

DICTAMEN: Estatutos de Propiedad Horizontal; abuso de derecho; defensa de los consumidores

De conformidad con una práctica tradicional, constantemente seguida por los juristas españoles, vamos a distinguir en nuestro Dictamen los siguientes apartados: Supuesto de hecho, Cuestión consultada, Dictamen propiamente dicho y Conclusiones. Aunque por la brevedad del supuesto vamos a permitirnos refundir los dos primeros en uno solo.

I. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTION CONSULTADA

Un promotor inmobiliario formula al Letrado que suscribe una consulta concretísima sobre la que desea conocer su opinión jurídicamente fundada para —de acuerdo con ella y si se estima procedente— comparecer ante Notario a fin de otorgar una escritura de declaración de obra nueva con un determinado contenido.

El propósito del promotor consultante es inquirir acerca de la posibilidad de incorporar a dicha escritura una cláusula redactada por él y que habría de incluirse, caso de respuesta afirmativa, en los Estatutos del edificio. Por ello, la cuestión a la que debe responderse consiste sencillamente en examinar la validez o invalidez de esa cláusula y, por tanto, el juicio jurídico que merece su eventual incorporación a una escritura de declaración de obra nueva y constitución del edificio correspondiente en régimen de propiedad horizontal. Dicha cláusula es la siguiente:

«Los departamentos del edificio que no se hubieren vendido por la entidad mercantil 'X., S. A.' (promotora del edificio), mientras permanezcan en posesión de dicha sociedad no contribuirán a los gastos de reparación, conservación o entretenimiento del portal de entrada a las viviendas y escaleras de acceso, así como a ningún otro gasto que se genere por la utilización de elementos comunes» (*).

II. DICTAMEN

El fundamento para incorporar semejante cláusula lo encuentra su promotor —que también lo es del edificio— en el principio de libertad de contratación que consagra el artículo 1.255 del Código Civil, de una parte; y, de otra, en el carácter unilateral que tiene la declaración de obra nueva (en la que no existe contraparte). Ello, desde el punto de vista estrictamente jurídico, pues del lado de los hechos —o de la economía, si se quiere— se alega incluso una razón justificante: puesto que la entidad promotora no utiliza los elementos comunes del edificio que está vendiendo y, mientras lo vende, tampoco debe contribuir a los gastos surgidos por la utilización de dichos elementos comunes.

En principio, pues, la cuestión parece razonable: puesto que no se utilizan los elementos comunes, tampoco se debe contribuir a los gastos comunes.

Planteada de esta forma la cuestión, nuestra respuesta como Letrados sólo puede ser una de las que siguen, cada una de ellas con muy distintas consecuencias:

1.^a La negativa, si entendemos que dicha cláusula no tiene cabida dentro del amplio campo que a la autonomía de la voluntad dispensa nuestro ordenamiento. Y ello por sobrepasar alguno de los límites declarados infranqueables.

En este caso aconsejaríamos al cliente que desista de introducir una tal cláusula en la escritura, por ser contraria a Derecho. Otorgando, por supuesto, la escritura de obra nueva, pero sin incluir en ella la cláusula discutida.

2.^a La afirmativa, si entendemos que nada se opone a la introducción de dicha cláusula en la prevista escritura pública. Primero, porque tiene un fundamento razonable, el señalado por el promotor consultante, y, segundo, porque ni la ley ni la moral ni el orden público

(*) Es costumbre en los Dictámenes la escasez de citas, reducidas las más de las veces a simples referencias de algunos autores especialmente autorizados.

En este caso, sin embargo, vamos a apartarnos algo de esta costumbre. Por una parte, para favorecer la continuidad de la lectura. Por otra, porque la novedad del último apartado reclama, a nuestro juicio, un mayor apoyo doctrinal, cuando lo haya.

(únicos límites señalados a la autonomía de la voluntad por el artículo 1.255 del Código Civil) se oponen a su contenido, autorregulador de unas relaciones jurídicas que se desenvuelven en el mundo privado de los negocios.

Con esta respuesta afirmativa bajo el brazo, el cliente acudiría acto seguido a su Notario solicitando de él el otorgamiento de la escritura que incluya la cláusula debatida. Ello comporta indefectiblemente que el cliente debe someterse, de nuevo, a un profesional del Derecho como es el Notario, que por imperativo reglamentario (1) debe realizar su juicio de legalidad sobre el contenido de la escritura solicitada. Y como consecuencia de este juicio, dos son las posibles contestaciones del Notario:

Primera.—Denegar la autorización de esa escritura si la estima contraria a la Ley. Abundando, claro, en los mismos argumentos aludidos.

Segunda.—Autorizar la escritura solicitada, con incorporación de la cláusula objeto del dictamen. En cuyo caso, necesariamente debe hacer constar en el cuerpo de la escritura que la autoría de dicha cláusula corresponde al otorgante, pues el Reglamento Notarial, desde la reforma de 1984, dispone en su artículo 147, 4.º, que «en el texto del documento, el Notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación» (2).

Con lo que, resumiendo, dos son las posibles respuestas:

- A) Estimar la cláusula contraria a Derecho y, por tanto, aconsejar su olvido al promotor.
- B) Estimarla válida y, consecuentemente, recomendar su incorporación al documento notarial, con indicación en éste de que la cláusula ha sido redactada conforme a minuta presentada por el promotor.

Pues bien: ante esta opción, nuestra postura es la primera, es decir, la de estimar la cláusula contraria a Derecho, recomendando su no inclusión primero y su olvido total después. Y ello, por tres grandes grupos de razones:

(1) Artículo 145 del Reglamento Notarial: «... Esto, no obstante, el Notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial cuando, a su juicio, el acto o el contrato, *en todo o en parte*, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres...» (el subrayado es nuestro).

(2) Como enseña AVILA ALVAREZ, el «en su caso» debe entenderse en el sentido de «en todo caso» (en que se presente minuta), es decir, «que no queda a discreción del Notario el consignar tal circunstancia u omitirla» (ver su obra *El instrumento público en la reforma de 1984*, Madrid, 1985, p. 36).

PRIMER GRUPO DE RAZONES

Nos referimos aquí a las consecuencias mismas que en la vida económica real de los futuros propietarios del edificio tendrá la introducción de la cláusula. O, lo que es igual, el conflicto de intereses sobre el que va a proyectar su eficacia. Es decir, el «propósito negocial», en palabras de FEDERICO DE CASTRO.

Atendiendo a esta faceta, la respuesta negativa se impone sin duda por los siguientes motivos:

Primero.—Puesto que la declaración de obra nueva (acto unilateral) constituye un «pie forzado inesquivable» para las posteriores compraventas de viviendas y locales (actos bilaterales) —en el sentido de que necesariamente se apoyan en ella y en ella se diseña con trazo indeleble el perfil jurídico de los departamentos que luego se adquieren—, la introducción de una tal cláusula supone la imposición de la misma a los futuros compradores que, lo quieran o no, habrán de estar al contenido de dicha cláusula si quieren adquirir departamentos en dicho edificio. Con lo que se les está imponiendo condiciones generales de contratación, de las que nos ocuparemos más adelante.

