



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Los supuestos juicios de equidad de la ley de propiedad horizontal

Fernando Garriga Ariño

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO
PROCESAL. SECCIÓN DE DERECHO PROCESAL.
UNIVERSIDAD DE BARCELONA



Programa de doctorado de Derecho Procesal: bienio 1995-97.

**LOS SUPUESTOS JUICIOS DE EQUIDAD DE LA LEY DE
PROPIEDAD HORIZONTAL**

Para optar al título de doctor en Derecho Procesal

DOCTORANDO: D. FERNANDO GARRIGA ARIÑO

DIRECTOR: DR. D. MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

TUTOR DE DOCTORADO: DRA. D^a. MARIA VICTORIA BERZOSA
FRANCOS

BARCELONA. MARZO DE 1999.



ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
ABREVIATURAS UTILIZADAS	7
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO PRIMERO.....	15
NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EN PROPIEDAD HORIZONTAL.....	15
1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y SITUACIÓN ACTUAL.	15
a) Situación anterior a 1939.....	16
b) La reforma de 26 de octubre de 1939.....	23
c) La reforma de 21 de julio de 1960.....	33
2. NATURALEZA JURÍDICA.	39
a) La propiedad horizontal como servidumbre.	40
b) La propiedad horizontal como derecho de superficie.	42
c) Teorías comunitarias.	43
c.1. Comunidad romana.....	44
c.2. Comunidad romana con caracteres de la germánica.	50
c.3. Paso intermedio entre la comunidad de bienes y los entes autónomos.....	51
d) La propiedad horizontal como estructura de sociedad o asociación.	54
e) La propiedad horizontal como forma de copropiedad.....	60
f) La propiedad horizontal como derecho de propiedad <i>sui generis</i> de tipo complejo.	65
g) La propiedad horizontal como régimen jurídico inmobiliario.	70
3. LA FALTA DE PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.	77
a) La falta de personalidad jurídica.	77
b) Efectos procesales.	94

b.1. La problemática de la parte procesal: capacidad para ser parte y capacidad procesal.....	94
b.2. La representación del presidente de la comunidad.....	99
b.3. Especial referencia a la asistencia jurídica gratuita y a las acciones posesorias.....	103
b.3.1. La asistencia jurídica gratuita.....	103
b.3.2. Acciones posesorias.....	105
b.4. Efectos de las resoluciones judiciales contrarias a la Comunidad sobre el patrimonio de los comuneros.....	108
4. PRESUPUESTOS DE ACTUACIÓN DE LA COMUNIDAD.....	114
a) Momento de su nacimiento.....	115
a.1. El título constitutivo. En especial: su inscripción en el Registro.....	115
a.1.1. La prehorizontalidad.....	127
a.1.2. El título constitutivo y los contratos de adhesión.....	131
a.2. Los estatutos de la comunidad.....	139
a.2.1. Redacción de los estatutos y autonomía de la voluntad. En especial: su inscripción en el Registro.....	139
a.2.2. Diferencia respecto del título constitutivo y los reglamentos de régimen interior.....	147
b) Los órganos de la comunidad.....	151
b.1. La junta; sus facultades.....	155
b.2. El régimen especial de administración del artículo 398 CC.....	164
b.3. El secretario.....	166
b.4. El presidente, el vicepresidente y el administrador.....	170
CAPÍTULO SEGUNDO	173
EL CONCEPTO DE EQUIDAD.....	173
1. ANTECEDENTES HISTÓRICO-FILOSÓFICOS DEL CONCEPTO DE EQUIDAD.....	174
a) La filosofía griega y el concepto de <i>epiqueya</i>	176

b) La <i>aequitas</i> y el Derecho romano.	178
c) Confluencia de la <i>epiqueya</i> aristotélica, <i>aequitas</i> romana y doctrina de los Padres de la Iglesia en la formación de la equidad canónica.	182
d) El concepto de equidad en el <i>Decretum</i> de Graciano.	185
e) Desarrollo del concepto desde los Decretistas hasta Santo Tomás de Aquino.	187
f) La equidad y la <i>epiqueya</i> en Santo Tomás de Aquino.	190
g) La equidad en la doctrina de los Decretalistas y la formación del <i>ius commune</i>	191
h) El concepto de equidad en el Renacimiento.	193
i) La evolución del concepto de equidad desde el Renacimiento hasta la actualidad.	194
j) Relación de los conceptos de equidad y equidad canónica en la actualidad.	196
2. EL MODERNO CONCEPTO DE EQUIDAD.	198
a) Diversas clasificaciones de la equidad.	198
b) La crisis del Derecho y el resurgimiento de la equidad.	203
b.1. La formación del juicio jurisdiccional.	209
b.1.1. Los juicios históricos.	210
b.1.2. Los juicios lógicos.	212
b.1.3. Los juicios de valor.	213
b.2. Diversas representaciones del juicio jurisdiccional: los juicios de Derecho y equidad.	215
c) La problemática ligada a la equidad.	219
c.1. La equidad general y la equidad particular.	222
c.1.1. La equidad general.	224
c.1.2. La equidad particular.	228
c.2. La equidad y el Derecho positivo.	233
c.2.1. La equidad sustitutiva.	234
c.2.2. La equidad integradora.	236
c.2.3. La equidad interpretativa.	240
c.2.4. La equidad y las lagunas del ordenamiento jurídico.	242
c.3. La equidad como fuente de Derecho.	243
3. LOS JUICIOS DE EQUIDAD.	246

a) Naturaleza jurídica de los juicios de equidad.....	246
a.1. Crítica de las posturas logicistas y eticistas sobre el juicio de equidad.....	246
a.2. La estructura del juicio de equidad.....	248
a.3. La jurisdiccionalidad de los juicios de equidad.....	256
b) El reconocimiento de la equidad y de los juicios de equidad en el ordenamiento jurídico español.....	266
b.1. Antecedentes históricos.....	266
b.1.1. Antecedentes remotos.....	267
b.1.2. De la codificación al momento actual.....	269
b.2. El artículo 3 del CC tras la reforma de 1974.....	272
b.3. En concreto; el reconocimiento de la equidad en la Ley de propiedad horizontal de 1960.....	277
CAPÍTULO TERCERO.....	287
NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS COMUNITARIOS.....	287
1. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y NO CONTENCIOSA.....	287
a) El concepto de jurisdicción voluntaria.....	289
b) Diversas clasificaciones de los expedientes de jurisdicción voluntaria.....	295
2. LA ADOPCIÓN JUDICIAL DE ACUERDOS COMUNITARIOS COMO EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA CONSTITUTIVA SUPLETORIA.....	300
3. NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN EQUITATIVA.....	312
CAPÍTULO CUARTO.....	317
SUJETOS DEL PROCESO.....	317
1. ÓRGANOS JURISDICCIONALES.....	317
a) Competencia judicial.....	317
a.1. Modelo legal.....	317
a.1.1. Competencia objetiva y funcional.....	318

a.1.2. Competencia territorial y el repartimiento de negocios.	325
a.1.3. Denuncia de la falta de competencia territorial.	336
a.1.4. El papel del Ministerio Fiscal.	345
a.2. Comparación con el modelo italiano.	350
b) Acumulación.	356
c) Arbitraje.	366
d) Crítica al sistema español. Atribución de <i>lege ferenda</i> de su conocimiento a órganos no jurisdiccionales.	381
2. LA REPRESENTACIÓN DE LA COMUNIDAD	387
a) Sus diversas proyecciones:	387
a.1. <i>Ad intra</i> y <i>ad extra</i>	387
a.2. En juicio y fuera de él.	390
b) El presidente de la comunidad.	393
b.1. Naturaleza del cargo.	393
b.1.1. Diversas teorías doctrinales y jurisprudenciales.	396
b.1.1.1. Representación legal.	397
b.1.1.2. Representación voluntaria o mandato.	402
b.1.1.3. Representación orgánica.	406
b.1.1.4. Representación mixta.	411
b.1.2. Ámbito de sus facultades. Límite a su representación.	415
b.1.3. La representación legal del presidente.	419
b.2. Requisitos necesarios para acceder al cargo.	422
b.2.1. La cualidad de propietario.	422
b.2.1.1. Posibilidad de delegación de las facultades presidenciales en un tercero.	430
b.2.1.2. Atribución a terceros del ejercicio de las facultades presidenciales en caso de vacancia, indisposición u oposición de éste.	431
b.2.2. El problema de la ganancialidad.	434
b.3. El poder a procuradores.	435
b.3.1. Requisitos de validez del poder a procuradores.	435

b.3.2. Vacancia en el cargo y vigencia del poder a procuradores.	438
b.4. La acreditación de la cualidad de presidente.	440
3. INTERESADOS EN EL EXPEDIENTE.	441
CAPÍTULO QUINTO.....	455
PROCEDIMIENTO	455
1. CARACTERÍSTICAS GENERALES.	455
2. POSTULACIÓN PROCESAL.	464
3. SUS DIVERSAS FASES.	470
a) Presupuesto de procedibilidad.	470
b) Forma y plazo de iniciación.	489
c) Admisión a trámite y citación de interesados.	506
d) El acto de comparecencia y los efectos de la eventual oposición.	517
e) La terminación del procedimiento.	542
e.1. Forma y plazo de la resolución.	542
e.2. Contenido de la resolución.	552
e.2.1 Pronunciamiento sobre el fondo. Especial referencia a la motivación y la congruencia.	553
e.2.2. Pronunciamiento sobre las costas.	564
e.3. Efectos de la resolución: la cosa juzgada formal y material. Especial referencia a la posibilidad de acudir a un juicio ordinario posterior.	577
e.4. Recursos contra la resolución. La apelación y la casación.	586
CONCLUSIONES	597
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA POR MATERIAS.....	605
BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA	653
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE INICIATIVAS LEGISLATIVAS PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LPH.	691

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA.VV.: Autores varios.

AC: Actualidad Civil.

ADC: Anuario de Derecho Civil.

Alcubilla: Jurisprudencia Alcubilla.

APA: Audiencia Provincial de Alicante.

APAB: Audiencia Provincial de Albacete.

APAL: Audiencia Provincial de Almería.

APB: Audiencia Provincial de Barcelona.

APBA: Audiencia Provincial de Badajoz.

APBI: Audiencia Provincial de Bilbao.

APBU: Audiencia Provincial de Burgos.

APC: Audiencia Provincial de La Coruña.

APCA: Audiencia Provincial de Cádiz.

APCC: Audiencia Provincial de Cáceres.

APCO: Audiencia Provincial de Córdoba.

APCR: Audiencia Provincial de Ciudad Real.

APCS: Audiencia Provincial de Castellón.

APCU: Audiencia Provincial de Cuenca.

APGC: Audiencia Provincial de Las Palmas De Gran Canaria.

APGI: Audiencia Provincial de Girona.

APGU: Audiencia Provincial de Guadalajara.

APGR: Audiencia Provincial de Granada.

APH: Audiencia Provincial de Huesca.

APHU: Audiencia Provincial de Huelva.

APJ: Audiencia Provincial de Jaén.

APL: Audiencia Provincial de Lleida.

APLE: Audiencia Provincial de León.

APLO: Audiencia Provincial de Logroño.
APM: Audiencia Provincial de Madrid.
APMA: Audiencia Provincial de Málaga.
APMU: Audiencia Provincial de Murcia.
APO: Audiencia Provincial de Oviedo.
APOR: Audiencia Provincial de Orense.
APPA: Audiencia Provincial de Palencia.
APPM: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.
APPO: Audiencia Provincial de Pontevedra.
APS: Audiencia Provincial de Santander.
APSA: Audiencia Provincial de Salamanca.
APSE: Audiencia Provincial de Sevilla.
APSG: Audiencia Provincial de Segovia.
APT: Audiencia Provincial de Tarragona.
APTE: Audiencia Provincial de Teruel.
APTF: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.
APTO: Audiencia Provincial de Toledo.
APV: Audiencia Provincial de Valencia.
APVA: Audiencia Provincial de Valladolid.
APVI: Audiencia Provincial de Álava.
APZ: Audiencia Provincial de Zaragoza.
APZA: Audiencia Provincial de Zamora.
ATAB: Audiencia Territorial de Albacete.
ATB: Audiencia Territorial de Barcelona.
ATBI: Audiencia Territorial de Bilbao.
ATBU: Audiencia Territorial de Burgos.
ATC: Audiencia Territorial de La Coruña.
ATCC: Audiencia Territorial de Cáceres.
ATGC: Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria.
ATGR: Audiencia Territorial de Granada.

ATM: Audiencia Territorial de Madrid.

ATNA: Audiencia Territorial de Pamplona.

ATO: Audiencia Territorial de Oviedo.

ATPM: Audiencia Territorial de Palma de Mallorca.

ATSE: Audiencia Territorial de Sevilla.

ATTF: Audiencia Territorial de Santa Cruz de Tenerife.

ATV: Audiencia Territorial de Valencia.

ATVA: Audiencia Territorial de Valladolid.

ATZ: Audiencia Territorial de Zaragoza.

Aut.: Auto.

BALCI: Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos inmobiliarios.

BJC: Boletín de Jurisprudencia Constitucional.

BIMJ: Boletín de Información del Ministerio de Justicia.

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

CC: Código Civil.

CCJC: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.

Cci: Codice Civile Italiano.

Circ.: Circular.

CPC: Codice di Procedura Civile.

CD: Colex Data.

CE: Constitución Española.

CL: Colección Legislativa.

DGRN: Dirección General de Registros y del Notariado.

FD: Fundamento de Derecho.

FJ: Fundamento jurídico.

IJ: Información Jurídica.

JC: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Secretaría del Tribunal).

JCRGLJ: Jurisprudencia civil de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

Juz.: Juzgado.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LH: Ley Hipotecaria.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LPH: Ley de Propiedad Horizontal.

PC: Propiedad y Construcción (Valencia).

RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

RDEA: Revista de Derecho Español y Americano.

RDMerc.: Revista de Derecho Mercantil.

RDNot.: Revista de Derecho Notarial.

RDPriv.: Revista de Derecho Privado.

RDProc.: Revista de Derecho Procesal.

RGD: Revista General de Derecho.

RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

RH: Reglamento Hipotecario.

RJ: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.

RJC: Revista Jurídica de Cataluña.

RL: Aranzadi Legislación.

RTC: Aranzadi Jurisprudencia constitucional.

Rev.: Revista.

St.: Sentencia.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

T.: Tomo.

TSJNA: Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Vol.: Volumen.

INTRODUCCIÓN

No obstante la ya prolongada vigencia temporal de la LPH de 21 de julio de 1960, son múltiples los problemas que, relacionados con la actuación cotidiana de las “comunidades de propietarios en propiedad horizontal”, se presentan a los diversos operadores jurídicos. La causa de los mismos no responde, no obstante, a una razón única; son varios y muy diversos los factores que convergen y que llevan a esa consecuencia.

El primero y más importante se encuentra en la evidente carencia de técnica legislativa que demostró el legislador de 1960. Éste, preocupado por conseguir la efectiva implantación social de este régimen de propiedad urbana, olvida que la prosecución de un fin nunca puede alcanzarse con dejación de los conceptos dogmáticos elaborados por la doctrina y jurisprudencia científicas. La consecuencia de una tal actuación no puede ser otra que la generación de contradicciones internas en la propia Ley que, además, conviven con evidentes lagunas en la regulación de aspectos fundamentales de la institución.

No todas las críticas pueden, no obstante, recaer sobre el legislador. La jurisprudencia de nuestro país es, en gran medida, y entre tanto no se proceda a una modificación legislativa correctora de los defectos que la práctica se ha encargado de poner de manifiesto, la culpable de no haber sabido atajar los problemas que genera la aplicación de la Ley. Muy al contrario, el papel de los Tribunales y, concretamente del Tribunal Supremo, se ha mostrado altamente perturbador. Éstos, por más de no haber conseguido dar respuesta satisfactoria a la mayoría de problemas generados por la defectuosa regulación contenida en la LPH, han generado otros nuevos de más difícil solución que los anteriormente citados. Y decimos de más difícil solución por cuanto los mismos parten de la aplicación a la propiedad horizontal, sin base legal que justifique tal proceder: bien de teorías ya ampliamente superadas; bien de teorías que, sin entrar ahora

a analizar la bondad de su aplicación en el ámbito que les es propio, se muestran perturbadoras cuando pretenden ser extendidas a una institución para la que no fueron pensadas.

Sin perjuicio del tratamiento pormenorizado que de todos estos problemas se realizará a lo largo de este trabajo, cabe decir ahora que los intentos de solución de aspectos parciales relacionados con la vida de las “comunidades de propietarios en propiedad horizontal” se encuentran condenados al fracaso. La única forma de alcanzar soluciones reales a los problemas planteados pasa, a nuestro juicio, tanto por el respeto a los conceptos dogmáticos que fijan el contenido de cada institución jurídica concreta, como por el posterior análisis de los efectos que produzca el juego conjunto de todos ellos.

Así, y en relación al tema objeto de nuestro estudio, será, por ejemplo, imposible dar una solución a los problemas de la ejecución de las sentencias dictadas contra las “comunidades de propietarios”, si antes no se han aclarado suficientemente cuestiones tales como: la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal; la existencia o ausencia de personalidad jurídica del conjunto de los comuneros cuando actúan aglutinados en defensa de intereses comunes a todos ellos; la naturaleza, ámbito y límites de la actuación de los “órganos comunitarios” y, en concreto, de su presidente y, por último, la posibilidad de actuación procesal de los comuneros en defensa del “interés comunitario”, incluso habiendo presidente legalmente designado.

No menores problemas planteaba en 1960, y aún hoy sigue planteando, la aparición de un procedimiento de equidad que, delimitado por una regulación colmada de lagunas y despropósitos, pretendió ser configurado como último remedio con el que evitar el bloqueo de la vida de las comunidades de propietarios en aquellos supuestos en los que a las mismas resultaba imposible, por no conseguir, tras la preceptiva doble convocatoria de junta, lograr la doble mayoría, personal y de cuotas, requerida para la adopción de aquellos acuerdos para cuya aprobación la Ley exige la simple mayoría.

Los múltiples problemas que genera su estudio encuentran su causa en diversos factores diferenciados: el desconocimiento por parte del legislador de la naturaleza y ámbito operativo propios de la equidad en el sistema total de un ordenamiento jurídico positivo de tipo continental; la regulación de dicho procedimiento mediante una normativa llena de lagunas y de incomprensibles remisiones entre diversos preceptos y, por último, una errónea política legislativa encaminada principalmente al logro de la celeridad procedimental, sin reparar en que el logro de la misma no puede producirse a costa del olvido de los principios dogmáticos básicos. Todo ello ha generado, como consecuencias últimas: la absoluta desorientación de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país a la hora de enfrentarse a este procedimiento; la inseguridad jurídica más absoluta a la hora de proceder a la tramitación del mismo y, en último término, su prácticamente nula utilización y el desaprovechamiento de las posibilidades que el mismo hubiera ofrecido para el control de actitudes abusivas en el seno de las comunidades de propietarios, de haber sido correctamente regulado.

Sentado todo lo anterior, consideramos innecesario dilatar el contenido de esta presentación con referencias, necesariamente someras y, por tanto, poco aclaratorias. En los sucesivos apartados analizaremos pormenorizadamente cada una de estas cuestiones.

CAPÍTULO PRIMERO

NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EN PROPIEDAD HORIZONTAL

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y SITUACIÓN ACTUAL.

Para iniciar el estudio tendente a la averiguación de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal tenemos que tener en cuenta que es éste precisamente uno de los aspectos más discutidos y que más esfuerzos ha requerido durante años tanto de parte de la doctrina científica como de la jurisprudencia. Ello se ha debido a que siempre se ha pivotado entre dos polos de opinión divergentes: considerarla como una mera especialidad más o menos encuadrable dentro de alguna o algunas de las instituciones jurídicas clásicas o, por el contrario, intentar analizarla como una institución nueva a la que resulta vano intentar encontrar semejanzas o identidades con otras instituciones.

Lo cierto es que podemos dividir el estudio en tres períodos perfectamente delimitados, no obstante la multiplicidad de opiniones al respecto y las matizaciones, más o menos fundadas, que hayan podido agregarse al concepto a lo largo del tiempo y en atención a la regulación concreta vigente en cada momento histórico. En primer lugar nos encontramos con el período anterior a la reforma del artículo 396 CC en 1939, período que podemos calificar, hasta el advenimiento de los fenómenos codificadores, como de prelegislativo. En segundo lugar, el período comprendido entre la reforma de 1939 y la promulgación de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 (LPH, en adelante). Por último, el período transcurrido desde la entrada en vigor de dicha Ley hasta nuestros días¹.

Seguidamente realizaremos el estudio de estos períodos atendiendo a la clasificación apuntada.

a) Situación anterior a 1939.

La división de una casa de forma que sus pisos pertenezcan a diversos propietarios es un hecho que si bien es antiguo sólo se regula jurídicamente en tiempos recientes², debido a la necesidad de dar una cobertura legal clara al fenómeno sociológico del rápido crecimiento de las ciudades.

En consonancia con esa toma de conciencia de la institución por parte del legislador se despierta en los autores el interés por el estudio de la naturaleza jurídica del fenómeno emergente; interés que se centra en sus primeros pasos en el recurso a la analogía mediante la indagación de los posibles precedentes históricos de la nueva figura que pudieran encontrarse.

Es lugar común entre los autores españoles³ encontrar un primer exponente remoto en el Derecho Babilónico, concretamente en un acta de la época de Immenorum, rey de Sippar, referente a la venta de la primera planta de una casa quedando el piso superior de la finca en poder del vendedor⁴.

¹ Sin olvidar la proposición de reforma de la LPH que se halla en trámite parlamentario y que, por su inminente entrada en vigor, tendrá que ser objeto de constantes referencias a lo largo de este estudio.

² En igual sentido: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, en, "Biblioteca de la RGLJ", vol. LVII, 1ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1933, cit. Pág. 15.

³ Ver, entre otros: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español, comentarios a la Ley de 21 de julio de 1960*, 3ª ed. (ampliada), Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, cit. Págs. 111-16.

⁴ En este sentido ver: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág.15.; SELFA PEDRÓS, ENRIQUE; *La propiedad por pisos. Su regulación como propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960*. RGD, Nº 195, 1960, cit. Pág. 1014.

El siguiente precedente citado se encuentra en tres breves textos recogidos en el Digesto⁵, si bien en este punto las opiniones de la doctrina se encuentran divididas. Así, autores como SELFA PEDRÓS⁶ y MANRESA NAVARRO⁷ consideran que en el Derecho Romano no quedó definida la distinción entre la propiedad de los elementos individualizados y la del edificio como unidad.

Siguiendo con el análisis de los precedentes históricos de la institución nos encontramos ante el Derecho germánico. En este sistema de Derecho, como apunta ZANÓN MASDEU⁸: “...no regía el principio de accesión imperante en el derecho romano, ..., existiendo en su lugar el derecho del trabajo, por el que el constructor en terreno ajeno se convertía en propietario de lo construido. Por ello, el derecho germánico admitió la existencia de la propiedad horizontal”. Como veremos

⁵ Ver: CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL; *La llamada propiedad horizontal (Estudio histórico comparativo)*, RGLJ 1968, págs. 454 – 89, cit. Pág. 471. Considera que: “... en los fragmentos romanos... se dan suficientes elementos de juicio como para sostener que estructuralmente la propiedad separada por porciones divisas tuvo cabida en el ordenamiento romano no tan sólo como mera posibilidad o apariencia, sino como genuina realidad jurídica.”

⁶ SELFA PEDRÓS, ENRIQUE; *La propiedad por pisos. Su regulación...*, cit. Pág. 1014. Afirma que la cuestión de la naturaleza no fue allí planteada por cuanto “...se oponía a ello el concepto mismo de accesión y sus consecuencias.”, cit. Pág. 1019.

⁷ MANRESA NAVARRO, JOSÉ MARÍA; *Comentario al art. 396 CC*, en, “Comentarios al Código Civil español”, T. 3, 7ª ed., Madrid, 1952, cit. Págs. 559-560; ROCHA, XAVIER; *Problemas jurídicos que plantea la Propiedad Horizontal*, Rev. de Derecho Español y Americano, año IV, N° 9, cit. Pág. 960. Ver también en este sentido: CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL; *La llamada propiedad horizontal...*, cit. Págs. 454-59. Considera que si desde un marco teórico es difícil predicar su existencia en Roma, “... en la práctica se dieron desde tempranos momentos situaciones en que la propiedad pertenecía por porciones divisas a distintas personas.”, y que (cit. Pág. 461): “... si bien el ordenamiento romano no reconoció nunca teóricamente la denominada propiedad superficiaria, de hecho el derecho de superficie... vino a configurarse como una auténtica propiedad separada horizontalmente de la del suelo...”; VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO; *La propiedad horizontal en el Derecho Puertorriqueño*, RGLJ, n° 2, agosto 1978, págs. 109-201, cit. Págs. 111-12; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 116-29. Realiza un interesante y exhaustivo estudio doctrinal e histórico-evolutivo de la institución en Roma. Considera que allí el fenómeno no se conoció desde el principio y que nunca reunió los caracteres ni la consideración jurídica que tiene en la actualidad. En sentido contrario: ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964, cit. Págs. 21 y 24. Considera que si bien se podría dudar de su existencia debido a la vigencia en aquél Derecho de la regla *superficies solo cedit*, los textos del Digesto no dejan lugar a dudas acerca de su existencia: “...sin que ello signifique que estuviera muy arraigada ni que su regulación jurídica fuera completa.”

⁸ ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 25. En igual sentido, ver: CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL; *La llamada propiedad horizontal...*, cit. Págs. 473-74; VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO; *La propiedad horizontal...*, cit. Págs. 112-13; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Pág. 129.

posteriormente, esta opinión tendrá repercusión en la concepción de algún autor que intentará ver la naturaleza jurídica de la institución estudiada como una mezcla de características de la comunidad romana por cuotas y la comunidad germánica en mano común.

El siguiente escalón en la evolución e implantación de la institución lo tenemos que encontrar ya en la Edad Media. La peculiar edificación en las ciudades medievales, las más de las veces impedida en su crecimiento por el forzado corsé que representaban las murallas defensivas, determinó la necesidad de acudir a la sobreconstrucción, el encabalgamiento y el aprovechamiento de los espacios entre manzanas mediante la construcción de puentes que unían los edificios por encima de la calzada⁹. Consecuencia de esa necesaria lucha por el espacio vital y la imposibilidad de combatir el problema mediante la división de la propiedad en sentido vertical fue el auge de la división por planos horizontales de la propiedad de los inmuebles.

Destaca en esta época la regulación del fenómeno en las *coutumes*¹⁰ de algunas ciudades francesas como Grenoble, Rennes u Orleáns. El fenómeno se detecta también en los *statuta* de las distintas ciudades italianas si bien en ellas, como denota ZANÓN MASDEU¹¹, se hace mucho más patente la influencia del Derecho germánico en la regulación de las relaciones existentes entre el propietario del piso alto y del piso bajo.

Ahora bien, a los efectos que nos interesan, el verdadero precedente inmediato, con el que se inicia la efectiva toma de conciencia del surgimiento de una nueva, o

⁹ En igual sentido: SELFA PEDRÓS, ENRIQUE; *La propiedad por pisos. Su regulación...*, cit. Pág. 1015; CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL; *La llamada propiedad horizontal...*, cit. Pág. 476; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 130-31.

¹⁰ CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL; *La llamada propiedad horizontal...*, cit. Págs. 477-86 donde realiza un estudio de los diferentes estatutos existentes en algunas de las ciudades francesas, italianas, suizas, belgas y alemanas; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 132-36; ROCHA, XAVIER; *Problemas jurídicos...*, cit. Págs. 960-61.

¹¹ ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 27.

cuanto menos especial institución, viene representado por el fenómeno codificador francés llevado a cabo bajo el Imperio Napoleónico.

El Código Napoleónico se planteó la necesidad de recoger en un cuerpo unitario la dispersa normativa que, sobre el fenómeno de la propiedad horizontal, se encontraba diseminada en multitud de *coutumes* generadas a lo largo y ancho de la geografía francesa durante el período medieval, cuyo único punto en común era el de intentar buscar la solución más conveniente para atajar el problema de la vivienda en los antiguos recintos amurallados.

Partiendo de este condicionante previo, el Código francés, inspirándose en el artículo 257 de las *Coutumes* de Orleáns¹² reguló la materia en su artículo 664, situado en sede de servidumbre de medianería¹³. Como afirma ZANÓN MASDEU¹⁴, tal regulación adoleció de un carácter fragmentario por cuanto se centraba en la resolución del problema de la contribución a los gastos de reparación y reconstrucción de las cosas comunes y abandonaba completamente la definición de la institución y la especificación de los derechos y obligaciones de los diversos propietarios.

Si bien puede apreciarse que la regulación contenida en este cuerpo legislativo patentemente diverge de las concepciones actualmente dominantes, no debe olvidarse la importante influencia que representó en cuanto modelo que fue para la regulación de la institución en multitud de ordenamientos en una primera fase de desarrollo y asimilación del fenómeno. Así, y a modo de ejemplo, el contenido de este precepto, en el S. XIX, fue reproducido literalmente por el Código de Québec y recogido, con ligeras modificaciones por¹⁵: Código Civil portugués, artículo 2235; Código italiano de 1865, artículo 562; Código panameño; Código ecuatoriano; Código Hondureño; Código

¹² ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 28.

¹³ OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal (Somero estudio de la Ley de 21 de julio de 1960)*, RDPriv, 1960, cit. Pág. 860.

¹⁴ ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 28.

¹⁵ Ver, a este respecto: LÓPEZ-PÉREZ, JERÓNIMO; *Régimen de acuerdos en la Propiedad Horizontal*, RCDI, N° 623, 1994, págs. 1563-83, cit. Pág. 1564, (nota 2).

mejicano; China; Japón; Venezuela; Grecia; Filipinas y por el Código Civil español ¹⁶, si bien, respecto a éste último, con las reservas que luego expresaremos.

Llegados a este punto nos encontramos ya en posición de abordar la evolución legislativa que, a la luz de estos precedentes, tuvo lugar en España con anterioridad a 1939.

Afirma ZANÓN MASDEU¹⁷ que en la Edad Media ya era conocido en nuestro país el fenómeno de la propiedad horizontal. Sin embargo, reconoce el mismo autor que no se puede hablar de un fenómeno generalizado hasta finales del S. XVIII o principios del XIX.

La regulación de la institución de la propiedad horizontal en nuestro ordenamiento jurídico¹⁸ se aborda por primera vez en el proyecto de Código Civil de 1851. Su artículo 521, inspirado en el contenido del artículo 664 del Código francés, regula la institución separándose, además, de su modelo¹⁹. El proyecto español no acogió el sistema de sufragación de los gastos por tramos sino que estableció un sistema de prorrateo de los mismos entre los diversos propietarios. De estas notas infiere VENTURA-TRAVERSE²⁰ que, ya en el S. XIX era reconocida la propiedad exclusiva sobre las partes privativas del edificio.

El siguiente paso en el *iter* legislativo seguido por la institución en nuestro país lo podemos encontrar en la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, la cual, en su

¹⁶ SELFA PEDRÓS, ENRIQUE; *La propiedad por pisos. Su regulación...*, cit. Pág. 1016; VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO; *La propiedad horizontal...*, cit. Pág. 113.

¹⁷ ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 35.

¹⁸ CALVILLO MARTÍNEZ DE ARREZANA; *Comentario al artículo 396 del Código civil*, en, "Comentarios de Manresa", T.III, 7ª ed., Madrid, 1952, cit. Págs. 556-95. Realiza un estudio de la evolución legislativa en España.

