinada a trasteros —supuesto que no cumplía las exigencias de las auténticas prohibiciones—, se empleara en lugar y función meramente descriptivos, como una y otra vez sostuvo el impugnante de la Nota y del Auto, y, de inmediato, me referiré a algunas Sentencias y Resoluciones que —en casos igualmente conflictivos— se acogieron al significado simplemente descriptivo de las alusiones al uso o destino de determinadas partes privativas.

En la primera orientación, recordaré cómo el fundamento segundo del recurso insistía, escueta, pero contundentemente, en que "todos los fundamentos de derecho alegados en el escrito inicial, que siguen teniendo validez y según los cuales la expresión "destinada a trastero" utilizada al tratar de la planta de desvanes en escritura de División Horizontal..., es sólo un dato concerniente a la descripción de la finca, y no una norma que imponga un determinado destino con exclusión de los demás, como se pretende en la nota recurrida".

Que el Notario tenía la razón de su parte, es algo que puede concluirse tras una lectura simple de la escritura de referencia y, tanto más, si se

interpreta jurídicamente según las coordenadas que se previenen en el artículo 1.281 y siguientes del CC para la ponderación del contenido de los negocios jurídicos (26). Mas, en todo caso, también apuntan en el mismo sentido las prescripciones hipotecarias que regulan los requisitos de la inscripción. Me refiero a los artículos 9 LH y 51 RH; norma que, si no establecen imperativamente que haya de hacerse constar en la inscripción el uso o destino de la finca urbana de que se trate, sí es verosímil que dicha indicación pueda constituir —y frecuentemente constituye (27)— una de las "cualquiera circunstancias que sirvan para distinguir de otra la finca inscrita".

Como prueba o argumento de convicción —y sin caer en la tentación de echar mano directamente de las normas meramente proyectadas— de que no cabe encontrar vinculaciones de cualquier parte de los documentos constitutivos de la propiedad horizontal, me remito a la STS de 20 de diciembre de 1989, según la cual no cabe sostener que la alusión que en la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal se hace del local, al decir que el mismo se halla destinado a restaurante, implique, en modo alguno, una prohibición estatutaria de dedicarse por su propietario el aludido local o parte del mismo a una actividad diferente; y, también, a la Sentencia de 5 de marzo de 1990, en la que podrán leerse expresiones tan elocuentes como éstas: "el compareciente hacía constar el destino que inicialmente se le daba a cada uno de los elementos de la nueva construcción. Constancia que en nada puede afectar al problema jurídico que aquí nos ocupa... ninguna incidencia pueden tener las manifestaciones de destino que el primitivo dueño de toda la finca hiciera en la escritura de división de propiedad horizontal, y que al posterior propietario del piso no obligaban, en sí mismas consideradas".

En el sentido de que no toda "variación" ha de suponer, jurídicamente hablando, modificación del título constitutivo en el que se había reflejado una circunstancia distinta, pueden verse la Resolución de 12 de diciembre de 1986; y, para mayor claridad y contundencia, la de 26 de febrero de 1988, en la que el mismo Centro Directivo concluye: No se discute la

(26) Criterios, por cierto, invocados por el recurrente en la primera instancia y de los que se hacen eco los antecedentes de la Resolución, si bien el Auto presidencial había prescindido de ellos en aras a la máxima *in claris non fit interpretatio*, como si, para afianzar esa premisa, no fuera preciso captar antes el sentido exacto de lo que califica de claro.

(27) Claro que, si esta es su función, el destino que se refleje será, por lógica, el inicial y sin perjuicio de su alteración ulterior, provocadora, en su caso, de una simple inexactitud registral, a corregir de forma autónoma o en la siguiente inscripción: Cfr. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, III, bis, Barcelona, 1984, págs. 69 a 79.

exigencia del acuerdo por unanimidad de la Junta, conforme a lo dispuesto en el art. 16-1.ª de la ley especial, cuando se trata de modificar las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los Estatutos. Pero si se procede por uno solo de los propietarios a las divisiones o agrupaciones permitidas en el título constitutivo, no se tratará de modificar las reglas del título de los Estatutos, sino de simple aplicación de las mismas mediante ejercicio de las facultades en ellas conferidas.