La inesquivabilidad de la cláusula convertirá en fuegos de artificio la «asistencia especial» que el Notario debe prestar a la parte compradora por mandato del Reglamento Notarial, cuando dispone que «sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra, y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella» (art. 147, 3.º).

Pues bien: si el Notario puede y debe informarle del sentido de la cláusula, no cabe que el comprador la acepte, la niegue o la module, sino que en todo caso debe pasar por ella.

Segundo.—Las razones reales para la introducción de la cláusula. Se dice por la sociedad promotora que ella no debe contribuir a los gastos comunes, pues no utiliza los elementos comunes. Falso.

Elementos comunes son, entre otros muchos, el portal de entrada y acceso a las viviendas, las escaleras, los distintos ascensores, los servicios generales del edificio como luz, agua, servicio de limpieza, etc... Entre los que hay que incluir también, cuando existe, el portero del edificio y los servicios que presta.

Ello supone que cuando comienza la promoción del edificio y hasta que son vendidos todos sus departamentos, el promotor utiliza asiduamente sus distintos departamentos a través de sus empleados, que muestran las viviendas a las personas interesadas en su eventual adquisición, acudiendo con frecuencia al mismo y haciendo uso del portal, encendiendo luces del mismo y de las escaleras y pasillos comunes, utilizando

dichos pasillos y ascensores. Y cuando existe portero al servicio del inmueble (cuyo sueldo es, sin lugar a dudas, un gasto común) con bastante frecuencia suele actuar como agente, mandatario, comisionista o corredor de la sociedad promotora mostrando los pisos, anticipando alguna de las condiciones de venta, poniendo en contacto a unos con otros, remitiendo a los eventuales compradores a las oficinas de la sociedad promotora, etc... Y es evidente que todas estas actuaciones del portero suponen una ocupación para éste que le impide dedicar ese tiempo a las necesidades del edificio o de los restantes propietarios.

Por tanto, la razón de hecho alegada como fundamento de la cláusula debe quedar definitivamente excluida, pues la sociedad promotora no sólo no deja de usar los elementos comunes, sino que los utiliza con bastante intensidad, como ha quedado expuesto.

Tercero.—Piedra de toque para examinar la cuestión que nos ocupa es la de contrastar las consecuencias de la cláusula en dos casos concretos: cuando la sociedad no logra vender algunos departamentos del edificio (pongamos, como ejemplo, la mitad) y cuando no logra vender ninguno.

En el primer caso, al incorporar la cláusula a los Estatutos, ello significará que los distintos compradores, aunque tienen asignada la cuota que conforme a los parámetros legales (art. 5, 2, Ley de 21 julio 1960) corresponde a cada una de las viviendas, deben, sin embargo, contribuir a los gastos comunes en proporción doble a dicha cuota, para así «llenar el hueco» que dejan las viviendas no vendidas por la sociedad, que no contribuyen al pago de los gastos comunes. Con lo que, de hecho, de cara a la conservación del edificio, tienen una carga doble de la que por razón de las cuotas deberían satisfacer. A la vez, la entidad promotora (no se olvide: dueña de la mitad de las viviendas a todos los restantes efectos) no contribuye, sin embargo, a la mitad de los gastos que conforme a su cuota debía satisfacer.

El caso extremo dentro de esta situación es el de la promoción totalmente fallida, en la que la sociedad queda dueña de todos los departamentos al no poder venderlos. En este caso, no cabe trasladar los gastos comunes que surjan a ningún otro propietario, pues ningún otro propietario hay en el edificio. Lo que indefectiblemente lleva a que sea la sociedad promotora la que haya de abonarlos en su integridad, es decir, en la misma proporción en que es dueña de los departamentos del edificio.

La rotundidad del caso extremo pone de relieve la imposibilidad fáctica y jurídica de la cláusula; imposibilidad que es igualmente predecible, a nuestro juicio, en todos los demás casos no extremos, y que nos reafirma en nuestro criterio de no admitir tal cláusula en los Esta-

tutos. Lo que se ha observado nítidamente en el caso extremo debe ser igualmente trasladable a los casos no extremos. En aquél subyace el mismo conflicto de intereses, mas lo extremo de la situación nos revela cuál debe ser la pauta general: todo propietario, incluida la sociedad promotora, debe satisfacer los gastos comunes que surjan en proporción a su cuota en la comunidad.

Cuarto.—Si se repara con detenimiento en el tenor literal de la cláusula, se observa que afirma que «mientras las viviendas permanezcan en posesión de dicha sociedad mercantil no contribuirán a los gastos comunes».

Es decir: no se condiciona el *no pago* al efectivo *no uso*, por lo que sin necesidad de interpretaciones forzadas o sutiles, esta cláusula puede dar cobijo a situaciones en que la sociedad promotora utilice para sí (esto es, para sus propios fines sociales, aparte de usarlas como piso-piloto) dichas viviendas, o que ceda algunas de ellas a terceras personas (familiares, amigos de los socios), gratuitamente o mediante contratos temporales de arrendamiento, que constituya sobre las mismas un derecho de usufructo o de habitación, etc...; o que se sirva de los locales comerciales como almacén de materiales; o de las plazas de garaje para el aparcamiento de vehículos de la empresa o de sus empleados, etcétera...

Y en todos los casos, sin obligación de contribuir a los gastos comunes del edificio, puesto que la sociedad sigue manteniendo la posesión de los respectivos departamentos (posesión a título de dueño de los artículos 432, 447 y 448 del Código Civil).

Con lo que se llegaría a una situación paradójica: existiendo un uso efectivo de elementos comunes, ciertos propietarios quedan exonerados estatutariamente de abonar su parte proporcional en los gastos comunes. La injusticia de la situación creada es palmaria, y todo ello es posible gracias a la introducción de la discutida cláusula.

Amparándose en el tenor de la cláusula, la sociedad la interpretará sin duda en el sentido de que «mientras no venda cada departamento (momento en que pierde su posesión), no ha de contribuir a los gastos comunes».

SEGUNDO GRUPO DE RAZONES

Comprendemos en este apartado las objeciones a la cláusula provenientes de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 (en lo sucesivo, LPH). Tales objeciones son, a nuestro juicio, de peso.

El punto de partida es el artículo 9 de la Ley, que al señalar las

obligaciones de todo propietario en régimen de propiedad horizontal incluye en su apartado quinto la de «contribuir, *con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido*, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización».

A la vista del precepto, creemos que todo propietario (*sic*) debe contribuir a los gastos comunes con arreglo a su cuota y no de otra forma (3). Lo que permite concluir que la obligación de contribuir tiene carácter de *ius cogens*, inderogable por los particulares so pena de destruir los cimientos mismos del régimen de propiedad horizontal. Lo demuestra palmariamente el último párrafo del artículo mencionado cuando dispone que «para la aplicación de las reglas precedentes se reputarán generales los gastos que no sean imputables a uno o varios pisos, *sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes*».

La interpretación conjunta de este párrafo y del anterior revelan que dicha obligación recae sobre todos los propietarios sin excepción, no es renunciable al propio capricho, y repele exclusiones o exoneraciones discriminatorias o injustificadas.