¹⁹ En contra, ver: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 1ª ed., cit. Pág. 24. Considera que el proyecto español acogió en lo substancial la fragmentaria regulación francesa sin preocuparse de completar las lagunas que ya por aquél entonces se habían detectado en su regulación. Apunta el citado autor que tal tarea hubiera resultado sencilla sin más que haber atendido a los dictados de la jurisprudencia del país vecino.

artículo 8. 3º establecía que:” *Se considerará como una sola finca, para el efecto de su inscripción en el Registro...Toda finca urbana y todo edificio, aunque pertenezca en porciones señaladas, habitaciones ó pisos, á diferentes dueños, en dominio pleno ó menos pleno.*”. En lo esencial tal regulación fue mantenida en el artículo 11. 3 del proyecto de reforma de la LH de 11 de abril de 1864, por el artículo 8. 3 de la LH de 21 de diciembre de 1869 y por el artículo 8. 3 de la LH de 1909. El reglamento de desarrollo de la LH de 1915, por su parte, añadió al artículo la nota de la potestatividad de tal sistema de inscripción única, por cuanto estableció que ello tendría lugar: “...*si los interesados lo solicitaren*”. La evolución de la legislación hipotecaria del instituto de la propiedad horizontal culmina con la promulgación de la LH de 8 de febrero de 1946, la cual da nueva redacción a su artículo 8.3º. Posteriormente y a raíz de la promulgación de la LPH de 21 de julio de 1960, tal precepto fue modificado y le fueron añadidos dos nuevos apartados destinados a la regulación de la inscripción de las fincas constituidas en propiedad horizontal; los apartados 4º y 5º, que se complementaron con la regulación contenida en el artículo 218 del RH²¹.

Por su parte, el CC vigente no se conformó con trasladar en bloque la regulación que del fenómeno de la propiedad horizontal se había llevado a cabo en el país vecino sino que, por contra, consideró, desoyendo el dictado de su modelo francés, que la institución debía de asentarse entre los preceptos referentes a la comunidad de bienes²². Tal localización ha persistido a pesar de las sucesivas reformas (pues el sistema ideado

²⁰ VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, cit. Pág.11.

²¹ Por su parte el BALCI propuso la modificación del contenido del artículo 8 de la LH que tendría que quedar redactado de la siguiente forma: “*Artículo 8.1º: Cada finca tendrá, desde que se inscriba por primera vez, un número diferente y correlativo. [...] Las inscripciones que se refieran a una misma finca tendrán otra numeración correlativa y especial. [...] 2. Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: [...] 3º. El edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal ... y siempre que la construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada. [...] 4º. Cada uno de los apartamentos o locales en régimen de propiedad horizontal, ..., siempre que conste inscrito el respectivo régimen común conforme a lo previsto en el número anterior. [...] 3. De constituirse, a su vez, sobre alguna de las unidades del complejo urbano o del edificio o conjunto en régimen de propiedad horizontal, un subconjunto, se abrirá, también, folio independiente a cada una de las subunidades.*”.

²² Ver: SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN; *Los órganos de la propiedad horizontal: forma y eficacia de sus resoluciones*, RCDI, I, 1978. cit. Pág. 313 donde opina que en esta primera fase: “*La confluencia de propiedades en un mismo edificio se contempla más como superposición, a modo de derechos de superficie por alturas, que como integración en una propiedad especial.*”.

por el proyecto de CC de 1851 luego sería acogido en la redacción del artículo 396 del CC vigente²³, el cual reprodujo en lo substancial la regulación del proyecto de CC de 1882²⁴) y ha resultado fundamental y, avanzamos, perturbadora²⁵, en el intento de individualizar la institución fijando los perfiles que le son propios. En este sentido destaca PARA MARTÍN²⁶ que aunque se reconociese que los pisos separados pertenecían a distintos propietarios como objetos independientes de propiedad, se le daba mayor relieve a la copropiedad sobre las partes no privativas. Ello no obstante, si bien se partía de la base de que el edificio en su conjunto pertenecía en comunidad ordinaria a distintos propietarios, no se llegaba a afirmar que esa comunidad se extendiese a los pisos o locales privativos ostentando el uso exclusivo de cada una de las piezas "suficientemente delimitadas" uno solo de los condueños.

Sea como fuere, el hecho es que la regulación contenida en el artículo 396 CC en su primera redacción nació, en cierta forma, muerta por incompleta y superada por la realidad social que intentaba regular. Ello llevó ya desde un primer momento a que parte de la doctrina clamase por una reforma del precepto²⁷, si bien en este período la jurisprudencia era unánime a la hora de considerar a la institución como una modalidad

²³ A favor: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 1º ed, cit. (Citado por: SELFA PEDRÓS, ENRIQUE; *La propiedad por pisos. Su regulación...*, cit. Pág. 11). En contra: GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO; *Propiedad sobre pisos y habitaciones*, RCDI, cit. Pág. 316. (Citado por: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1992, cit. Pág. 57) donde opina que aunque la redacción final del artículo 396 del CC de 1889 fuese prácticamente una traducción del artículo 664 del Code francés, la regulación contenida en el mismo no se ajustaba a la de su modelo y ello, entre otras razones, por el hecho de que fue insertado en sede de comunidad de bienes y no entre los artículos correspondientes a las servidumbres de medianería.

²⁴ MANRESA NAVARRO, JOSÉ MARÍA; *Comentario al art. 396 CC*, cit. Pág. 563.

²⁵ En igual sentido: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed. (revisada y actualizada), Ed. Marfil, Alcoy, 1967, cit. Pág. 36 donde critica fundamentalmente el autor el hecho de que esta postura doctrinal ha sido mantenida con reiteración por la jurisprudencia del TS, incluso tras haberse operado las posteriores reformas legislativas tendentes a individualizar los derechos privativos de los propietarios configurando los aspectos comunitarios como secundarios o al servicio de los primeros.

²⁶ PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos (Estudio práctico jurisprudencial)*, Ed. P.P.U., Barcelona, 1992, cit. Pág. 15. Ver también: CASADO PALLARÉS, JOSÉ MARÍA; *La acción <<communi dividundo>> y la propiedad sobre pisos y habitaciones*, RDPriv, T. XVII, 1930, cit. Pág. 132 donde consideraba que los elementos privativos eran lo primordial y que los elementos comunitarios se encontraban subordinados a ellos.

de la comunidad ordinaria de bienes²⁸. Tales afirmaciones, las más de las veces se basaban en el argumento de la colocación sistemática del artículo 396 CC entre los preceptos referentes a tal tipo de comunidad y buscaban, en lo fundamental, aplacar los intentos de configuración de la institución como una forma de servidumbre²⁹.

La primera resolución que merece la pena ser analizada es la STS 9 noviembre 1931 (RJ 2238/1930-31). Constituye esta resolución el ejemplo más destacado de la tendencia jurisprudencial predominante con anterioridad a la reforma de 1939 cuando establecía que: “...El Código Civil, en su artículo 396, divorciándose de la técnica francesa, no sitúa o coloca, el régimen que se examina entre las servidumbres, cual en el Código Francés acontece, sino que lo hace en el título tercero del libro segundo, bajo la rúbrica <<de la Comunidad de bienes>>, conduciendo por ello la legislación francesa, a considerar la división de pisos entre diversos propietarios, como un caso de indivisión forzosa de las partes comunes con dominio <<privativo>> y <<excluyente>> de los diferentes pisos, y la nuestra española, a aplicar la doctrina general de la copropiedad definida en el artículo 392 del Código Civil, en tanto no contradiga los especiales preceptos del citado artículo 396;...”.

b) La reforma de 26 de octubre de 1939.

Las causas de la reforma operada en 1939, aparte de las ya apuntadas con anterioridad, pueden ser calificadas como de tipo coyuntural. Si en Europa la causa principal de proliferación de este tipo de propiedad hay que encontrarla en la necesidad

²⁷ Ver, a este respecto: RODRÍGUEZ LUESO, LUÍS: *Venta de casas por pisos*, RCDI, 1936, nº 136, cit. Págs. 282-87 donde consideraba necesaria la modificación de la política legislativa en un intento de extender el uso de la institución.

²⁸ Ver la crítica que se vertía a esta concepción jurisprudencial por: RUÍZ SALAS, JOSÉ M^a; *La venta de casas divididas por pisos a instancia del propietario de uno de ellos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, RDPriv, abril 1932, págs. 108-12. Ver también: PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos y régimen jurídico fiscal*, Dux Ediciones y Publicaciones, Barcelona, 1961, cit. Págs. 21 y 35-36.

²⁹ Postura ésta que, recordemos, era la mantenida por el precedente francés del que el artículo 396 CC traía causa.

de paliar los devastadores efectos que sobre la vivienda tuvo la conflagración mundial de 1914^{30 31}, esa causa tiene que encontrarse en España en la finalización de la Guerra

³⁰ Son múltiples las leyes de propiedad horizontal que se promulgan a principios de este siglo: Tras la inicial prohibición de la propiedad horizontal por el Código Civil de 1900, se acepta la misma por la Ley alemana de 15 de marzo de 1951 "*Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz)*" completada por la Ordenanza de 1 de agosto de 1951 en lo referente al registro inmobiliario; tras el inicial repudio de la institución en Argentina (Ver el art. 2617 del CC argentino que dispuso: "*El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato ni por actos de última voluntad*"), la regula la Ley n° 13.512 de 30 de septiembre de 1948 promulgada el 13 de octubre de 1948 y desarrollada por reglamento publicado en Decreto 18734 de 6 de agosto de 1949; Ley federal austríaca de 8 de julio de 1948 modificada por Ley de 15 de diciembre de 1950 y arts. 712 a) a t) del CC; Ley belga de 8 de julio de 1924 (que al tiempo que abroga el art. 664 del CC, le añadió un art. 577 *bis* referente a la copropiedad en general; Ley boliviana de 30 de diciembre de 1949; Ley guatemalteca de 29 de septiembre de 1959; Decreto brasileño n° 2481 de 25 de junio de 1928 (la institución se limita a los edificios con más de cinco pisos) modificado por Decreto-Ley de 8 de febrero de 1943, por Ley de 5 de junio de 1948 y por Ley de 16 de diciembre de 1964 (modificada, a su vez, por la de 29 de noviembre de 1965); Ley búlgara de 15 de febrero de 1933 substituida por la de 5 de noviembre de 1935; Ley colombiana de 29 de diciembre de 1948; Decreto cubano de 28 de agosto de 1950 substituido por el Decreto-Ley cubano n° 407 de 16 de diciembre de 1952; Ley chilena n° 6071 de 11 de agosto de 1937; artículos 799 y 800 del Código Civil Chino; Ley francesa de 28 de junio de 1938, modificada por Decreto-Ley de 29 de noviembre de 1939 y Ley de 4 de febrero de 1943, Ley 65-557 de 10 de julio de 1965 "*Fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis*" con su Decreto de desarrollo de 17 de marzo de 1967, Ley de 31 de diciembre de 1985; Leyes holandesas de 20 de diciembre de 1951, 11 de agosto de 1952 y 27 de septiembre de 1952; RDC italiano de 15 de enero de 1934, convertido en Ley de 10 de enero de 1935 (ampliado por Decreto-Ley de 4 de enero de 1936 referente a Cooperativas para Contribución Estatal) y RD de 30 de marzo de 1942 incorporando al Cci los artículos 1117 a 1138; Ley mejicana de 2 de diciembre de 1954 completando el artículo 951 del Código Civil; artículos 855 a 857 del CC peruano y Ley de 21 de noviembre de 1946 con su reglamento de 6 de marzo de 1959; Ley panameña de 25 de noviembre de 1952; Ley polaca de 24 de octubre de 1934; Ley portuguesa n° 2030 de 22 de junio de 1948, Ley n° 40333 de 14 de octubre de 1955 y arts. 1414 a 1438 del CC; Ley rumana de 3 de mayo de 1927, reformada en 1930; Ley húngara de 10 de mayo de 1924; Leyes suecas de 25 de noviembre de 1931 y 19 de junio de 1942; Ley uruguaya n° 10357 de 25 de junio de 1945, Ley n° 10571 de 6 de junio de 1946, Ley n° 12358 de 3 de enero de 1957 y Ley n° 12404 de 6 de septiembre de 1957; Ley venezolana de 30 de junio de 1957 y de 15 de septiembre de 1958 (modificada en parte por la de 15 de diciembre de 1958); artículo 330 Cc portorriqueño que convive con Ley n° 104, de 25 de junio de 1958, modificada parcialmente por la Ley n° 157, de 4 de junio de 1976; Ley australiana "*de Strata Titles*" del Estado de Victoria, de 1967; Ley libanesa de 24 de diciembre de 1962; Ley marroquí de 19 de febrero de 1948; arts. 856 a 869 del CC egipcio; Ley costarricense n° 3670 de 22 de marzo de 1966; Ley japonesa de 24 de febrero de 1889 (que la admitía tácitamente al regular el derecho de superficie). Ver también: DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal ante la Ley de 21 de julio de 1960*, RGLJ, enero 1964, págs. 5-77, cit. Págs. 9-10; LÓPEZ-PÉREZ, JERÓNIMO; *Régimen de acuerdos...*, cit. Pág. 1565 (nota 2); GISBERT CALABUIG, FERNANDO; *Las limitaciones referentes al uso en la propiedad horizontal*, Rev. Pretor, enero-febrero 1962, págs. 5-41, cit. Págs. 10-12; RABELLA DE CARRILLO, JOSÉ ANTONIO; *La propiedad horizontal (Ley de 21 de julio de 1960)*, Ed. Acervo, Barcelona, 1960, cit. Pág. 14; MANRESA NAVARRO, JOSÉ MARÍA; *Comentario al art. 396 CC*, cit. Págs. 561-63; ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964, cit. Págs. 28-34. Que elabora un interesante comentario de los aspectos fundamentales de la mayoría de estas leyes; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 148-54. Realiza un interesante estudio de los precedentes remotos de la institución en España.

Civil³² la cual, a su vez, había dejado como secuela inevitable la necesidad de reconstrucción y nueva edificación de inmuebles. Estamos convencidos, y así lo ratifica la propia exposición de motivos de la Ley, de que la causa principal de esta reforma tiene que hallarse en este hecho y no en los defectos de la regulación que, contenida en el artículo 396 del CC de 1889³³, venían siendo puestos de manifiesto por los autores ya desde el momento de su aprobación, haciéndose eco de la problemática apuntada por la doctrina y jurisprudencia francesas.

³¹ Para profundizar en el estudio de la legislación comparada citada en la nota anterior, ver: NEGRI, JOSÉ A.; *La propiedad horizontal en los inmuebles*, IJ, 1941, n° 7, págs. 7-10, donde analiza la legislación argentina y las diferentes corrientes doctrinales y legislativas referentes a este tipo de propiedad; BARMANN, JOHN; *Sobre la dogmática del condominio (copropiedad por pisos)*, RDNot., n° 13-14, julio-diciembre 1956, cit. Págs. 159-86. Analiza con profusión la Ley alemana de 15 de marzo de 1951; AGUIRRE GODOY, MARIO; *Cuestiones procesales en la Ley de la propiedad horizontal dividida*, RDEA, n° 23, julio-septiembre 1959, cit. Págs. 287-99. Analiza el contenido de la Ley guatemalteca de 29 de septiembre de 1959; DESANTES GUANTER, J. M.; *El régimen jurídico portugués de la propiedad horizontal*, ADC, julio-septiembre 1956, cit. Págs. 885-911; GALLARDO RUEDA, ARTURO; *La Ley boliviana de propiedad horizontal*, ADC, T. III, octubre-diciembre 1950, cit. Págs. 1240-42; GARCÍA RADA, DOMINGO; *Propiedad de los pisos de un edificio en Perú*, IJ, n° 31-32, 1944, cit. Págs. 38-46; J.M.C.; *La ley cubana de la propiedad horizontal*, ADC, T. V, 1952, cit. Pág. 1368. Comenta la Ley cubana de 16 de septiembre de 1952; PETROCCHI, JULIO ANÍBAL; *La propiedad horizontal en la legislación comparada*, IJ, n° 36, enero 1945, cit. Págs. 36-60. Realiza un exhaustivo análisis de la legislación comparada; RAMAROGNY, CHARLES; *Estudio sobre la propiedad dividida en Francia*, PC, I, 1952, cit. Pág. 167. Analiza la Ley de 28 de junio de 1938; VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO; *La propiedad horizontal...*, cit. Págs. 116-20 y 152-53 (en especial). Realiza un interesante estudio de la vigencia de las tres diversas normas que regulan el fenómeno de la propiedad horizontal en el Derecho portorriqueño; MORO SERRANO, ANTONIO; *Ideas en torno a una ley australiana de Propiedad Horizontal*, RCDI, N° 557, julio/ agosto, 1983, págs. 939-949; SOTELA, ROGELIO; *La Propiedad Horizontal en Costa Rica*, 1972; PERALTA; *Régimen Guatemalteco de la Propiedad Horizontal dividida*, Rev. Int. Not., Buenos Aires, 1° Trim. 1960, n° 45, págs. 75-111.

³² En igual sentido: BONET CORREA, JOSÉ; *La propiedad de pisos en la legislación española*, RGLJ, abril, 1971, cit. Pág. 458; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.E.; *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, en, "Centenario de la Ley del Notariado", Sec. 2ª, Vol. II, Madrid, 1965, cit. Pág. 432. En contra: ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO; *Propiedad horizontal o propiedad de casas por pisos*, en, "Manual de Derecho civil español", "Derechos Reales", 4ª ed. Vol. II. Ed. RDPriv, Madrid, 1974, cit. Pág. 259. Sostiene que la razón fundamental de la reforma se encuentra en los inconvenientes prácticos que generaba la interpretación del artículo 396 CC por parte de los tribunales, la cual les llevaba a reconocer, por tratarse de una comunidad, la facultad de ejercicio por parte de los propietarios de la *actio communi dividundo*. Reconoce que, sin embargo, el problema de la escasez de vivienda pesó en el ánimo del legislador.

³³ En igual sentido: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, cit. Pág. 61. Ve además una trabazón de esta reforma con la ley belga en el sentido de que ambas regulan civilmente la institución, dan normas para su constancia en el Registro y permiten la hipoteca de todo o parte de las construcciones terminadas, iniciadas o simplemente proyectadas. Ver también: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 154-55.

La línea emprendida por esta Ley fue la que luego ha seguido la actual LPH y consistió en lo fundamental en atribuir a cada propietario "...un derecho singular y exclusivo de propiedad..." sobre su piso, al tiempo que "...un derecho conjunto de copropiedad sobre los otros elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute..."³⁴, estableciendo, en un intento de paliar los nefandos efectos que la acción de división tendría sobre los constructores y compradores a la hora de generalizar este régimen como modo de acceso a la propiedad que: "...las partes en copropiedad...no son, en ningún caso, susceptibles de división". En este sentido, la Ley de 1939 inauguró la tendencia de contemplar la institución como un derecho de naturaleza dual o bifronte; postura que, criticada por un sector de la doctrina, ha pervivido hasta nuestros días. Tal concepción parte de la disgregación del derecho de propiedad en dos derechos separados pero interdependientes, recayendo uno sobre el piso o "espacio suficientemente delimitado..." y el segundo sobre los elementos comunes del inmueble. Separado así en dos el derecho de propiedad, el recayente sobre el piso sería un derecho de propiedad clásico con los límites inherentes al mismo y los que resulten de la concurrencia con otros pisos³⁵; por contra, el recayente sobre los elementos comunes fue calificado como una comunidad o copropiedad que, ante el silencio de la Ley, generó discusiones doctrinales acerca de su naturaleza³⁶.

³⁴ Creación, en definitiva, de una dualidad de derechos que no pasó desapercibida a la doctrina y que, si bien ha marcado el desarrollo jurisprudencial posterior (p.ej. STS 18 mayo 1960 y STS 10 mayo 1965), no ha estado exenta de feroces críticas, como por ejemplo la vertida por: BONET CORREA, JOSÉ; *La propiedad de pisos en la legislación española*, cit. Pág. 459: "...el error del legislador está en no haber sabido comprender el verdadero contenido y alcance de la titularidad jurídica de la propiedad de casas por pisos desdoblándole innecesariamente en dos derechos contrapuestos...".

³⁵ VIDAL I FRANCÈS, PABLO; *La propietat horitzontal en relació amb el Registre de la propietat*, en, "IV Jornades de Dret Català a Tossa. Règim de la propietat col·lectiva urbana a Catalunya", Ed. Càtedra de Dret Civil Català "Duran i Bas", Barcelona, 1988, cit. Pág. 369; OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 863. Sostiene que la reforma suponía la consagración legal de la opinión mantenida por BATLLE, que, criticando la regulación anterior a 1939, sostenía que la propiedad horizontal participaba de la naturaleza de varias otras instituciones, configurándose como una categoría independiente. Veremos *infra* que, sin embargo, tal concepción no ha sido lugar pacífico en la doctrina.

³⁶ Ver *infra* diversas posturas doctrinales que la han calificado como comunidad romana, como unión de caracteres de las comunidades romana y germánica...

Sin embargo y en cierta forma debido al arrastre de la constante línea jurisprudencial seguida hasta el momento, o bien como concesión al futuro propietario como medio tendente a evitarle una posible necesidad sobrevenida de aceptación de vecinos molestos, la reforma emprendida se vio obligada a conceder un derecho de tanteo que, a la postre, iba a constituir la causa de una nueva reforma que se emprendió en 1960³⁷.

Como destaca VIDAL I FRANCÈS³⁸, aunque la reforma cometió ese error, supuso sin embargo un paso de gigante desde el momento en que abordó el tratamiento, por primera vez en nuestro país, de la naturaleza jurídica de esta, en esos momentos, nueva institución.

³⁷ En igual sentido: LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS; *La propiedad de casas por pisos. Urbanizaciones*, en, "Elementos del Derecho civil", III, 2º, Ed. Bosch, Barcelona, 1974-1979, cit. Pág. 309.; TAULET, ENRIQUE; *La propiedad de casas por pisos y la Ley de 26 de octubre de 1939*. RDPriv, mayo 1940, cit. Pág. 113. Apunta la inconsecuencia que suponía la contemplación del derecho de tanteo si la intención verdadera del legislador consistía en iniciar el camino que tenía que llevar a la preponderancia de los elementos privativos sobre los comunes; Díez- PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS Y GULLÓN, ANTONIO; *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. II, Ed. Tecnos, 1973- 1974, cit. Pág.170. Ven el derecho de retracto como un residuo de la anterior configuración legal y jurisprudencial de la propiedad horizontal como copropiedad indivisible; VÁZQUEZ GUINDÍN, E.; *Lagunas de una ley*, RCDI, 1943, nº 183, cit. Págs. 515-20. Procede a la crítica de las omisiones de la reforma de 1939 y, en especial, a la del derecho de retracto; PÉREZ SERRANO, NICOLÁS; *La propiedad horizontal y la jurisprudencia civil del Supremo*, ADC, T. X, 1957, págs. 967-983, cit. Pág. 974. Establecía que: "..., si se estudia el Derecho comparado, se advertirá que sólo en nuestro Código civil y la legislación de Puerto Rico que en él se inspira, han aceptado ese injerto poco afortunado de los derechos de tanteo y subsiguiente retracto, pues en la mayoría de los países se ha estimado con razón que tales derechos desvirtúan la entraña de la institución porque vuelven a centrar como núcleo de condensación el de los elementos comunes, que hoy son lo residual (y así, por ejemplo, la Ley portuguesa de octubre de 1955 los rechaza expresamente, diciendo en su artículo 11 que <<en caso de enajenación de las fracciones, los demás propietarios no gozan de preferencia alguna fundada en la copropiedad sobre las partes comunes del predio>>)" ; PRESTON GIUSTI, WILLIAM H.; *Los derechos de tanteo y retracto en la propiedad horizontal*, Madrid, 1956 (tesis doctoral). El autor, de origen portorriqueño, se pronunciaba a favor del mantenimiento de los derechos de tanteo y retracto que se regulaban en la legislación española, y también en la portorriqueña, por influencia de la primera; VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO; *La propiedad horizontal...*, cit. Págs. 113-15. Considera que la propiedad horizontal en Puerto Rico está constituida por la unión de un derecho de propiedad pro indiviso con uno de naturaleza pro diviso.

³⁸ VIDAL I FRANCÈS, PABLO: *La propietat horitzontal en relació amb el Registre...*, cit. Pág. 369. En contra autores como: CASTILLÓN; OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 861. Sostiene: "En suma, lo único positivo de esta reforma fue la no admisión de la acción de división. En todo lo demás dejó subsistentes los problemas que la práctica había puesto de manifiesto..." y RABELLA DE CARRILLO, JOSÉ ANTONIO; *La propiedad*

Por otra parte, la nueva línea que se inauguró con esta regulación tuvo, al menos, la virtualidad de producir un cambio en la tajante línea jurisprudencial seguida hasta el momento³⁹. Las primeras resoluciones del período denotan la tensión que supone para los tribunales la necesidad de aceptar los términos de la reforma de 1939 que, recordémoslo, había inaugurado el camino hacia la consideración preponderante de las partes privativas y la subordinación a las mismas de los elementos comunitarios. No es por ello infrecuente encontrar pronunciamientos en los cuales se observa una abierta reticencia a la aceptación de los términos de la reforma y una, no menos clara, tendencia a seguir manteniendo la postura según la cual nos encontrábamos ante una forma especial de comunidad romana a la que se había privado de la acción de división⁴⁰, verdadera esencia de la misma, pero no del derecho de tanteo y el inevitable retracto que se hacía derivar de él. Sin embargo, podemos afirmar que resulta cuantitativamente preponderante la opinión que acepta que se trata de una institución *sui generis*.

Ya operada la reforma de 1939 nos encontramos con una resolución, la STS de 6 de abril de 1946 (RJ 408/1946)⁴¹, que ha sido calificada por la doctrina como el paradigma del inmovilismo jurisprudencial. Se aferraba tal sentencia a la configuración de la propiedad horizontal como un caso de comunidad romana por cuotas. Establece textualmente esta resolución que: “...nuestro Código Civil se refiere a dos formas de condominio distintas en los artículos 392 y 396, caracterizada la primera por la pluralidad de dueños sobre una misma cosa sin especial designación de parte determinada para cada uno de los partícipes y la segunda, caso de finca urbana cuyos pisos pertenecen a distintos dueños, determinada por la existencia de partes individuales y partes comunes,...”; “CONSIDERANDO: Que a ambas formas de

horizontal..., cit. Pág. 12. Sostiene que la escasa regulación no permitía todavía hablar de un auténtico régimen legal de la propiedad horizontal.

³⁹ Ver el análisis general que de la reforma de 1939 realizan: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La reforma del artículo 396 por la Ley de 26 de octubre de 1939*, RGLJ, T. CLXXI, marzo 1942, cit. Págs. 243-67; LÓPEZ TORRES, J. M.; *Consideraciones sobre la Ley de 26 de octubre de 1939*, RCDI, 1941, n° 153, cit. Págs. 65-71.

⁴⁰ En igual sentido: SOTO NIETO, FRANCISCO; *Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal*, RGD, 1975, cit. Pág. 222.

condominio es en principio aplicable el derecho de retracto establecido en el artículo 1522 del Código Civil...” y, más adelante: *“Que la reforma experimentada en el artículo 396 del Código Civil, por virtud de la Ley de 26 de octubre de 1939, no sólo no obliga a rectificar tal doctrina en casos como el presente, sino que ofrece nuevos argumentos para mantenerlos, puesto que aparte de que la finalidad de la Ley fue, como se expresa en su preámbulo, abrir un cauce jurídico a la libertad contractual estimulando las operaciones conducentes a la adquisición... de la propiedad privada denominada horizontal...”*, *“... es lo cierto que al otorgarse el derecho de tanteo a los condueños..., viene a reconocer en cierta medida el carácter de comuneros que aquellos ostentan...”*. No desaprovecha el Tribunal la oportunidad que se le brinda para volver a poner en claro que no nos encontramos ante una servidumbre y así, establece que: *“...no cabe desvirtuar estos razonamientos por la alegación de que pueda tratarse en este caso de una mera servidumbre establecida en favor de los predios donde no radican las porciones comunes del edificio y gravitando sobre la finca donde ellas existen, pues claramente se trata de porciones comunes a todas ellas,..., sin que por lo tanto puedan confundirse con las servidumbres propiamente dichas, que suponen la existencia de predios distintos...”*.

La STS de 9 de julio de 1951 (RJ 1912/1959)⁴², representa una evolución aperturista en el sentido de suponer la aceptación de los términos de la reforma de 1939. Así, hablando de los derechos de los comuneros, afirma que: *“...las limitaciones que tengan para usar de sus derechos no nacen de un estado de comunidad sino del respeto al derecho propio de todo convecino impuesto por la convivencia social como puede ocurrir con el establecimiento de voladizos, marquesinas y similares.”*

⁴¹ En la misma línea, ver: La sentencia de la AT de La Coruña de 22 de febrero de 1967 (RGD 1968, págs.742-743) que retoma los términos de las STS de 6 de abril de 1946 y 18 de mayo de 1960.

⁴² Ver en este sentido: sentencia de la AT de La Coruña de 15 de febrero de 1971 (RGD 1972, págs. 734-735) que se ciñe en su contenido a lo establecido por las STS de 9 de julio de 1951 y 18 de mayo de 1960.

La verdadera toma de conciencia de la virtualidad de la reforma operada en 1939, llega sin embargo de la mano de la STS de 7 de julio de 1955(RJ 2488/1955)⁴³, la cual establece abiertamente que: “...si bien la circunstancia de estar incluido el artículo 396 del Código Civil en el título tercero del libro segundo que trata de la comunidad de bienes, hizo sostener a este Tribunal la tesis de la existencia del condominio en el caso de la propiedad de casas por pisos con sus obligadas consecuencias, ..., la Ley de 26 de octubre de 1939, ..., que después de distinguir en su exposición de motivos el caso general de la copropiedad o comunidad de bienes, ..., de la llamada “propiedad horizontal”, caso típico de propiedad privada singular, unida al condominio indivisible sobre los elementos comunes necesarios para el debido aprovechamiento de sus partes, ..., de donde resulta que sobre la casa entera no hay comunidad ..., y sólo hay comunidad en cuanto a ciertos elementos considerados por dicha ley como elementos anejos y accesorios...”.

Esta misma argumentación se recoge textualmente en la STS de 23 de abril de 1956 (RJ 1573/1956)⁴⁴, la cual puntualiza que nos encontramos ante “...una institución de propiedad especial...” en la que se reconoce “...un derecho de tanteo entre los <<propietarios horizontales>> que no se basa en el condominio que no reconoce la ley, sino en una concesión nueva, por primera vez instaurada y con notas especiales,...”⁴⁵.

⁴³ En sentido contrario, ver: Resolución DGRN de 15 de junio de 1973 (RJ 2758/1973) que constituye una muestra de la no aceptación de los términos de las reformas de 1939 y 1960 en el sentido de seguir considerando primordiales los elementos comunes. Posteriormente la Resolución de la DGRN de 4 de marzo de 1993 (RJ 2471/1993) reconocerá la accesoriedad del derecho de participación sobre los elementos comunes destacando, no obstante, que ambos derechos, el que recae sobre los privativos y el que recae sobre los comunes, no constituyen dos derechos separados sino que constituyen “...una sola unidad jurídica”.

⁴⁴ En igual sentido, ver: St. de la ATV de 17 de noviembre de 1961 (RGD 1962, págs. 352-354).