VI. ELEMENTOS COMUNES Y PROPIEDAD EXCLUSIVA, ÁMBITOS RESPECTIVOS DE PROHIBICIÓN Y PERMISIÓN DE ACTUACIONES DEL COMUNERO

Si se repasa con un cierto detenimiento la (última) jurisprudencia del Tribunal Supremo (y algunas Resoluciones del propio Centro Directivo) en los supuestos en que se le han sometido a examen actuaciones de la Junta de copropietarios o de los titulares de espacios privativos que suponían alteraciones conflictivas para la respectiva comunidad, no cuesta mucho trabajo colegir los parámetros que se han barajado para la resolución: Se presume que la innovación del propietario se ajusta a Derecho siempre que no desborde los límites de su espacio privativo y, complementariamente, sólo la unanimidad de los cotitulares [incluso obtenida en la forma benigna de "no oposición" que la LPH autoriza (28)] legitima la alteración [sustancial (29)] de elementos comunes.

(28) Y con la devaluación de la sanción por su no observancia que recuerda recientemente la STS 1.ª de 24 de septiembre de 1991 (RA núm. 6.278; ponente: **Excmo.** Sr. D. TEÓFILO ORTEGA TORRES), para un supuesto de autorización de apertura de huecos y ventanas en la fachada: "conforme a la más reciente doctrina jurisprudencial —SS de 6 de febrero de 1989 y 2 de abril de 1990— ni siquiera en el caso de un acuerdo adoptado por una Junta celebrada sin citar a alguno de los propietarios, aunque se requiriera unanimidad, se produce la nulidad radical o absoluta, sino que el acuerdo queda sometido a la normativa del art. 16-4, lo que, con mayor razón aún, es aplicable al caso de que no asistan a la Junta, por otro motivo cualquiera, todos los propietarios"; y en el FD 3.º: "la regla de la unanimidad, si no es observada, dará lugar a la anulabilidad del acuerdo, pero no produce su nulidad de pleno derecho".

(29) La STS 1.ª de 23 de marzo de 1991, por ejemplo, no entiende que haya de exigirse la unanimidad para la realización de obras afectantes a elementos comunes, si es necesaria para la creación de un servicio común de interés general: En principio, esta Sala no puede compartir la tesis de la Sentencia recurrida, sino que ha de aceptar la de los recurrentes, pues al ser la realidad una obra menor (sustitución de una jardinera por un armario de contadores, en un elemento común que no ha dejado de serlo) que, además, beneficia al inmueble, en cuanto contribuye a su mejor habitabilidad, la misma no puede considerarse comprendida dentro del artículo 11 y regla 1.ª del 16 de la LPH (pues no se trata de obra que entrañe alteración de la estructura o fábrica del inmueble), los cuales exigen para tales obras el acuerdo unánime de todos los propietarios, sino que, más bien, pertenece al ámbito normativo del artículo 10 de la Ley". Véase, para

Tales son los principios que, por lo demás, ya contenía en esencia el propio artículo 7 LPH (30), aunque para apreciar mejor el alcance de dicha doctrina conviene sintetizar las particularidades de unos y otros pronunciamientos.

1. *Imposibilidad de influir autónoma e individualmente en los elementos comunes*

La Sentencia del TS 1.^a, de 3 de abril de 1990, acaba por desautorizar determinadas obras realizadas por uno de los vecinos en el patio de luces, básicamente, en atención a que, si bien le correspondía estatutariamente el uso privativo de dicho patio o elemento común, carecía de título para llegar a la apropiación que del mismo significaba su incorporación parcial a la vivienda. Se trataba, pues, de hacer habitable (parte de) un elemento común (31). Parcialmente diversa es la hipótesis que vendría a enjuiciar la