Nuestra opinión resulta avalada —creemos— si se enmarca toda la cuestión consultada dentro de una visión más amplia, cual es la de examinar el papel que desempeña la cuota dentro del régimen de propiedad horizontal.

Dicha cuota sobre el total edificio es, junto con la propiedad privativa sobre el piso o local, el contenido material y sustantivo de la llamada propiedad horizontal. Dicha cuota señala:

- a) El porcentaje de cada propietario en la propiedad de los elementos y servicios comunes del inmueble. Y llegado el caso de destrucción del edificio, el porcentaje que cada propietario tiene en el solar (art. 21 LPH).
- b) El porcentaje de voto en las Juntas de propietarios, de impor-

(3) El inciso de este precepto, que dispone la obligación de contribuir con arreglo a la cuota «o a lo especialmente establecido», ha de ser entendido como enseñan doctrina y jurisprudencia. Es decir, permitiendo criterios distintos de la cuota estatutaria por dos tipos de causas:

a) Cuando haya acuerdo unánime de todos los propietarios (por suponer alteración de estatutos).

b) Cuando «lo especialmente establecido» traiga su causa de diferencias en la real naturaleza y destino de los varios departamentos (viviendas, locales, garajes). Como se ve, sólo la fuerza del consentimiento, en el primer caso, y las diferencias «constitucionales» basadas en la naturaleza del objeto, en el segundo, posibilitan que decaiga el criterio de contribución conforme a la cuota. Como se ve, no son de recibo las distinciones fundadas en motivos *intuitu personae*.

tancia notabilísima para la adopción de acuerdos que no impliquen «aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los Estatutos» (art. 16, 2, LPH).

- c) El porcentaje de cada uno en el levantamiento de los gastos comunes del edificio. Lo que determina la correspondiente deuda, jurídicamente exigible a cada propietario.

Y en esta última faceta hay un aspecto de importancia extraordinaria y que debemos resaltar; nos referimos a la conexión o ligazón existente entre la deuda (determinada por razón de la cuota) y la consiguiente responsabilidad. Y dentro de ésta, la afección real de piso o local, establecida con carácter preferente —y con derogación parcial del orden de prelación establecido en el artículo 1.924 del Código Civil— por el artículo 9, 5.ª, de la LPH en su proposición segunda:

«Al pago de estos gastos producidos en el último año y a la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes.»

Contemplado así este aspecto pluridimensional de la cuota, y en particular la conexión *deuda-cuota-responsabilidad-afección real*, resalta entonces la dificultad de excluir el papel de la cuota en uno de sus frentes —el de la deuda precisamente—, manteniendo, sin embargo, en todo su vigor las facetas positivas, atributivas de derechos. Y si se admitiera la exclusión del papel de la cuota a efectos de determinación de la deuda, ¿en qué se apoyaría la afección real del artículo 9, 5.ª, 2.ª, (materia de responsabilidad)? Sólo sería admisible a base de admitir una afección sin deuda y, por tanto, una responsabilidad sin deuda.

Y es sabido que los casos excepcionales en que nuestro Derecho admite una disociación entre los dos aspectos configuradores de la obligación (deuda y responsabilidad; arts. 1.088 y 1.911 CC) son tasados y fijados expresamente por el legislador (a modo de ejemplo: arts. 1.801 y 1.897 CC; arts. 837 y 587 C de C). Y en la LPH no existe una norma como las citadas, que ampare una tal disociación. Es más: hay una norma que abiertamente nos dice lo contrario.

Como es sabido, la autonormación unilateral de los particulares no puede modificar cuestiones de responsabilidad —materia de orden público— que son absolutamente indisponibles por vía unilateral, salvo en algunos negocios a título gratuito (por ejemplo, art. 1.807 CC); sien-

do sólo «matizables» (4) por vía bilateral o contractual (ejemplos: artículos 1.152 y 1.826 CC; art. 140 LH, etc.). Todo lo cual nos reafirma en nuestra postura contraria a la mencionada cláusula.

Por tanto, la sociedad promotora seguirá conservando su cuota en la propiedad del edificio o, en su caso, en el solar resultante de la demolición o ruina; conservará sus votos proporcionales en las Juntas de propietarios, y le guste o no —creemos— debe seguir contribuyendo en esa medida marcada por la cuota al levantamiento de los gastos comunes, para cuya garantía estableció el legislador la afección real preferente. Admitir otra cosa sería una «exclusión voluntaria de la ley aplicable» (art. 6, 2, CC), con evidente «perjuicio a terceros».

Sin necesidad de hacer elencos exhaustivos de autores que se han ocupado del tema, sí podemos recoger las conclusiones a que llegan destacados especialistas cuando se plantean supuestos iguales, afines o semejantes al que nos ocupa en este dictamen.

Así, BATLLE (que tanta influencia tuvo en la elaboración de la LPH de 1960) se pregunta si puede algún propietario excluirse de las cargas que implican las cosas comunes renunciando al uso de éstas (5). Y responde en estos términos:

«Desde luego, no se trata de renuncia a las cosas, sino a su uso. Lo primero no es posible sin renunciar a la parte privativa de la que son anejo inseparable (párrafo 2.º del art. 396), pero ¿y lo segundo?

En Italia algunas sentencias de la Corte de Casación habían admitido la posibilidad de la renuncia al uso y, consiguientemente, el descargo de los gastos.

... ..
Téngase en cuenta, además, que la cuestión ha podido ser regulada convencionalmente, que en su tiempo se pudo recurrir al Juez para evitar el grave perjuicio y que, en todo caso, las innovaciones no exigibles no obligan al disidente, y se verá que una medida de prudencia elemental aconseja *resolver negativamente* la cuestión, siendo de alabar que la propia legislación recoja este criterio con una declaración terminante, como la que contiene el último párrafo del artículo 9.º de la Ley de Propiedad Horizontal: 'Sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes'» (6).

En idénticos términos se manifiesta FUENTES LOJO (7), que recoge resumidamente esta argumentación de BATLLE, aportando además la doc-

(4) Aquí habría que incluir todas las reservas posibles que una afirmación y un concepto de este tipo requieren.

(5) Debe recalcar que el supuesto que contempla BATLLE es distinto del que nos ocupa, ya que, en nuestro caso, no hay ningún tipo de renuncia al uso, sino sólo a los gastos.

(6) BATLLE: *La propiedad de casas por pisos*, 7.ª ed., Editorial Marfil, Alcoy, 1973, págs. 141-143.

(7) Juan V. FUENTES LOJO: *Suma de la propiedad por apartamentos*, Librería Bosch, 3.ª ed., corregida, aumentada y puesta al día, tomo I, Barcelona, 1978, páginas 347 y sigs. (también en págs. 304-305).

trina de la importante Sentencia de 18 de junio de 1970 (8). Y que en trance de elevar a definitivas sus conclusiones afirma explícitamente que «no sería válida la cláusula de exoneración total de gastos, si el titular exonerado disfruta de los servicios y locales, vista la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1970, que antes hemos transcrito» (9).

VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ se manifiesta en términos aún más rotundos:

«La no utilización de un servicio, no exime de contribuir al cumplimiento de las obligaciones correspondientes.