⁴⁵ En el mismo sentido que las dos sentencias anteriores se pronuncia la STS de 26 de noviembre de 1956 (RJ 4120/1956) que califica al nuevo fenómeno como de “...nueva figura de propiedad colectiva sobre inmuebles edificados,...” . Ver también: PÉREZ SERRANO, NICOLÁS; *La propiedad horizontal y la jurisprudencia...*, cit. Págs. 980-981. Tales son los desmanes en los que incurren las STS de 9 de julio de 1951 y la STS de 26 de noviembre de 1956 que generan la agria crítica que reproducimos textualmente: “Si todo había de seguir igual; si la nota de Comunidad iba a continuar prevaleciendo, para ser fieles al emplazamiento de la institución dentro del Código; si la propiedad de cada piso tendría que estar sometida a intromisiones o injerencias de los “comuneros”, ¿qué bienes nos traía la modificación del Código, con sus repercusiones hipotecarias?... Las consecuencias que puede acarrear esta última

Resulta de la mayor importancia el contenido de la STS de 18 de mayo de 1960 (RJ 1736/1960)⁴⁶, la cual reconoce por primera vez de forma explícita que nos encontramos ante una institución *sui generis*; línea que ha sido mayoritariamente aceptada hasta nuestros días. Establece tal resolución que: “... *la propiedad de casas por pisos es una institución de carácter complejo, cuyo género es el derecho de propiedad, pero dentro de él es una especie destacada de las demás tradicionales, y es vano buscarle a toda costa semejanzas o identidades parciales para que sea subsumida y absorbida en otros tipos clásicos, ya que no es una comunidad, en cuanto existen elementos privativos de los varios propietarios, ni la servidumbre sirve para explicar la situación de todas las cosas comunes, sino determinadas relaciones que se dan únicamente entre los propietarios de dos o más pisos,...*” y, más adelante que: “... *la jurisprudencia de esta Sala, ...claramente ha declarado que se trata de una <<forma de goce de la propiedad establecida por el uso y traída hace poco tiempo como institución jurídica singular e independiente>> por lo cual aunque puedan completarse sus normas acudiendo a reglas de otras instituciones, y especialmente de la comunidad, sólo será mientras no pugne con su especial naturaleza y finalidad.*”.

posición son incalculables. Sobre los derechos pseudo-dominicales del propietario de un piso proyectarán su sombra maléfica los iura ad rem correspondientes a los “condueños” de la casa. Una neblina de Comunidad vendrá a enrarecer el ambiente y a legitimar represalias o malos humores de vecinos descontentos... En una palabra, el dueño del piso tendrá menos libertad de acción que si fuera arrendatario del local,...”.

⁴⁶ Ver en este sentido: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed., cit. Pág. 62, y su edición de 1933, de donde ya se desprende la tesis mantenida por los pronunciamientos de esta sentencia. Tal línea es seguida por las sentencias de 23 de febrero de 1972 (RGD 1973. Págs. 1022-1023), 5 de marzo de 1982 (RGD 1983. Págs. 659-660) y 26 de enero de 1987 (RGD 1988. Págs. 4049-4050), todas ellas de la AT de La Coruña. Igual postura es la mantenida por la sentencia de la AT de Cáceres de 30 de junio de 1982 (RGD 1983. Pág. 1024), por las de la AT de Madrid de 30 de marzo de 1978 (RGD 1978. Págs. 605-607) y 29 de abril de 1987 (RGD 1987. Págs. 6770-6771), si bien esta última puntualiza que tal comunidad nace, *ope legis*, con personalidad. A esta línea se adscriben también la de la AT de Oviedo de 1 de diciembre de 1976 (RGD 1977. Págs. 521-522), y las de la AT de Valencia de 6 de junio de 1963 (RGD 1963. Pág. 641), 15 de enero de 1972 (RGD 1972. Págs. 990-991), 15 de diciembre de 1973 (RGD 1974. Págs. 764-765) y 29 de septiembre de 1977 (RGD 1978. Págs. 43-44), la última de las cuales reproduce, a su vez, los argumentos recogidos en la STS de 2 de abril de 1971. En el mismo sentido, ver: St. APM de 7 de julio de 1992, (Sec. 12ª), (RGD 1992. Págs. 12060-12062) y St. APO de 18 de mayo de 1991, (Sec. 4ª), (RGD 1992. Págs. 2234-2235). Curiosa resulta por lo demás la afirmación contenida en la St. de la AP de Cantabria de 14 de septiembre de 1994 (AC 2782/1994), según la cual y, aún y reconocer el carácter complejo de la institución, nos encontramos ante un ejemplo de mera comunidad de intereses.

No cabe sin embargo olvidar la otra línea de reforma que se inaugura con esta Ley. No sólo se ciñó ésta a la modificación del texto del artículo 396 CC sino que, al tiempo, operó la enmienda de la norma tercera del artículo octavo de la LH, a la cual añadió un segundo párrafo⁴⁷; modificación de corta vigencia por cuanto la LH de 8 de febrero de 1946 corrigió aquellos extremos de la redacción del precepto que se consideraron deficientes⁴⁸, desapareciendo la posibilidad de inscripción independiente de los pisos “meramente proyectados”, los cuales, ahora, sólo podrían tener cabida en la inscripción principal⁴⁹.

Podemos concluir el análisis de los efectos de esta reforma afirmando que: tras ella, la institución de la propiedad horizontal queda configurada como un instituto jurídico complejo, el cual, aparentemente, aúna caracteres de diversas instituciones clásicas las cuales deben redefinirse para encajar en su seno esta nueva forma jurídica que supone la unión de la propiedad sobre un elemento privativo junto a una propiedad

⁴⁷ Art. 8, norma 3ª, 2º Pfo. LH, introducido por la Ley de 26 de octubre de 1939: “Sin embargo, aparte de la inscripción anterior, se podrá inscribir como fincas independientes, los diferentes pisos o partes de piso susceptibles de aprovechamiento exclusivo de un edificio, ya construido o cuya construcción esté comenzada o meramente proyectada, cuando pertenezcan o hayan de pertenecer separadamente en dominio pleno o menos pleno, a personas distintas, pero haciéndose siempre constar, en dichas inscripciones, el condominio que como anejo inseparable corresponde a cada titular de aquéllos sobre los elementos comunes del edificio, señalados en el artículo 396 del Código civil. La enajenación, gravamen o embargo de dicho condominio sólo podrá tener lugar conjuntamente con el dominio del piso o parte independiente de él, a que se refiere la inscripción.”

⁴⁸ Art. 8, norma 3ª, Pfos. 2º, 3º y 4º LH 8 febrero 1946: “No obstante, podrán inscribirse también como fincas independientes, los diferentes pisos o partes de pisos susceptibles de dominio separado de un mismo edificio, cuya construcción esté concluida o, por lo menos comenzada y pertenezcan o estén destinados a pertenecer a diferentes dueños, haciéndose constar en dichas inscripciones, con referencia a la inscripción principal, el dominio que, como anejo inseparable de su derecho, corresponde a cada titular sobre los elementos comunes del edificio a que se refiere el artículo 396 del Código civil. [...] En las inscripciones de esta clase se expresará el valor de la parte privativa de cada propietario en relación con el valor total del inmueble, a los efectos de la distribución de beneficios y cargas. [...] En la inscripción del solar o del edificio en conjunto, se harán constar los pisos meramente proyectados, así como aquellos pactos que, permitidos por el propio artículo 396 del Código civil, modifiquen el ejercicio o contenido de los derechos reales a que el expresado artículo se refiere.”. A este respecto ver: PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, Ed. Librería Marcial Pons, Madrid, 1974, cit. Pag. 303. Opina que la reforma de la LH de 1946 supone una intensificación de la matización introducida por la Ley de 1939 en el art. 396 CC, en el sentido de determinar “...de una forma implícita ... una cuota de participación de aquellos pisos y locales en las partes comunes, según el valor proporcional de aquéllos...”.

⁴⁹ Veremos posteriormente la importancia que este dato tiene, a nuestro entender, a la hora de definir la naturaleza jurídica de la institución en estudio.

común de parte del edificio, cuyo objeto se configura como accesorio del elemento privativo⁵⁰.

c) La reforma de 21 de julio de 1960.

El Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, y previa elaboración por parte de la Comisión de Codificación, envió a las Cortes Generales un Proyecto de Ley regulador de la propiedad horizontal que fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes en fecha 20 de abril de 1960. El proyecto, sometido a revisión por parte de la Comisión de Justicia y, a la vista de las veintidós enmiendas presentadas al texto inicial, quedó redactado definitivamente y aprobado como Ley 49/1960 de 21 de julio, publicada en B.O.E de 23 del mismo mes.

De nuevo tenemos que encontrar la causa inmediata de esta reforma en la necesidad de hacer frente a condicionantes económicos y sociológicos. En este caso se trató de los surgidos a raíz de la expansión económica vivida por España una vez superada la carestía de la posguerra. Esta nueva situación generó, como efecto negativo, la escasez de vivienda en los núcleos urbanos en proceso de creciente industrialización. Creemos, por tanto, que la causa de la modificación legislativa no debe buscarse en un verdadero intento del legislador español por paliar los problemas que había generado la incompleta regulación referente al fenómeno de la propiedad horizontal. En este sentido resulta contundente la afirmación sentada por la exposición de motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, cuando establece que: “*La esencial razón de ser del régimen de la propiedad horizontal descansa en la finalidad de lograr el acceso a la propiedad urbana mediante una inversión de capital que, al quedar circunscrita al espacio y elementos indispensables para atender a las propias necesidades, es menos cuantiosa y,*

⁵⁰ En igual sentido: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *Derecho civil español*, 7ª ed., Madrid, 1950, III, cit. Pág. 304. No faltan sin embargo autores que, como PÉREZ ARREGUI, y pese a los explícitos términos de la Ley, opinaban que se trataba de una propiedad especial, reducida en lo privativo a un mero goce y

por lo mismo, más asequible a todos y la única posible para grandes sectores de personas. Siendo ello así, el régimen de la propiedad horizontal no sólo precisa ser reconocido, sino que además requiere que se le aliente y encauce, dotándole de una regulación completa y eficaz.”.

Sin embargo, autores como VENTURA-TRAVERSET⁵¹ encuentran la causa fundamental de esta nueva reforma en la percepción por parte del legislador de los problemas jurídicos que generaba la incompleta normativa vigente. Así, este autor opina que la causa inmediata hay que encontrarla en la inoperancia de los reglamentos y estatutos privados con los que se pretendía regular el régimen de funcionamiento y la convivencia en los inmuebles acogidos a la regulación contenida en el artículo 396 del CC, desde el momento en el que el fenómeno se generalizó⁵². En este sentido cree el autor que debe ser interpretada la literalidad de la exposición de motivos de la Ley cuando afirma que: “...pretende, pues, seguir la realidad social de los hechos. Pero no en el simple sentido de convertir en norma cualquier dato obtenido de la práctica, sino con un alcance más amplio y profundo. De un lado, a causa de la dimensión de futuro inherente a la ordenación jurídica, que impide entenderla como mera sanción de lo que hoy acontece y obliga a la previsión de lo que pueda acontecer.”, o cuando, más adelante se establece que: “La Ley representa, más que una reforma de la legalidad vigente, la ordenación ex novo, de manera completa de la propiedad por pisos.”.

Se entiende unánimemente por la doctrina que el ámbito de operatividad de la reforma consistió en llevar a su máximo desarrollo la línea que había sido iniciada por la Ley de 1939, en el sentido de limitar la comunidad a aquellos elementos que resulten

disfrute el cual, si bien era la causa psicológica determinante del ingreso en la comunidad, resultaba mucho menos importante en sí que la participación en los elementos comunes.

⁵¹ VENTURA-TRAVERSET GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal...*, cit. Págs. 45 y 47.

⁵² En igual sentido: RABELLA DE CARRILLO, JOSÉ ANTONIO; *La propiedad horizontal...*, cit. Pág. 13. Sostiene que: “La Ley de 21 de julio de 1960 pretende a todas luces algo más que convertir en norma positiva una práctica jurídica más o menos rica, ..., se trata de crear una nueva legislación en la materia, aplicable de un modo efectivo en cada caso concreto, precisa en su contenido y siempre justa en su aplicación.”.

indispensables para el adecuado uso y disfrute de los bienes privativos, individualizando al máximo el derecho de propiedad de cada uno de los convecinos⁵³. En este sentido, destaca en la nueva redacción del artículo 396⁵⁴ CC que los diferentes pisos o locales

⁵³ Por todos: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal...*, cit. Pág. 86.

⁵⁴ El BALCI, en su Disposición Derogatoria estableció que: *"Queda derogada la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, salvo el artículo primero."*, que es el que estableció la nueva redacción de los arts. 396 y 401 del CC. Por su parte, la PROPOSICIÓN DE LEY 122/000062; Presentada por el Grupo Parlamentario Catalán; BOCG Congreso de los Diputados, Serie B, Madrid 3 de febrero de 1997, pretende la modificación del párrafo 1º del art. 396 CC dejándolo redactado en los siguientes términos: *"Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, elementos estructurales como pilares, jácenas, vigas y forjados; muros, recintos destinados al ascensor o a otros servicios e instalaciones; fachadas y elementos de cierre que las conforman, las terrazas, balcones, incluido el revestimiento exterior, y barandillas; conductos de ventilación y evacuación de humos, conductos de suministro de agua, gas, electricidad y teléfono hasta la entrada al espacio privativo propio; conducciones de desagües, fosos, patios, escaleras, porterías, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones, pasos y servidumbres; y demás servicios de utilización general, tales como los equipos y antenas colectivas de televisión, sistema de detección y prevención de incendios y sistemas de seguridad y comunicación."* Por su parte, el artículo 1º de la Proposición de Ley 122/000218 (Procedente de las Proposiciones de Ley con núms. de expediente 120/000002, 122/000062 y 122/000063, BOCG Congreso de los Diputados, Serie B, Madrid 20 de noviembre de 1998), da nueva redacción al artículo 1º de la futura LPH, suprimiendo la referencia a la modificación del art. 401 del CC (por haberse producido ya en 1960) y procediendo a dar nueva redacción al párrafo primero del art. 396 del CC, el cual queda redactado en los siguientes términos: *"Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga o que delimitan espacios comunes u otros privativos; recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones; fachadas, los elementos de cierre que las conforman, terrazas, balcones y ventanas, incluyendo sus revestimientos exteriores; pasos, muros, fosos, patios, pozos; conducciones de ventilación y evacuación de humos, para el suministro de agua, gas o electricidad y para los servicios audiovisuales hasta la entrada al espacio privativo o para el desagüe; instalaciones de antenas colectivas, para la detección y prevención de incendios o la seguridad del edificio, canalizaciones y servidumbres y cualesquiera otros que por su naturaleza o destino resulten indivisibles. [...] Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable. [...] En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título no tendrán derecho de tanteo ni de retracto. [...] Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las permitan, por la voluntad de los interesados."* Por su parte, la Proposición de Ley 624/000020, Procedente de la Proposición de Ley 122/000218, BOCG Senado, Serie III B, Madrid 8 de enero de 1999, donde se recogen las enmiendas introducidas por el Senado, establece: Enmienda 3ª del senador José Fermín Román Clemente (IU, Grupo Mixto) propone la adición del siguiente texto al párrafo 1º de la Proposición del Congreso: *"..., asimismo deberá hacer uso de los elementos comunes según lo establecido en las leyes, los estatutos de la comunidad o los acuerdos de ésta, y en ningún caso podrá incurrir en uso abusivo de los mismos ni en ocupación indebida de éstos."* Enmienda 4ª del senador José Fermín Román Clemente (IU, Grupo Mixto), donde propone la

podrán ser objeto de propiedad separada, *"que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para el adecuado uso y disfrute"*. Por si quedare alguna duda al respecto, se adiciona un segundo párrafo al artículo 401 del CC⁵⁵, del cual se deduce claramente que la propiedad horizontal no es una comunidad, por cuanto la adopción de este régimen de propiedad se configura como una de las formas de acabar con la indivisión que supone el régimen de comunidad ordinaria⁵⁶.

La Ley de 1960, sin embargo, no podía cometer el mismo error que había llevado al fracaso a su precedente de 1939⁵⁷ y, tomó conciencia de que la única manera de hacer efectiva esa individualización y primacía de los elementos privativos sobre los comunes pasaba por afirmar, clara y definitivamente, dos extremos: por una parte, la no operatividad de la acción de división *"... para hacer cesar la situación que regula esta Ley"* (art. 4º), línea ya iniciada en 1939 y; por otra, la denegación de los derechos de tanteo y retracto⁵⁸, que tan perturbadores se habían mostrado en la práctica del período que concluye en estos momentos⁵⁹.

adición del siguiente texto al párrafo 4º del artículo 1º: *"El presidente de la comunidad y en su caso el administrador, está expresamente facultados para solicitar el auxilio de la autoridad local competente para dar cumplimiento a lo dispuesto en los estatutos o en los acuerdos de la comunidad, en todo lo relativo a la defensa de la posesión de los elementos comunes y su uso por todos los copropietarios y en consecuencia a impedir el uso abusivo de los mismos."* Enmienda 45ª del Grupo Parlamentario Popular que propone la reforma parcial del párrafo 1º (Adicional Única) con el siguiente texto: *"Los diferentes pisos o locales.../... fachadas, los elementos de cierre que las conforman, los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas; pasos, muros.../..."*. Enmienda 46ª del Grupo Parlamentario Popular, por la que se propone un texto alternativo para la primera parte del párrafo 1º del artículo 1.

⁵⁵ Art. 401 2º Pfo. CC: *"Si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista en el artículo 396."*

⁵⁶ En igual sentido: PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Pág. 317; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 156-58. Ver También: STS 25 mayo 1996 (RJ 3919/1996) FD 2º; STS 13 julio 1996, (RJ 5584/1996) FD 2º; St. APGR de 6 de mayo de 1997 (Sec.3ª), (AC 1140/1997), FD 1º.

⁵⁷ En este sentido: PÉREZ SERRANO, NICOLÁS; *La propiedad horizontal y la jurisprudencia...*, cit. Pág. 969. Apuntaba, criticando la falta de decisión reformadora de la Ley de 1939 que: *"La fórmula viable a tal efecto radica en subrayar al máximo el concepto y valor de lo privativo..., pues de lo contrario nadie se sentirá tentado a entrar en un régimen donde todos van a mandar en su cosa... La reforma... se frustrará por completo si los Tribunales continúan estimando que el centro de gravedad de institución tan compleja sigue estando en los elementos comunes..."*.

⁵⁸ Tan directa es la reacción que se produce contra estos derechos que la Disposición Transitoria 2ª, no conforme con su eliminación pro futuro por parte del nuevo artículo 396 del CC, establece la

Los tribunales, por su parte, se ven obligados a aceptar sin ambages la naturaleza especial de este tipo de propiedad, aunque se siguen mostrando reticentes a reconocer que nos encontramos ante una nueva forma jurídica la cual no puede ser enmarcada dentro de ninguna institución clásica. Se encuentra en este último período alguna resolución que plantea la posibilidad o conveniencia del reconocimiento de personalidad a la comunidad que se genera bajo este régimen.

Así, la argumentación contenida en la STS de 18 de mayo de 1960 (RJ 1736/1960) se repite en la STS de 28 de abril de 1966 (RJ 2169/1966)⁶⁰ y, ya tras la reforma de 1960, en la STS de 2 de abril de 1971⁶¹ (RJ 1565/ 1971)⁶².

La STS de 8 de marzo de 1991 (RJ 2201/1991)⁶³, supone un cambio de perspectiva desde el momento en que, centrándose en el análisis de las relaciones de la

retroactividad de tal eliminación, eso sí, dejando a salvo la posibilidad, mediante mayoría conformada al menos por el 80% de los propietarios, de mantener la vigencia de tales pactos. Ver también lo que dispuso el BALCI en su artículo 8. 1 2º párrafo: *"En caso de enajenación de una propiedad separada, los demás dueños del conjunto no tendrán, por ese solo concepto, derecho de tanteo ni de retracto."*

⁵⁹ No podemos olvidar que la razón de la existencia de los derechos de tanteo y retracto y, sobre todo, de la acción de división en la comunidad de tipo romano estriba en la conceptualización de esta institución como una situación transitoria y anómala. Desde el momento en que la propiedad horizontal se asienta en el principio contrario, esto es, en la vocación de permanencia, se convendrá con nosotros en que resulta distorsionadora la contemplación de tales derechos en manos de los comuneros. En igual sentido, por todos, ver: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal...*, cit. Págs. 16 y 17. En contra, ver: LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, Ed. Corte Vasca de Arbitraje, San Sebastián, 1992, cit. Pág. 18 donde opinaba que en la LPH las normas de Derecho necesario se encuentran muy restringidas y que: *"Esta solución, ..., favorece que en un convenio arbitral se incluya el derecho a tanteo o retracto de los condueños al surgir, en mi opinión, ese derecho en la LPH como disponible, por lo que el arbitraje puede proyectarse sobre ese objeto."*

⁶⁰ Estima que tal configuración como *propiedad sui generis* venía dándose ya desde la STS de 6 de abril de 1946.

⁶¹ La de la AT de Granada de 3 de abril de 1981 (RGD 1982. Págs. 1982-1983) reproduce el contenido de las STS de 2 de abril de 1971 y 18 de mayo de 1960.

⁶² Fieles a esta línea se mantienen las siguientes sentencias: STS de 4 de julio de 1980 (RJ 3084/1980); STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1530/1981); STS 5 de octubre de 1983 (RJ 5229/1983) que puntualiza que: *"...no obstante las notas de carácter asociativo o comunitario que presenta la propiedad horizontal, no constituye una verdadera comunidad, sino unión de propiedades singulares cuya sustantividad y relevancia permanecen..."*; STS de 29 de mayo de 1984 (RJ 5229/1983) define en lo que consista la especialidad y establece que: *"... lo que permite calificar aquella titularidad individual como una auténtica propiedad especial, distinta, por supuesto, de la clásica del art. 348 del Código..."*; o la STS

comunidad con terceros, establece que la propiedad horizontal: "...constituye un paso intermedio entre la mera comunidad de bienes y los Entes autónomos...; y de ahí, que la sentencia de 24-12-86 (RJ 1986/7797) de esta Sala que cita la anterior de 12-2-86 (RJ 1986/548), nos hable de <<actos de conjunto>>".

No menos importante e innovador resulta el contenido de la STS de 14 de mayo de 1992 (RJ 4120/1992)⁶⁴, la cual reconoce respecto de la naturaleza de la comunidad en propiedad horizontal que: "...la imposibilidad de que pudiera operar como una comunidad de bienes ordinaria habida cuenta de la <<propiedad separada>> que caracteriza a la propiedad horizontal según el art. 396 del Código Civil, hace imprescindible que, aunque sin personalidad jurídica, sea considerada como un ente de proyección jurídica propia que si bien actualmente no puede operar sino a través de su representante en juicio o fuera de él, como es el presidente, tenga una estructura y función propia y relevante en el futuro que se asemeje a las personas jurídicas, ...".

La STS de 22 de mayo de 1993 (RJ 3723/1993), que cierra por el momento la línea evolutiva, retoma la doctrina que había sido emprendida por la STS de 2 de abril de 1971.

Como conclusión, podemos decir que la reforma de 1960 supuso la profundización en la individualización, ya iniciada por la Ley de 1939, del derecho de propiedad sobre las partes privativas y la atribución a esta institución de una regulación completa mediante la reforma del artículo 396 CC⁶⁵ y la remisión que éste realiza a una

de 8 de mayo de 1989 (RJ 3674/1989) y la STS de 1 de julio de 1989 (RJ 5278/1989), la última de las cuales incorpora la puntualización que introdujera la de 29 de mayo de 1984.

⁶³ En igual sentido, ver: St. APCA de 21 de mayo de 1993, (Sec. 1ª), (AC 293/1994); St. AP de Valencia de 18 de marzo de 1993, (Sec. 8ª), (AC 1580/1993) y St. APCS de 9 de junio de 1995 (AC 2379/1995) que realiza un interesante resumen de la línea evolutiva seguida por la jurisprudencia y la doctrina respecto del problema de la naturaleza jurídica de la institución.

⁶⁴ En igual sentido y, retomando a su vez los argumentos de su precedente de 8 de marzo de 1991, ver: St. APMA de 31 de marzo de 1995, (Sec. 6ª), (AC 2860/1995).

⁶⁵ Cuya vigencia respetaba la Disposición Derogatoria del BALCI al establecer que: "Queda derogada la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, salvo el artículo primero.". Por su parte el artículo 2º párrafo, del mismo proyecto estableció que: "El derecho de comunidad especial inherente a cada

ley especial. A pesar de ello, no ha abandonado la concepción dualista sobre el derecho de propiedad horizontal; concepción que, como veremos más adelante, ha sido tachada de perturbadora e innecesaria por parte de algún sector de la doctrina científica.

2. NATURALEZA JURÍDICA.

Analizada la evolución legislativa sufrida por la institución de la propiedad horizontal habíamos establecido que, aparte de los precedentes remotos que se quieran encontrar, son básicamente tres los períodos por los que ha pasado en nuestro país. Veíamos asimismo que esos tres períodos tenían un reflejo claro en la evolución de la jurisprudencia de nuestros tribunales, los cuales, obligados por el legislador a través de las dos reformas operadas, se amparaban en cualquier resquicio que dejaban las leyes reformadoras para seguir manteniendo sus posturas iniciales.

Como apunte previo a la exposición de las distintas posturas doctrinales puede decirse que, si se hacía ya patente en el estudio jurisprudencial la ineludible influencia del marco legislativo vigente en cada momento histórico, mayor relieve va a cobrar éste a la hora de condicionar la opinión de los autores, mucho más permeables a la evolución sociológica y su inevitable influencia sobre las estructuras jurídicas. Es por ello que posturas como la que ve en la propiedad horizontal un ejemplo de servidumbre serán abandonadas por la práctica totalidad de los autores desde el momento en que la reforma de 1939 ratificó la postura inicial del CC de 1889 de colocar el artículo 396 en sede de comunidad de bienes. No menos evidente es el caso de las tendencias que veían en la propiedad horizontal un fenómeno de comunidad de bienes de tipo romano, cuando la misma reforma sentó en términos contundentes la eliminación de la acción de división, por bien que dejara subsistente el derecho de tanteo en favor de los propietarios.

propiedad no atribuye la facultad de pedir la división y sólo podrá ser enajenado, gravado o embargado conjuntamente con la propiedad, de la cual es inseparable.”.

a) La propiedad horizontal como servidumbre.

La teoría según la cual la propiedad horizontal es una especie dentro del género de las servidumbres debe ser abordada a los solos efectos de dejar constancia de su propugnación en un marco legislativo e histórico menos evolucionado que el actual.

La razón de una tal teoría debe ser encontrada en argumentos de Derecho histórico comparado. Como ya hemos apuntado en la breve síntesis histórica y legislativa de la institución, la base de tal concepción encuentra su apoyo en nuestro país en el proyecto de CC de 1851 el cual, traduciendo directamente el texto y la técnica del Código napoleónico, consideró que la colocación adecuada de la institución en el CC se hallaba entre las servidumbres de medianería. Sin embargo, la realidad legislativa en nuestro sistema fue muy otra y, así, el proyecto de CC de 1882 y el posterior texto de 1889 decidieron, desoyendo los dictados de su modelo francés, que la correcta localización sistemática de tal fenómeno en la Ley civil se encontraba en sede de comunidad de bienes.

Los condicionamientos expuestos son pues los que determinan que los máximos ejemplos de defensa de esta tesis hayan de ser encontrados entre autores franceses⁶⁶ e italianos⁶⁷, si bien no cabe desconocer la opinión favorable a tal tesis de estudiosos españoles como DANVILA COLLADO⁶⁸ o DEL VISO⁶⁹.

A juicio de muchos autores, la decisión del legislador español de 1889 de colocar el precepto regulador de tal institución en sede de comunidad de bienes hubiera bastado para eliminar radicalmente la discusión acerca de la posible naturaleza de

⁶⁶ PARDESSUS; *Traité des servitudes ou services fonciers*, Bruselas, 1840 (Citado por: OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 863).

⁶⁷ Recordemos que el primitivo Códice italiano, como su modelo francés, enmarcó el fenómeno de la propiedad horizontal entre los preceptos referentes a las servidumbres.

⁶⁸ DANVILA COLLADO; *El Libro del propietario*, 2ª ed., Madrid, 1872, cit. Págs. 469-474. Trataba la institución como servidumbre nacida de la subdivisión de un predio, o de su indivisión.

⁶⁹ DEL VISO; *Lecciones elementales de Derecho civil*, 5ª ed., Tomo I, Valencia, 1885, cit. Pág. 84. Al tratar del régimen de gastos y cargas sitúa la institución entre las servidumbres. -

servidumbre de la propiedad horizontal. Creemos nosotros que la localización de una institución en uno u otro lugar de un cuerpo legislativo no representa argumento inamovible cuando lo que se intenta averiguar es la naturaleza de la misma.

Por otra parte y, sin tomar como base el argumento de la colocación sistemática del precepto, son abundantes las críticas de la doctrina española a la postura ahora analizada. Así, BATLLE VÁZQUEZ⁷⁰, siguiendo a MUCIUS SCAEVOLA⁷¹, destacaba que donde hay propiedad, sea singular o común, no hay servidumbre.

Sea como fuere, lo cierto es que, desde el momento en que la reforma de 1939 ratificó la ubicación de la regulación de la propiedad horizontal en sede de comunidad de bienes, desaparece cualquier nuevo intento de sustentar tal postura. Por nuestra parte, reiterar que no compartimos tal argumentación. Consideramos que para negar la posible operatividad de tal construcción doctrinal basta con patentizar el hecho de que en el caso de la denominada propiedad horizontal nos encontramos ante un fenómeno en el que se aprecia algo más que una mera utilización de la cosa de otro⁷² o, para mejor entendernos, algo diametralmente opuesto a la utilización de la cosa de otro. El propietario lo es tanto de su departamento privativo como de los elementos comunes. Desaparece así la necesaria contraposición entre predio dominante y sirviente⁷³ y, con ella, cualquier intento de sostener la teoría de la servidumbre⁷⁴. Tal principio ya quedaba claramente fijado en las Partidas cuando establecían que: “*Los homes hanse de servir*

⁷⁰ BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 4ª ed. revisada y actualizada, Ed. Marfil, Alcoy, 1960, cit. Pág. 49. En parecido sentido, ver: ROCHA, XAVIER; *Problemas jurídicos...*, cit. Pág. 963.

⁷¹ MUCIUS SCAEVOLA; *Código Civil comentado y concordado*, 4ª ed., T. VII, Madrid, 1944, cit. Pág. 208.

⁷² En igual sentido: PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Pág. 209.

⁷³ En parecido sentido: ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos...*, cit. Pág. 85. Opina que las limitaciones recíprocas de los propietarios no pueden entenderse como servidumbres, sino como reflejo del *ius prohibendi*, que configura obligaciones *ob rem* o *propter rem*.

⁷⁴ En este sentido, ver: St. APB de 23 de abril de 1997 (Sec.16ª), (AC 984/1997), FD 1º.

de sus cosas non como en manera de servidumbre, mas usando de ellas como de lo suyo", retomando el principio romano "*nemini res sua servit iure servitutes*"⁷⁵.

b) La propiedad horizontal como derecho de superficie.

Constituye ésta una postura minoritaria en nuestro país por cuanto nunca ha encontrado apoyatura legal ni en los precedentes legislativos remotos ni en las sucesivas modificaciones del contenido del artículo 396 CC. Si traemos a colación tal opinión es con el puro ánimo sistemático de analizar todas las posibles soluciones planteadas al problema de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal.

Tal concepción parte del estudio comparado de sistemas legales como el alemán y el suizo⁷⁶, los cuales, si bien en un primer momento se mostraron reacios a aceptación de tal institución⁷⁷, posteriormente y, ya aceptada en sus respectivos ordenamientos, la situaron en sede de derecho de superficie. Tal concepción es a todas luces inaplicable en nuestro sistema jurídico⁷⁸ y ello porque el derecho de superficie se configura como aquél derecho del que goza una persona sobre construcciones, árboles o plantas adheridos a suelo ajeno. Como se puede observar, no puede constituir naturaleza jurídica de una institución una situación fáctica, la de la ajenidad del suelo sobre el que se construye el

⁷⁵ En este sentido: GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO; *Observaciones sobre copropiedad pro diviso*, RCDI, 1941, cit. Pág. 77. Analizando la reunión en una misma persona del derecho sobre el total inmueble, establece que: "... debiera provocar inmediatamente la extinción de la copropiedad, porque el párrafo primero del artículo 396, en su nueva forma, exige que los diferentes pisos pertenezcan a distintos propietarios y además porque el principio de que **a nadie puede servir su propia cosa**, como si el propietario crease un gravamen a favor de sí mismo, es incompatible con las autolimitaciones internas y con las servidumbres establecidas entre las partes físicas del edificio."; Díez- PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS Y GULLÓN, ANTONIO; *Instituciones de Derecho Civil*, cit. Pág. 170. Opinan que en nuestro derecho vigente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 530 del CC, no cabe la posibilidad de establecer servidumbres sobre cosa propia.