contraste, la STS 1.^a de 8 de marzo 1991 (RA núm. 2.201; ponente: Excmo. Sr. MATÍAS MALPICA Y GONZÁLEZ-ELIPE), que contempla un supuesto de obras, asimismo autorizado por mayoría, que **incidian** en los elementos estructurales comunes: la autorización estatutaria para "efectuar obras de unión interior —**por** medio de escalera u otros accesos **interiores**"— no releva de la obligación de obtener la unanimidad de todos los copropietarios del **edificio** cuando, como en este caso, se ha extralimitado en la ejecución de las obras y las ha autorizado sin esa unanimidad la Junta extraordinaria que aquí se impugna, ya que no sólo ha taladrado o demolido 112,80 metros cuadrados de forjado, lo que sí estaba autorizado en los Estatutos, sino que han incidido las obras en otros elementos comunes y estructurales según conclusión fáctica de la Sentencia combatida". En aquel mismo orden de "inmisiones adecuadas" respecto a los elementos comunes que se sustraen al criterio de la unanimidad, puede recordarse la específica autorización contenida en los Estatutos (cuyo rechazo por el Registrador acabaría dando lugar a la RDGRN de 26 de febrero de 1988, que manda inscribir), que, luego de autoriza las obras del art. 8 —**división, agregación**—, facultad al referido propietario, "sin necesidad de ulterior consentimiento comunitario, para dar acceso a la nueva finca objeto de la división por el descansillo de la escalera, haciendo el hueco necesario en la pared **común...**".

(30) El propietario de cada piso podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél, cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la Comunidad.

En el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna, y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador.

Al propietario y al ocupante del piso les está prohibido desarrollar en él o en el resto del inmueble, actividades no permitidas en los Estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres.

(31) RA núm. 2.692; ponente: Excmo. Sr. D. FRANCISCO MORALES MORALES. En el tercer fundamento de derecho puede leerse: "en el proceso del que este recurso dimana no se ha debatido cuestión alguna relativa al derecho que el recurrente tiene al uso del

STS 1.^a, de 14 de octubre de 1991 (32): construcción clandestina —pues no tiene reflejo en el proyecto ni en la escritura de obra nueva y división en propiedad horizontal— de un gimnasio en la terraza de uso exclusivo, con lo que la Sala se ve en la necesidad de precisar que "no cabe confundir el derecho reconocido en el título de utilización en exclusiva de la terraza, que lleva la correspondiente contraprestación en la cuota de participación con la pretensión de la recurrente de imponer a los demás cotitulares como propio el habitáculo que levantó en la terraza, haciendo así absoluto lo que sólo es exclusivo (33).

Por su parte, la Sentencia asimismo de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 1990, aporta dos perspectivas realmente interesantes para la evaluación de las facultades del propietario; en particular, del piso, pero, nada impide proyectar sus enseñanzas cuando se trate de modificación de destino de cualquier otro elemento privativo, sea desván o local, por lo mismo que el art. 7 LPH habla sólo de piso y hay que entender que se refiere también a cualquier espacio suficientemente delimitado y, por ello, objeto de propiedad exclusiva. Esos dos referentes no son otros que, de un lado, la actitud "pasiva o tácitamente consentidora" por parte de los convecinos que conocen las alteraciones introducidas por el propietario (34) y, de otro, la efectiva confirmación de la presunción

suelo del patio común del edificio, que nadie le ha negado, sino la realización por el mismo en dicho patio de unas obras afectantes a su estructura e integridad, para las que no estaba autorizado". Y el cuarto reitera la identificación del *debitum* en la posibilidad o no de realizar obras afectantes a un elemento común y recuerda "el respeto y acatamiento que todo propietario en régimen de propiedad horizontal debe prestar a la normativa reguladora de dicha forma de Comunidad, entre la que figuran los preceptos que prohíben al propietario realizar obras que alteren la estructura del inmueble o de alguno de sus elementos comunes sin haber obtenido para ello la autorización de la Junta de Propietarios, alcanzada por unanimidad de todos sus miembros (arts. 7, 12 y 16.1.^a LPH)".

(32) RA núm. 6.916; ponente: Excmo. Sr. D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL. Reviste carácter de premisa el último párrafo de su fundamento de derecho cuarto: "En tanto la terraza de referencia no se acredite su inclusión en el título correspondiente como elemento privativo, ha de reputarse como elemento común de la finca, sujeto a las limitaciones consecuentes y correspondientes en cuanto a su disponibilidad material en provecho propio, que no contradice su mero uso y utilización, pero como tal terraza y no como base para edificaciones particulares sobre la misma en un exclusivo y determinado provecho, que ocasiona el correspondiente acrecentamiento patrimonial".