El propietario del piso bajo que no sube en el ascensor, no queda libre de los gastos del mismo. El vecino de la planta baja ha de pagar los gastos de portería. Esto es lógico, y esto lo abonan los artículos 3 y 5, que hablan de cuota de participación en los gastos, sin hablar de diferentes cuotas, según de qué gastos se trate.

Pero, sin embargo, las palabras «a lo especialmente establecido», del número 5 del artículo 9, parecen admitir el pacto de contribuir algunos propietarios a los gastos en forma distinta a la de su cuota.

Nos resistimos a admitir una excepción en tal contribución de gastos a favor de unos propietarios que luego tienen un derecho de voto íntegro con arreglo a su cuota (art. 16), e incluso una cuota íntegra en el valor del inmueble (art. 3), que debe constar en el Registro de la Propiedad (artículo 8 de la Ley Hipotecaria) con trascendencia para tercero, y que puede suponer una cantidad a percibir si se diera por extinguido el régimen de propiedad horizontal (art. 21)» (10).

Y, por último, MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (11) se inclina por la opinión permisiva de la cláusula, siempre que —subráyese esto; pág. 586— el acuerdo de exclusión de los gastos se haya adoptado por unanimidad y «posteriormente al otorgamiento de dicho título» (se refiere al título constitutivo de la propiedad horizontal).

En otra obra más reciente (publicada dentro de los *Comentarios*, dirigidos por el profesor ALBALADEJO) (12), este mismo autor basa su discurso en la distinción entre la renuncia al uso (cuando ello es posible) y el simple no uso de elementos comunes. En estos términos:

(8) De ella resulta vertebral el siguiente párrafo: «... no hay disposición alguna que permita que una vez fijada la cuota de participación, se exima a algunos del pago de los gastos de conservación anejos a su participación...». Véase dicha sentencia en FUENTES LOJO, *ob. cit.*, pág. 349.

(9) *Ob. cit.*, pág. 352.

(10) A. VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ: «Derecho de propiedad horizontal», Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961, pág. 213.

(11) M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, 2.ª ed., Madrid, 1973, páginas 590-599 y 643-646.

(12) M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo V, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1985, págs. 275-277.

«Así, en nuestra opinión, en ciertos supuestos de 'servicios comunes' susceptibles de individualización, la renuncia al mismo realizada en momento oportuno aun cuando no aparezca en los estatutos ni se haya adoptado en junta de propietarios por unanimidad, produce el efecto de la exclusión del gasto.

Mas hemos hablado de renuncia al uso y disfrute de elementos y servicios comunes. Vamos, pues, a hacer algunas referencias al tema.

Comenzaremos el mismo diciendo que si por renuncia entendemos el abandono o dejación del derecho a usar y disfrutar de una cosa o derecho, resulta evidente que puede efectuarse la del uso de algún servicio o elemento común.

Ello sentado, vamos a inquirir cuál pueda ser el resultado de esa acción en orden a los 'gastos generales'. *La solución es clara: ninguna. Y ello porque el legislador ha establecido, en el párrafo que estamos comentando, que '... la no utilización de un servicio no exime del cumplimiento de las obligaciones correspondientes'.*

Constituye éste el principio general que habíamos ya indicado en cuanto a la distribución de los gastos y que es admitido sin discusión por nuestros Tribunales.

No obstante, como todo principio general, no tiene un alcance absoluto, admitiendo excepciones, entre las cuales cabe indicar:

a) La relativa a aquellos servicios en que la misma impida al renunciante de modo total su utilización.

b) La referente al establecimiento de innovaciones no exigibles realizadas en elementos y servicios comunes, dado que si las mismas fuesen acordadas por mayoría, el disidente, o si se prefiere, el renunciante a la innovación, de conformidad con lo prevenido en el artículo 10, II, y siempre, claro es, que los gastos excedan del importe de una mensualidad ordinaria, no viene obligado a contribuir al costo de su implantación y mantenimiento.

c) Cuando la renuncia al uso y disfrute haya sido aprobada por unanimidad en junta de propietarios, siempre que el acuerdo se extienda a la exención del gasto del servicio o elemento a cuyo uso y disfrute se ha renunciado.

Por último, vamos a hacer una referencia al supuesto de simple no uso de algún elemento común. La regla general, como ya hemos indicado, es que todo propietario de piso o local sito en edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal viene obligado a contribuir con arreglo a su cuota a los gastos comunes. Por tanto, el mero 'no uso' no exime de dicha contribución. Sin embargo, el carácter de necesidad atenuada de las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, y muy especialmente la concesión que a la voluntariedad se contiene en el artículo 5, III, de la misma autorizan a que, bien en los estatutos, bien por acuerdo adoptado por unanimidad, el no uso de ciertos elementos y servicios comunes tengan repercusión en los gastos de su mantenimiento y conservación, pudiendo eximirse, por tanto, al propietario que 'no use' de contribuir al gasto correspondiente.

Para que ello tenga efectividad es necesario que la exención esté contenida en los estatutos o que haya sido acordada en junta de propietarios por unanimidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, 1.ª, en relación con este párrafo.»

En particular, debemos destacar como merece lo que dice este autor en nota a pie de página (13), ya que parece redactada teniendo en mente un caso como el que nos ocupa en este dictamen. Dice así esa nota:

(13) *Ob. cit.*, pág. 277, nota 36.

«Por lo que a este aspecto se refiere, ha de repetirse que si los estatutos hubieren sido redactados por el promotor-constructor-vendedor una vez iniciada la venta por pisos del edificio en cuestión unilateralmente y, por tanto, sin contar con los adquirentes de pisos o locales aun cuando fuere uno solo, ni los estatutos ni, por tanto, la exención tienen validez, como ha declarado el Tribunal Supremo.»

En suma, y para concluir este apartado, las opiniones vertidas en estos trabajos nos reafirman en nuestra opinión contraria a la cláusula tantas veces mencionada. Y más si se tiene en cuenta que todas las opiniones recogidas (salvo la última) fueron emitidas antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y de la legislación que desarrolla su artículo 51. Lo que nos conduce ya al apartado siguiente.

TERCER GRUPO DE RAZONES

Si alguna duda existía hasta aquí, las razones de este tercer grupo nos inclinan ya decididamente por la postura contraria a las cláusulas que nos ocupan. Y tales razones encuentran su base en dos principios de nuestro ordenamiento, que son los que recogemos a continuación.

A) *El principio contrario al abuso de derecho*

El título preliminar del Código Civil tiene, como es bien sabido, valor «quasi-constitucional». Por tanto, sus normas se proyectan sobre todos los sectores de nuestro ordenamiento, tanto privado como público. Pues bien, dentro del título preliminar tenemos el artículo 7, 2, que dispone:

«La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas *judiciales* o *administrativas* que impidan la persistencia en el abuso.»

A la vista del precepto, creemos que el caso que nos ocupa encaja perfectamente dentro de su *tatbestand* o supuesto de hecho. En efecto, como dice DE CASTRO (14), tres son los elementos esenciales del abuso de derecho:

(14) DE CASTRO: «El ejercicio de los derechos», en su obra *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 140. La aplicabilidad del abuso de derecho a la propiedad horizontal es admitida (¿podría alguien sostener lo contrario?) explícitamente por FUENTES LOJO, *ob. cit.*, pág. 99.