⁷⁶ En igual sentido: OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 863.

⁷⁷ Similar fue la postura del legislador argentino en un primer momento.

⁷⁸ En similar sentido: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 1ª ed., cit. Pág. 30. Afirma que en la propiedad por pisos hay algo más que un derecho de construcción sobre suelo ajeno, que la mera facultad de superposición. Existe una utilización de elementos comunes que desvirtúa y

inmueble, que no resulta consustancial a tal institución y que, por lo demás, la realidad demuestra que se produce con rara frecuencia.

c) Teorías comunitarias.

Muy diversas son las posturas que se encuadran en este epígrafe y ello debido a que en nuestro país, ya desde 1889, la institución de la propiedad horizontal fue regulada entre los preceptos referentes a la comunidad de bienes. Ello ha tenido como consecuencia ineludible la contemplación de la misma como una forma de tal comunidad; teoría que, no obstante, se ha tenido que ir matizando en su radicalidad inicial debido fundamentalmente a los efectos de las dos reformas legislativas. Así, cuando la reforma de 1939 suprimió la acción de división no hubo más remedio que aceptar que, en todo caso, se trataba de una comunidad de bienes especial. Posteriormente, cuando la reforma de 1960 ratificó la primacía de los espacios privativos sobre los comunes y la definitiva eliminación de la acción de división y el derecho de tanteo, no quedó más remedio que aceptar que el fenómeno comunitario se reducía a los espacios comunes, los cuales, además, se declaraban accesorios al servicio de los privativos. En este estado de cosas, surge una postura doctrinal revisionista que se opone a la preponderancia de los espacios privativos y propugna una relación de paridad entre éstos y los comunes, intentando ver, en apoyo de tal postura, la comunidad en propiedad horizontal como un fenómeno que aúna caracteres de la comunidad romana y la germánica en mano común.

modifica la naturaleza de aquel derecho; ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 89; ROCHA, XAVIER; *Problemas jurídicos...*, cit. Pág. 963.

c.1. Comunidad romana.

Bastantes eran los autores que en un primer período se adscribían a la postura mantenida por el TS⁷⁹ en el sentido de considerar que el artículo 396 del CC en su redacción de 1889 contenía “...no obstante la pequeña irregularidad que presenta, una comunidad verdadera, puesto que son comunes los elementos principales, suelo, tejado, paredes y escaleras, y tan sólo es de propiedad particular y privativa el aire que en fuerza de la abundancia con que Dios nos lo da, aunque tiene un valor inmenso, jurídica y económicamente considerado no vale nada.”⁸⁰.

La razón de ser de tales posturas, incluso vigente la reforma de 1939, radicaba en la consideración preponderante de los elementos comunes y la consiguiente contemplación de los privativos como accesorios.

No menos importancia cabe atribuir al argumento que sostenía tal afirmación en base a la colocación sistemática del precepto en el CC y, más aún si se tiene en cuenta el hecho de que tal argumento era puesto en juego por autores del prestigio de MANRESA NAVARRO o MUCIUS SCAEVOLA⁸¹.

CASTÁN TOBEÑAS⁸², por su parte, opinaba en vistas de la reforma de 1939, que si bien la nueva ley configuraba la propiedad horizontal como una mezcla de

⁷⁹ Ver a este respecto: RUÍZ SALAS; *La venta de las casas divididas por pisos a instancia del propietario de uno de ellos y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, RDPriv., abril, 1932, cit. Pág. 108; VALVERDE; *Tratado de Derecho civil español*, 3ª ed., T. II, Valladolid, 1925 y T. I, 4ª ed., Valladolid, 1935, cit. Pág. 267; DESANTES; *Propiedad horizontal. Naturaleza jurídica. Constitución por división de cosa común. Comentario a sentencia de 9 de julio de 1951*, ADC, enero-marzo, 1951, cit. Pág. 1638.

⁸⁰ ALVAREZ CASCOS, FÉLIX; *Condominio de casas divididas por pisos en Santander*, RDPriv., 15 nov. 1928, cit. Pág. 268.

⁸¹ MANRESA NAVARRO, JOSÉ MARÍA; *Comentario al art. 396 CC*, cit. Pág. 570. Sostenía que: “La misma colocación del artículo aclara su sentido... porque aun cuando los preceptos de este título no estén divididos en capítulos, hay una división u ordenación innegable; hasta el 399 se refieren a la copropiedad; desde el 400 en adelante tratan de la división.”; MUCIUS SCAEVOLA; *Código Civil (Comentado y concordado)*, cit. Art. 396.

⁸² CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *Derecho civil español*, 7ª ed., cit. Págs. 305-306. En igual sentido ver: GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO; *Observaciones sobre copropiedad pro diviso*, cit. Pág. 72. Reconoce el autor la dualidad de derechos establecida por la Ley de 1939 y la negación de la naturaleza

propiedad exclusiva (sobre cada piso o departamento) y copropiedad (sobre los elementos comunes), en cuya combinación se atribuía cierta preponderancia a los elementos privativos, tal construcción era acreedora de ciertos reparos ya que no parecía tener en cuenta que el propietario del piso se encuentra con importantísimas limitaciones en su privativa propiedad. Concluía el autor reconociendo la complejidad de la institución; complejidad que, por otra parte, no impedía encuadrarla en el marco general de la comunidad de bienes y derechos, siquiera fuese como una: “...comunidad especial que se aproxima a los tipos de la propiedad dividida.”.

NAVARRO AZPEITIA⁸³ no consideraba aceptable la conceptualización que de esta institución realizaba la Ley de 1939 pues, si bien el propietario de cada piso o local podía disponer de él libremente, tal disposición sobre el elemento privativo comportaba, forzosamente, la disposición sobre la copropiedad en los elementos comunes inescindiblemente unida al derecho privativo sobre el primero. Desde esta constatación, configuraba la institución estudiada como una comunidad voluntaria por su origen, pero forzosa en su permanencia, integrada por todos los titulares de pisos o departamentos, los que tienen un derecho de propiedad indivisa de toda la finca, que permanece puro e indeterminado sobre las obras fundamentales y de servicio general, y determinado por localización sobre espacios susceptibles de aprovechamiento independiente⁸⁴.

de servidumbre, por cuanto nos encontramos ante uno de los casos de propiedad de los edificios con distribución dominical de sus elementos y aprovechamiento orgánico de sus servicios.

⁸³ NAVARRO AZPEITIA, FAUSTO; *Naturaleza y regulación de la propiedad de casas por pisos*, en, “Cuestiones de Derecho Privado de nuestra posguerra”, Publicaciones del Colegio Notarial de Barcelona, 1942, cit. Pág. 50.

⁸⁴ MANRESA NAVARRO y NAVARRO AZPEITIA son autores que experimentan una evolución en su concepción, siendo más acusada ésta en el segundo. Ambos aceptan en una primera época que se trata de una figura especial dentro de la propiedad, en la que se mezclan la propiedad exclusiva y la comunidad empleando como sinónimos los términos copropiedad y comunidad de bienes que corresponden a la especie y el género respectivamente. Por ello aceptan como aplicables a la comunidad en propiedad horizontal los preceptos referidos a la comunidad de bienes en todo aquello que no pugnen con las especialidades de ésta. Posteriormente parece que se inclinan por aceptar la concepción dualista de propiedad exclusiva sobre los pisos o locales y comunidad sobre los elementos comunes. En igual sentido: PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Pág. 214.

PUIG PEÑA⁸⁵ afirma, contrariamente a los autores anteriormente citados, que nos encontramos ante una comunidad especial⁸⁶, por ver en la propiedad horizontal notables diferencias que la hacen divergir de los cánones propios de la comunidad romana.

PERÉ Y RALUY⁸⁷ opina que el condominio de inmuebles en régimen de propiedad horizontal constituye una comunidad que, aun participando de las características esenciales de la comunidad ordinaria de tipo romano, ofrece especialidades muy notables basadas en lo fundamental en la vinculación del condominio sobre los elementos comunes a los correspondientes derechos de propiedad privativa. Esta especial trabazón es la que justifica, a su juicio, la estructuración orgánica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal; estructuración que resulta innecesaria en una comunidad de tipo romano por cuanto la copropiedad ordinaria se concibe como algo esencialmente transitorio que, por tanto, no necesita de una estructura diferenciada compuesta por órganos representativos de carácter permanente.

MONTÉS PENADÉS⁸⁸, saliendo al paso de las críticas vertidas a tal concepción por autores como BONET RAMÓN⁸⁹, estima que: “ ..., *negar que en la Propiedad*

⁸⁵ PUIG PEÑA, FEDERICO; *Compendio de Derecho Civil Español*, T. II, Ed. Nauta, Barcelona, 1966, cit. Pág. 327.

⁸⁶ En igual sentido: SÁNCHEZ ROMÁN; *Estudios de Derecho Civil*; T. II, Madrid, 1900, cit. Pág. 178; VALVERDE; *Tratado de Derecho civil español*, cit. Pág. 168. Opina que: “*Aunque es una comunidad a la que se refiere el artículo, es indudable que es una comunidad especial, por lo mismo que se da el caso de coexistir una propiedad común..., con una propiedad representada no por una cuota ideal, como sucede en la copropiedad ordinaria,...*”; DE BUEN; *Derecho Civil español común*, Madrid, 1922, cit. Págs. 281-282. Afirma que: “*El hecho de que el artículo anterior se halla incluido en el título que se refiere a la comunidad de bienes hace creer, que cuando los distintos pisos de una casa pertenecen a distintas personas, existe condominio de la casa; pero, ..., es evidente que del precepto del Código no puede deducirse semejante cosa; lo que está en condominio no es la casa misma, ya que cada piso pertenece a una persona distinta,...*”. Ver también la opinión de BONET RAMÓN como ponente de la STS de 18 de mayo de 1960.

⁸⁷ PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, Rev. Pretor, marzo-abril 1963, cit. Págs. 18-19.

⁸⁸ MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada (Anotaciones a la jurisprudencia del TS)*, ADC, 1972, cit. Pág. 855.

⁸⁹ BONET RAMÓN, FRANCISCO; *Comentario a la St. de 9 de julio de 1951*, RDPriv, noviembre 1951, cit. Págs. 932 y ss.

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

Sin embargo de las apasionadas exposiciones en favor de esta postura, no han faltado ejemplos doctrinales de una radical negación de los postulados básicos de la misma.

La primera y fundamental crítica que se puede realizar a estas tesis, contando con la ventaja que supone, tras la reforma de 1960, conocer la definitiva eliminación de la acción de división y los derechos de tanteo y retracto, puede basarse en la mera contemplación de la exposición de motivos de la misma, la cual sienta la preponderancia de los elementos privativos sobre los comunes de forma taxativa⁹⁰.

La segunda es aquélla que niega que pueda deducirse la naturaleza jurídica de una institución de su mera colocación sistemática en un cuerpo legal. En este sentido, BATLLE VÁZQUEZ⁹¹, afirma que: “¿qué alcance tiene esta colocación? Así como los que vieron en la institución la existencia de una servidumbre nunca creyeron que en el Código napoleónico y en el italiano se afirmase realmente la existencia de una servidumbre,..., tampoco los comentaristas del Código español pudieron pensar cosa semejante de la comunidad. Que en la propiedad por pisos haya una comunidad limitada a algunos de sus elementos, es exacto;... consecuencia...: sobre la casa entera

⁹⁰ En igual sentido: PÉREZ SERRANO, NICOLÁS; *La propiedad horizontal y la jurisprudencia...*, cit. Pág. 969.

⁹¹ BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL, *La propiedad de casas por pisos*, 1ª ed., cit. Pág. 34. En igual sentido: Díez- Pícazo y Ponce de León, Luís y Gullón, Antonio; *Instituciones de Derecho Civil*, cit. Pág. 171. Opinan que no cabe acoger el argumento de la colocación sistemática de la institución en el CC. A su juicio se trata mas bien de un fenómeno asociativo o comunitario al cual pueden resultar aplicables subsidiariamente las disposiciones referentes a la comunidad de bienes en todo aquello que no resulten contrarias a las especialidades propias de la propiedad horizontal.

no hay comunidad sino una simple concurrencia de propietarios, que no es lo mismo... Decir que se trata de una comunidad especial no es suficiente." No menos tajante resulta la postura de MAURA⁹², para el cual, cuando hay verdadera comunidad ninguna partícula de la misma se sustrae a la copropiedad; o la mantenida por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO⁹³ cuando sostiene que: "... la inclusión de dicho precepto (artículo 396 CC) en el Título III del Libro II del Código civil, que regula precisamente la comunidad de bienes, no es ya un sólido fundamento, habida cuenta que dicho precepto no es regulador, y sí solo, caracterizador de sus elementos esenciales."

El tercer gran argumento que se puede esgrimir en este sentido es aquel que niega la tesis comunitaria por estimar que el derecho que recae sobre los elementos comunes no puede ser configurado como un ejemplo de copropiedad. Se trataría, según esta postura, de una concurrencia de varios derechos de propiedad sobre un mismo objeto. Cada uno de los propietarios ostentaría uno de estos derechos que, si bien es pleno, se encontraría limitado en su ejercicio por la existencia de otros tantos derechos iguales⁹⁴.

Sin embargo, creemos que uno de los argumentos de mayor calado a la hora de negar la existencia de una verdadera comunidad es el que nos brinda el artículo 401 CC tras la reforma de 1960 por cuanto indica que la propiedad horizontal es uno de los

⁹² MAURA; *Dictámenes*, Tomo II, Dictamen 4, Madrid, 2 junio 1912, Ed. Saturnino Calleja.

⁹³ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 158 y 194.

⁹⁴ En igual sentido: FUENTES LOJO, JUAN V.; *Legitimación activa para el ejercicio de acciones dimanantes de la Ley de Propiedad Horizontal*, RGD, 1967, cit. Pág. 393. Afirma además que: "No puede concebirse una comunidad sobre estos elementos comunes porque falta una de sus facultades esenciales: la posibilidad de exigir la división."; BONET RAMÓN, FRANCISCO; *Comentario a la St. de 9 de julio de 1951*, cit. Págs. 932 y ss. Afirma que la copropiedad remanente no es una comunidad en el sentido clásico del término por faltarle los caracteres de transitoriedad siendo, por el contrario, forzosa, perpetua, inalienable e indivisible; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO; *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, cit. Pág. 14. Opina que la propiedad horizontal más que una verdadera comunidad es lo que su propio nombre indica, una propiedad de casas por pisos y "...si se quiere hablar de comunidad, tendrá que añadirse inmediatamente que es una <<comunidad prodiviso>>,..., lo que ocurre es que esos distintos propietarios, con objeto perfectamente delimitado, tienen unas cuantas cosas en común".

medios para salir de la indivisión propia de la comunidad de bienes. Por tanto, se deduce que no puede ser ella misma una comunidad del tipo de la primera⁹⁵.

Sea como fuere, lo cierto es que desde el momento en que se toma conciencia de que el derecho del propietario horizontal es un derecho de propiedad pleno y no una mera facultad de uso o aprovechamiento⁹⁶, la tesis unitaria que concebía la propiedad horizontal como una comunidad sobre el total edificio, con distribución pro diviso del uso y aprovechamiento del inmueble, se ha quedado corta a la hora de precisar la naturaleza del derecho de cada titular sobre su parte privativa⁹⁷.

⁹⁵ En igual sentido: PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Pág. 317; RABELLA DE CARRILLO, JOSÉ ANTONIO; *La propiedad horizontal...*, cit. Pág. 61. Apoya tal postura en la literalidad del artículo 4 de la LPH de 1960 que excluye expresamente la aplicabilidad del artículo 400 CC; SANTOS BRIZ, JAIME; *La propiedad horizontal o de casas por pisos o locales*, en, "Derecho Civil. Teoría y práctica", T. II, Ed. RDPriv, Madrid, 1972, cit. Pág. 290; y ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 74; REYES MONTERREAL, JOSÉ MARÍA; *El proceso de disolución de la comunidad*, RDProc. 1960, n° 2, págs. 359-439. Se plantea si se puede obligar a un comunero, mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*, a integrarse en un nuevo tipo de comunidad, la propiedad horizontal; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad de propietarios y legitimación individual del comunero en la propiedad horizontal*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1997, cit. Págs. 21-22. Considera que: "La falta de organización que caracteriza al fenómeno de la indivisión en el Código Civil constituye una situación intencionada: el legislador individualista de finales del siglo XIX tiene en mente una situación comunitaria que no tiene su origen en la voluntad de los comuneros; organizarla legalmente significaría restringir las prerrogativas individuales de los participantes, que no han querido situarse en el seno de esa organización... Pero la cuestión se torna distinta si la concurrencia de los comuneros es buscada por los mismos como alternativa a la propiedad inmobiliaria individual y, una vez surgidos los problemas, los sujetos no disponen del remedio de la acción de división.". Ver También: STS 25 mayo 1996 (RJ 3919/1996) FD 2°; STS 13 julio 1996, (RJ5584/1996) FD 2°; St. APGR de 6 de mayo de 1997 (Sec.3°), (AC 1140/1997), FD 1°.

⁹⁶ En igual sentido: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ; GARRIDO CERDÁ, EMILIO; SOTO BISQUERT, ANTONIO; *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana*, RDNot., LXIV, 1969, cit. Pág. 261.

⁹⁷ En este mismo sentido, ver: STS de 19 de marzo de 1996 (RJ 3493/1996) FD 4°; St. ATBI de 22 de mayo de 1982 donde opina que: "Acotado el proceso de equidad legalmente para dos supuestos concretos (erróneamente, considera que tanto el procedimiento del 16. 2 como el proceso del 16. 3 son contenciosos y con resolución sobre el fondo en equidad), y siendo, en principio, general la competencia del juez de distrito -norma cinco- el proceso para el que éste es competente y que mayores garantías presenta es el de cognición; y de esta forma, y en la actualidad con el apoyo que supone la interpretación de las normas con arreglo a la <<realidad social>> -art. 3.1 CC- se halla una solución a un problema ya planteado por el párrafo tercero del art. 398 del CC y que fue resuelto por la doctrina mayoritaria estimando que se debería seguir el trámite incidental, por lo que, salvando la distinta naturaleza del condominio común y la propiedad horizontal el proceso de equidad cubre una necesidad que se había dejado sentir en la aplicación del art. 398."; St. APMA de 2 de mayo de 1997 (Sec.4°), (AC 1079/1997), FD1°. En contra: STS de 30 de mayo de 1997 (RJ 4329/1997) FD 1°.

c.2. Comunidad romana con caracteres de la germánica.

De la negación de las tesis dualistas surge un intento minoritario de mantener la primacía del aspecto comunitario sobre el individualista en la propiedad horizontal. El máximo exponente de esta concepción en nuestro país es MEDRANO Y RUÍZ DEL ÁRBOL⁹⁸. Estima el autor que si nos encontramos ante un fenómeno de distribución, ésta afecta al derecho subjetivo o titularidad global pero no al objeto en sí. Desde esta concepción, sostiene el autor que en el condominio ordinario no se da la adscripción de la cosa en comunidad al logro de un fin específico diferente del común al que está destinada. Existe otra categoría comunitaria que sí que permite la adscripción de la cosa común a un fin específico; fin que, mientras subsista, impedirá la división del fenómeno comunitario. Se trata de una especial comunidad, la germánica en mano común, en cuyo tipo se enmarcan fenómenos como la sociedad de gananciales o la propiedad horizontal. Y se enmarca en este tipo la propiedad horizontal por cuanto, las limitaciones al dominio privativo de los propietarios individuales desvirtúan los caracteres fundamentales del derecho de propiedad clásico al tiempo que, las teorías que pretenden crear una institución compleja basada en la dualidad de derechos de los propietarios, suponen una anomalía de difícil justificación.

Tal postura que, podríamos calificar como ecléctica, pretende solucionar los problemas que generaban el resto de conceptualizaciones en boga en ese momento histórico. Ante las carencias de la teoría legal instaurada con la Ley de 1939 y de aquellas otras que pretenden enmarcar la propiedad horizontal en los moldes de instituciones clásicas (propiedad, comunidad, titularidad *ob rem*, derecho de superficie...), el autor se inclina por seguir las teorías comunitarias si bien, aceptando “...la dificultad de explicar dentro de los moldes clásicos la concreción en el disfrute y disposición que se verifica a favor de cada titular del elemento habitable”, lo cual no impide considerarla como una comunidad, aunque con especialidades. Esas

⁹⁸ MEDRANO Y RUÍZ DEL ÁRBOL, JOSÉ ANTONIO; *Problemas de la indivisión en la comunidad*, RDNot, enero-marzo 1958, cit. Págs. 62 y 70-82.

especialidades no consisten en otra cosa que en aunar en una misma institución la cuota de la comunidad romana, concretada en su disfrute sobre cada uno de los elementos habitables, y la indivisión permanente, por causa de la finalidad perseguida, propia de la comunidad germánica en mano común⁹⁹.

Esta postura, si bien cabe reconocerle el mérito de realizar un verdadero esfuerzo en el sentido de fijar la diferencia existente entre la comunidad romana y la propiedad horizontal (lo accidental de la vida de la primera y la vocación de permanencia en el tiempo de la segunda), no puede, sin embargo, ser mantenida. No puede serlo por cuanto la base de sus postulados se halla en la afirmación de la primacía del elemento comunitario sobre los privativos, primacía que ha sido definitivamente invertida por la LPH de 1960, dejando sin apoyo legal las tesis que se basan en tal afirmación.

c.3. Paso intermedio entre la comunidad de bienes y los entes autónomos.

La base teórica en la que se apoya tal posición doctrinal encuentra su fundamento en una línea jurisprudencial que se inaugura con la STS de 8 de marzo de

⁹⁹ En apoyo de esta teoría esgrime el hecho de que el legislador: "...cuando existen supuestos de comunidades indefinidas o permanentes... usa como medio común a todas ellas dar traslado de la comunidad desde el general estatuto jurídico de la misma al de otra figura, y así la comunidad del régimen matrimonial de gananciales se denomina por la ley <<sociedad legal de gananciales>>; la comunidad de los muros medianeros es <<servidumbre legal de medianería>>... lo que ocurre es que el Código regula bajo el término <<comunidad de bienes>>... la forma romana de la comunidad apta para la *communio incidens*. Regula aparte supuestos específicos de cotitularidades ajenas a la comunidad incidental... Las formas de aparecer estas cotitularidades indivisibles localizadas (o enmascaradas) en determinados estatutos jurídicos ajenos al estatuto tipo de la cotitularidad: la copropiedad o condominio, se caracteriza, en general, por la adscripción de la cotitularidad... a un fin superior al mero goce económico de las cosas, dotado de un carácter más o menos permanente o indeterminado en cuanto al tiempo.". En contra: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 292. Cree que la propiedad horizontal no es una persona jurídica, ni una comunidad en mano común, ni una titularidad solidaria, ni una mera mancomunidad. La encaja en lo que DE CASTRO llama comunidad por cuotas, en la que, manteniéndose la unidad del derecho subjetivo, sólo modificable por acuerdo unánime de los propietarios del inmueble, existe una división de cuenta, la cuota, a favor de cada sujeto. La virtualidad de la cuota consiste en permitir al propietario disponer de la parte común que le correspondería tras una división, si bien inexcusablemente unida a su parte privativa en razón de la indivisibilidad del objeto.

1991 (RJ 2201/1991)¹⁰⁰. Según esta sentencia, la naturaleza jurídica de este fenómeno debe ser colocada en una situación intermedia entre la mera comunidad de bienes y los entes autónomos. Ello se debe a la constatación por parte de la jurisprudencia de que si bien es evidente que la comunidad de propietarios es un ente sin personalidad jurídica propia, no puede por ello negársele la posibilidad de contraer derechos y obligaciones¹⁰¹.

Como podremos apreciar en el siguiente epígrafe, al que nos remitimos, la semejanza entre esta postura y la que ve en la propiedad horizontal un fenómeno societario o asociativo es mínima. La única diferencia real entre las mismas se encuentra en el diverso enfoque en el que se basan ambas. Los autores que ven en la propiedad horizontal un fenómeno societario, ante la evidente falta de personalidad de la comunidad, por cuanto la LPH no se la reconoce, sólo pueden plantear tal postura en el contexto de propuestas *de lege ferenda* o como intento de asimilación de los modelos de otros sistemas jurídicos. Por contra, las tesis ahora comentadas podemos entender que se formulan atendiendo a la situación legal existente en nuestro país, la cual, a todas luces, deniega la personalidad a este tipo de entes.

Esta proximidad entre las dos posturas encuentra su causa en la contemplación de la propiedad horizontal desde la perspectiva dinámica de su funcionamiento interno y, ante todo, frente a terceros. Tal proximidad de postulados ha llevado a diversos autores a situarse en una posición intermedia por cuanto, conscientes de los problemas de la situación actual en la que no se reconoce personalidad jurídica a las comunidades de propietarios y, sin embargo, se les permite actuar como si la tuvieran, consideran que no existen datos suficientes que justifiquen la atribución de una verdadera personalidad¹⁰² o su contemplación como verdadero fenómeno societario o asociativo.

¹⁰⁰ Ver *supra* el comentario de la misma.

¹⁰¹ En consonancia con esta línea jurisprudencial: AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial. Propiedad Horizontal*. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, mayo 1994, cit. Pág. 278; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, cit. Págs. 139, 166 y 627.

¹⁰² En este sentido: CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO; *Comentario a la STS de 8 de marzo de 1991*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 26, cit. Pág. 424; MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Págs. 914-915. Establece que: "La

Sea cual fuere la solución al problema de la personalidad, al que trataremos de dar respuesta más adelante, lo cierto es que las teorías que se enmarcan en este epígrafe son difícilmente reducibles a unidad por cuanto, si es común a todas ellas analizar el fenómeno en su dimensión dinámica y no estática, las soluciones a las que lleva tal contemplación son tantas como matices quiera introducir cada autor. Prueba de ello podemos encontrarla en las palabras de BATISTA MONTERO-RÍOS¹⁰³, según el cual: *“La dificultad radica en que se trata de una propiedad individual que se ejercita sobre una cosa común, figura ciertamente complicada, pero a la que no habría necesidad de acudir si no se pretendiera encajar realidades nuevas sobre conceptos antiguos... La solución más clara está, a nuestro juicio, en ver una comunidad distinta de la regulada por el Código¹⁰⁴, con una nota de indivisión perpetua y otra de aprovechamiento parcelario, también perpetuo... No hay razón para que no pueda admitirse un aprovechamiento de cosa común con parcelación espacial en vez de temporal.”*

No menos interesante resulta la postura mantenida por COCA PAYERAS¹⁰⁵ según el cual, para analizar el fenómeno de la propiedad horizontal, hay que partir de la

*Comunidad de Propietarios es, en la propiedad horizontal, una colectividad cercana (si no equivalente) a las sociedades sin personalidad o a otros grupos dotados de cierta coherencia por el ordenamiento jurídico, que por carecer de personalidad abstracta o unitaria, suelen muchas veces ser designados como asociaciones <<de hecho>> o fórmulas definitorias semejantes”. Desde esta perspectiva no es una metáfora hablar de “ente comunitario”, por cuanto la comunidad se configura como uno de los componentes definidores de la propiedad horizontal, aquello que le confiere la especialidad, al tiempo que, el expediente a través del cual se organiza la administración y el goce del edificio; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA; *Las zonas de recreo en las urbanizaciones y la legislación sobre propiedad horizontal*, RDPriv., 1971, cit. Pág. 595-596. Aceptando los postulados básicos de esta línea de pensamiento considera que la comunidad que deriva del régimen de propiedad horizontal constituye un fenómeno encuadrable entre las “comunidades con fin subordinado”; grupo cuyas características peculiares las separa de la comunidad ordinaria.*

¹⁰³ BATISTA MONTERO-RÍOS, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960*, RGLJ, T.209, 1960 II, cit. Pág. 706. Comparemos la postura mantenida por el autor con las referidas en la nota precedente.

¹⁰⁴ En esta misma línea, ver: St. Juz. 1ª Inst. nº 3 de Gijón de 16 de mayo de 1997 FD 4º donde, analizando la propiedad horizontal desde la perspectiva de su funcionamiento, considera que: *“La naturaleza de este tipo de propiedad lleva a que la Ley siga un criterio más equitativo que el Código Civil en la Comunidad de bienes, y exija la concurrencia de las dos mayorías, personal y económica.”*

¹⁰⁵ COCA PAYERAS, MIGUEL; *Comentario a la resolución de la DGRN de 7 de julio de 1986*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Nº 13, cit. Pág. 4199. Consideramos interesante esta postura por cuanto contempla la propiedad horizontal tanto en su aspecto estático como en el dinámico, presentando así una visión del fenómeno que creemos encauza el problema por la vía adecuada para su correcto encuadramiento.

base de diferenciar la idea de comunidad de propietarios como ente colectivo, de la de la institución como régimen cualificado de bienes¹⁰⁶. A su vez y, dentro de esta segunda faceta, apunta el autor que cabe destacar un perfil interno, o de relaciones entre los propietarios del inmueble (que es el que contempla básicamente el artículo 396 CC), y un perfil externo, o de relaciones con terceros, en el cual la comunidad de propietarios se muestra como una unidad, sin que, en este caso, tengan, por tanto, relevancia los concretos integrantes de la misma.

Como conclusión al análisis de estas posturas y, sin perjuicio de las matizaciones que introduciremos al tratar el problema de la personalidad jurídica, consideramos que las mismas no contribuyen a solucionar el problema analizado sino que, por contra, lo enturbian todavía más al dejar a la comunidad de propietarios nadando entre la neblina de los entes autónomos sin personalidad; categoría ésta menos delimitada, si cabe, que la de la propiedad horizontal. Además no se puede olvidar que la base sobre la que se sustenta tal línea de opinión, como todas las variedades de las teorías comunitarias, no es otra que la de la contemplación prioritaria del aspecto comunitario; postura ésta que creemos choca con el espíritu de la reforma legislativa de 1960. Sin embargo, si algo bueno puede extraerse de este conjunto de construcciones es el haberse dado cuenta de que el problema de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal no puede ser solucionado partiendo de una contemplación estática del fenómeno.

d) La propiedad horizontal como estructura de sociedad o asociación.

Esta subvariante, anunciada ya en sus grandes líneas en el apartado anterior, encuentra también su razón de ser en la contemplación de la propiedad horizontal como un fenómeno dinámico. Como observaremos al tratar el problema de la falta de personalidad de la comunidad de propietarios, en estas teorías se entremezclan, de forma

¹⁰⁶ En parecido sentido, como analizaremos más adelante: BADOSA I COLL, FERRAN; *La multipropietat com a règim jurídic immobiliari*, en, "IV Jornades de Dret Català a Tossa. Règim de la propietat col·lectiva urbana a Catalunya", Ed. Càtedra de Dret Civil Català "Duran i Bas", Barcelona, 1988.

que devienen inescindibles, dos aspectos en principio independientes: por una parte el problema de la naturaleza jurídica de la institución de la propiedad horizontal y, por otra, el de la personalidad del “ente” que surge en su seno. Este segundo aspecto, a su vez, genera la duda de si la referida personalidad debe ser atribuida a la comunidad de propietarios o, por contra, a uno de sus órganos, la junta de propietarios. Sea como fuere, lo cierto es que son pocos los autores que aún y apoyando estas tesis se atreven a proclamar abiertamente la necesaria atribución de personalidad a estos entes.

Un ejemplo evidente de lo expuesto podemos encontrarlo en la postura mantenida por MONEDERO GIL¹⁰⁷ el cual, partiendo de la idea ya sostenida por NAVARRO AZPEITIA de que nos encontramos ante una comunidad voluntaria por su origen, considera que la propiedad horizontal constituye un fenómeno encuadrable entre las denominadas *comunidades asociativas*. La nota definitoria de este tipo de comunidades se encuentra en el hecho de no agotar su virtualidad en el régimen de disfrute y convivencia, sino que superpone a este régimen endógeno otro dirigido a la regulación de la proyección externa de la comunidad¹⁰⁸. Desde esta perspectiva

¹⁰⁷ MONEDERO GIL, FRANCISCO; *La comunidad de propietarios. Sus órganos: la junta de propietarios. Régimen de sus acuerdos. El presidente. La representación de la comunidad. El administrador*, Rev. Pretor, N° 23, 1964, cit. Págs. 647-649. En igual sentido: PELAYO HORE; *La indivisión perpetua en el Código Civil*, RDPriv., julio-agosto, 1942, cit. Págs. 458-463. Véase un supuesto de “comunidad social”, o sea, de comunidad de bienes, pero con las notas de estabilidad y permanencia de la sociedad.