(33) Diversa del todo y algo sorprendente resulta la STS 1.^a de 5 de julio de 1991 (RA núm. 5.328; ponente: Excmo. Sr. D. ALFONSO BARCALA y TRILLO-FIGUEROA). Sentencia que, ante las obras realizadas en patio, tiene que concluir que, pese a la presunción de ser elemento común, en el caso, "no existen méritos para calificar al patio de elemento común porque no es necesario para el uso y disfrute de la vivienda en planta", amén de que tampoco fue acreditada a la realidad de la obra realizada.

(34) El FD 3.^o recuerda cómo los dos primeros motivos del recurso de casación se habían instrumentado a partir de la posibilidad del consentimiento tácito consagrada

de libertad en la fijación del destino económico del espacio privativo que supuso el artículo 8.º del Real Decreto 2/1985, conocido como "**Decreto Boyer**". Si aquella actitud y esta autorización no cubrieron, en el caso, la actuación del propietario no fue porque se estimara que el destino previo supusiera "vinculación", sino porque las obras llevadas a cabo afectaban a elementos comunes del inmueble (35).

Esa misma extralimitación del espacio privativo o, si se prefiere, incidencia en los elementos comunes se constituye en *ratio decidendi* de la STS 1.ª, de 10 de julio de 1991 (36) que, escuetamente, acierta a describir el significado de la autorización estatutaria en el marco de los propios preceptos de la ley: "La autorización que los Estatutos de la Comunidad concede a los propietarios de locales, se refiere a lo que constituye el

en las Sentencia de 8 de julio de 1983 y 28 de abril de 1986, si bien se opone por la Sala que falta identidad de razón entre los respectivos supuestos de hecho.

(35) RA núm. 10.287; ponente: Excmo. Sr. D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. En efecto, he aquí el tenor literal del FD 4.º: El motivo tercero acusa, con el mismo amparo procesal, infracción por inaplicación del art. 8 del Real Decreto-Ley 2/1985, sobre medidas de política económica, en cuanto dispone que "los propietarios de fincas urbanas y los arrendatarios de éstas podrán realizar libremente la transformación de viviendas en locales de negocio, salvo disposición contraria, en su caso, de los Estatutos reguladores de las Comunidades de propietarios y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 III (que también transcribimos en *nota*) de la LPH de 21 de julio de 1960, relativo a las actividades estatutariamente no permitidas, dañosas para la finca, inmateriales, peligrosas, incómodas o insalubres y de la obtención de las correspondientes licencias administrativas". El decaimiento del motivo ha de producirse por la potísima razón de que el precepto no autoriza la **modificación** de elementos comunes (art. 396 CC), sin cumplir las prescripciones de la LPH...; lo único que autoriza el precepto que se dice infringido es el cambio de destino, pero con las limitaciones que señala y sin que puedan lesionarse derechos de terceros, a los que no impone limitaciones obligatorias.

(36) RA núm. 5.340; ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE. Resolución que, en su FD 5.º, habla de "obras que alteren los elementos comunes del inmueble, obras que como enseña la Sentencia de 28 de mayo de 1990, al incidir en un elemento común, implican una alteración precisada de acuerdo unánime. Doctrina semejante aplica la STS 1.ª de 19 de septiembre de 1991 (*La Ley* núm. 11.946; ponente: Excmo. Sr. D. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA), para un supuesto en que se habían practicado aberturas en los rellanos de la escalera. En cambio, la STS 1.ª de 27 de septiembre de 1991 (RA núm. 6.280; ponente: Excmo. Sr. D. GUMERSINDO BURGOS PÉREZ DE ANDRADE), aún considerando correcta la doctrina, sintetizada en la Sentencia de 10-7-91, no la considera aplicable en un supuesto en el que, al amparo de la correspondiente autorización estatutaria, el titular de uno de los locales instala una chimenea adosada a la fachada del edificio. Y la STS 1.ª de 12 de noviembre de 1991 (*La Ley* núm. 12.136; ponente: Excmo. Sr. MORALES MORALES), contemplando el caso de apertura de huecos al exterior en un muro con rompimiento de muros de carga, eliminación de apoyos o columnas, profunda excavación del subsuelo con construcción de una entreplanta y supresión del techo de piso de obra, con invocación del artículo 7 aplica la doctrina común de que incidiendo en tales elementos comunes afecte al título constitutivo y requiere ineludiblemente el consentimiento unánime de todos los propietarios (arts. 11 y 16 LPH).

derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio delimitado, pero no a los demás elementos que pertenecen en copropiedad a los demás dueños, como es el cuestionado muro de cierre (sustituido por unas amplias cristalerías); y ello con independencia, además, de que el "Estatuto privativo" (art. 5. II) no pueda contener disposiciones que sean contrarias al núcleo del *ius cogens* o Derecho necesario, dentro de cuyas normas deben incluirse la prohibición de realizar obras que alteren el "resto del inmueble" (art. 7 II). Dicha autorización —repite y explica del FD 3.º— "se entiende confinada dentro de los límites antes señalados y constituye una mera **explicitación** de las facultades que a cada copropietario confiere el párrafo 1.º del artículo 7, todo lo más, singularizada por supresión de la obligación de dar cuenta de tales obras..., pero nunca trastocando la prohibición del párrafo segundo".

Una atención específica nos ha de merecer, en fin, la Sentencia del TS 1.ª, de 11 de octubre de 1991 (37), relativa a obras realizadas por un propietario (presumiblemente el del último piso) y configuradoras de un nuevo espacio habitable. Se trata de un supuesto semejante al de nuestra referencia, con la particularidad de que en esta hipótesis el espacio es elemento común en vez de departamento privativo. Por este contraste, y por su brevedad, reproduzco literamente el FD 1.º (el 2.º es ya de imposición de costas):

Para decidir este recurso ha de partirse de que las dos Sentencias de Instancia condenan a los recurrentes a resistir a su antigua estructura la porción de edificio existente bajo su cubierta o tejado, que ha sido convertida en áticos y ocupadas como vivienda sin elevar el inmueble. Y se ha de tener en cuenta que el antiguo propietario de todo él, al constituir la propiedad horizontal y enajenar los pisos, se reservó el derecho a elevar el edificio, pero en modo alguno a convertir en habitable, sin elevación de la casa, la parte abuhardillada y constitutiva de cámara de aire intermedia entre el tejado y el techo del último piso.

... son elementos privativos los elementos arquitectónicos e instalaciones, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de límites de un espacio privativo, pero entre estos elementos no pueden incluirse los espacios inmediatos a los tejados, que son elementos comunes.

La reserva del antiguo propietario del derecho a elevar permitirá, en su caso, y previo cumplimiento de las disposiciones estatutarias y administrativas, levantar una planta y trasladar el tejado y su espacio vano inmediato a nivel superior, pero no convertir éste en otra vivienda...".

(37) RA núm. 6.910; ponente: Excmo. Sr. D. JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO.

2. *Autonomía del propietario en la disposición material (incluido cambio de uso) de su espacio privativo*

Aparte de por llevar fecha ya casi constitucional, me parece oportuno abrir este apartado trayendo a colación la STS 1.^a, de 6 de julio de 1978, porque contiene una doctrina perfectamente lúcida acerca de la libertad del propietario para imprimir a sus espacios privativos el destino que tenga por conveniente —aún contra el acuerdo mayoritario de la Junta—, a cuyo efecto se encarga de ir **ajustando** los requisitos y el alcance de las eventuales limitaciones legales y voluntarias (38), poniendo un cuidado especial en no equiparar "clínica" a "consultorio médico", ya que en el primer caso el juicio podía variar (39). Consiguientemente, dicha Sentencia (40) entiende que las limitaciones que autorizan el art. 348 CC, en el caso de la propiedad horizontal, sólo pueden provenir o del art. 7 III de la ley especial o de la específica previsión estatutaria, de modo que también este propietario tiene el derecho de gozar y disponer de su bien sin otras limitaciones; y, si se le trataran de imponer, implicaría una verdadera limitación de sus facultades dominicales que, a su vez, comporta la modificación de su título de dominio.

Desde luego, no deja de sorprender que la RDGRN, de 25 de septiem-

(38) Así, tras recordar el contenido de los artículos 5 y 6 LPH, precisa: con lo cual viene a proclamar que existen dos clases de normas, de muy distinto rango: unas, las contenidas en el título constitutivo de la propiedad y en los Estatutos, que regulan la constitución y el ejercicio del derecho de cada propietario, en orden al uso y destino del edificio; y otras, integradas en el Reglamento del régimen interior, "para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes"; y tan especial es esta diferencia que la aprobación y alteración de cada tipo requiere una concurrencia diversa (unanimidad y simple mayoría: reglas 1.^a y 2.^a del art. 16 LPH).