- a) *Uso de un derecho objetivo o externamente legal*: El derecho del propietario único-promotor-constructor y vendedor a realizar por sí solo la declaración de obra nueva, con redacción de los Estatutos por los que se ha de regir la propiedad horizontal.
- b) *Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica*: El de los futuros propietarios de las viviendas integradas en la propiedad horizontal.
- c) *Inmoralidad o antisociabilidad de ese daño, manifestada en forma objetiva o bajo forma objetiva*: En este caso el dato es objetivo: el daño que sufren los compradores de viviendas.

A la misma conclusión se llega siguiendo el tenor literal del artículo 7, 2, ya que nos hallamos en presencia de un acto jurídico que:

- *Por la intención de su autor*: El propósito de la entidad promotora de librarse de unos gastos que, en principio y por razón de propiedad, le corresponden.
- *Sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho*: Entendiendo en este caso que el derecho cuyos límites sobrepasa la sociedad promotora es el de otorgar ella la declaración de obra nueva.

Que hacerla le corresponde a ella es cuestión no discutible. Mas la introducción de una tal cláusula compromete inequitativamente el *status* jurídico-real de todas las viviendas del edificio; y ello, sin ninguna base real (*ex re*), sino sólo en atención a privilegios personales (*ex personae*). Y ahí es precisamente donde se sobrepasan los límites normales del ejercicio del derecho a declarar la obra nueva.

- *Con daño para tercero*: Dicha cláusula produce un resultado tan favorable para la sociedad como perjudicial para los restantes propietarios futuros de viviendas, y además perfectamente valuable: la mayor contribución a los gastos comunes que deben realizar los demás propietarios. Hay un traslado o repercusión de la carga económica que suponen los gastos comunes del edificio.

Como se ve, dada la concurrencia de todos los elementos prevenidos en el artículo 7, 2, resulta clara —a nuestro juicio— la existencia de un abuso de derecho, derivado de la predisposición del contenido contractual de las futuras compraventas, con carácter unilateral.

Podría pensarse que es objeción a este planteamiento la dicción final del precepto, cuando afirma la necesidad de medidas «judiciales y administrativas» que impidan la persistencia en el abuso. En relación con ello, no nos cabe la menor duda de que el Notario carece de la

auctoritas judicial, así como de la *potestas administrativa*, por lo que una interpretación literalista del artículo 7, 2, excluiría al Notario de la lucha contra el abuso del derecho que en dicho precepto se contiene.

Sin embargo, si atendemos a la interpretación espiritualista o finalista que imponen los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, a la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas» del artículo 3, 1, del mismo y, sobre todo, al juicio de legalidad que debe desplegar el Notario con carácter previo al ejercicio de sus funciones (art. 145 RN), nos inclinamos a sostener que éste debe colaborar asimismo en la evitación del abuso del derecho, que en nuestro ordenamiento tiene el carácter de auténtico principio general del Derecho.

No en vano el juicio notarial de legalidad debe atender tanto a la Ley como a la costumbre como a los principios generales del Derecho, únicas fuentes admitidas en nuestro sistema de acuerdo con el artículo que inicia nuestro Código Civil. Y entre los principios se halla, como creemos haber recordado, la evitación del abuso del derecho.

Es cierto que muchas veces no le será posible al Notario la lucha contra ese abuso de derecho, que ni siquiera llegará a percibir (así, cuando una escritura *per se* inobjetable sea una simple pieza aislada en un mecanismo de abuso más complejo). Mas en aquellos casos en que le sea preceptible, debe tratar de evitarlo, como sucede en el caso que nos ocupa, en el que se puede evitar el abuso de derecho que se cometería en las enajenaciones posteriores mediante un «filtro» adecuado de la declaración de obra nueva.

Nos reafirma en esta opinión las consecuencias que tendría la contraria: el Notario no puede contemplar impasible situaciones de abuso de derecho que se sucedan indefinidamente ante él, tranquilizando su ética profesional y su conciencia con la idea de que los Tribunales y la Administración lucharán contra ese abuso.

Resultaría paradójico que el abuso de derecho quedara extirpado de los ámbitos judicial y administrativo (o, al menos, pudiera ser combatido en ellos) y, sin embargo, circulara como «moneda corriente» en la contratación no patológica, que es la notarial; es decir, en la normalidad de la vida de los derechos. Sería tanto como convertir el «Notaría abierta, Juzgado cerrado» de JOAQUÍN COSTA en «Notaría abierta, ante-sala del Juzgado» (15).

(15) Ello produciría el efecto de traslado a los instrumentos públicos notariales de la «Ley de Gresham» de la economía, que se condensa en la famosa frase de que «la moneda mala sustituye, en la circulación, a la buena». O lo que sería su equivalente, «las cláusulas abusivas expulsarían, en el tráfico jurídico, a las equitativas».

B) *La legislación de defensa de los consumidores*

Desde hace unos años podemos hablar en nuestro ordenamiento de otras normas, que hemos de tener muy en cuenta en la cuestión dictaminada. Nos referimos a las normas nacidas al calor del artículo 51 de la Constitución de 1978, que persiguen la protección y defensa de los consumidores. Es básico el artículo 51 de la Constitución en su apartado:

1. «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los *legítimos intereses económicos de los mismos*» (16).

Este artículo —ha dicho A. BERCOVITZ (17)— ha venido a reconocer al más alto nivel los derechos que con carácter general se considera que deben tener los consumidores y su efecto fundamental radica, según el artículo 53, 3, de la propia Constitución, en que su contenido se constituye en principio que ha de inspirar las nuevas leyes que se promulguen y también la actuación de las autoridades y los Tribunales. Por supuesto, añadimos nosotros, este principio ha de inspirar también la reinterpretación de las leyes ya citadas en el sentido de mayor protección al consumidor.

Pues bien: a la vista de estos artículos 51, 1, y 53, 3, de la Constitución no nos cabe la menor duda de que puede hablarse en nuestro Derecho de un principio constitucional de protección a los consumidores, incardinable —dentro de la clasificación trimembre de FEDERICO DE CASTRO entre principios de Derecho natural, principios tradicionales y principios políticos (18)— entre estos últimos, es decir: nos hallamos ante un principio general de Derecho del tipo de los llamados políticos (en el sentido más jurídico del término, tal y como lo entiende DE CASTRO).

Y en aplicación de esos artículos constitucionales se ha dictado la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, LCU), de 19 de julio de 1984, que trata de irradiar ese princi-

(16) De este precepto se ha dicho que «es una norma importantísima, que condicionará en el futuro amplios sectores de la legislación como normativa de los actos mixtos, de relación entre empresarios y consumidores». VICENT CHULIÀ: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo I, 2.ª ed., Librería Bosch, Barcelona 1986, pág. 10.

(17) A. BERCOVITZ: «La protección de los consumidores en el Derecho español», en la obra escrita en colaboración con su hermano R. BERCOVITZ: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987. Las palabras citadas en pág. 95.