¹⁰⁸ En parecido sentido se pronuncia GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Págs. 22-25 cuando establece que: “...la unificación del grupo en torno a un interés común y preponderante no hay que buscarla, como equivocadamente a nuestro juicio proponen ciertos sectores de la doctrina, en la adopción de decisiones bajo el criterio de la mayoría. Su vigencia podría establecerse sobre otro fundamento, como es la existencia de un consentimiento previo otorgado en el momento de ingreso en el grupo y, en todo caso, podría sostenerse la existencia de una organización aunque todas o la mayoría de las decisiones hubieran de adoptarse por unanimidad. El dominio del principio de mayorías no puede convertir en ente unificado a un grupo que por sí no lo sea..., el hecho de que el grupo, incluso unificado en torno al expediente de la personalidad, adopte las decisiones vinculantes para todos los miembros mediante el sistema mayoritario no es requisito suficiente para estimar la existencia de un interés supraindividual (lo cual, añadimos nosotros, le llevará más adelante a reconocer la legitimación de los comuneros para la defensa de sus intereses particulares implicados en los elementos comunes del inmueble). En la actualidad, nuevas fórmulas de cooperación societaria vienen a poner de manifiesto la utilidad de dotar de una organización relevante al exterior a situaciones asociativas que descansan única y exclusivamente en el interés individual de sus miembros... Y aunque en el caso de la comunidad de propietarios sujeta al régimen de propiedad horizontal, el carácter embrional del régimen mayoritario previsto en el artículo 398 Cc.,..., se torna en un régimen asambleario sujeto a las garantías del régimen colegial, este grado superior de la organización interna, lejos de dar cuenta de

quedarían fuera del marco de la comunidad asociativa todas aquellas agrupaciones que puedan calificarse de incidentales. Por tanto, supondría la comunidad asociativa, por su propia naturaleza, la aplicación subsidiaria de la normativa de la comunidad romana en todo aquello que no contradiga la especialidad de la institución y lo expresamente pactado por los propietarios. Son pues la proyección externa y la prosecución de un fin determinado y duradero las características que sitúan a la propiedad horizontal en el marco de esta categoría y las que, a su vez, le otorgan una verdadera y propia consistencia. Sin embargo de lo expuesto, el autor no considera necesaria la atribución de personalidad a tales entes por cuanto: *"El mecanismo jurídico de la persona jurídica es...otra forma, la más perfecta realmente"*¹⁰⁹, *de unificar las relaciones jurídicas por razón de un fin. Pues bien, en esa trayectoria de unificación de las relaciones jurídicas debemos situar a la comunidad asociativa."*

RUBIO GONZÁLEZ¹¹⁰ entiende que la propiedad horizontal constituye un fenómeno asociativo en el cual, si no se encuentra constituida la junta de propietarios¹¹¹, no existe la personalidad para crear los estatutos de una entidad todavía no existente.

Interesante resulta la postura apoyada por PÉREZ PASCUAL¹¹² por cuanto, si bien se pronuncia acerca del fenómeno comunitario o asociativo que se produce en la propiedad horizontal, lo hace siendo siempre respetuoso con la voluntad del legislador de 1960, el cual estableció la primacía del aspecto privativo sobre el comunitario. Según él, si bien lo primeramente querido por el comprador de un piso o local es precisamente eso, el espacio privativo, secundariamente quiere también las partes comunes. El problema respecto de estas últimas se plantea desde el momento en el que se las quiere

la existencia de un <<fin común>>, no hace sino acentuar la preponderancia del interés privativo del miembro al disfrute de elemento privativo siempre que no perjudique el derecho de los demás:"; o cuando más adelante, en págs. 42-43, considera que: *"La libre entrada y salida de miembros, los cuales, sin embargo, van a verse obligados por el título constitutivo inicial, acerca bastante el régimen a la estructura corporativa."*

¹⁰⁹ Por tanto, no la única posible.

¹¹⁰ RUBIO GONZÁLEZ; *La propiedad y los arrendamientos urbanos*, Ed. Afrodísio Aguado, Madrid, 1964, cit. Págs. 167 y 183.

¹¹¹ Ver *infra*: BADOSA I COLL ofrece una solución a las llamadas situaciones de prehorizontalidad que creemos demuestra la incorrección de la postura mantenida por RUBIO GONZÁLEZ.

¹¹² PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Págs. 61-94.

calificar como *accesorias*. Tal calificación permitiría prescindir de ellas sin detrimento en la cosa principal, siendo imposible en este caso, en opinión del autor, que la cosa principal sirva a su fin propio sin la existencia de estos elementos comunes. Las características apuntadas le llevan a negar radicalmente la existencia, en la propiedad horizontal, de comunidad de bienes o de cotitularidad de derecho alguno. Sucede entonces que sobre las partes comunes¹¹³ recaen un conjunto de voluntades tantas como partes privativas existan. La actuación de esas voluntades requiere de una cierta organización que evite la inoperancia del sistema y la interferencia entre las prerrogativas de los distintos propietarios los cuales, si bien se reconoce gozan de un derecho de propiedad pleno¹¹⁴, se encuentran limitados en su ejercicio por la inevitable concurrencia de otros convecinos que disfrutan, a su vez, de un derecho de las mismas características. Como corolario a todo lo expuesto afirma que: “..., nos encontramos ante una colectividad en cierto modo forzosa¹¹⁵, perfectamente identificada y organizada, que tiene un patrimonio propio y con posibilidad de comunicación entre las responsabilidades propias de la colectividad y la responsabilidad de cada uno de los componentes de la misma, de carácter necesario como condición de su existencia en los términos más agudos que se puedan encontrar en el campo jurídico, con una finalidad no lucrativa, pero sí económica o social, que constantemente se encuentra actuando y en movimiento, es decir, de carácter dinámico.”¹¹⁶. Podemos concluir diciendo que para el autor (sin perjuicio de lo que luego se exponga en sede de

¹¹³ PÉREZ PASCUAL, EDUARDO: *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Pág. 83. En su opinión el derecho de cada propietario sobre la parte privativa y la común va inescindiblemente unido, de la misma forma en que considera que sólo existe una titularidad de todos los propietarios sobre la totalidad de los elementos comunes; titularidad única que representa la proyección de un derecho también único, el derecho de Propiedad Horizontal. Esta opinión nos permitirá colocar al autor entre aquellos que ven en la propiedad horizontal un derecho de propiedad *sui generis* si bien, negando las teorías dualistas y matizando, en cierta forma, los postulados de las teorías de la copropiedad que se analizarán en el epígrafe siguiente.

¹¹⁴ Prueba de ello se encuentra en que la renuncia al derecho de propiedad horizontal supondría, a un tiempo: la pérdida del derecho sobre el bien privativo; la cesación en la participación en los elementos comunes y la finalización de la posibilidad de participación como miembro en la junta de Propietarios.

¹¹⁵ Niega con ello la tesis sostenida por NAVARRO AZPEITIA que veía en la propiedad horizontal una comunidad voluntaria por su origen. Posteriormente reconoce que tal afirmación debe ser matizada por cuanto: “La complejidad de la propiedad horizontal no permite el fácil expediente de reducirla a una comunidad forzosa”; cit. Pág. 159.

¹¹⁶ PÉREZ PASCUAL, EDUARDO: *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Pág. 116.

personalidad jurídica), si bien no nos encontramos ante un fenómeno societario¹¹⁷, tampoco se puede afirmar que se trate de un fenómeno comunitario ni mucho menos de un caso de copropiedad, cuyo concepto niega por definición la posibilidad de atribución de personalidad.

Al lado de estas tesis de carácter asociacionista se encuentran las posturas, más radicales en sus planteamientos, que configuran la propiedad horizontal como un fenómeno societario. Beben tales construcciones de las fuentes del derecho comparado y, en especial, de la regulación que de tal institución se realiza en los ordenamientos inglés, norteamericano, australiano¹¹⁸ y finlandés. Parten de la contemplación de la existencia de una sociedad cuyo capital es la total edificación y cuyos socios son los propietarios individuales.

La razón del poco predicamento que ha alcanzado tal postura en nuestro país¹¹⁹ hay que buscarla, entre otras causas, en la propia intencionalidad del legislador español desde el primer momento en el que fue introducida la institución de la propiedad horizontal en nuestro ordenamiento. Establecida ésta como uno de los medios idóneos para favorecer la estabilidad en el goce de la vivienda (evitando con ello al propietario

¹¹⁷ La incorrección de tales posturas se encuentra en el desenfoque que suponen respecto del problema de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal por cuanto centran el estudio en el sujeto más que en la relación jurídica. En parecido sentido: PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal...* cit. Pág. 210. Opina que la no voluntariedad de la institución impide apreciar la existencia de un fenómeno societario y sólo permite encuadrarla, dentro de los tipos asociativos existentes en nuestro sistema, entre las asociaciones.

¹¹⁸ MORO SERRANO, ANTONIO; *Ideas en torno...*, cit. Págs. 939 y 943. La Ley de Strata Titles de 1967 impone *ex lege* la formación de una sociedad compuesta por la totalidad de propietarios y a la que se dota de capacidad y personalidad jurídica autónomas.

¹¹⁹ ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, FRANCISCO; *Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal*, RCDI, N° 462, 1967, cit. Pág. 1246. Considera que nos encontramos ante una forma jurídica intermedia entre la comunidad ordinaria y la sociedad, asimilándose a la segunda en su forma de administración si bien, manteniendo como distinción fundamental con la misma el no reconocimiento de personalidad; PASQUAU LIAÑO, M.; *La protección de los disidentes en el régimen de acuerdos de la ley de Propiedad horizontal*, AC, n° 17, 1987, págs. 1057-70, cit. Págs. 1058-59, donde considera que: "... no existe un ente colectivo con personalidad jurídica que absorbiera o detentara la titularidad colectiva, y un fenómeno societario en cuanto a la forma de gestión y administración..."; BRIOSO ESCOBAR, ENRIQUE LUÍS; *Los estatutos, reglamentos y juntas de la propiedad horizontal*, RDNot. N° 119 enero-marzo 1983, págs. 7-128 y N° 120 abril-junio 1983 págs. 13-122, cit. Pág. 28. En contra: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 1ª ed., cit. Pág. 31. Opina

de un espacio privativo la inseguridad generada por la siempre posible acción de desahucio que pesa sobre el mero arrendatario), se puede comprender que la configuración de la misma como una sociedad hubiera generado mayor inseguridad y desconfianza por parte de la población, evitando con ello la generalización de tal régimen¹²⁰.

Independientemente de la constatación de la existencia de semejantes problemas de raíz sociológica, cabe decir que, en nuestro sistema, la regulación positiva del fenómeno societario impone importantes trabas a tal concepción. La primera de ellas, ya mencionada, se basa en la constatación de que las sociedades requieren de la atribución expresa de personalidad por parte del ordenamiento jurídico; atribución que no se produce en el caso de la propiedad horizontal. El segundo argumento contrario a tales tesis se encuentra en el hecho de que la comunidad en propiedad horizontal no goza de un patrimonio diferenciado e independiente del de sus componentes por cuanto los propietarios, a diferencia de los socios de una sociedad, no realizan una verdadera aportación de capital¹²¹; cuando satisfacen sus cuotas contributivas no hacen más que

que en nuestro sistema el no reconocimiento expreso de personalidad a la comunidad en propiedad horizontal impide hablar de un fenómeno societario.

¹²⁰ Parece ser que esta línea interpretativa fue la acogida por el BALCI en su artículo 3. 2, párrafo 3º, al establecer que: *“Las propiedades o participaciones que integran un conjunto no podrán incorporarse a títulos valores. Tampoco podrán establecerse vinculaciones entre ellas y la cualidad de miembro de una sociedad o asociación.”*.

¹²¹ Sin embargo, la Proposición de Ley 122/000218, de entrar en vigor, si bien negando la personalidad jurídica a las comunidades de propietarios, brindaría un nuevo argumento en el que basar sus teorías los partidarios de las concepciones societarias. El artículo 3º, al dar redacción al futuro artículo 9º, establece en el apartado f) de la norma 1ª, como obligación de los propietarios, la de: *“Contribuir, con arreglo a su respectiva cuota de participación, a la dotación del fondo de reserva que existirá en la comunidad de propietarios para atender las obras de conservación y reparación de la finca. [...] El fondo de reserva, cuya titularidad corresponde a todos los efectos a la comunidad, estará dotado con una cantidad que en ningún caso podrá ser inferior al cinco por ciento de su presupuesto ordinario. [...] Con cargo al fondo de reserva la comunidad podrá suscribir un contrato de seguro que cubra los daños causados en la finca por riesgos extraordinarios o bien concluir un contrato de mantenimiento permanente del inmueble y sus instalaciones generales.”*. Se debe recalcar que el 5% (según manifestaron expresamente varios de los ponentes de la Comisión Parlamentaria encargada de la redacción de la nueva LPH en una conferencia pronunciada en la Cámara de la Propiedad Urbana de Barcelona), es sobre el total, no un 5% acumulable del presupuesto corriente anual. Por su parte, el artículo 19º de esa misma Proposición procede a la adición de una Disp. Adic. 2ª destinada a regular la forma de constitución del fondo y los mecanismos encaminados a la reintegración al mismo de la parte de capital eventualmente detraída del mismo para hacer frente a alguno de los gastos para los que se prevé la existencia de éste. Ver también el contenido

pagar la parte de gastos que les corresponden, liberándose de una carga. El tercer argumento de peso es aquél que se basa en la constatación de que si bien la propiedad horizontal se separa de los tipos clásicos comunitarios por el hecho de perseguir una finalidad concreta, tal finalidad no es encuadrable en el ánimo e lucro¹²² que preside la regulación de las sociedades. Un cuarto inconveniente se aprecia en la constatación de que en la propiedad horizontal cada uno de los propietarios goza de un derecho de naturaleza real sobre la cosa, mientras que el derecho de los socios encuentra su correcto encuadre entre las relaciones obligatorias¹²³.

e) La propiedad horizontal como forma de copropiedad.

Si las tesis comunitarias basaban su argumentación, en mayor o menor medida, en la primacía de los elementos comunes sobre los privativos y, las asociacionistas, en la contemplación del fenómeno de la propiedad horizontal desde su vertiente dinámica o de funcionamiento, más que en la estática de la naturaleza del derecho; las ahora estudiadas vuelven a poner el acento en la visión estática. La peculiaridad de las mismas no se encuentra ya en el intento de hacer primar el papel de los elementos comunes sino que, por contra, buscan evitar la relegación de los mismos a una función meramente suplementaria o de servicio. En definitiva, buscan encontrar el equilibrio correcto entre las vertientes comunitaria y privativa que conviven en la propiedad horizontal. Ello supone, en primer lugar, la aceptación de los dictados de la reforma de 1939 en el

de la enmienda 47 del Senado (Grupo Parlamentario Catalán), contenida en la Proposición de Ley 624/000020.

¹²² En igual sentido: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Patología de la propiedad horizontal*, RGLJ, N° 217, julio-agosto 1964, cit. Pág. 18.

¹²³ En igual sentido: VISCO; *Le case in condominio*, 7ª ed., Ed. Giuffré, Milán, 1967, N° 27, cit. Págs. 54 y 89. Cree que no existe en este caso sociedad alguna, sino una mera agrupación de personas en plena individualidad; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ; GARRIDO CERDÁ, EMILIO; SOTO BISQUERT, ANTONIO; *Modalidades en la constitución...*, cit. Págs. 206 y 212-215. Opinan que la única virtualidad de tal concepción tendría que encontrarse en el intento de reconocer a la propiedad horizontal la estabilidad de la que carece la comunidad ordinaria, desplazando así la aplicación subsidiaria de la normativa de ésta. Sin embargo, tal función no puede ser desempeñada por la aplicación analógica de la normativa societaria por cuanto ello supondría el desplazamiento de las normas imperativas contenidas en

sentido de disgregar el “*derecho de propiedad horizontal*” en dos titularidades separadas confluyentes ambas en cada uno de los propietarios del inmueble (éstas recaen, la primera sobre la parte susceptible de aprovechamiento independiente como un derecho de propiedad pleno y, la segunda, sobre los elementos comunes como derecho de copropiedad proporcional a la cuota de cada propietario sobre el total inmueble¹²⁴) y; en segundo lugar, la no aceptación de los estrictos términos de la reforma de 1960 en el sentido de conferir primacía absoluta a los bienes privativos sobre los comunitarios¹²⁵.

Es de destacar que, de nuevo, dentro de esta línea genérica, las matizaciones posibles son tan abundantes como puedan serlo los autores que se adscriben a la misma y que, resultará difícil encontrar a alguno que acepte expresamente las dos líneas fundamentales que hemos señalado como definitorias de esta tendencia. En este sentido cabe referir, de acuerdo con BATLLE VÁZQUEZ, que aún en el momento en el que cobran su máximo auge las teorías comunitarias, “*La idea de que existe...una..., copropiedad sobre ciertas partes del edificio, no había nunca sido abandonada.*”¹²⁶. Prueba de ello la podemos encontrar en la tendencia de autores como PARDESSUS, el cual, si bien se esforzaba por seguir la doctrina de la servidumbre establecida por el Código francés, no podía rechazar abiertamente la tesis de la copropiedad.

La primera gran línea divisoria dentro de este grupo de opinión cabe trazarla entre los autores, minoritarios, que refieren la copropiedad al edificio entero¹²⁷ y aquéllos que la restringen a los elementos comunes. A partir de esta gran bipartición, cada uno de los estudiosos aportará su singular opinión.

la LPH, que ya reconocen la especialidad de la institución; ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 81.

¹²⁴ En parecido sentido, ver: MONTES REYES, AMALIA; *Aplicación del arbitraje de Derecho privado a las cuestiones de Propiedad Horizontal*, RDProc. Iberoamericana, 1972, págs. 930 y ss, cit. Pág. 934.

¹²⁵ En este sentido, ver: St APBA de 17 de enero de 1997 (Sec. 1ª), (AC 754/1997), FD 1º; St APCO de 17 de abril de 1997 (Sec.3ª), (AC 985/1997), FD 2º.

¹²⁶ BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 1ªed. cit. Pág. 32.

¹²⁷ En este sentido: HÉMARD; *Précis élémentaire de Droit civil*; París, 1928, T. I, Nº 851 (Citado por: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 1ªed. cit. Pág. 32).

Si alguna construcción acoge casi de forma pura las características básicas de la postura estudiada bajo este epígrafe (al tiempo que se adscribe a la opinión de considerar que la copropiedad recae sobre el total inmueble), ésta es la postulada por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ¹²⁸. La postura sostenida por el autor puede ser calificada como ecléctica en el sentido de no aceptar en sus términos estrictos ni la teoría unitaria sobre la naturaleza del derecho de propiedad horizontal ni, tampoco, la dualista¹²⁹. Considera insuficiente la primera desde el momento que no consigue precisar la naturaleza del derecho de cada propietario sobre su piso por considerarlo como una mera facultad de goce y disfrute cuando, muy al contrario, tiene verdadero rango dominical en el sentido del artículo 348 del CC. Por su parte, la teoría dualista pura, que es la acogida por la reforma de 1939 y que ha inspirado pronunciamientos del TS como los contenidos en la STS de 10 de mayo de 1965, fracciona innecesariamente la titularidad de cada propietario en dos titularidades yuxtapuestas, aunque indisolublemente unidas. En resumen, “..., la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal está, en el fondo, irrevocablemente unida a la idea de copropiedad. Se entiende...referida a todo el edificio. La tesis comunitaria es, para nosotros, válida en tanto configura el instituto como una variante de la propiedad. Lo que acontece es que ha desarrollado insuficientemente las particularidades de esta copropiedad *sui generis*, acaso porque se ha profundizado poco en la naturaleza de la copropiedad en general.”.

Es decir, según el autor la propiedad horizontal constituye una forma especial de copropiedad la cual, a su vez, es una forma especial de propiedad. Y es una forma especial de copropiedad por cuanto, si en la copropiedad ordinaria el derecho de cada condueño se extiende sobre toda la cosa, en la propiedad horizontal ese derecho se proyecta: “... de un lado, y con carácter exclusivo, sobre una porción materialmente determinada..., y de otro sobre el resto de la finca, de modo similar al previsto por el

¹²⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ; GARRIDO CERDÁ, EMILIO; SOTO BISQUERT, ANTONIO; *Modalidades en la constitución...*, cit. Págs. 262-268.

¹²⁹ No acepta tampoco los términos de la postura integradora mantenida por BATLLE (que será analizada en el epígrafe siguiente) por cuanto tal integración se realiza a costa de dar primacía a los elementos privativos cuando, a su juicio, la postura correcta es aquella que mantiene una paridad entre ambos elementos.

artículo 394 del Código civil...". Desde esta perspectiva las limitaciones al ejercicio del derecho de cada propietario no pueden constituir una negación del carácter puro del mismo y su causa hay que encontrarla en la necesaria convivencia con otros derechos de igual rango y contenido en manos de otros propietarios que concurren sobre el mismo objeto. Esta especial configuración del derecho de propiedad horizontal es la que trae como consecuencia que los actos de disposición sobre el mismo lo hayan de ser siempre sobre la posición jurídica global y que ésta sea calificada como un derecho "*complejo, interdependiente y funcional*".

Autores como SOTO NIETO aceptan la existencia de esa dualidad de derechos si bien no comparten la intención de no acatar la primacía del aspecto privativo; primacía que había instaurado la LPH de 1960¹³⁰.

VIDAL MARTÍNEZ¹³¹ se adscribe a la línea que ve en la propiedad horizontal un fenómeno de copropiedad especial por cuanto la misma queda restringida a los llamados elementos comunes y no a la totalidad del inmueble. Tal fenómeno acerca la institución estudiada a terrenos próximos a los de la comunidad romana, de la cual se diferencia, no tanto en virtud de la eliminación de la acción de división, cuanto en razón de que ésta última responde a una concepción individualista del derecho de propiedad que se aviene mal con las especiales características de la propiedad horizontal. No acepta, por contra, la opinión de que nos encontremos ante una dualidad de derechos en manos de cada uno de los comuneros. A su entender, lo que en realidad sucede es que tal propiedad o copropiedad unitaria, en parte, queda dividida y, en parte, forzosamente indivisa. Una tal *anomalía* es la que justifica la unificación forzosa de intereses impuesta por el legislador y la canalización, igualmente forzosa, de ciertas relaciones a través del presidente y el administrador. La consecuencia lógica de tal postura consiste en entender que: "*..., aun tratándose de distintos derechos de propiedad, su*

¹³⁰ SOTO NIETO, FRANCISCO; *Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal*, cit. Pág. 220. Si bien reconoce la copropiedad que se genera, considera que la misma "*..., habrá de ceñirse a lo epidérmico...*".

¹³¹ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME; *Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal en el ordenamiento positivo español*, RDPriv, 1978, cit. Págs. 1070, 1076 y 1077.

interdependencia produce como consecuencia la existencia de deudas de la comunidad que sólo en un segundo momento se convierten en deudas de todos los partícipes."¹³².

Analizadas en boca de sus artífices las principales tendencias encuadrables en esta corriente, procede ahora puntualizar las objeciones de que las mismas se hacen acreedoras.

La primera crítica a tales posturas y, en concreto a la apoyada por DE LA CÁMARA, se basa en que, el configurar la propiedad horizontal como una especialidad del derecho de copropiedad, en el sentido de proyectarse sobre toda la cosa, no explica el derecho dominical exclusivo del que goza cada copropietario sobre una porción determinada de la cosa común¹³³.

La segunda gran crítica consiste en señalar que, lo mismo que la comunidad de tipo romano (hija de un sistema jurídico individualista que concebía el derecho de propiedad como un derecho pleno, ilimitado y excluyente hasta el punto de permitir a su titular destruir el propio objeto sobre el que recaía) no se amolda a las características de necesaria perdurabilidad del nuevo fenómeno constituido por la propiedad horizontal; tampoco lo hace la copropiedad (institución también incómoda y de deseable corta duración temporal desde esa perspectiva individualista del derecho de propiedad)¹³⁴.

¹³² Más adelante y en relación a diversas erróneas resoluciones de la DGRN veremos los nefastos efectos que tal concepción puede acarrear para el acreedor que pretenda accionar contra una comunidad de propietarios si ésta se muestra remisa al cumplimiento de la obligación que le imponga la ejecutoria judicial.

¹³³ En parecido sentido: PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Pág. 241 y 277. Cree que la loable intención de evitar la desmembración del derecho de propiedad no encuentra su vehículo adecuado en la configuración del mismo como un caso de copropiedad. Opina que el expediente correcto en aras a evitar la desmembración o menosprecio a las partes comunes consiste en atribuir su titularidad a la junta de propietarios, a la cual reconoce personalidad jurídica. Por nuestra parte consideramos con respecto a la solución propugnada por PÉREZ PASCUAL que, si bien puede ser atendible desde una perspectiva de *lege ferenda* (cosa que, por nuestra parte, dudamos), lo cierto es que la legalidad vigente niega toda operatividad a tal solución. Ver también: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 163-69.

¹³⁴ En igual sentido: BONET CORREA, JOSÉ; *La propiedad de pisos en la legislación española*, cit. Pág. 483. Opina que: "*De ahí que la llamada copropiedad esté sometida a una tensión metafísica de disolución para que la relación auténtica de exclusividad y exclusión vuelva a su ser.*"; DOCAVO NÚÑEZ, MANUEL; *Estatuto de la propiedad horizontal...*, RGD, 1959, cit. Pág. 427. Opinaba que el

f) La propiedad horizontal como derecho de propiedad *sui generis* de tipo complejo.

Abordamos aquí el estudio de la que ha sido, con mucho, la postura que mayor acogida ha tenido entre nuestra doctrina ya desde 1939 pero, fundamentalmente, desde la reforma de 1960.

Tal posicionamiento fue ya defendido en 1933 por BATLLE VÁZQUEZ¹³⁵, el cual afirmaba que el fenómeno de la propiedad horizontal puede ser definido como una institución de carácter complejo. No nos encontraríamos ante una verdadera comunidad por cuanto, si bien la misma se extiende sobre ciertos elementos, existen otros privativos de los distintos propietarios. Se trata en definitiva de: “... una especialísima rama de la institución general de la propiedad que, por la peculiaridad y multiplicidad de las normas jurídicas que tienen en cuenta y por la gran importancia que tienen en el orden práctico, por su relación estrecha con el problema de la habitación, bien puede alcanzar para sí la dignidad de un instituto. [...] Su género es el derecho de propiedad, pero dentro de él es una especie destacada de las demás tradicionales y es vano buscarle a toda costa semejanzas o identidades parciales para que sea subsumida y absorbida en un tipo único y clásico”¹³⁶. Constituye esta postura la base de las teorías

derecho sobre las partes comunes constituía un caso de copropiedad especial, secundario ante la primacía de los bienes privativos. Entendía que tal especialidad consistía, en contra de lo que sucede en los casos de copropiedad ordinaria, en aunar las características de la perpetuidad e indivisibilidad. Ver también: VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO; *La propiedad horizontal...*, cit. Pág. 125. Niega el carácter de copropiedad de la propiedad horizontal en la legislación portorriqueña.

¹³⁵ BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 1ª ed., cit. Pág. 38-40. Es seguido en sus propios términos por: TAULET, ENRIQUE; *La propiedad de casas por pisos y la Ley de 26 de octubre de 1939*, cit. Pág. 110; RICO PÉREZ, FRANCISCO; *Lagunas en el régimen de la propiedad horizontal (Comentario crítico a la Ley de 21 de julio de 1960)*, Rev. Pretor, mayo-junio, N° 87, 1975, cit. Pág. 11; PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Pág. 38.

¹³⁶ BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 4ª ed., cit. Pág. 68. Asumiendo en su totalidad esta doctrina: OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 866. Considera que el acogimiento de tal postura por la LPH de 1960 supone el reconocimiento legal de encontramos ante una institución *sui generis* que permite definirla como institución jurídica singular e independiente; MONET ANTÓN, FERNANDO; *Estatutos de propiedad horizontal*, en, “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, T. XII, Ed. Reus, Madrid, 1961, cit. Pág. 76. Considera que la propiedad horizontal no es una figura simple, técnicamente pura. Se trata de una propiedad especial, compleja, interdependiente y funcional; CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL; *La llamada propiedad horizontal...*, cit. Pág. 472. Considera que la propiedad horizontal es una propiedad

dualistas sobre la propiedad horizontal y de ella bebieron las reformas de 1939 y 1960¹³⁷. Prueba de tal aseveración podemos encontrarla en su acogimiento por parte de resoluciones como la STS de 18 de mayo de 1960 (RJ 1736/1960) o 2 de abril de 1971 (RJ 1565/ 1971)¹³⁸.

ZANON MASDEU¹³⁹ se adscribe a las posturas dualistas y considera que las partes comunes y privativas constituyen un todo orgánico representado por el edificio como unidad. Atendiendo a esta definición, se entenderá que las partes comunes no pueden ser consideradas como meras pertenencias de las partes privativas aunque se encuentren subordinadas a ellas. Se concluye, por tanto, que nos encontramos ante una institución independiente que, por su carácter complejo, representa una especie del derecho de propiedad; categoría que no ha creado la mente del jurista, sino la realidad de las cosas.

especial por razón del objeto. En contra, ver: DONDERIS TATAY, L.; *La copropiedad. Teorías. Derecho español*, Madrid, 1933, cit. Pág. 76. Sostiene que: "Si nos dejáramos llevar por la corriente de aquellos escritores que, al comparar dos instituciones, cuidan con preferencia de apuntar hasta las más nimias y accidentales diferencias, incurriríamos en el error de desnaturalizar el derecho, porque para crear las diversas categorías jurídicas interesa, tanto o más que marcar diferencias, destacar analogías, puntos de contacto, como para formar una cadena no basta con poner los eslabones sueltos, sino que la cadena será útil cuando los tengamos sucesivamente unidos."

¹³⁷ En igual sentido: MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Pág. 855. Reconoce que con la yuxtaposición de derechos quedan por explicar las relaciones entre los mismos. A su modo de ver, todo intento de definición del fenómeno de la propiedad horizontal pasa necesariamente por la no subvaloración del elemento comunitario; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *Derecho civil español*, Madrid, 1941. Veía, ante la reforma de 1939, un caso típico de propiedad privada singular, unida al condominio individual sobre los elementos comunes. Posteriormente, en: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *Derecho civil español*, 7ª ed., cit. Pág. 305 donde afirmará no ver inconveniente alguno para encuadrarla en el marco general de la comunidad de bienes y derechos "...siquiera sea como una comunidad especial que se aproxima a los tipos de la propiedad dividida."; SELFA PEDRÓS, ENRIQUE; *La propiedad por pisos. Su regulación...*, cit. Pág. 1022-1023. Acepta la yuxtaposición de dos diversos derechos en el fenómeno de la propiedad horizontal, destacando el hecho de que la copropiedad sobre los elementos comunes se diferencia de la de la comunidad ordinaria por ser aquella permanente e indivisible. Opina que nos hallamos ante una compleja representación del dominio que, sin embargo, no puede ser calificada de especial en tanto los derechos recaentes sobre la parte privativa y las comunes no divergen, en lo esencial, de los regulados en el CC.

¹³⁸ MUÑOZ DE DIEGO, EMILIANO; *La representación del presidente: naturaleza y contenido (examen del art. 12 de la LPH)*, ADC, 48 (1), 1995, cit. Pág. 225. Se suma a la postura jurisprudencial mantenida por esta sentencia en el sentido de aceptar que, si bien la propiedad horizontal es una institución de naturaleza compleja a la que resulta inútil buscarle semejanzas, no por ello resulta inaplicable el régimen de la comunidad de bienes como supletorio a la normativa contenida en la LPH.