(39) Claramente se infiere —**insiste**— que si la instalación de un simple consultorio, que se compatibilizaba con la dedicación a vivienda del resto del piso, no implica cambio de destino, sí en cambio lo comportaría montar una clínica, para lo cual se precisan muchos más **trámites administrativos**; y de ahí que si se prohíbe la instalación en un piso de un simple consultorio constituye una verdadera limitación de las facultades del propietario, no la integra, en cambio, la prohibición de montar una clínica, que requiere otros trámites más complicados ...Si en el proyecto de consultorio hubieran de instalarse y tuvieran que funcionar aparatos que produjeran ruidos o emanaciones... su prohibición vendrá impuesta por las correspondientes normas y estaría comprendida en el artículo 348 CC.

(40) RA núm. 2.749; ponente: Excmo. Sr. D. MANUEL TABOADA ROCA, Conde de Borrajeiros. Particularmente interesante, también, si se tiene en cuenta que, revocando las dos Sentencias de Instancia, que habían estimado correcta la prohibición de uso impuesta por acuerdo mayoritario de la Junta, estima, uno por uno, los cuatro motivos de casación instrumentados por el propietario-recurrente. Habida cuenta de la fecha, incesario será advertir que la doctrina que se utiliza es la construida por el Tribunal Supremo en la Primera Sentencia, de casación (considerandos 4.º a 10.º) y no de la "Segunda Sentencia", que, entonces, hubo de dictar en estimación de la demanda.

bre de 1991, hiciera caso omiso de tal clarividente (y autorizada) doctrina (sobre cuya pista podía haberla colocado la STS de 20 de diciembre de 1989, invocada en el recurso); aunque también es verdad que toda sorpresa desaparece cuando uno advierte cómo la Resolución criticada se dictó de espaldas asimismo a la no menos lúcida doctrina reiterada por el propio Centro Directivo en Resoluciones de 12 de diciembre de 1986 (RA núm. 7.887) y 26 de febrero de 1988 (RA núm. 1.322). Estas resultan tan precisas que no requieren de comentarios adicionales.

Por lo que a la primera respecta, el Registrador había denegado la inscripción de las fincas como "garajes" pese a que los Estatutos establecían que podrían dedicarse a "cualquier tipo de industria", ya que —según la Nota— supondría alterar el título constitutivo en cuanto al uso o destino de los locales en contra de lo que disponen los artículos 5, párr. últ. y 16 regla 1.^a de la LPH. Como era de esperar, el presidente de la Audiencia Territorial estimó el recurso, especificando la DGRN, con motivo de la alzada del registrador, que, no pudiendo leerse una vinculación en la descripción del destino, ninguna modificación del título cabía apreciar; y, sobre todo, expresa su FD 2.º:

En la propiedad horizontal, la necesidad de armonizar la tendencia a la plena autonomía de los derechos recayentes sobre los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (configurados en la ley como propiedad separada —arts. 1 y 3—) con la ineludible interdependencia objetiva y recíproca limitaciones derivadas de la unidad física del edificio en su conjunto, no se opone, en sede de utilización de los elementos privativos, el **mantenimiento** de los principios informantes del derecho de propiedad, cuya delimitación se verifica a partir de un señorío potencialmente absoluto sobre el que se proyectan los límites legales en forma de prohibición u obligación, por ello no resulta coherente la exigencia de previsión y permisión estatutaria para que un uso específico quede sustraído a la prohibición del artículo 7 LPH (actividades "no permitidas" en los Estatutos). No es función de los Estatutos la definición casuística del contenido dominical sobre los elementos **privativos...**, de modo que, en las hipótesis no contempladas, será regla la posibilidad de cualquier uso, siempre que éste sea adecuado a la naturaleza del objeto, y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad a los específicos de la propiedad horizontal (art. 7 *in fine*). Así lo confirma, además, la exigencia de interpretación estricta y no presumibilidad de toda hipótesis de excepción, como son las restricciones singulares del derecho de propiedad (artículos 4, 348 y 349 CC).