(18) FEDERICO DE CASTRO: *Derecho civil de España*, tomo I, 2.ª ed., IEP, Madrid, 1949, págs. 421 y sigs.

pio general del Derecho a los sectores que se han estimado más necesitados de él.

Pero continuemos con su valor como principio general de nuestro Derecho, pues ello constituye una afirmación esencial. Implica que el criterio de defensa del consumidor no queda reducido a un espacio jurídico acotado y cerrado dentro de nuestra legislación, inconexo y aislado de cualesquiera otros sectores tradicionales. No. No se trata de añadir (por decirlo académicamente) una nueva lección a las ya abundantes explicaciones que hoy deben realizarse en las aulas de nuestras Facultades de Derecho, como si se tratara de una episódica moda jurídica (que también las hay). Muy al contrario, su conceptualización como principio general de Derecho implica reconocer su fuerza operativa en todos los sectores de nuestro ordenamiento jurídico, al modo de un potente haz de luz que se proyecta sobre una realidad hasta entonces sólo iluminada por otros focos, permitiendo ver facetas antes sólo vistas en penumbra, cuando no abandonadas a la más absoluta oscuridad. El criterio de defensa del consumidor pasa así a ser como un pigmento que debe teñir, colorear o impregnar todo el sistema. Continuando con el ejemplo académico, no se trata de añadir una nueva lección, sino de re-escribir todas las ya escritas, tomando en cuenta esa nueva orientación.

Y así, sin ninguna pretensión de exhaustividad, pueden mencionarse figuras muy diversas que en el futuro recibirán el beneficioso influjo del principio de defensa del consumidor, como la materia de competencia desleal, la publicidad comercial, la responsabilidad extracontractual (sobre todo la llamada responsabilidad del fabricante), las ventas ambulantes, a domicilio, por correo o con sorteos, las copraventas de bienes muebles, bien pagadas en el acto, bien a plazos (fundamentalmente la Ley de 17 julio 1965); el arrendamiento urbano (19), toda la materia de préstamos —especialmente los préstamos bancarios, hipotecarios o no— el transporte en todas sus modalidades (sobre todo el transporte de personas), todo el sector de seguros, la total actividad bancaria, el *leasing* mobiliario o inmobiliario, etc... Incluso se habla de los derechos humanos o de la personalidad (20).

Además de su influencia en sede de ineficacia e interpretación de los contratos en general, así como de la responsabilidad por los tratos preliminares a la perfección de los mismos o culpa *in contrahendo*. Y las

(19) V. GARCÍA CANTERO: «El contrato de arrendamiento urbano y la Ley del Consumidor», AC, núm. 40, 1987, págs. 2431-2443. No así el arrendamiento rústico, ya que en éste el posible consumidor no es tal desde el momento en que la Ley de Arrendamientos Urbanos exige ser profesional de la agricultura (art. 14).

(20) Así, M. ANGELES PARRA LUCÁN: «La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios bajo la óptica de los derechos de la personalidad», AC, núm. 7, 1988, págs. 401-413.

consiguientes imbricaciones del tema con la Comunidad Económica Europea y las Comunidades Autónomas.

Pues aunque a muchos extrañe, un sector que también se va a ver coloreado por este nuevo «pigmento jurídico» será sin duda el de la contratación sobre bienes inmuebles. Singularmente, la contratación «en masa» sobre bienes inmuebles, por la incidencia que sobre ella tendrá la problemática de las condiciones generales de contratación. Veamos cómo.

La aplicabilidad de la LCU a la contratación sobre inmuebles no plantea la más leve duda: el propio legislador ha querido disipar las que pudieran surgir, incluyéndolas *expresis verbis* en el artículo 1, 2, de la Ley:

«A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, *bienes muebles o INMUEBLES*, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.»

Y no podemos sino sumarnos a la opinión de A. BERCOVITZ cuando considera «un acierto la mención expresa de los bienes inmuebles» (21).

Esta aplicabilidad se extiende a toda contratación inmobiliaria, y en consecuencia también (y muy especialmente, decimos nosotros) a la contratación en masa. Estamos pensando, básicamente, en una figura que ha devenido masiva en nuestro país: la propiedad horizontal. Y por analogía con ella, las urbanizaciones privadas (22). Incluso en otra figura novísima, que aún carece de toda reglamentación en nuestro Derecho: la multipropiedad, que precisamente se está dando a conocer a círculos cada vez más amplios de personas como consecuencia de los abusos que a través de ella se están realizando (23).

(21) A. BERCOVITZ: «Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la LCU», en A. y R. BERCOVITZ: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Ed. Tecnos, 1987. Las palabras citadas, en pág. 134.

(22) La contemplación de las urbanizaciones a través del prisma analógico de la propiedad horizontal tiene perfecto acomodo, a nuestro juicio, en el artículo 4, 3. del Código Civil. Y son muchos los autores que se han manifestado partidarios de esta extensión. Así, SAPENA: «Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas», *RDN*, núm. 57-58, pág. 96; CHINCHILLA: «La parcelación de fincas rústicas con fines urbanísticos y sus problemas», *RDEA*, 1966, págs. 131 y sigs.; CAMY, *RDP*, junio 1971; ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 7.ª ed., III, págs. 431 y sigs., Ed. Bosch, Barcelona, 1979; CHICO: «Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1971, págs. 481-529; GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, 5.ª ed., tomo I, Madrid, 1988, pág. 630. Amén de una abundante y consolidada jurisprudencia.

(23) Sobre la multipropiedad, véase LORA-TAMAYO: «La multipropiedad», *Noticias CEE*, núm. 15, abril 1986, págs. 75-81. Y del mismo autor: «Eficacia en España de documentos formalizados en países extranjeros», en el libro que recoge las *Ponencias al III Congreso Nacional del Notariado Español*, Junta de Decanos

Por todo lo cual, podemos considerar consumidores, a los efectos de la LCU, no sólo a los adquirentes de viviendas de que habla A. BERCOVITZ (24), sino también a los de parcelas integradas en una urbanización, así como a los adquirentes de un inmueble en régimen de multipropiedad.

Centrado así su ámbito de aplicación inmobiliaria, veamos ahora en qué medida les afectan las Condiciones Generales de Contratación (en lo sucesivo, CGC) (25). Es esta una materia que en modo alguno puede considerarse ajena al Notariado desde el momento en que el artículo 147 *in fine* del Reglamento Notarial las ha incorporado a su texto.

de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1988, págs. 177-213, especialmente páginas 207 y sigs.

Ver también E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES: *Soluciones notariales al llamado fenómeno de la multipropiedad o propiedad a tiempo compartido*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1987. XAVIER O'CALLAGHAN: «La multipropiedad», AC, núm. 27, 1987, págs. 1663-1680. CALO-CORDA: *La multipropiedad*, EDESA, Madrid, 1985. Y el total contenido del número 135 de la *Revista de Derecho Notarial*, cuya sección doctrinal se dedica íntegramente al tema de la multipropiedad.