¹³⁹ ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Págs. 96-97.

Interesante resulta la postura defendida por HERRERO GARCÍA¹⁴⁰ que considera que la *complejidad* de la institución se reduce al hecho de aunar bajo un concepto que se pretende unitario (propiedad horizontal), dos diversas clases de propiedad¹⁴¹: la singular sobre los espacios suficientemente delimitados, y una segunda que, recayente sobre los elementos comunes, se traduce en una situación de condominio. Sumándose a una línea emprendida por SOTO NIETO, realiza una aportación, a nuestro juicio, fundamental, a las teorías ahora tratadas. Consiste la misma en analizar esa dualidad de derechos desde una perspectiva dinámica por cuanto: “...no nos encontramos ante un sistema de dominio estático, sino que, ..., se halla en permanente estado de tensión.”¹⁴².

Por su parte, SAPENA¹⁴³ sostiene que nos encontramos ante una propiedad especial por su objeto que puede ser diseccionada en tres notas fundamentales: complejidad, interdependencia y funcionalidad. Esta conceptualización le lleva a afirmar que la esencia de la institución no reposa, ni en la propiedad separada, ni en la propiedad común sino que gira en torno a la forzada, por necesaria, situación de comunidad de unos bienes en dependencia de otros.

VENTURA-TRAVERSESET considera que la individualización de la institución, iniciada en 1939 y proseguida en 1960, la convierte en un derecho de propiedad *sui*

¹⁴⁰ HERRERO GARCÍA, MARÍA JOSÉ; *La junta de propietarios y la función representativa del presidente en la Ley de Propiedad Horizontal*, RDPriv, 1977, cit. Pág. 419.

¹⁴¹ Ver también: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *¿Existen PP.HH atípicas en nuestro Derecho?*, ADC, 1978, cit. Pág. 23. Opina que realmente la especialidad de la propiedad horizontal no es otra que la de ser una mera denominación gramatical con la que se designa una determinada faceta del derecho de propiedad; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 162, 194 y 197-99, donde considera que en la propiedad horizontal se juntan un derecho de propiedad exclusivo con uno de copropiedad sobre los elementos comunitarios.

¹⁴² SOTO NIETO, FRANCISCO; *Propiedad horizontal. Legitimación activa en el ejercicio de acciones afectantes a la comunidad*, en, “Derecho Vivo”, T. II, Ed. Montecorvo, Madrid, 1971, cit. Págs. 115-116. Esa tensión es la que obliga a crear unos órganos “...que no sólo constituyan vehículo de formación y manifestación de la voluntad comunitaria, sino que, también, encarnan la representación corporativa en las relaciones surgidas con terceros...”.

¹⁴³ SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN; *Inscripción de estatutos de copropiedad urbana (Apuntes)*, RCDI, XXXII, 1956, cit. Pág. 206; y SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN; *Los órganos de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 316.

generis en el que, a pesar de todo, no se puede prescindir de la existencia real de elementos comunes¹⁴⁴.

PÉREZ PASCUAL¹⁴⁵ da un paso más y, aceptando la configuración de la propiedad horizontal como una relación jurídica *sui generis*¹⁴⁶, se niega a asumir la desmembración del "derecho de propiedad horizontal" en dos derechos interdependientes de difícil conceptualización. Nos encontramos ante un derecho de propiedad único y pleno (supone el máximo poder jurídico sobre el objeto) que recae sobre un objeto complejo: el elemento privativo (constituido por la parte privativa), la pertenencia a la junta de propietarios y la utilización de los elementos comunes, cuya titularidad atribuye a aquélla.

En esta misma línea crítica se sitúa BONET CORREA¹⁴⁷ por cuanto, a su entender, las teorías de la comunidad o copropiedad especial y la de la propiedad compleja, suponen un desenfoque respecto de la naturaleza jurídica de la propiedad y la copropiedad. Ello es así porque la unicidad impuesta por la estructura física del edificio no es razón suficiente para desvirtuar la calificación jurídica del derecho de dominio de

¹⁴⁴ VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 132. Llega a hablar de derecho de *copropiedad sui generis*. En sentido contrario: DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Págs. 15-16. Considera que se trata de una propiedad especial que participa de las notas de la propiedad y de la copropiedad resultando, sin embargo, predominante el primero de ambos aspectos tras la reforma operada en 1960.

¹⁴⁵ PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Pág. 335. Veíamos *supra* que su opinión participa también de los caracteres de las teorías asociacionistas.

¹⁴⁶ En igual sentido: MONEDERO GIL, FRANCISCO; *Presupuestos y origen de la Propiedad Horizontal: aportación de solar; actio communi dividundo; contrato de ejecución de obras*, Rev. Pretor, 1964, cit. Pág. 357. La configura también como una relación jurídica con sustantividad propia "..., si no desde un punto de vista netamente jurídico, sí al menos teniendo en cuenta los fines prácticos que se tutelan". En contra: PUIG BRUTAU, JOSÉ; *Propiedad Horizontal (Ejercicio de acciones por los propietarios individuales)*, en, "Diccionario de acciones en Derecho Civil español", Ed. Bosch, Barcelona, 1984, cit. Pág. 347. Refiere la especialidad no a la propiedad horizontal en su doble faz sino, tan sólo, al derecho de *aprovechamiento independiente* de los elementos privativos. Bajo este prisma la especialidad de tal derecho consistiría en no ser un verdadero derecho de propiedad tal y como es definido por el artículo 348 CC. sino una mera facultad de goce; ALBALADEJO; *Derecho Civil*, III. Vol. 1º, 3ª ed., cit. Pág. 413. Respetando la existencia de una dualidad de derechos considera, sin embargo, que se trata de un derecho de goce y no de una propiedad pura en el sentido del artículo 348 del CC.

¹⁴⁷ BONET CORREA, JOSÉ; *La propiedad de pisos en la legislación española*, cit. Págs. 478-483.

cada uno de los propietarios. No existen, pues, titularidades principales y accesorias¹⁴⁸ sino una única titularidad que en nada difiere, jurídicamente hablando, de la contemplada en el artículo 348 del CC. Otra cosa es que tal derecho se vea limitado en su ejercicio exclusivo por razones fácticas ligadas a la necesaria interdependencia que genera el objeto físico único sobre el que recaen todos los derechos de los propietarios individuales¹⁴⁹.

Aceptando que nos encontramos ante una forma de propiedad especial, ALONSO PÉREZ¹⁵⁰ sintetiza esa especialidad en la nota de la solidaridad¹⁵¹. Tal nota modaliza¹⁵² el derecho de propiedad en el sentido de configurarlo como: “*derecho de goce y disposición sobre un bien concreto y determinado, necesariamente compatibilizado con la actividad o derechos concurrentes permitidos legalmente a otros convecinos, y obligada a participar en las consecuencias de esa compatibilización*”. Esta especial configuración no elimina sin embargo los caracteres fundamentales del derecho de propiedad si bien, le añade un plus, comprendido en la nota de funcionalidad, que lo aparta del tradicional concepto individualista por cuanto se acomoda a una situación de concurrencia de intereses idénticos sobre un mismo objeto, pero atribuidos a diferentes sujetos. Sus notas características se centran en la compatibilización de una dualidad de derechos recayentes uno sobre los bienes

¹⁴⁸ En contra: SANTOS BRIZ, JAIME; *La propiedad horizontal o de casas...*, cit. Pág. 281. Considera los elementos comunes como subordinados a los privativos, “..., esenciales sin embargo para la existencia de la propiedad singular sobre ...” los mismos.

¹⁴⁹ En igual sentido: GISBERT CALABUIG, FERNANDO; *Las limitaciones...*, cit. Pág. 9. En contra: DÍEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS Y GULLÓN, ANTONIO; *Instituciones de Derecho Civil*, cit. Pág. 171. Consideran que las limitaciones impuestas sobre los derechos privativos de los propietarios desnaturalizan de tal manera su contenido esencial que: “*En rigor, parece más adecuado aproximar el concepto de propiedad horizontal a un fenómeno de carácter asociativo o comunitario*”.

¹⁵⁰ ALONSO PÉREZ, MARIANO; *La propiedad horizontal. Especialidades de su contenido como derecho. (Notas para una valoración jurídica y sociológica)*, RDPriv, 1977, cit. Págs. 86-102.

¹⁵¹ En idéntico sentido: VIDAL I FRANCÉS, PABLO; *La propietat horitzontal en relació amb el Registre...*, cit. Pág. 368. Entiende que las restricciones (comprendidas en el concepto de solidaridad) al derecho de propiedad sobre los bienes privativos no cercenan el núcleo de poderes que atribuye tal derecho a su titular sino que, por contra, constituyen y configuran el propio derecho.

¹⁵² En parecido sentido, ver: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.E.; *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 471. Considera que la propiedad horizontal constituye: “... una propiedad especial modalizada por la comunidad física sobre una serie de elementos que no se puede romper.”.

privativos y, el otro, sobre los elementos comunes, los cuales configuran un condominio impropio¹⁵³ al servicio de los primeros.

Como colofón al contenido de este apartado y a las muy diversas teorías que en él hemos tratado de aglutinar, debemos realizar una somera crítica a las líneas fundamentales sobre las que las mismas se asientan. Tal crítica no puede ser otra que la de poner de relieve que la calificación de cualquier institución como *sui generis* resta a la misma la sustantividad necesaria para su correcto entendimiento y regulación. Por otra parte, ello impide mantener una postura firme a la hora de elegir aquellos preceptos que, llegado el caso, hayan de ser utilizados para integrar la regulación de la misma; situación ésta que no contribuye en nada al buen funcionamiento y extensión de la institución y que desvirtúa completamente el objetivo fundamental que se persigue con el estudio y fijación de la naturaleza jurídica de una institución concreta.

g) La propiedad horizontal como régimen jurídico inmobiliario.

Nos enfrentamos en este momento al que es, según nuestro parecer, el último gran grupo de doctrinas referentes a la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal. Se caracteriza tal postura, a grandes rasgos, por centrar de nuevo el objeto de su estudio en la vertiente estática de tal derecho, si bien, reconociendo que el fenómeno genera una complicada red de relaciones que se evidencian en su actuación en el mundo jurídico. Se considera, sin embargo, que la solución a los problemas de la institución en su vertiente dinámica pasa necesariamente por su correcto encuadre desde una perspectiva dogmática que disipe las dudas acerca de la naturaleza del fenómeno y, con ello, la inseguridad jurídica que se genera a la hora de elegir las normas que hayan de utilizarse para cubrir las evidentes lagunas en las que incurre la regulación contenida en la LPH.

¹⁵³ ALONSO PÉREZ, MARIANO; *La propiedad horizontal...*, cit. Pág. 93. Impropio tanto por la eliminación de la acción de división como por el hecho de perseguir el interés personal de cada propietario más que el del grupo.

El primer ejemplo de tales concepciones lo podemos encontrar en la obra de VALLET DE GOITISOLO¹⁵⁴ según el cual, la propiedad horizontal debe ser definida como una situación jurídica, real, inmobiliaria y de naturaleza compleja.

Es BADOSA¹⁵⁵ el autor que lleva a sus últimas consecuencias esa idea meramente apuntada por VALLET. El apoyo legal a tal teoría se encuentra en las diversas ocasiones en las que, tanto la Exposición de Motivos, como los artículos 3¹⁵⁶ y 21¹⁵⁷ de la LPH de 1960 y 8, 4º de la LH¹⁵⁸, se refieren a la propiedad horizontal como “régimen jurídico”¹⁵⁹. Consecuencia de tal concepción es que la propiedad horizontal no es un derecho; y no lo es por cuanto la nueva versión del artículo 8.4 LH permite la constitución de tal régimen desde el momento en que se inicie la construcción¹⁶⁰. Negada la cualidad de derecho, la propiedad horizontal debe ser entendida como

¹⁵⁴ VALLET DE GOITISOLO; *Estudios sobre el derecho de cosas y garantías reales*, Colección Nereo, 1962, cit. Pág. 116.

¹⁵⁵ BADOSA I COLL, FERRAN; *La multipropietat con a règim...*, cit. Págs. 13-23 y 26-28.

¹⁵⁶ El cual, de aprobarse el texto de la Proposición de Ley 122/000218, quedaría redactado en los mismos términos que el vigente.

¹⁵⁷ El artículo 21 de la LPH de 1960, de aprobarse la nueva Ley con el texto contenido en la Proposición de Ley 122/000218, conservaría su actual redacción, si bien, pasaría a ser el nuevo artículo 23 de la futura LPH.

¹⁵⁸ Modificado por la referida LPH de 1960.

¹⁵⁹ Se trata, según el autor, de un régimen inmobiliario especial el cual: “..., no es de creación legal, sino meramente de reconocimiento legal de un fenómeno extrajurídico.”, cit. Págs. 26-27. Desde esta perspectiva resulta evidente que no nos encontramos ante un fenómeno de propiedad *pro indiviso* sino ante un reconocimiento de la fuerza creadora de la autonomía de la voluntad, sea ésta unilateral (del promotor) o de mutuo acuerdo (de los propietarios) como forma de salir de la indivisión. Ello es así si se tiene en cuenta que la Ley de 1960 abandona la concepción dual del derecho de propiedad horizontal y habla tan sólo, en ese intento individualizador anunciado por su Exposición de Motivos, de “... propiedad separada que llevará inherente un derecho de copropiedad.”. A igual conclusión nos debe llevar la contemplación del segundo párrafo que se añade al artículo 401 del CC, el cual configura la propiedad horizontal como uno de los medios a través de los que se puede extinguir la propiedad *pro indiviso* (Ver también, a este respecto: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 164 y 284.).

¹⁶⁰ En este supuesto nos encontraríamos ante una situación en la que, constituido el régimen, no existirán todavía, ni derecho (por falta de objeto), ni sujeto titular (por falta de derecho y de objeto). La consecuencia lógica de tal afirmación (como se tratará con mayor profundidad al analizar el momento de nacimiento de la propiedad horizontal) es que el citado régimen se puede constituir y puede subsistir sin necesidad de que exista el inmueble. Ver las continuas referencias que en este sentido realiza GONZÁLEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit., entre otras, en las páginas 73 y 75. En parecido sentido, si bien, negando toda virtualidad a la mera existencia del régimen: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ; GARRIDO CERDÁ, EMILIO; SOTO BISQUERT, ANTONIO; *Modalidades en la constitución...*, cit. Pág. 264. Opinan que hasta que no se produzca la transmisión del primer apartamiento: “..., existirá propiedad horizontal en un sentido puramente objetivo, pero no en su total dimensión sustantiva.”.

cualidad jurídica del objeto al que se refiere; objeto que, necesariamente, será un edificio "cuyas características lo permitan". Así, la virtualidad de la propiedad horizontal como régimen jurídico del inmueble consiste en "...su efecto multiplicador del objeto de los derechos reales¹⁶¹". De esta calificación se derivan unas notas necesarias: la oponibilidad a cualquier tercero que entre en relación con este régimen jurídico y la necesidad de su constancia registral por no ser el régimen natural del inmueble. Sin embargo, la conversión de los elementos individualizados en objetos independientes de derechos reales, no significa que éstos sean, efectivamente, objetos de tales derechos. Para ello será necesario que exista efectivamente un derecho de propiedad y un titular del mismo¹⁶². El verdadero escollo con el que se enfrenta tal teoría, como, por lo demás, sucede con el resto de las hasta aquí analizadas, es aquel constituido por la nota de accesoriedad e inseparabilidad de los elementos comunes respecto de los privativos¹⁶³. El problema se salva si se entiende que lo que configura la excepcionalidad de la propiedad horizontal no es tanto la supresión de la *actio communi dividundo*, como la existencia de una cosa cuyo destino económico¹⁶⁴ exige absolutamente la copropiedad y la supresión de la posibilidad de extinción. Desde esta perspectiva la cuota de participación no puede ser entendida como un reflejo de la concurrencia de titulares en el sentido del artículo 399 del CC (lo que nos colocaría ante una situación de cotitularidad pro indiviso), sino como fenómeno inherente "...al propio

¹⁶¹ BADOSA I COLL, FERRAN; *La multipropietat con a règim...*, cit. Pág. 17. Se excepciona con ello el principio básico de los derechos reales permitiendo que: "...en el seno de la unidad material del inmueble único se constituya una pluralidad de objetos de derecho.". Por contra, en la propiedad ordinaria, como régimen jurídico que también es, hay un solo objeto de derechos reales: la totalidad del edificio. De ello se sigue que solo podrá existir un único derecho de propiedad mientras el edificio permanezca indiviso y ello porque sobre una finca en propiedad horizontal habrá también un único derecho de propiedad mientras no se haya producido la transmisión del primer piso.

¹⁶² Ver lo dicho *supra*.

¹⁶³ BADOSA I COLL, FERRAN; *La multipropietat con a règim...*, cit. Pág. 20. Dada la indivisibilidad material de los elementos comunes, la extinción de la cotitularidad *pro indiviso* recayente sobre los mismos sólo podría realizarse mediante su adjudicación en exclusiva a uno de los comuneros o a un tercero. Así las cosas: "...tendríamos que el único procedimiento que permitiría mantener la relación material de accesoriedad...(la división material) no se puede utilizar por repelerlo el objeto y, en cambio, que el medio de extinción que sí podría usarse (la adjudicación en exclusiva) extinguiría la relación de accesoriedad y, por tanto, no puede ser utilizado."

¹⁶⁴ BADOSA I COLL, FERRAN; *La multipropietat con a règim...*, cit. Pág. 26. Cuando habla de destino económico no lo hace en referencia al tipo de utilidad que la cosa proporciona: "..., sino a la manera de

bien en calidad de modo de organización de la percepción de la utilidad independientemente de la concurrencia efectiva de cotitulares."¹⁶⁵.

Posteriormente tal postura es asumida por PARA MARTÍN¹⁶⁶, el cual, aún y reconociendo que nos encontramos ante un régimen jurídico inmobiliario, considera que la peculiaridad del mismo consiste en configurar un derecho de propiedad especial o complejo en el que lo verdaderamente esencial es la unión inseparable entre la propiedad privativa sobre los espacios "suficientemente delimitados" y la copropiedad sobre los elementos comunes¹⁶⁷.

Si bien, a nuestro entender, con esta línea doctrinal se abre un camino esperanzador hacia la verdadera individualización del fenómeno jurídico de la propiedad horizontal, sus postulados pueden quedar reducidos a la categoría de papel mojado si no se consigue con ella dar solución a los problemas que la institución genera en su vida real en el tráfico jurídico¹⁶⁸.

Consideramos que la situación de arraigo social del fenómeno comentado y la profundización (en la línea iniciada por la Ley reformadora de 1939) realizada por la LPH de 1960, no justifican ya un intento de explicación de las peculiaridades de este *régimen jurídico inmobiliario*, mediante el recurso a la analogía con otras figuras jurídicas clásicas.

No creemos que sea ese el camino correcto por cuanto ello obliga, irremisiblemente, a abordar la problemática que se plantean las doctrinas dualistas y

organizar la percepción de esta utilidad." Con ello deja apuntado el problema de la dimensión dinámica que presenta la propiedad horizontal.

¹⁶⁵ BADOSA I COLL, FERRAN; *La multipropietat con a règim...*, cit. Pág. 28. Opina que esta segunda postura es la mantenida por la Ley desde el momento en que *objetiviza* la cuota mediante su consideración como finca registral autónoma (ex. arts. 66 y 68 R.H.).

¹⁶⁶ PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Págs. 33-34.

¹⁶⁷ A nuestro entender con tal toma de postura el autor desaprovecha la verdadera virtualidad de la tesis sostenida por Badosa por cuanto vuelve a adentrarse en el escabroso problema que, como ya hemos analizado *supra*, planteaban (y no conseguían solucionar) las teorías dualistas.

¹⁶⁸ En igual sentido, ver: GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Pág. 75.

monistas en sus representaciones extremas; problemática que consiste en solucionar el siempre difícil expediente de amoldar un fenómeno jurídico emergente en el estrecho molde de instituciones que, no pensadas en principio para cubrir las nuevas necesidades producidas por una realidad cambiante, se muestran poco operativas a la hora de dar soluciones nuevas a una situación también renovada.

Por otra parte, tales soluciones no hacen sino que eliminar toda la virtualidad que el estudio de la naturaleza jurídica de una institución pueda tener en el sentido de proporcionar una visión clara del fenómeno analizado que nos permita, sin ningún género de dudas, elegir la normativa aplicable analógicamente en caso de laguna en la legislación especial. De aceptar los postulados de tales teorías nos preguntamos cual sería la normativa aplicable llegado el caso: ¿La de la comunidad de bienes?, ¿la de la copropiedad?, ¿la de la propiedad en el sentido del artículo 348 del CC?. Lo que parece evidente es que ninguna de tales soluciones se ha mostrado satisfactoria en su aplicación y, por contra, sólo ha contribuido a generar importantes disfunciones de difícil solución global ante la precariedad de la regulación contenida en la LPH de 1960.

En nuestra opinión la propiedad horizontal encuentra su correcto encuadre en el concepto que, desarrollado por BADOSA¹⁶⁹, la define como régimen jurídico inmobiliario. Creemos que es esta la verdadera esencia de la propiedad horizontal por cuanto es el único enfoque que permite entender en toda su extensión y complejidad el fenómeno que la misma sintetiza. Sólo desde esta postura se puede comprender la vigencia del régimen de propiedad horizontal con anterioridad¹⁷⁰ a la existencia del inmueble e, incluso, tras la desaparición del mismo¹⁷¹. Por otra parte, sólo atendiendo a

¹⁶⁹ Ver lo dicho *supra*.

¹⁷⁰ Son los casos de la llamada *prehorizontalidad*.

¹⁷¹ Esta misma línea era la mantenida por el BALCI en diversos preceptos: Artículo 11 (final): "*La reparación o reconstrucción de los elementos comunes debe realizarse a cargo de todos los propietarios, salvo en la propiedad horizontal cuando la ruina o destrucción sea causa de extinción del régimen del conjunto.*". Artículo 36: "*1. El régimen del conjunto se extingue: 1º. Por el consentimiento unánime de todos los propietarios. 2º. Por acuerdo de la Junta en los casos en que legalmente proceda. 3º. En los demás casos señalados por la Ley o por el título de constitución.*". Artículo 48: "*1. La destrucción o ruina del edificio es causa de extinción del régimen de propiedad horizontal. 2. Se estimará producida cuando el coste de la reconstrucción exceda del cincuenta por ciento de lo que entonces costaría*

esta especial configuración se puede realizar una interpretación adecuada de la inescindible unión existente entre los bienes privativos y los comunes, y la relación de accesoriedad de los segundos respecto de los primeros, sin necesidad de acudir a su explicación mediante la analogía con figuras puras entre las que, por definición, no encuentra su vestidura correcta.

No obstante la bondad de tal postura creemos, sin embargo, que resulta insuficiente a los efectos de este estudio conformarse con apuntar que la propiedad horizontal, en el plano dinámico de su actuación, constituye una *manera de organizar la percepción de esta utilidad* (del objeto de derecho: el inmueble). En este sentido creemos necesario complementar la intachable visión dogmática que nos ofrece tal construcción con los postulados de las ya analizadas teorías asociacionistas¹⁷², las cuales son las que mayor énfasis ponen en la explicación del fenómeno organizativo que se genera en toda situación de propiedad horizontal.

Atendiendo a esta doble perspectiva dogmática y funcional creemos necesario diferenciar entre la institución como régimen jurídico inmobiliario¹⁷³ y la *comunidad de*

construir el mismo edificio entero, a menos que el exceso sobre dicho cincuenta por ciento esté cubierto con un seguro o que alguno o algunos propietarios asuman el compromiso, suficientemente garantizado, de aportarlo a fondo perdido. [...] 4. En el título de constitución podrá establecerse, para el caso de destrucción o ruina, que no proceda la extinción sino la reconstrucción a costa de todos los propietarios. No obstante, el régimen de propiedad horizontal quedará extinguido si la reconstrucción no termina dentro de los diez años siguientes a la declaración de la ruina o destrucción."

¹⁷² Sin que ello nos obligue a incurrir, como intentaremos justificar en el siguiente apartado, en el exceso de la atribución de personalidad por cuanto consideramos que tal postura genera más problemas de los que soluciona. A modo de ejemplo: si bien la atribución de personalidad a la comunidad de propietarios resolvería definitivamente el problema de la discutida representación del presidente de la comunidad, no conseguiría, sin embargo, contrarrestar la grave problemática que supone la inexistencia de un patrimonio de ese *ente* realmente separado del de los propietarios (ver lo dicho *supra* sobre el fondo de reserva cuya creación prevé la Proposición de Ley 122/000218, de reforma de la LPH); patrimonio, por otra parte, de difícil ejecución independiente si tenemos en cuenta que la accesoriedad que se predica de los elementos comunes deriva precisamente de la indivisibilidad material perpetua del inmueble sobre el que se constituye el régimen de propiedad horizontal.

¹⁷³ Son múltiples las referencias que el BALCI realizaba en su texto articulado al fenómeno de la propiedad horizontal entendido como régimen jurídico. Entre otros podemos citar el contenido del artículo 43.1 y los artículos 8.3 y 8.4 de la LH en la redacción que les otorgaba el proyecto. Tratan también la comunidad de propietarios como régimen en algún pasaje de sus escritos: SANCHO GARGALLO, IGNACIO; en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...* cit. Pág. 299. Parte como nosotros de considerar que en la propiedad horizontal cabe distinguir dos dimensiones: la interna, en la que la

*propietarios*¹⁷⁴ que tal régimen genera¹⁷⁵. El primer aspecto nos obligará, a su vez, a separar en adelante entre la actuación interna de la *comunidad* en propiedad horizontal (única perspectiva contemplada por el artículo 396 del CC) y la relación frente al

comunidad de propietarios se configura como un ente colectivo, y la externa, en la que la propiedad horizontal se presenta como un régimen cualificado de bienes que nos transporta al ámbito de las colectividades organizadas y nos aleja del campo propio de los derechos reales. En esta misma línea: HERRERO GARCÍA, MARÍA JOSÉ; *La junta de propietarios y la función representativa...*, cit. Pág. 421; FUENTES LOJO, JUAN V.; *La competencia y el procedimiento en materia de propiedad horizontal*, RGD mayo 1960, N° 188, págs. 421-25, cit. Págs. 423-24; PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Págs. 201-202, cuando dice que: "*La Junta de Propietarios...*, nace a la vida jurídica cuando lo hace dicho régimen de propiedad."; DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 66 se pronuncia en el mismo sentido que PÉREZ PASCUAL, ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Págs. 53-54; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Págs. 20-21, 24 y 73, donde al comentar el artículo 396 del CC entiende que: "*Este artículo delimita negativamente el presupuesto de hecho de aplicación de las normas de la comunidad de bienes a la propiedad horizontal con las consecuencias del segundo párrafo del artículo 392 CC: existiendo dichas disposiciones especiales, no nos hallamos ante una comunidad de los artículos 392 y siguientes del Código, sino ante un régimen comunitario que se sujeta a un régimen jurídico distinto... Pese a ello, la Jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina vienen estimando la existencia de un vacío legal...*, en lo que en realidad no es sino un silencio intencionado del legislador dirigido a establecer un régimen organizativo diverso."; VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO; *La propiedad horizontal...*, cit. Pág. 145; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 241-49; CABALLERO GEA, JOSÉ ALFREDO; *La propiedad horizontal. Problemática judicial*, 2ª ed., Ed. Dykinson, Madrid 1987, cit. Pág. 62; DÍAZ MARTÍNEZ, ANA; *Propiedad horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, cit. Pág. 60; MUÑIZ ESPADA, ESTHER; *Los acuerdos contrarios a la Ley y a los estatutos en la Ley de Propiedad Horizontal. Su impugnación. Artículo 16.4 LPH*, RCDI, 70 (624), 1994, págs. 1849-1884, cit. Pág. 1854. Ver también: St. APCO de 17 de abril de 1997 (Sec.3ª), (AC 985/1997), FD 4ª; St. APMA de 4 de junio de 1996 (Sec.6ª), (AC 1289/1997), FD 2º; St. APMA de 2 de mayo de 1997 (Sec.4ª), (AC 1079/1997), FD 1º; St. APMA de 12 de mayo de 1997 (Sec.6ª), (AC 1080/1997), FD 1º; St. APMA de 4 de junio de 1997 (Sec. 6ª), (AC 1289/1997), FD 1º; St. APPM de 7 de abril de 1997 (Sec. 3ª), (AC 982/1997), FD 1º; St. APTF de 9 de abril de 1997 (Sec.1ª), (AC 700/1997), FD 2º; St. APTF de 9 de abril de 1997 (Sec. 1ª), (AC 700/1997), FD 2º; St. APTF de 2 de mayo de 1997 (Sec.3ª), (AC 1075/1997), FD 3º; St. APO de 11 de abril de 1997 (Sec.5ª), (AC 698/1997), FD 1º; St. APO de 5 de mayo de 1997 (Sec.4ª), (AC 1188/1997), FD 1º; St. APO de 30 de mayo de 1997 (Sec.5ª), (AC 1189/1997), FD 1º; St. APO de 19 de junio de 1997 (Sec.5ª), (AC 321/1997), FD 1º y 2º; St. APOR de 24 de mayo de 1997, (AC 1191/1997), FD 1º. St. APPO de 8 de mayo de 1997 (Sec.1ª), (AC 1155/1997), FD 1º; St. APS de 8 de abril de 1997 (Sec. 3ª, AP de Cantabria), (AC 699/1997); St. APV de 20 de mayo de 1997 (Sec.6ª), (AC 1192/1997), FD 3º.

¹⁷⁴ No obstante nuestra postura claramente contraria a aceptar tal configuración del fenómeno de la propiedad horizontal, asumimos la terminología tradicional en un intento de no acrecentar los problemas que un cambio de nomenclatura pudiera generar. Desde la perspectiva que propugnamos la expresión *comunidad de propietarios* no es más que eso; una expresión con la que se pretende designar ese "... modo de organización de la percepción de la utilidad independientemente de la concurrencia efectiva de cotitulares..." que genera el régimen jurídico inmobiliario de la propiedad horizontal. Acepta también la terminología tradicional: PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos ...*, cit. Pág. 43; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Pág. 860.

¹⁷⁵ En igual sentido: COCA PAYERAS, MIGUEL; *Comentario a la resolución de la DGRN...*, cit. Pág. 4199.

exterior o ante terceros (que nos aleja del campo de los derechos reales y nos aproxima al de las colectividades organizadas). El segundo, por contra, nos llevará a estudiar la estructura "*orgánica*" con que el legislador ha dotado al fenómeno de la propiedad horizontal como modo de otorgar coherencia y, ante todo, perdurabilidad, a este especial régimen de bienes.

3. LA FALTA DE PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

a) La falta de personalidad jurídica.

La abundancia de estudios doctrinales y la ingente cantidad de resoluciones jurisprudenciales que abordan el tema ahora comentado generan una extrañeza inicial que, opinamos, obliga a unas necesarias puntualizaciones previas que justifiquen la preocupación generalizada que ha suscitado tal cuestión. En este sentido, consideramos interesante analizar: en primer lugar, cuáles sean las causas de tan extendida preocupación y; en segundo lugar, el objetivo que se persigue con el tratamiento y resolución de tal cuestión.

A nuestro entender, las causas generadoras de tal preocupación son de dos tipos:

La primera es aquella que, ante la reforma legislativa operada en 1960 en el sentido de establecer la primacía de los elementos privativos y la consiguiente accesoriedad de los calificados como comunes, se ve obligada a abandonar el tradicional entendimiento del fenómeno de la propiedad horizontal como una modalidad especial de la comunidad de bienes¹⁷⁶. Aparece así el problema de la personalidad, que hasta ese momento no se había suscitado.

¹⁷⁶ Si bien tal cambio de postura podía haberse producido tras la reforma de 1939 (que inició la tendencia individualizadora apuntada), la subsistencia del derecho de tanteo que la misma permitió daba

La segunda, parte del análisis de esa misma reforma en el sentido de que, reconocida la primacía de los elementos privativos, sin embargo, intenta abordar la problemática que la institución genera desde un punto de vista dinámico. Para ello, crea unos órganos de administración y gestión de configuración muy semejante a la de los entes societarios y, en especial, de las sociedades anónimas¹⁷⁷.