La Resolución de 26 de febrero de 1988, también importante desde otra perspectiva que no ocupa ahora nuestra atención (41), coincide

(41) Pues examina y decide la cuestión de si las previsiones del art. 8 de la LPH constituyen *ius cogens* en términos absolutos o pueden ser desplazadas por el título

—por lo que nos concierne— en recalcar que "en la concepción del legislador el derecho sobre cada piso o local es un derecho de propiedad", con la consiguiente nota de presunción de libertad (fundamento de derecho segundo) y previene convincentemente contra cualquier extensión de la exigencia de acuerdo unánime, en este inciso del fundamento de derecho tercero:

Es más, imponer en todo caso, para la modificación de las entidades hipotecarias, la aprobación de la junta de propietarios, exigiendo su unanimidad, implica otorgar imperativamente a cada uno de ellos un exagerado derecho de veto que, sobre prestarse a abusos de imposible o complicado remedio, puede, además, constituir, sin justificación suficiente, un obstáculo para que los edificios sean jurídicamente estructurados del modo más adecuado a su aprovechamiento económico, con el consiguiente detrimento de la economía nacional.

He aquí, pues, la doctrina absolutamente plausible desde las coordinadas constitucionales y ordinarias de la regulación de la propiedad. Las mismas que inspiraban la Sentencia de 6 de julio de 1978 y que sigue iluminando las posteriores del Tribunal Supremo. Entre éstas, es obligada la referencia de las de 20 de diciembre de 1989 (42) y de 5 de marzo de 1990 (43), que, desde diversas ópticas, alimentan la convicción de que la

constitutivo, ampliador, en este caso, de las facultades naturales de los propietarios; tema en el que la DGRN opta por la permisividad, de acuerdo con las SSTs de 14 de marzo de 1968 y 5 de mayo de 1986. Sobre el particular, Cfr. JOSÉ M.^a MIQUEL GONZÁLEZ, en *Comentario del Código Civil*, cit. I, pág. 1.087.

(42) RA núm. 8.855; ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ALBACAR LÓPEZ. ésta, que fue expresadamente invocada por el Notario recurrente, tras recordar el contenido de los artículos 3, 7 y 8 de la LPH, rechaza las pretensiones del recurso en base, sobre todo, a la siguiente razón: La actividad realizada por la entidad demandada, al fraccionar en dos el local de su propiedad, sin que con ello alterase la seguridad o estructura del edificio, en modo alguno faculta a los demás propietarios para solicitar y obtener la demolición de las obras realizadas, máxime cuando en modo alguno consta acreditado que con ello se produjera perjuicio al resto de los copropietarios, pues no puede entenderse en principio y sin prueba alguna que lo demuestre, que la transformación de una parte de local destinado a restaurante en supermercado comporta tal perjuicio a los restantes copropietarios, ni quepa tampoco sostener que la alusión que en la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal, al decir que el mismo se halla destinado a restaurante, implique en modo alguno una prohibición estatutaria de destinarse por su propietario el aludido local o parte del mismo a una actividad diferente, prohibición ésta que, por comportar una limitación de las facultades dominicales, no puede presumir ni interpretarse de manera extensiva.

(43) RA núm. 1.666; ponente: Excmo. Sr. D. GUMERSINDO BURGOS PÉREZ DE ANDRADE. La invocamos en este lugar, por su fecha, ya que, en cuanto a su problemática y doctrina es muy similar a la ya citada de 6 de julio de 1978. En efecto, en esta ocasión, vuelve a insistirse tanto en la presunción de libertad de toda propiedad como en que la única posibilidad de establecer límites a la propiedad horizontal se encuentra, si no se ha previsto como prohibición explícita en los Estatutos, en la enumeración del artículo 7 III de la LPH; advirtiendo, además, que la sola mención del destino actual de los

Resolución meritada, ocasión de estas notas, no es sólo que mantenga un resultado "antisocial", sino que jurídicamente resulta insostenible.

VII. CONCRECIÓN DE LA LIBERTAD DEL DOMINIO Y CONSIGUIENTE PODER DE DESTINACIÓN EN LA NORMATIVA (POSTCONSTITUCIONAL) PROYECTADA

El cierre de estas notas es lógico que cuente con las perspectivas de normación en la materia, por si vinieran a confirmar o desmentir cuanto se ha estado sosteniendo en contra del parecer del Centro Directivo.