No debemos pasar de largo sin reflexionar sobre la experiencia actual de la multipropiedad: cuando las grandes sociedades multinacionales (especialmente inglesas) han querido abusar de los particulares y, por ende, del sistema jurídico español, han evitado premeditada y alevosamente la escritura pública, sirviendo el documento privado de solar idóneo sobre el que levantar sus abusos. Y el primer sector social y profesional —antes incluso que el Fisco— que ha alzado su voz y su esfuerzo contra tales abusos ha sido precisamente el Notariado. Así, la III Jornada Notarial Iberoamericana (Palma de Mallorca, junio de 1987) dedicó su ponencia íntegramente a la multipropiedad.

(24) A. BERCOVITZ, *ob. cit.*, pág. 134. Aquí habría que incluir también a los adquirentes de plazas de garaje para uso particular. No, por contra, a los adquirentes de plazas de garaje con fines comerciales. Ni, por supuesto, a los adquirentes de locales comerciales.

(25) En este tema es fundamentalísima e imprescindible la aportación del profesor FEDERICO DE CASTRO. Tratar de encontrar algún trabajo específico que canalice y compendie las ideas del desaparecido profesor en este campo de la lucha contra los abusos de los profesionales de la *lex mercatoria* es casi una ofensa para la memoria del maestro, pues toda su obra rezuma esa idea, verdadera *Weltanschauung* de su monumental obra jurídica. Como no podía ser de otra forma, dada su concepción principal del Derecho, centrada en la persona y en la evitación de los abusos mediante la realización de la justicia.

Así, comenzando con su «Derecho civil de España», IEP, Madrid, 1949, tomo I, páginas 335-337, debe seguirse con el capítulo primero de «El negocio jurídico», INEJ, Madrid, 1971, págs. 11-51, que establece la doctrina general de la autonomía privada.

Y entre los trabajos monográficos, son de destacar:

- «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1975 (publicado antes en ADC, 1961, págs. 295 y sigs., y que constituyó su discurso de ingreso en la RAJL).
- «Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de Ley Uniforme sobre la Venta», ADC, 1958, págs. 1003-1040.
- «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley», ADC, 1977, páginas 809-855.

Y en torno a ellas, la mejor doctrina notarialista ha efectuado un importante esfuerzo constructivo, especialmente con ocasión del XVI Congreso Internacional del Notariado Latino (26).

Pues bien: la LCU define dichas condiciones generales en su artículo 10, 2:

«A los efectos de esta Ley, se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.»

A nosotros no nos cabe duda de que la cláusula que nos ocupa se puede subsumir en la definición de la LCU, ya que:

- Es una cláusula redactada por una empresa precisamente al otorgar la declaración de obra nueva, que es un acto jurídico *unilateral* y *configurador*. Precisamente por su carácter configurador, se aplica inequívocamente en los posteriores contratos de compraventa que la sociedad otorgue. Vistas así las cosas, no nos cabe duda de que en la declaración de obra nueva se sientan las bases de una contratación en masa o en serie.
- Dicha aplicación no puede ser evitada por los futuros adquirentes de viviendas, si éstos en verdad quieren ser sus dueños.

-
- «El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*», ADC, 1979, págs. 619-725.
 - «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», ADC, 1982, págs. 987-1086.

Sobre esta aportación del profesor DE CASTRO pueden consultarse los siguientes trabajos, todos ellos contenidos en el fascículo III de 1983, correspondiente al *Anuario de Derecho Civil* (y que fue publicado como homenaje a su fundador):

- AMORÓS GUARDIOLA: *Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro*, págs. 1129-1147.
- CABANILLAS SÁNCHEZ: *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor*, págs. 1191-1206.
- FIGA FAURA: *El profesor Federico de Castro y el Derecho mercantil*, páginas 1321-1325.
- DE LOS MOZOS: *Aproximación metodológica a la obra de Federico de Castro*, págs. 1547-1566.

Debe consultarse también el libro de GARCÍA AMIGO: *Condiciones generales de la contratación*, Edersa, Madrid, 1969. Y su artículo: «La relación contractual de transporte entre las agencias y sus usuarios: Legislación y condiciones generales de la contratación», *RDM*, núm. 94, 1964, págs. 311 y sigs. Aunque en sentido colateral, pueden verse algunas de las observaciones contenidas en otro libro suyo: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1965.

(26) V. A. RODRÍGUEZ ADRADOS, L. ROJAS MONTES e I. SOLÍS VILLA: «Necesidad social de la imparcialidad del redactor del contrato», ponencia de la Delegación española al tema III, *RDN*, núm. 116, 1982, págs. 227-402, especialmente págs. 367 y sigs.

Creemos demostrado con ello que esta cláusula resulta abusiva, ya que establece una posición de ventaja económica en beneficio de una de las partes —la sociedad promotora—, determinada unilateralmente por ella misma, seguida de la correlativa posición de desventaja para los «consumidores de bienes inmuebles», y que carece de «causa» justificadora (en el sentido más jurídico del término).

Pues bien, respecto a estas cláusulas abusivas, el legislador establece la sanción de nulidad de pleno derecho, teniéndolas por no puestas (artículo 16, 4, LCU). Es decir: nulidad parcial en base al tradicional «utile per inutile non vitiatur». Y si la cláusula es nula de pleno derecho, creemos que el Notario debe negarse a autorizar la escritura que contenga una tal cláusula, en base a lo que dispone el tantas veces mencionado artículo 145 del Reglamento Notarial:

«... El Notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial cuando, a su juicio..., el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes...»

Como se ve, el camino seguido —*contratación sobre inmuebles-CGC-LCU-artículo 145 del Reglamento Notarial*— nos conduce inexorablemente a una respuesta única: el Notario, que debe actuar en todo caso «conforme a las leyes» (art. 1 Ley Orgánica del Notariado), debe ajustarse en primerísimo término a la Constitución y a la LCU de 19 de julio de 1984, dictada en aplicación de aquélla.

Desde la entrada en vigor de la Constitución, inexcusablemente debe atenderse al criterio de defensa del consumidor que inspira nuestro sistema. De tal manera que si antes de ella podían desatenderse a nivel jurídico (distinto del nivel político, por supuesto) consideraciones de esta naturaleza, desde su entrada en vigor hay que tenerlas muy en cuenta, dado que incluso constituyen un principio general de nuestro Derecho. Al Notario también le concierne la afirmación de que «es preciso que el intérprete —Juez o jurista en general— oriente la interpretación bajo una inspiración constitucional» (27).

Porque si la doctrina civilista y mercantilista puede discurrir largamente sobre el lugar sistemático que la LCU debe ocupar en nuestro ordenamiento y las funciones que en él tiene encomendadas, en el ámbito notarial no nos cabe duda de que una función capital de la misma es la de recoger con presteza las aspiraciones y metas de la sociedad

(27) XAVIER O'CALLAGHAN: «Incidencia de la Constitución en la aplicación del Derecho civil», AC, núm. 1, 1988, págs. 1-7. Las palabras mencionadas, en página 6. Insiste en la misma idea en la pág. 7, cuando afirma que «todo jurista, pues, debe interpretar las normas de acuerdo con la Constitución y con los principios que en ésta se inspiran».

a la que sirve como vehículo de su libertad civil (28), rellenando de contenido tangible y concreto el fundamentalísimo deber de imparcialidad del Notario (29). Y es en aplicación de aquel principio y de este deber por lo que —creemos nosotros— el Notario *debe* denegar la autorización de cualquier escritura pública que contenga una cláusula como la que nos ocupa.