En cuanto al objetivo fundamental que se persigue con tal discusión:

Consideramos que las posturas en favor o en contra de la atribución de personalidad a las *comunidades de propietarios*, no encuentran su razón de ser tanto en la resolución de este aspecto aislado, como en el intento de establecer una base sólida sobre la que analizar y explicar la estructura *orgánica* con que el legislador de 1960 ha dotado a estos entes^{178 179}. En especial y, como será analizado en profundidad en

argumentos para seguir manteniendo las tesis comunitarias, dejando con ello sin objeto toda discusión acerca de la personalidad o falta de personalidad de la *comunidad de propietarios*.

¹⁷⁷ Recordemos que las posturas asociacionistas o societarias analizadas previamente eran las que se veían forzadas a abordar el problema de la personalidad por cuanto, de considerar que la naturaleza de la propiedad horizontal es estructuralmente igual a la de los fenómenos societarios, no cabría otra opción que la de la atribución de personalidad a tales entes.

¹⁷⁸ Prueba del acierto de tal afirmación podemos encontrarla en la cantidad de autores que abordan el problema de la falta de personalidad en directa relación con el de los órganos de la propiedad horizontal (como elementos necesarios para la actuación la comunidad de propietarios en el tráfico jurídico) y, en especial, con el presidente. En este sentido: AMAT ESCANDELL, LUÍS; en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); Cuadernos de derecho judicial...cit. Pág. 143; SANCHO GARGALLO, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); Cuadernos de derecho judicial...cit. Pág. 300; RODRÍGUEZ Y GONZÁLEZ DEL REAL, CONCEPCIÓN; en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); Cuadernos de derecho judicial... cit. Pág. 278; MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial de la propiedad horizontal*, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1988, cit. Pág. 17. Considera que la falta de personalidad de estos entes desemboca en la atribución de representación al presidente; representación que: "*resolverá por tanto el tema de la ausencia de capacidad procesal de las comunidades de propietarios..., nunca el problema atinente a la legitimación...*" y, MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 30; IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, MIGUEL; *IV Resoluciones de los juzgados de Madrid. Cuestiones procesales en torno al juicio de equidad del párrafo 3º, norma 2ª del art. 16 de la LPH*, RDProc, I, 1965, págs. 159-71, cit. Pág. 168; SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación*, Rev. Justicia, Nº 2, 1987, cit. Pág. 303; MUÑIZ ESPADA, ESTHER; *Los acuerdos contrarios...*, cit. Pág. 1854; MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Pág. 888. Considera que el vértice del aspecto dinámico de la comunidad de propietarios se encuentra en la figura del presidente y que el "*...primer problema, entonces, estribaría*

sucesivos apartados, los esfuerzos explicativos se centran en la anómala¹⁸⁰ figura del presidente que, si bien: “...representará en juicio y fuera de él a la comunidad...”, lo

en el representado... La comunidad no es persona jurídica.”; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La comunidad de propietarios y sus órganos*, RDPriv, 1972, cit. Pág. 162 y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 861-63 y 909. Considera que ni la “comunidad” ni la junta gozan de personalidad jurídica. Cree que, a lo sumo, se puede hablar de “patrimonio colectivo separado”; HERRERO GARCÍA, MARÍA JOSÉ; *La junta de propietarios y la función representativa...*, cit. Pág. 421, donde establece que: “Podría pensarse, así, que la personalidad jurídica de la sociedad tendría su correspondencia en la configuración jurídica de la <<comunidad de propietarios>>, y los órganos de ésta (junta, presidente y administrador), se deducirían de los correspondientes órganos de gestión y representación de la sociedad... Una primera respuesta es evidente: ni la comunidad de propietarios, ni, por supuesto, la junta tienen en la legalidad vigente personalidad jurídica.” Sin embargo, reconoce que la inexistencia de personalidad no obsta a la unificación que se produce y que tiene su máximo exponente en la representación conferida al presidente; VIDAL MARTÍNEZ, JAIME; *Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 1079. Acomete el estudio del problema de la personalidad desde el análisis del alcance que quepa atribuir a la expresión “órganos” contenida en la Exposición de Motivos de la LPH, concluyendo que “...la E. de M. de la Ley tampoco parece ir más allá al utilizar tal expresión... afirma que la Junta de propietarios <<tiene los cometidos propios de un órgano rector colectivo>>. Lo cual es distinto de afirmar que lo sea...”; MUÑOZ DE DIEGO, EMILIANO; *La representación del presidente...*, cit. Pág. 229. Considera que si la personalidad es presupuesto necesario para gozar de capacidad jurídica, entonces, el presidente sería órgano de los copropietarios; por contra, si se piensa que la comunidad de propietarios puede por ley ser titular de derechos y obligaciones, queda equiparada a una persona jurídica y, con ello, convertido el presidente en un mero órgano de manifestación de la voluntad de la misma; BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed., cit. Pág. 49. Reitera los argumentos vertidos en el discurso de presentación a las Cortes de su dictamen sobre la LPH citado *infra*; PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Págs. 73 y 92. Destaca que el estudio de la personalidad busca fundamentalmente explicar la curiosa representación atribuida al presidente por la LPH, que engloba incluso a los propietarios disidentes. Reconoce que los órganos en la propiedad horizontal lo son de mera manifestación; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 22; PECES BARBA DEL BRIO, GREGORIO; *Legislación española. Propiedad horizontal*, 2ª ed., Ed. Lex, Madrid, 1967, cit. Pág. 68. Opina que la falta de personalidad de la comunidad de propietarios conlleva la necesidad de unos órganos que actúen *ad intra* pero, sobre todo, *ad extra*; SOTO NIETO, FRANCISCO; *Propiedad horizontal. Legitimación activa...*, cit. Pág. 116; COCA PAYERAS, MIGUEL; *Comentario a la resolución de la DGRN...*, cit. Pág. 4200. Se adscribe plenamente a esta opinión cuando dice: “Si la solución es tan clara en sentido negativo, cabe inquirir por el móvil que justifica que doctrina y jurisprudencia se vean en la necesidad de entrar a debatir el problema. Creemos que estriba en que la LPH, a la hora de organizar la Comunidad como colectividad (perfil externo), acude a la creación legal de unos <<órganos de gestión y administración>> que en palabras de su Exposición de Motivos, son <<indispensables>> dada la <<concurencia de una colectividad de personas en la titularidad de derechos>>.”; RABELLA DE CARRILLO, JOSÉ ANTONIO; *La propiedad horizontal...*, cit. Pág. 101; DÍAZ MARTÍNEZ, ANA; *Propiedad horizontal...*, cit. Pág. 310.

¹⁷⁹ VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO; *La propiedad horizontal...*, cit. Pág. 131. Analizando la legislación portorriqueña niega la personalidad de la comunidad.

¹⁸⁰ Ex art. 12 LPH 1960. Anómala, adelantamos ahora, por cuanto, de negar la personalidad de la comunidad de propietarios (lo cual parece irrefutable atendiendo a los argumentos que se expondrán en este apartado), nos encontraríamos ante un caso de *representación* en el cual el representante no suplía una falta de capacidad de su representado sino, una falta de personalidad del mismo.

hará para resolver "... el delicado problema de legitimación que se ha venido produciendo."¹⁸¹.

En este mismo sentido podemos citar el contenido de reiterados pronunciamientos jurisdiccionales que, negando la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios, abordan la problemática que representan estos órganos. Así, y a modo de ejemplo; la STS de 24 de diciembre de 1886 (RJ 7797/1886), la cual deniega el motivo de impugnación y sostiene en su FD 3º que: " ..., la Comunidad carece de personalidad jurídica y el presidente no es sino un representante, en juicio y fuera de él, de los copropietarios en cuanto tales partícipes en la propiedad horizontal"¹⁸².

¹⁸¹ Exposición de Motivos LPH 1960. Se aprecia con ello que es la propia Ley de 1960 la que, al introducir tal figura, lo hace de forma tan confusa (confusión que, por otra parte, tampoco llega a disipar la nueva redacción que para la futura norma 3ª del art. 13 establece el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218, al disponer en ella que: "El presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten.") que da pie a todas las dudas que después la práctica se he encargado de poner de manifiesto. Por otra parte, el esfuerzo realizado por el legislador al crear esta figura como medio de solucionar el problema de la legitimación de las comunidades de propietarios, resultará baldío si, junto al presidente, se sigue otorgando legitimación para accionar en interés de la comunidad (y no sólo respecto de su espacio o interés privativo) a los propietarios individuales, o cuando, para salvar los defectos de la representación presidencial se dice que actúa en su condición de comunero, no en la de presidente.

¹⁸² En igual sentido ver: La STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 2199/1989), en su FD 3º establece que: "La Ley de Propiedad Horizontal, precisamente para evitar cuestiones de legitimación, arbitro la fórmula de otorgar al Presidente de tales comunidades, carentes de personalidad jurídica, la representación de éstas en juicio y fuera de él."; STS de 25 de abril de 1992 (RJ 3413/1992) FD 6º; STS de 14 de mayo de 1992 (RJ 4120/1992) FD 5º; STS de 2 de octubre de 1992 (RJ 7516/1992) en su FD 2º establece que: "La Ley de Propiedad Horizontal, en aras de una tutela efectiva y de la aplicación efectiva del régimen comunitario con respecto a la propiedad singular y a la colectiva, instauró la figura del presidente, a quien, a pesar de no ser la comunidad persona jurídica, le atribuye la representación y defensa de intereses comunes."; STS de 22 de mayo de 1993 (RGD 1995, Págs. 323-339) FD 2º; STS de 22 de octubre de 1993 (RGD 1995, Págs. 323-339) FD 3º; STS de 3 de diciembre 1993 (RJ 9495/1993) FD 2º; STS de 15 mayo 1995 (RJ 4237/1995) Motivo de impugnación 1º; STS de 5 julio de 1995 (Sala 1ª), (RGD 1995, Págs.11501-07), FD 1º; STS de 10 de julio de 1995 (RJ 5554/1995) FD 3º; STS de 6 noviembre de 1995 (RJ 8075/1995) FD 2º; St. ATO de 28 de enero 1972 (Juz. nº2 Avilés) (RGD 1973, Págs. 43-44) Cdo. 1º; St. ATO de 30 de enero 1979 (RGD 1980, Págs. 108-110) que en su Cdo. 1º establece que: "...la Comunidad... carece propiamente de genuina personalidad jurídica..., lo que hizo necesario recurrir a la creación de unos órganos de gestión, administración y representación con funciones y facultades diversas... Que esta exclusión de personalidad jurídica propia... es perfectamente compatible con la atribución a la misma de un especial vínculo iuris de unificación orgánica que encuentra su expresión característica en la representación de la colectividad..."; St. ATO de 30 de noviembre de 1988 (RGD 1989, Págs. 3350-3352) FD 3º; St. ATNA de 16 de diciembre de 1986 (RGD 1987, Págs. 3752-57) FD 3º; St. ATV de 19 de mayo de 1973 (RGD 1974, Págs. 62-65) FD 3º; St. ATV de 28 de enero de 1975 (RGD 1975, Pág. 470) Cdo. 1º; St. ATV de 10 de diciembre de 1987 (Sala 1ª)

Partiendo de esta constatación inicial, nuestro estudio se centrará en un primer momento en la exposición de los argumentos que se han vertido en contra de la atribución de personalidad a tales entes y, en segundo lugar, en el análisis de aquellas posturas que, si bien reconociendo la inexistencia de tal personalidad en la actual regulación española, consideran, desde una perspectiva de *lege ferenda*, la necesidad de su atribución futura.

Es prácticamente unánime la opinión de la doctrina y jurisprudencia españolas en el sentido de reconocer que en la actualidad las comunidades de propietarios no gozan de personalidad reconocida. La razón histórica de tan rotunda negativa puede encontrarse en la propia tramitación parlamentaria de la LPH de 1960. El texto definitivamente aprobado no incorporó en su articulado el contenido de la enmienda 13, la cual confería a la junta¹⁸³ personalidad para celebrar actos y contratos. Se puede interpretar, por tanto, que la *mens legislatoris* era claramente contraria a tal atribución y eliminar con ello toda discusión acerca de este problema¹⁸⁴. Sin embargo y, como hemos

(RGD 1988. Págs. 2175-2177) FD 1º; St. ATVA de 5 de mayo de 1981 (RGD 1982. Págs. 1892-1893) Cdo. 1º; St. APB de 12 de septiembre de 1989 (Sec. 12ª) (RGD 1990. Págs. 1696-1698) FD 4º; St. APB de 21 de septiembre de 1993 (Sec. 15ª) (AC 148/1994) FD 1º; St. APM de 13 de octubre de 1993 (Sec. 13ª) (AC 580/1994) FD 1º; St. APO de 7 de diciembre de 1994 (Sec. 1ª) (RGD 1996. Págs. 1395-1397) FD 1º; St. APPA de 24 de febrero de 1992 (RGD 1993. Págs. 5480-5484) que en su FD 1º establece que: "... el proceso de personificación que se inicia con la Ley no llega al final, careciendo la junta de personalidad jurídica, por lo que el intento de convertir al presidente en centro de representación e imputación está condenado al fracaso, porque tras él no hay una personalidad jurídica."; St. APS de 14 de septiembre de 1994 (Sec. 2ª AP Cantabria) (AC 2782/1994) FD 1º; St. APSE de 16 de mayo de 1994 (Sec. 6ª) (RGD 1995. Págs. 11054-11055) FD 1º; St. APT de 7 de diciembre de 1993 (Sec. 2ª) (AC 1173/1994) FD 1º; St. APV de 23 de junio de 1993 (Sec. 5ª) (RGD 1993. Págs. 7645-7647) FD 1º; St. APV de 24 de junio de 1993 (Sec. 5ª) (RGD 1993. Págs. 7647-7648) FD 1º; St. APV de 29 de abril de 1996 (Sec. 6ª) (RGD 1996. Págs. 5896-5897) FD 1º; St. APZ de 17 de mayo de 1995 (Sec. 5ª) (AC 2443/1995) FD 1º; Resolución DGRN de 7 de julio de 1986 (RJ 4928/1986) y Resolución DGRN de 5 de febrero de 1992 (RJ 1526/1992) ambas niegan la personalidad de la comunidad y no de la junta, como había hecho esta misma institución en ocasiones precedentes.

¹⁸³ Esta es también la posible apoyatura histórica de aquellos autores que, partidarios de la concesión de personalidad a estos entes, consideran que la misma debe ser atribuida a la junta y no a la comunidad en su conjunto.

¹⁸⁴ Más aún si se tiene en cuenta la opinión que BATLLE VÁZQUEZ (padre científico de la LPH de 1960) expresaba en el discurso de presentación de su dictamen sobre la LPH al Pleno de las Cortes, al tiempo que daba cuenta de la desestimación de la citada enmienda 13 al proyecto. Por la importancia clarificadora de tal dictamen, lo reproducimos textualmente: "La Ley reconoce a los individuos, y no al grupo, el goce y disposición de las cosas comunes. El presidente representa al conjunto de propietarios para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones comunes, pero considerando que esto no supone afirmar la existencia de una personalidad jurídica: los actos del presidente, dentro de la esfera de su

expuesto al inicio de este apartado, consideramos que la discusión no puede evitarse con este solo argumento por cuanto el objetivo último del tratamiento del problema de la personalidad no se encuentra en la resolución de esta problemática parcial sino en un intento de entendimiento completo de la institución en su vertiente dinámica de funcionamiento.

Por razones sistemáticas y debido a la abundancia de autores que se han pronunciado en el sentido de negar la personalidad de la comunidad de propietarios, nos vemos obligados a analizar separadamente los diversos argumentos utilizados para sostener tales afirmaciones.

El primer gran grupo de razonamientos sería aquél basado en la inexistencia de atribución legal de personalidad a tales entes. La razón de tal postura se ha de encontrar en el propio mecanismo de concesión de personalidad utilizado por nuestro sistema jurídico. El artículo 35 del CC establece que son personas jurídicas: primero: "*Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley*"; segundo: "*Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados*". Desde tal perspectiva y, resultando claro que la LPH no procedió a tal atribución de personalidad¹⁸⁵, carece de base legal cualquier intento de sostener tal posibilidad. Consideramos por nuestra parte, y sin perjuicio de lo que luego se exponga, que tal argumento, por sí solo, no constituye base suficiente para negar la necesidad de conceder personalidad a tales entes desde una perspectiva de *lege ferenda*¹⁸⁶. La constituye, eso sí, para constatar la inexistencia de la misma en la situación legislativa actual.

poder, afectan a todos y cada uno de los propietarios, pero no se reconocen derechos atribuidos a un organismo superior e independiente.".

¹⁸⁵ Como se ha indicado *supra*.

¹⁸⁶ Los argumentos que desvirtúan esa construcción de *lege ferenda* tienen que ser necesariamente otros, que serán expuestos *infra*.

En este sentido se pronuncian multitud de autores:

El primer exponente de tal postura lo encontramos en BATLLE VÁZQUEZ¹⁸⁷, el cual negó la personalidad de tales entes en el dictamen que expuso a las Cortes durante la tramitación parlamentaria de la LPH de 1960¹⁸⁸, en base a la opinión por él mantenida ya desde 1933 en el sentido de que: “*En la propiedad por pisos de una misma casa puede haber base para el reconocimiento de un ente corporativo; pero la personalidad jurídica no es algo que surge de una manera espontánea, sino que es una concesión del Derecho, del ordenamiento legal, aunque lo haga atendiendo a realidades preexistentes.*”¹⁸⁹.

SANCHO GARGALLO¹⁹⁰ se adscribe a esta línea y considera que la única virtualidad de la discusión acerca de la personalidad o no de la comunidad de propietarios debe encontrarse en los intentos de explicación de la estructura orgánica con que la LPH de 1960 ha dotado a la institución de la propiedad horizontal. Por tanto, el único ámbito operativo de la personalidad de la comunidad de propietarios tendría que encontrarse el marco de sus relaciones externas o frente a terceros.

¹⁸⁷ BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 1ª ed., cit. Pág. 31. Ver también: CABALLERO GEA, JOSÉ ALFREDO; *La propiedad horizontal...*, cit. Pág. 69. Considera que no existe ningún precepto que se la reconozca. Posteriormente, en clara contradicción con lo anterior, establece que: “*En modo alguno puede admitirse que carezca de personalidad la Comunidad de Propietarios de una finca sometida al régimen de Propiedad Horizontal, cuando todo lo contrario resulta de su Ley reguladora, de 21 de julio de 1960, en cuyo preámbulo se alude expresamente a la concurrencia de una colectividad de personas en la titularidad de derechos; y cuyos artículos 12 y 13 la dan por supuesta.*”; si bien luego, en la página 81 vuelve a decir que no tiene ni capacidad procesal ni personalidad.

¹⁸⁸ Ver *supra*.

¹⁸⁹ BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 1ª ed., cit. Pág. 31.

¹⁹⁰ SANCHO GARGALLO, IGNACIO; *Propiedad horizontal. Legitimación procesal*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 299. Considera que para que se pudiera hablar de personalidad jurídica tendrían que concurrir dos requisitos: Que la legitimación que el artículo 12 de la LPH de 1960 concede al presidente fuera excluyente de la de los propietarios y, que hubiera un patrimonio social que, en forma de aportación, marcara el límite de responsabilidad externa de cada comunero. Por nuestra parte, consideramos desacertado el primer requisito por cuanto la supuesta legitimación del presidente es en realidad una representación *ex lege* (como confirma lo dispuesto por la futura norma 3ª del artículo 13, al que da redacción el artículo 7º de la Proposición de Ley 122/000218). Por otra parte, la legitimación de los comuneros no tiene que ser eliminada de la LPH por cuánto no es ésta la que la establece, sino que se trata de una creación jurisprudencial. Respecto al segundo argumento, lo compartimos plenamente pues, como se analizará *infra*, en nuestro sistema, la personalidad jurídica implica esa limitación de responsabilidad frente a terceros.

MONEDERO GIL¹⁹¹ considera innegable la falta de personalidad de la comunidad por cuanto la desestimación del contenido de la enmienda 13 al proyecto de LPH de 1960 no deja lugar a dudas. Sin embargo, reconoce que, aún y la rotundidad del argumento expuesto, la realidad nos muestra que: "...se ha trasplantado la teoría de los órganos, de la sociedad, a la comunidad de propietarios. Y esto no tiene más justificación que... (que) el interés protegible presenta claras analogías con las comunidades asociativas...". Sea como fuere, lo cierto es que, a la vista de lo dispuesto por el artículo 35 del CC, la comunidad de propietarios no goza de personalidad jurídica, con los problemas que ello conllevará a la hora de explicar la existencia de esos órganos.

FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO¹⁹² niega que la comunidad de propietarios cumpla con los requisitos legales que el artículo 35 del CC establece para la concesión de personalidad y de ello deriva que, a su modo de ver, la calificación jurídica de este tipo de comunidades sólo pueda encuadrarse entre las asociaciones con personalidad o entre los patrimonios especiales y, dentro de ellos, entre los *colectivos separados*¹⁹³.

Por otra parte, no faltan resoluciones jurisdiccionales que, en la constante línea de denegación de personalidad a este tipo de entes, han apoyado sus argumentaciones en la falta de la necesaria cobertura legal que permita tal atribución. Constituye un ejemplo claro de tal postura el contenido de la St. ATO de 30 de noviembre de 1988 (RGD 1989. Págs. 3350-3352) la cual, en su FD 3º establece que: "...el régimen establecido por la

¹⁹¹ MONEDERO GIL, FRANCISCO; *La comunidad de propietarios...*, cit. Págs. 660-661. Niega además la existencia de un patrimonio separado compuesto por los elementos comunes y cuya titularidad ostente la comunidad, por cuanto: "... el titular de la cuota de copropiedad en los elementos comunes es el propietario privativo del piso, por sí mismo, y no ningún ente interpuesto". Con similares argumentos: HERRERO GARCÍA, MARÍA JOSÉ; *La junta de propietarios y la función representativa...*, cit. Pág. 422.

¹⁹² FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La comunidad de propietarios y sus órganos*, cit. Págs. 162-163.

¹⁹³ Sin perjuicio del posterior tratamiento del problema de la separabilidad de patrimonios, consideramos desacertada la opinión del autor citado por cuanto es precisamente la falta de efectiva separación de patrimonios entre la comunidad y los propietarios individuales la que, a nuestro juicio, impide la atribución de personalidad a tales entes.

*Ley de 21 de julio de 1960 a la Propiedad horizontal, o régimen de casas por pisos o apartamentos, no confiere a dicha Comunidad el carácter de persona jurídica,...*¹⁹⁴.

El segundo gran grupo de razonamientos utilizados para negar la personalidad de la comunidad de propietarios, y la necesidad de una tal concesión en el futuro¹⁹⁵, es el constituido por aquellos autores que ven la imposibilidad de la misma en la inexistencia de patrimonios separados.

DOCAVO NÚÑEZ¹⁹⁶ opina que la existencia de un administrador y la reunión de los interesados en juntas no son razones suficientes para hablar de personalidad jurídica. Ello es debido a que, independientemente de tales circunstancias, lo cierto es que no existe un patrimonio separado al que aporten los socios cosas que hayan de convertirse en comunes¹⁹⁷. Coincide por ello con la opinión mantenida por nosotros *supra* en el sentido de considerar la cuota como una forma de distribución de los gastos comunes en relación al valor de las partes privativas.

PARA MARTÍN¹⁹⁸ considera inviable el otorgamiento de personalidad a tales entes por cuanto, si la autonomía patrimonial constituye una de las características fundamentales de las personas jurídicas, el patrimonio de las comunidades que nos ocupan (los elementos comunes) estaría siempre subordinado a los patrimonios

¹⁹⁴ En igual sentido ver: STS de 5 de julio de 1996 (RJ 5576/1996) FD 3º; St. ATB de 4 de febrero de 1970 (RGD 1970. Pág. 405); St. APMA de 2 de mayo de 1997 (Sec.4ª) (AC 1079/1997) FD 1º; St. APOR de 24 de mayo de 1997 (AC 1191/1997) FD 2º; St. APT de 14 de enero de 1997 (Sec.1ª) (AC 830/1997) FD 3º. Debemos destacar no obstante que, si bien no tan explícitamente, el resto de sentencias citadas en este epígrafe parten en sus afirmaciones de la asunción implícita de esta realidad.

¹⁹⁵ Finalidad esta última que consideramos no puede cumplir la corriente doctrinal expuesta *supra*.

¹⁹⁶ DOCAVO NÚÑEZ, MANUEL; *Estatuto de la propiedad horizontal*, cit. Pág. 428. En contra: GIRÓN TENA; *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, cit. Pág. 179. Considera, haciendo referencia a las sociedades irregulares mercantiles, que la existencia de patrimonios separados entre la persona jurídica y sus miembros es una característica fundamental de estos entes; sin embargo, tal separación no constituye un requisito de la concesión de personalidad sino que es, por contra, un efecto de la misma.

¹⁹⁷ En igual sentido: PÉREZ SERRANO, NICOLÁS; *La propiedad horizontal y la jurisprudencia...*, cit. Pág. 979. Considera que en ningún caso se puede hablar de una persona jurídica que ostente el dominio de los elementos comunes y apunta que: "*Es el Derecho anglosajón el que ha propendido a veces commoditatis causa esas personificaciones fictivas; pero lo ha hecho, más bien con fines doctrinales constructivos, para dar agilidad luego a la administración del inmueble*".

independientes de los propietarios del inmueble y a la finalidad perseguida por éstos¹⁹⁹. Por otra parte, la autonomía de tal patrimonio resulta de todo punto imposible desde el momento en el que las peculiaridades físicas del edificio lo impiden. De la falta de personalidad de la comunidad de propietarios se deriva que los sujetos de derechos y obligaciones del colectivo son los propietarios individuales y no un ente autónomo reconocido por el Derecho.

La jurisprudencia, por su parte, ha utilizado también en diversas ocasiones el argumento de la falta de autonomía patrimonial para negar la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios. En este sentido y a modo de ejemplo, la STS de 28 de abril de 1966 (RJ 2169/1966) en su Considerando 10º establece que: “..., *la analogía que la recurrente pretende ver entre la llamada propiedad horizontal y la sociedad es totalmente inexistente, porque en ésta surge un ente social distinto de los componentes y con patrimonio diferente del particular de ellos, lo cual no sucede en esa especial comunidad que contempla el recurso.*”²⁰⁰.

Para finalizar, tenemos que analizar aquellas posturas que: o bien afirman la existencia actual de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios o, por contra, reconociendo su falta de personalidad en la actualidad, consideran conveniente su concesión en una futura reforma de la LPH.

¹⁹⁸ PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Págs. 43-49. La concepción mantenida por el autor, como analizaremos *infra*, conlleva importantes consecuencias a la hora de interpretar el ámbito de la representación que ostenta el presidente.

¹⁹⁹ En parecido sentido, ver: BADENAS CARPIO, J. M.; *La representación de la propiedad horizontal*, AC nº 8 1998, cit. Pág. 168. Considera como nosotros que el otorgamiento de personalidad a cualquier ente dotado de una mínima autonomía patrimonial produciría una desvirtuación del concepto y función que el ordenamiento jurídico confiere a la persona jurídica.

²⁰⁰ En igual sentido ver: STS de 29 de mayo de 1984 (RJ 2803/1984) Cdo. 2º; STS de 25 de mayo de 1987 (RJ 3582/1987) FD 3º; STS de 4 de noviembre de 1988 (RJ 8415/1988) FD 1º donde consideraba que los compradores adquieren *iure proprio* por cuanto la comunidad carece de personalidad; STS de 1 de octubre de 1994 (Sala 3ª, Sec. 2ª) (RJ 7557/1994) FD 2º niega que la comunidad de propietarios pueda ser sujeto pasivo de tasas municipales; St. ATPM de 6 de octubre de 1971 (RGD 1972. Págs. 514-516).

A este primer subgrupo, minoritario en la doctrina y jurisprudencia²⁰¹ españolas, cabe adscribir la opinión de SELFA PEDRÓS²⁰² según el cual, la LPH no sólo ha admitido la personalidad de la comunidad para comparecer en juicio, sino que, además, le ha otorgado capacidad procesal para defender sus intereses.

Por nuestra parte, consideramos completamente errónea y carente de la más mínima apoyatura legal tal postura en los momentos actuales de nuestra legislación²⁰³.

Más abundantes son las opiniones doctrinales y jurisprudenciales que, partiendo de la base de la falta de personalidad de estos entes en el momento actual, consideran necesaria una futura atribución de tal cualidad a las comunidades de propietarios. En este sentido se pronuncian autores como CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE²⁰⁴, PERÉ RALUY²⁰⁵ o RICO PÉREZ²⁰⁶. Igual postura se puede apreciar en sentencias como la

²⁰¹ En este sentido encontramos alguna resolución aislada de Audiencias territoriales: St. ATGR de 5 de febrero de 1973 (RGD 1975. Págs. 44-46) Cdo. 3º; St. ATM de 23 de marzo de 1981 (RGD 1981. Pág. 1128) Cdo. 1º; St. ATM de 10 de febrero de 1987 (Sala 1ª) (RGD 1987. Pág. 5866) FD 1º; St. ATM de 29 de abril de 1987 (Sala 1ª) (RGD 1987. Págs. 6770-6771) FD 1º y 2º; St. ATTF de 29 de enero de 1981 (RGD 1982. Pág. 114) Cdo. 1º donde incurre en la confusión de considerar como personalidad jurídica la facultad de tales comunidades para comparecer en juicio, como sujeto activo o pasivo de la relación jurídico procesal; St. ATV de 2 de junio de 1975 (RGD 1975. Págs. 1013-1014) Cdo. 1º que incurre en evidentes errores cuando afirma que: "... en virtud de la personificación de estas Juntas de Propietarios operada por ministerio del artículo 12 de la Ley, los actos de sus representantes y los propios de los copropietarios, se imputan a un ente jurídico independiente que surge del acuerdo, que tiene una vida real y una existencia legal documentada plasmada en el correspondiente libro de actas."; St. ATZ de 17 de enero de 1980 (RGD 1981. Pág. 1684) Cdo. 1º; St. APM de 8 de junio de 1993 (Sec. 13ª) (RGD 1993. Págs. 10528-10530) FD 2º; St. APTE de 27 de junio de 1994 (AC 1173/1994) FD 1º que parece atribuya a la comunidad la facultad de constituirse, o no, como persona jurídica.

²⁰² SELFA PEDRÓS, ENRIQUE; *La propiedad por pisos. Su regulación...*, cit. Pág. 1037.

²⁰³ Más todavía si se tiene en cuenta que alguna de las sentencias comentadas basan la atribución de personalidad en el artículo 12 de la LPH el cual, lejos de conferir personalidad a las comunidades de propietarios, establece la representación *ex lege* de éstas por parte del presidente; representación anómala precisamente en razón de esa carencia de personalidad de la comunidad de propietarios.

²⁰⁴ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA; *Las zonas de recreo...*, cit. Págs. 595-597. Considera que las comunidades de propietarios son entes carentes de personalidad (a diferencia de los heredamientos de aguas de Canarias, a los que el artículo 2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 les concedía la posibilidad de constituirse como comunidad atípica sin personalidad o como persona jurídica, acogiendo a alguna de las figuras legales de nuestro derecho) que, sin embargo, deberían configurarse como patrimonios personalizados. Ello conllevaría una capacidad limitada a los actos que actúen sobre tal patrimonio, al tiempo que una limitación de la responsabilidad de los comuneros, que verían así excluida la aplicación del artículo 1911 del CC.