Basta una lectura rápida del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, elaborado por la Sección correspondiente de la Comisión General de Codificación y bajo los auspicios de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, precisamente en la última versión que he podido conocer y que está fechada en 1 de septiembre de 1991, para apercibirse de que el Notario recurrente está en lo cierto y, en definitiva, que debería de haberse admitido a inscripción la escritura rechazada.

Dicho Anteproyecto, como se sabe, describe un ámbito normativo mayor que la actual Ley de Propiedad Horizontal, a la que habrá de sustituir, pues, si a la regulación específica de ésta dedica el Título III (arts. 43-47), le antepone otro que tiene por objeto la regulación de los "Complejos Urbanos" (arts. 36-42), una vez que en el Título I (arts. 1.º a 35) va desgranando minuciosamente los preceptos que constituyen "Reglas Comunes".

Así, pues, siguiendo el orden de los títulos, interesan de las denominadas "Reglas Comunes" las que estructura el artículo 8, como "contenido" del régimen de propiedad separada y concretamente el principio proclamado en su apartado primero: "La propiedad de cada finca o unidad integrante del conjunto no tendrá otras limitaciones que las establecidas en las leyes o en el título de constitución" (44); y la degradación de las mayorías, de cuotas y de propietarios, que especifica el artículo 20 pro-

locales no implica prohibición de otro uso y que cuando estatutariamente se prohibió el establecimiento de "centro de enseñanza o clínicas" no se logró vetar la instalación de oficinas.

(44) De interés particular asimismo resulta la nota aclaratoria de su apartado segundo, donde se recuerda que si bien "un sector de los miembros de la sección estima que no bastan los límites que resultan de las normas generales... Otro sector, **mayoritario**, de la sección opone que bastan estos límites... y que no deben ponerse obstáculos jurídicos a la restauración de los aprovechamientos económicos". El proyectado apartado segundo, en fin, autorizaría, según el texto articulado y entre otras actividades: "b) Realizar y formalizar a su costa agrupaciones, segregaciones o divisiones, con la consiguiente transcendencia en el conjunto inmobiliario..."

puesto, en la medida en **que** proscribe la exigencia de acuerdos unánimes (45).

Dentro del régimen proyectado directa y específicamente para la "Propiedad Horizontal", el artículo 45 (actividades no permitidas en el piso o local), apartado primero, no puede ser más expedito de cara a la prevención de situaciones como la que venimos analizando (46). Actualmente, dice a la letra:

1. Tendrán las consideraciones de inmisiones las actividades desarrolladas por el propietario o por el ocupante de uno de los pisos o locales que estén prohibidas por el título constitutivo, que provoquen alteraciones a la normal convivencia o que sean contrarias al uso normal y a la buena fe. Se considerarán siempre inmisiones las actividades **insalubres**, las peligrosas y aquellas que provoquen daños a la finca (desaparecen, pues, las incómodas y las inmorales).

La simple expresión en el título de constitución del destino que de presente tiene un piso o local a vivienda, a negocio o a otro uso, no implica, sin más, que se haya establecido prohibición para dedicarlo a cualquier otra actividad.

JACINTO GIL RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Facultad de Derecho de S. Sebastián

(45) La norma general viene constituida por la mayoría simple de asistentes, y excepcionalmente se exige mayoría absoluta, de propietarios y cuotas. Es el caso —**por** lo que nos **importa**—, de la modificación de Estatutos o de elementos comunes y de la supresión de limitaciones o cargas establecidas en el título constitutivo y comunes a todas las propiedades separadas. El voto favorable de los dos tercios sólo se requiere para la desafectación, gravamen o enajenación de elementos comunes.

(46) Bien es verdad que tampoco carece de seguridad pertinentes, en la misma dirección, la redacción propuesta para los artículos 45 bis y 46, preceptos que contemplan "normas especiales" sobre obligaciones y facultades y normas igualmente especiales sobre la Junta General. En efecto, el primer apartado de aquél diversifica el régimen de las obras a realizar en elementos privativos, según se limite a alterar o modificar su estructura o instalaciones (comunicación previa) o modifiquen la **configuración** exterior del respectivo piso o local (acuerdo tomado por mayoría absoluta).