La postura que defendemos supone incorporar al Notario al tren imparable de la protección de los consumidores, de manera que junto al control administrativo y judicial exista también un control notarial, el que deriva de la intervención de un funcionario competente, justo y responsable, que por la propia esencia de su misión deba ayudar a las partes a conseguir el resultado que pretenden por el medio mejor, que es siempre el más corto, seguro y económico (30).

Si el Notario está en el lugar que le ha asignado la sociedad, es precisamente porque nunca se ha resignado a ser el furgón de cola. Antes al contrario, siempre ha sido abriendo brecha en el progreso jurídico. Recuérdese la sociedad de responsabilidad limitada, el usufructo universal de viudedad, las cláusulas estatutarias de restricción a la libre transmisión de las acciones de una sociedad anónima. Y en la hora presente, las urbanizaciones privadas, la multipropiedad, la defensa del consumidor de inmuebles, etc...

Todo lo cual hace que la colaboración que el Notario presta a la

(28) El entendimiento del Notario como vehículo principalísimo e imprescindible de la libertad civil de los ciudadanos nos parece un enfoque extraordinariamente fecundo, muy especialmente a partir de los mimbres que proporciona la Constitución de 1978. Porque no nos cabe duda de que la libertad civil de los ciudadanos encuentra el camino recto para su realización a través del Notario: hay otros caminos, pero tortuosos: uno es patológico: el judicial; otro es intervencionista y fiscalizador: el administrativo. Pero éste es un punto que rebasa con mucho los límites del presente Dictamen.

(29) El deber de imparcialidad del Notario, de tan extraordinaria importancia en la realidad de nuestros despachos de cada día, casi va elíptico en nuestro Reglamento Notarial, que sólo alude a él —y como de pasada— en el artículo 147. Sobre él, es fundamental el trabajo de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: «El deber de imparcialidad del Notario», en el volumen *Jornadas Notariales de Poblet*, años 1962-1971, Colegio Notarial de Barcelona, 1974, págs. 145-193.

(30) SAPENA, Cerdá Bañuls y Garrido Palma: *Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores*, ponencia de la Delegación española al XIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Barcelona, 1975. Ponencia recogida en la obra publicada por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España: *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Barcelona, 1975, tomo IV, páginas 11-139 (las palabras citadas, en pág. 103).

Esta ponencia se incardina, a nuestro juicio (y con varios años de anticipación), en la misma línea del presente Dictamen, postulando un control notarial no exigido *expresis verbis* en la legislación positiva sectorial. Por contra, GARCÍA AMIGO (*Condiciones generales de los contratos*, Edersa, Madrid, 1969, págs. 174 y sigs.) desconoce la fuerza que puede tener este control notarial de las CGC y postula sólo controles judiciales, administrativos y legales.

legislación de defensa de los consumidores no quede reducida, dentro de la esfera de la contratación en la normalidad de la vida, a bellas palabras inanes. Si como ha dicho GARCÍA CANTERO «el panorama que ofrece la LCU es vacilante e inseguro; apenas si se ha iniciado su invocación ante los Tribunales; hay grandes dudas interpretativas que no ha resuelto de modo unánime la doctrina» (31), sólo una firme defensa de esta legislación por parte del Notario logrará una implantación y enraizamiento social de la nueva normativa. Implantación que será mucho más lenta y dificultosa si sólo se acude para ello a otras vías.

Y no sólo somos nosotros los que propugnamos esta postura beligerante del Notario (no se olvide: tan profesional del Derecho como funcionario público; y ambas facetas indisolublemente unidas) en pro de la legislación de defensa de los consumidores. También RODRIGO BERCOVITZ lo propugna cuando afirma:

«En todo esto yo creo que, como en tantas otras ocasiones y en tantas otras materias, los Notarios tienen una función importante de protección del consumidor.»

«Aprovecho para abundar en una recomendación que en otras ocasiones he señalado: la conveniencia de realizar todos los contratos sobre viviendas directamente en escritura pública. Ya sé que eso automáticamente plantea problemas en relación con el tema de los impuestos. Pero, en definitiva, la escritura pública proporciona una buena protección al adquirente, y es una pena que se prescinda de ella frecuentemente sin motivo alguno» (32).

Semejante propuesta nos parece digna de la mayor receptividad, lo que sobre redundar en provecho de los consumidores y del bien ganado prestigio notarial, disipará los recelos, suspicacias o alusiones indirectas que recoge el mismo R. BERCOVITZ cuando afirma, en otro párrafo de esa misma página:

«Como ven ustedes (se está refiriendo al art. 147 del Reglamento Notarial) —otra cosa es que los Notarios cumplan siempre fielmente con este precepto—, les impone una obligación de información jurídica de ambas partes y, consecuentemente, de la parte habitualmente más débil del consumidor, en relación con todo tipo de contratación, por lo que a nosotros nos incumbe, en relación con contratación de vivienda. No hay que olvidar que muchas veces quien designa al Notario es la empresa inmobiliaria y éste, como es lógico, tiene que cuidar a sus clientes. Las cosas son así.»

La velada —y no tan velada— crítica que denotan estas palabras debe tratar de ser eliminada en sus raíces. Y para ello, somos de la

(31) GARCÍA CANTERO: «El contrato de arrendamiento urbano y la Ley del Consumidor», AC, núm. 40, 1987, pág. 2439.

(32) R. BERCOVITZ: «La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la LCU», en la obra escrita en colaboración con su hermano ALBERTO, antes citada: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987 (las palabras citadas, en pág. 258).

opinión de que el Notariado se debe incorporar al tren —imparable, por otra parte— de la protección y defensa de los consumidores. Sin ejercer, por supuesto, ningún tipo de funciones judiciales ni hacer uso de potestades administrativas; mas circunscrita a su ámbito natural, debe asumirse sin reservas.

III. CONCLUSIONES

Como resulta de lo expuesto, el presente dictamen puede compendiarse en una simple respuesta a la consulta formulada: la negativa rotunda. Y ello por cuatro motivos fundamentales:

Primero.—Por la situación de abuso y prepotencia económica que produce, contraria a toda idea de justicia y equidad.

Segundo.—Por estar abiertamente en contradicción con la regla 5.^a del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el último párrafo de ese mismo artículo. Ambos, a nuestro juicio, preceptos de carácter imperativo.

Tercero.—Por sentar las bases documentales que posibilitan un claro abuso de derecho contrario a lo dispuesto en el artículo 7, 2, del Código Civil.

Cuarto.—Por oponerse frontalmente al criterio constitucional y legal de protección y defensa del consumidor, que el Notario no puede obviar en ningún caso a la hora de formular el juicio previo de legalidad que el artículo 145 del Reglamento Notarial le impone.

Tal es nuestro dictamen, que sometemos gustosamente a cualquier otro parecer **mejor fundado**.

ALBERTO SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna
Notario