²⁰⁵ PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Págs. 180-181 y 186. La creación de órganos "...suponen un importante paso hacia una meta a la que no se ha llegado aún, pero que quizá llegue a ser la culminación en la materia: la atribución de personalidad jurídica a las

STS de 14 de mayo de 1992 (RJ4120/1992) que establece en su FD 5º que: “...esta Sala, ha venido señalando que su naturaleza jurídica se asemeja a los <<actos de conjunto>>²⁰⁷ ..., en lo que se refiere a la manifestación de su voluntad, es lo cierto que dada su extensión, la complejísima trama de derechos y obligaciones que comporta y la imposibilidad de que pudiera operar como una comunidad de bienes ordinaria..., hace imprescindible que, aunque sin personalidad jurídica, sea considerada como un ente de proyección jurídica propia que si bien actualmente no puede operar sino a través de su representante..., tenga una estructura y función propia y relevante en el futuro que se asemeje a las personas jurídicas...”²⁰⁸.

Es PÉREZ PASCUAL²⁰⁹ el autor que realiza un mayor esfuerzo de elaboración en este sentido. Considera que es la junta de propietarios: “...la fragua donde las individualidades se funden y transforman en una voluntad colectiva, cuyo poder le viene de la transformación de los poderes de los propietarios”. De ello se deduce que la junta no es una mera concurrencia localizada de personas sin vínculos jurídicos que las unan; es una concurrencia jurídica y vinculante, inherente a la idea de organización; es una

agrupaciones de propietarios de departamentos... no deben hacer olvidar que la comunidad de propietarios de departamentos no constituye en nuestro vigente ordenamiento una sociedad con personalidad jurídica y que, por tanto, median importantes diferencias entre el presidente de una de dichas comunidades y el gestor de una sociedad, entre la Junta de Propietarios y la Asamblea General de accionistas.”.

²⁰⁶ RICO PÉREZ, FRANCISCO; *Lagunas en el régimen de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 30. Si bien reconoce la carencia de personalidad actual de estos entes, considera, no obstante, que “..., tal vez esta solución sería la deseable en algunos edificios (grandes torres, por ejemplo) de las grandes ciudades, donde más que un administrador se necesita ya, por razones obvias, una gerencia a nivel de empresa”.

²⁰⁷ Hablan también de *actos de conjunto*: STS de 13 de marzo de 1989 (RJ 2038/1989) FD 3º; STS de 8 de marzo de 1991 (RJ 2201/1991) FD 5º; St. APCA de 21 de mayo de 1993 (Sec. 1ª) (AC 293/1994) FD 1º; St. APMA de 20 de marzo de 1995 (Sec. 6ª) (AC 2636/1995) FD 2º; St. APMA de 31 marzo de 1995 (Sec. 6ª) (AC 2860/1995) FD 1º; STS de 1 de junio de 1991 (RJ 4405/1991) FD 3º y STS de 19 de noviembre de 1993 (RJ 9154/1993) FD 3º que consideran, en sentido contrario a las anteriores, que se puede hablar de actos de conjunto sólo en el ámbito de las relaciones internas de la comunidad de propietarios y no frente al exterior.

²⁰⁸ En parecido sentido: Comentario a la St. ATB de 17 de noviembre de 1961 (RGD 1962. Págs. 253-256); St. ATB de 13 de enero de 1995 (Sec. 16ª) (RGD 1995. Págs. 8987-8989) FD 1º; St. APMA de 31 marzo de 1995 (Sec. 6ª) (AC 2860/1995) FD 1º.

²⁰⁹ PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *Propiedad horizontal: La comunidad como ente sin personalidad. Representación y modo de actuar*, RDPriv, 1976, cit. Pág. 873 y, PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Págs. 93 y ss.

asociación de tipo específico por cuanto carece de ánimo de lucro²¹⁰ y la razón de pertenencia a la misma hay que encontrarla en la titularidad de un elemento privativo, siendo la finalidad de la asociación la de servicio a otra finalidad, la que desempeña la parte privativa. El problema se presenta al constatar el divorcio existente entre las necesidades sociales que se persiguen mediante la institución de la propiedad horizontal y la regulación legal vigente. La falta de personalidad de estos entes conlleva que “*Técnicamente no hay solución jurídica a la representación del presidente ni al mandato del administrador.*”. De *lege ferenda*, la solución a tales problemas pasaría, necesariamente, por la atribución de personalidad a la junta de propietarios²¹¹; personalidad limitada al cumplimiento de los fines que le son propios²¹². La razón de la necesidad de tal atribución se encuentra en el hecho de que resulta ilógico negar la cobertura legal proporcionada por la personalidad jurídica cuando, al mismo tiempo, son constantes los ejemplos de asociaciones no reconocidas a las que, sin embargo, se aplican por analogía las normas que disciplinan las personas jurídicas. El efecto de tal actitud del ordenamiento jurídico es, desde esta perspectiva, el de eliminar todo incentivo y estímulo al intento de elevación de la agrupación a la dignidad de persona jurídica²¹³. La consecuencia de la atribución de personalidad sería la concesión, a su vez, de la capacidad necesaria para cumplir los fines que le son propios y la restricción de responsabilidad de la comunidad hasta el límite del valor de los bienes comunes, siendo

²¹⁰ En igual sentido: GARRIDO PALMA; *Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil*, RDPriv. Septiembre 1972, cit. Pág. 768. Considera que entre los entes con fines ideales y el fin de lucro común partible existen supuestos en los que se persiguen fines económicos pero no lucrativos.

²¹¹ Nótese que se habla de personalidad de la junta (que en principio es uno más de los órganos de los que la LPH dota a la propiedad horizontal) y no de la Comunidad de Propietarios. En este sentido se pueden encontrar algunos pronunciamientos jurisdiccionales, a nuestro entender, erróneos: St. ATM de 18 de octubre de 1971 (RGD 1971. Págs. 1161-1163) Cdo. 3º; Resolución DGRN de 15 de junio de 1973 (RJ 2758/1973) y Resolución DGRN de 1 de septiembre de 1981 (RJ 3274/1981). Todas ellas niegan la personalidad de la junta, no de la Comunidad de Propietarios. En sentido contrario: DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 63. Niega la personalidad de la junta por cuanto ésta es, sencillamente, el órgano supremo de una asociación sin personalidad.

²¹² Se adscribe el autor a los postulados propuestos por FERRARA, negando la radicalidad de las teorías de la ficción y de la realidad en sus concepciones extremas. Esta postura permitiría aplicar, ante una eventual actuación del nuevo ente fuera del ámbito que le es propio, las teorías del *ultra vires*, *disregard of personal entity*, o levantamiento del velo societario.

²¹³ En igual sentido: GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL; en, *Prólogo a la obra de RUBINO, DOMENICO; Las asociaciones no reconocidas*, Ed. RDPriv., Madrid.

ésta una responsabilidad comunicable a los bienes privativos de los comuneros²¹⁴. Y esa responsabilidad recaería sobre la junta por cuanto sería ésta la titular de esos bienes comunes. Por otra parte, la creación de un ente autónomo titular de una voluntad superior a la de sus integrantes, daría correcta explicación a fenómenos como el de la vinculación de los disidentes al contenido del acuerdo de la junta²¹⁵ o la extensión de la representación del presidente no sólo a los propietarios actuales sino también a los futuros adquirentes de pisos o locales.

Por nuestra parte consideramos que, si bien la concesión de personalidad a estos entes zanjaría la discusión acerca de la naturaleza jurídica del cargo de presidente y los problemas de ejecución patrimonial²¹⁶ que se plantean, no solucionaría, sin embargo, el problema de una manera definitiva y ello debido a las siguientes razones:

En primer lugar, debemos tener en cuenta que si la intención del legislador de 1960 era la de llevar la institución a su máxima individualización desde el punto de vista del objeto, tal propósito se aviene mal con la creación de una superestructura basada precisamente en la preponderancia del elemento colectivo²¹⁷.

Por otra parte, creemos necesario preguntarnos por el sujeto tributario de esa personalidad y por el fin que se persigue con tal atribución.

En cuanto al primer aspecto, el depositario de tal atributo podría ser el conjunto de elementos comunes configurado como patrimonio destinado, la comunidad de propietarios o la junta o asamblea de los mismos. Consideramos que el conjunto de

²¹⁴ Pero no al resto de su patrimonio, eliminando así la responsabilidad universal del art. 1911 del CC, por cuanto *"para la seguridad del tráfico jurídico el valor del edificio debe ser la garantía real y única en las relaciones jurídicas que mantenga la Junta de Propietarios siempre y cuando ésta actúe dentro del marco jurídico reconocido por el Derecho."*

²¹⁵ Cuestión ésta que aborda, en referencia a los acuerdos que requieren de la unanimidad o de mayorías cualificadas para su adopción, el párrafo quinto de la norma 1ª del futuro art. 17 (al que da redacción el artículo onceavo de la Proposición de Ley 122/000218), al establecer que: *"Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios."*

²¹⁶ Punto éste al que nos referiremos *infra*, al abordar el estudio de los efectos de las resoluciones judiciales contrarias a la comunidad.

bienes comunes no puede gozar de tal condición por cuanto su función es de servicio a los elementos privativos y no se encuentra suficientemente diferenciado. Tampoco consideramos admisible la opinión vertida por PÉREZ PASCUAL en el sentido de atribuir tal personalidad a la junta por cuanto la misma no pasa de ser un órgano de la propiedad horizontal que no constituye un ente independiente y, ni siquiera una abstracción distinta del conjunto de los propietarios²¹⁸. Llegados a este punto vemos que, de atribuir personalidad a estos entes, la misma tendría que venir referida a la comunidad de propietarios como tal.

Respecto a la finalidad perseguida; si ésta es la de conseguir explicar bajo esquemas dogmáticos tradicionales la capacidad jurídica y de obrar atribuida a tales entes, consideramos que el esfuerzo resulta inútil. Tales tesis parten de la consideración de la personalidad jurídica como presupuesto previo necesario para gozar de capacidad jurídica. Bajo esta conceptualización, la carencia de personalidad de la comunidad impediría a la misma contraer derechos y obligaciones y el presidente de la misma sería órgano de los copropietarios. Por el contrario, si se considera que la comunidad de propietarios puede, por ley, adquirir derechos y obligaciones, independientemente de su carencia de personalidad, el presidente se configuraría como un órgano de mera manifestación de la voluntad de la comunidad de propietarios.

Sin embargo, consideramos que el argumento definitivo para negar la posibilidad de atribución de personalidad a estos entes se halla en la función que nuestro ordenamiento jurídico ha atribuido a la personificación de entes colectivos.

²¹⁷ En igual sentido: VIDAL MARTÍNEZ, JAIME; *Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 1080.

²¹⁸ En igual sentido: SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN; *Los órganos de la propiedad horizontal*, cit. Pág. 320. Considera que: "...la Junta es el órgano, y órgano supremo, de la comunidad, del ente, de la persona moral, pero no es aquella ni éste ni ésta. Y si llegamos a la confusión, es que remitimos el concepto de junta-órgano al de junta-conjunto de todos los dueños.". Concluye afirmando que al no existir necesidad ontológica ni sociológica para atribuir personalidad a estos entes, tampoco se ve la conveniencia práctica de tal atribución.

Históricamente las restricciones legislativas a la concesión de personalidad son mucho más acusadas respecto a las agrupaciones de personas que no persigan un fin lucrativo²¹⁹. La razón de tal fenómeno, se halla en que las agrupaciones con fin lucrativo se mostraban como el instrumento idóneo para el desarrollo económico y por ello, desde una perspectiva liberal, tales entes debían ser favorecidos por el Estado. La personalidad jurídica se configura así como una forma de reducción a la unidad de intereses colectivos mediante la creación de una única voluntad. Si la base sobre la que se sustenta la atribución de personalidad se encuentra en esa cualidad, las teorías formalistas, sustentadas, entre otros, por FERRARA o PÉREZ PASCUAL, conllevarían “...una desmesurada inflación de personas jurídicas que crecerían como setas tras la lluvia, operándose la subsiguiente degradación y vulgarización del sentido técnico del otorgamiento de personalidad.”²²⁰. Sin embargo, tal rasgo no es privativo de los entes personificados por cuanto se da también en casos como la comunidad de bienes o la comunidad de propietarios en propiedad horizontal, donde la carencia de personalidad no impide la vinculación de los disidentes a la decisión mayoritaria. Por tanto, el rasgo de la ajenidad entre la vida del ente personificado y la de sus miembros, no debe referirse tanto a esa voluntad²²¹ como a la autonomía patrimonial del ente personificado respecto de los patrimonios de sus miembros²²². Llegados a este punto, coincidimos con

²¹⁹ En igual sentido ver: CAPILLA RONCERO, FRANCISCO; *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, cit. Págs. 26, 28, 101-105, 107, 12, 131, 144-146.

²²⁰ CAPILLA RONCERO, FRANCISCO; *La persona jurídica*:..., cit. Pág. 53.

²²¹ Prueba de ello la constituye el hecho de que esa ajenidad sea prácticamente inexistente en las sociedades civiles y colectivas, por oposición a lo que sucede en los modelos más acabados de sociedades mercantiles.

²²² En este sentido ver: CAPILLA RONCERO, FRANCISCO; *La persona jurídica*:..., cit. Pág. 102. Si el sentido de la atribución de personalidad a un nuevo ente es dotarle de capacidad para actuar los fines que le son propios, el patrimonio independiente se configurará como límite a la responsabilidad de las actividades de ese nuevo sujeto de derecho. De ello se deduce que, para el autor, la separabilidad patrimonial no constituye requisito para la concesión de personalidad sino que, por contra, es consecuencia de la misma; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad*..., cit. Págs. 27-30. Considera que: “..., en la actualidad, la fórmula de la autonomía patrimonial como criterio de distinción entre personas jurídicas y grupos sin personalidad ha sido progresivamente abandonada: tradicionalmente la autonomía patrimonial ha sido el centro de gravedad del concepto de persona jurídica. La autonomía patrimonial en su estado puro requiere..., una insensibilidad recíproca en sus respectivas relaciones jurídicas patrimoniales. Pero la fórmula se mostraba demasiado rigurosa y restrictiva,... Por esa razón se amplía la fórmula,...: bastará con la insensibilidad unilateral del patrimonio del grupo a las deudas contraídas por sus miembros.”.

CAPILLA RONCERO²²³ cuando considera que en el ordenamiento español la atribución de personalidad no coincide necesariamente con la limitación de responsabilidad²²⁴, si bien, es frecuente que ambos fenómenos vayan asociados. Ante tal constatación, es evidente que la concesión de personalidad en nuestro sistema constituye un privilegio justificado por razones de interés social y que, su no concesión, no supone un desconocimiento de esos fenómenos no personificados ante los cuales, el Estado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9. 2²²⁵ de la CE, no puede mostrarse indiferente. Sea como fuere, la concesión de personalidad a entes cuya autonomía patrimonial resulta muy reducida²²⁶ ha conllevado la desvirtuación del concepto de persona jurídica y la configuración del mismo como una cualidad cuantificable.

El sistema francés, por su parte, procedió mediante la promulgación de la Ley 65-557 de 10 de julio de 1965²²⁷ al reconocimiento de personalidad jurídica del “sindicato” de propietarios. Según el artículo 14 de dicha norma *“La colectividad de copropietarios está constituida en un sindicato que tiene personalidad jurídica”*. Con ello se ha pretendido alcanzar el grado máximo de organización, al tiempo que un absoluto respeto al derecho de propiedad de los comuneros el cual sigue perteneciendo al patrimonio de cada uno de ellos.

Sin embargo de la existencia del modelo francés, nosotros consideramos que la posibilidad del reconocimiento de personalidad a tales entes no puede suponer la

²²³ CAPILLA RONCERO, FRANCISCO; *La persona jurídica*:..., cit. Pág. 107. Considera que posiblemente fuera deseable limitar la atribución de personalidad a aquellos casos en los cuales se produce una efectiva separación de patrimonios.

²²⁴ En este sentido y respecto de las sociedades de capital ver: PÉREZ DAUDÍ, VICENTE; *Tratamiento procesal de las modificaciones estructurales de la persona jurídica mercantil*, (en prensa), cit. Pág. 6. Considera que las dos notas esenciales de la personalidad jurídica son la capacidad de que dispone la colectividad y la incomunicabilidad entre el patrimonio de la sociedad y los individuos que la integran.

²²⁵ Art. 9.2 CE: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas;...”*.

²²⁶ En este sentido ver: CAPILLA RONCERO, FRANCISCO; *La persona jurídica*:..., cit. Pág. 131. Considera que si constituyen persona jurídica las sociedades civiles, no se entiende porqué no gozan también de tal cualidad las comunidades hereditarias, de bienes o en propiedad horizontal, en las cuales se aprecian también rastros de autonomía patrimonial.

²²⁷ Ley 65-557 *“Fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.”*.

necesidad del mismo. Como muy bien pone de manifiesto GONZÁLEZ CARRASCO²²⁸: *“Puede que así sea en un ordenamiento como el francés, en el que la capacidad jurídica, incluso la meramente instrumental, está ligada a la atribución de personalidad. Pero no en un sistema como el nuestro, que ha optado por un régimen amplio, pero no ilimitado, siguiendo una <<prudente>>, aunque conflictiva, vía media... Siendo así, resulta estéril plantearse la conveniencia de que la comunidad de propietarios vea reconocida la personalidad jurídica.”*

b) Efectos procesales.

b.1. La problemática de la parte procesal: capacidad para ser parte y capacidad procesal.

Analizada ya la falta de personalidad de las comunidades de propietarios, no cabe por ello desconocer la capacidad para ser parte y la capacidad procesal con las que las mismas han sido dotadas por la jurisprudencia²²⁹ en resoluciones como la STS de 22 de mayo de 1993 (RJ 3723/1993)²³⁰ o la STS de 16 de marzo de 1994 (RJ 1985/1994)²³¹:

²²⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Págs. 37-38.

²²⁹ En igual sentido: MONTERO AROCA, JUAN, ORTELLS RAMOS, MANUEL Y GÓMEZ COLOMER, JUAN LUÍS; *Derecho Jurisdiccional*, II, en “Proceso Civil”, I, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, cit. Págs. 14-15 y 25. Consideran que tal actitud de la jurisprudencia encuentra su causa en un principio elemental; esto es, a quién de hecho se le ha reconocido la posibilidad de realizar actos jurídicos materiales, no puede desconocérsele la facultad de actuar en el proceso. Ante esta atribución de capacidad para ser parte, nos encontramos con que el problema respecto de estos entes no se presenta respecto de ésta sino en referencia a la capacidad procesal; MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Págs. 35 y 36 donde, refiriéndose a la posibilidad de arbitraje en el ámbito de la propiedad horizontal opina que: “El art. 1º de la LA (Ley de Arbitraje de 1988) pormenoriza los presupuestos básicos del arbitraje; entre los presupuestos subjetivos hace referencia a las personas naturales o jurídicas; omite cualquier alusión a las corporaciones y entidades, grupos o entes sin personalidad, lo que supone, <<prima facie>> su exclusión. [...] (Sin embargo)... La carencia de personalidad jurídica de las comunidades sometidas a la normativa de la personalidad jurídica de las comunidades sometidas a la normativa de la LPH no implica la falta de capacidad para ser parte en un proceso; [...] (pues) ... el concepto procesal de la aptitud para ser parte es más amplio que la noción material equivalente; ... Si la comunidad de propietarios puede figurar y actuar como parte en el proceso, no hay razón alguna para postular su exclusión del <<equivalente o subrogado del proceso civil>>, como lo califica Carnelutti, que es el arbitraje.”. Por su parte,

Debemos preguntarnos, más allá de la mera constatación de tal realidad jurisprudencial, por la corrección de tal postura; esto es, si la parte procesal debe ser la comunidad como ente impersonal aglutinador de los propietarios o bien el conjunto de propietarios en un momento dado.

Coincidimos con SERRA DOMÍNGUEZ²³² cuando considera que se es parte simplemente por el hecho de formular activamente o soportar pasivamente en un proceso una petición de fondo. Tal condición resulta independiente de la titularidad que el concreto sujeto tenga de la relación litigiosa²³³ y ello porque la sentencia que ponga fin al proceso puede no corresponderse con la realidad extraprocesal preexistente. Sentado esto, podemos afirmar que el concepto de parte tiene un contenido fundamentalmente procesal²³⁴ y que será parte aquél sujeto en el que concurren las

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Pág. 40, considera que: “La organización establecida por la LPH no resuelve, -no quiere resolver-, un problema de capacidad jurídica, sino de legitimación, tal y como expresa la Exposición de Motivos de la misma...susceptible(s) de ser reconducida(s) a un régimen de legitimación especial predicable de las personas físicas (la autora coincide con el TS a la hora de aceptar la legitimación individual de los comuneros para accionar en relación a bienes o intereses comunitarios) que forman parte de las mismas.”.

²³⁰ Establece la diferencia entre las comunidades de propietarios en propiedad horizontal y las comunidades de bienes en el hecho de que las primeras, si bien carentes de personalidad, pueden: “...actuar en el tráfico jurídico y ser parte actora o demandada...”, mientras que tal cualidad no se da en las segundas. Afirman también la existencia de capacidad para ser parte de la comunidad: STS 6 de noviembre de 1995 (RJ 8075/1995) FD 4º; St. APGC de 7 de febrero de 1994 (Sec. 2ª)(RGD 1995. Págs. 14232-37) que establece que: “Se reconoce capacidad para ser parte a uniones de personas que actúan como entes independientes para, con superación del concepto de persona jurídica, obtener el fin procesal de facilitar la defensa de un derecho”.

²³¹ Establece que la carencia de personalidad no obsta al reconocimiento de un grupo de intereses merecedor de la tutela judicial efectiva con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7.3 LOPJ.

²³² SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Precisiones en torno a los conceptos de parte...*, cit. Págs. 290 y ss. En parecido sentido, ver: CHIOVENDA, GIUSEPPE; *Principi di diritto processuale civile*, Nápoles, 1923, cit. Pág. 579. Considera que: “...è parte colui che domanda in proprio nome (o nel cui nome è domandata) una attuazione di legge, e colui di fronte al quale essa è domandata.”; MONACCIANI, LUIGI; *Azione e legittimazione*, Ed. Giuffrè, Milán, 1951, cit. Pág. 253.

²³³ En este sentido ver: STS de 25 de octubre de 1963 (RJ 4216/163); STS de 13 de abril de 1967 (RJ 3162/1967); STS de 18 de octubre de 1968 (RJ 4675/1978); STS de 28 de enero de 1983 (RJ 394/1983); STS de 29 de septiembre de 1989 (RJ 6387/1989).

²³⁴ Ver a este respecto: CARNELUTTI, FRANCESCO; *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, cit. Pág. 16. Considera que: “... il concetto di parte è emerso, da prima, nella scienza del diritto processuale; de questa si è trasferito poi ad altri rami della scienza giuridica e da ultimo alla teoria generale del diritto.”; MONACCIANI, LUIGI; *Azione e legittimazione*, cit. Pág. 244.

siguientes cualidades: ser sujeto de los actos procesales, de los efectos del proceso y de los efectos de la sentencia²³⁵.

Así pues, será parte aquél sujeto que actúe en el proceso en nombre e interés propio²³⁶, siendo por ello parte el representado y no el representante²³⁷. Desde esta perspectiva, serán parte en el proceso: "...no sólo las personas físicas y jurídicas sino cualquier entidad, incluso carente de personalidad, por el mero hecho de ser demandante o demandada. Los complejos problemas inherentes a las sociedades irregulares, asociaciones de hecho y uniones sin personalidad, se resuelven fácilmente acudiendo al fenómeno de la representación, en lugar de la capacidad."²³⁸. De ello se

²³⁵ Ver concepto de parte en: SATTA, SALVATORE; *Il concetto di parte*, en, "Scritti giuridici in memoria di Calamandrei", III, Padua, 1958, cit. Pág. 693 y 699. El concepto de parte no es más que la acción considerada respecto del sujeto que la desarrolla; "... no es más que la subjetivización del interés: ... Por ello la parte se individualiza en la demanda, pero no en la demanda privada de contenido y de objeto, como se sostiene por la doctrina, sino en la demanda en cuanto afirmación de un interés."; SATTA, SALVATORE; *Le parti e i difensori*, en, "Diritto processuale civile", 4ª ed. Ed. Cedam, Padua, 1954, cit. Pág. 67. "No será parte el legitimado que no haya propuesto la demanda", cit. Pág. 68. Considera erróneo distinguir entre capacidad para ser parte y capacidad procesal por cuanto, a su entender y, bajo la perspectiva del Derecho italiano vigente en aquellos momentos, ambas cosas son lo mismo; PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO; *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1985, T. II, cit. Pág. 230. Considera que el concepto de parte es puramente procesal, "La parte en el proceso es, pues, simplemente el dominus litis.". Además en la nota 1 de la página 231 considera que en la jurisdicción voluntaria no existen verdaderas partes (en el sentido de contradictores) y por ello se habla de "interesados"; PROTO PISANI, ANDREA; *Parte nel processo*, en, "Enciclopedia del diritto", XXXI, Milán, 1981, págs. 917-942. Distigue entre el sujeto de los actos procesales, de los efectos del proceso y de los efectos de la sentencia. En contra de esta última opinión: GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO; *Derecho procesal civil*, 8ª ed., Madrid, 1976, cit. Pág. 125. Considera que no es el mismo problema el de determinar quién sea parte, de aquél consistente en determinar quién pueda serlo; SATTA, SALVATORE; *Variazione sulla legittimazione ad causam*, en, "Soliloqui e colloqui di un giurista", Ed. Cedam, Padua, 1968, cit. Pág. 403. Como la parte existe sólo en el proceso será siempre justa parte.

²³⁶ En este sentido: SATTA, SALVATORE; *Le parti e i difensori*, en, "Diritto processuale civile", 9ª ed. Ed. Cedam, Padua, 1981, cit. Pág. 89; GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO; *Derecho procesal civil*, 8ª ed., cit. Pág. 124.

²³⁷ En igual sentido: MONTERO AROCA, JUAN, ORTELLS RAMOS, MANUEL Y GÓMEZ COLOMER, JUAN LUÍS; *Derecho Jurisdiccional*, II,..., cit. Pág. 12; PROTO PISANI, ANDREA; *Parte nel processo*, cit. Pág. 921; MONACCIANI, LUIGI; *Azione e legittimazione*, cit. Pág. 244.

²³⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Precisiones en torno a los conceptos de parte...*, cit. Pág. 302. En igual sentido: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial ...* cit. Pág. 24. Ello es debido a que si la capacidad para ser parte se corresponde con la capacidad jurídica del Derecho Civil, la coincidencia entre ambos conceptos no es total por cuanto el concepto procesal es más amplio que el civil. En contra: ENCISO, ÁNGEL; *Acción y personalidad. Contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 del artículo 533 de la LEC*, RDPriv, 1936., cit. Pág. 166. Considera que las uniones sin personalidad no gozan de capacidad para ser parte por cuanto la personalidad se configura como un *prius* de la capacidad.

deduce, como ya habíamos apuntado en el epígrafe precedente, que la capacidad para ser parte, entendida como posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones en el proceso, no precisa de una previa atribución de personalidad jurídica²³⁹. Se quiebra con ello el concepto tradicional que configura la personalidad jurídica como requisito necesario para ostentar la capacidad para ser parte²⁴⁰.

Desde esta perspectiva la capacidad para ser parte puede ser entendida como un presupuesto procesal absoluto en el sentido de que su falta motivará la inválida constitución de la relación jurídico-procesal²⁴¹. Por ello tal capacidad tiene que concurrir en el sujeto desde el momento inicial de la demanda y durante toda la tramitación del proceso²⁴², siendo denunciable su carencia, según el momento procesal, mediante los recursos ordinarios, excepciones dilatorias del art. 533. 2 y 4 LEC o incidente del art. 745 LEC²⁴³.

Sea como fuere, consideramos que la capacidad para ser parte no debe ser atribuida a la comunidad de propietarios como sujeto independiente titular de derechos²⁴⁴. Ello es debido a que la carencia de personalidad de la comunidad de propietarios consideramos impide contemplar a la misma como ente diferenciado de sus

²³⁹ En este sentido ver: MUÑOZ DE DIEGO, EMILIANO; *La representación del presidente...*, cit. Pág. 227; MANDRIOLI, CRISANTO; *Premesse generali allo studio delle rappresentanza nel processo civile*; Ed. Giuffré, Milán, 1957, cit. Pág. 156.

²⁴⁰ En este sentido: RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO; *Derecho Procesal Civil*, T. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, cit. Pág. 230. Considera que este reconocimiento de capacidad para ser parte a entes sin personalidad encuentra su causa en el intento de proteger la buena fe de los terceros que contraten con los mismos. Tal consideración de la capacidad para ser parte como presupuesto procesal independiente de la personalidad jurídica traslada la problemática de estos entes carentes de personalidad a la discusión acerca de su capacidad procesal y su representación; GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO; *Derecho procesal civil*, 8ª ed., cit. Pág. 126.

²⁴¹ En igual sentido: ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, Y TOMÉ PAULE, JOSÉ; *Instituciones de derecho procesal*, T.I, Proceso Civil 1, Ed. Trivium, Madrid, 1993, cit. Pág. 208 y 213. Apoyan tal tesis partiendo de la consideración de la capacidad para ser parte como equivalente a la capacidad jurídica procesal; MONACCIANI, LUIGI; *Azione e legittimazione*, cit. Págs. 108-109 y 171. Considera la capacidad como un requisito de validez, entre tanto que la legitimación lo será de eficacia; GUTIERREZ DE CABIEDES, EDUARDO; *La excepción dilatoria de la falta de carácter*, en, "Estudios de Derecho Procesal", Ed. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, cit. Pág. 275.

²⁴² En igual sentido: RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO; *Derecho Procesal Civil...*, cit. Pág. 234.

²⁴³ En contra: ENCISO, ÁNGEL; *Acción y personalidad...*, cit. Pág. 167. Considera que las cuestiones de capacidad debieran estar sustraídas al poder dispositivo de las partes.

componentes. En este sentido, pensamos que la capacidad para ser parte la ostentará el conjunto de propietarios que lo sean en el momento de la presentación de la demanda²⁴⁵. Salvamos con ello la posible insubsanabilidad de la carencia de tal requisito y respetamos el principio de la litispendencia que nos permitirá posteriormente delimitar los efectos extensivos de la sentencia que recaiga sobre el fondo.

Si la capacidad para ser parte era la aptitud genérica para realizar actos procesalmente válidos, capaces procesalmente lo serán únicamente aquéllos que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles. En este sentido resulta superflua la distinción entre la capacidad para ser parte y la capacidad procesal²⁴⁶. La única virtualidad que creemos puede atribuirse a tal distinción es la de constatar que únicamente la persona física es capaz procesalmente puesto que la persona jurídica, por su carencia de corporeidad, no puede actuar personalmente en el proceso y deberá hacerlo siempre a través de un representante. Por tanto, respecto a la persona jurídica podemos concluir, con SERRA DOMÍNGUEZ²⁴⁷, que no se presentan problemas de capacidad sino más bien de representación²⁴⁸. Por otra parte y, a diferencia de lo que sucedía con la

²⁴⁴ En este sentido: St. ATO de 30 de enero de 1979 (RGD 1980. Págs. 108-10); En contra: St. APM de 8 de junio de 1993 (Sec. 13ª) (RGD 1993. Págs. 10528-30).

²⁴⁵ En parecido sentido, salvo por el hecho de considerar que se trata de un supuesto de representación orgánica, ver: GONZÁLEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Págs. 167-68. Opina que: "Cuando se afirma que las organizaciones de sujetos sin personalidad jurídica pueden ser parte en el proceso a través de la representación orgánica, no se está diciendo otra cosa sino que los miembros del grupo son la verdadera parte, pero no en su calidad de sujetos singulares, sino en su calidad de miembros de una organización..., de modo que los eventuales cambios de propietarios durante el proceso no van a determinar un cambio procesal de partes... Y los resultados del proceso repercuten sobre la parte —el miembro— *uti socius*, de modo que tendrán su incidencia en la esfera jurídica de éste."

²⁴⁶ En igual sentido, ver: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Precisiones en torno a los conceptos de parte...*, cit. Pág. 301; PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO; *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., cit. Pág. 243.

²⁴⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Precisiones en torno a los conceptos de parte...*, cit. Pág. 301. En igual sentido: MONTERO AROCA, JUAN, ORTELLS RAMOS, MANUEL Y GÓMEZ COLOMER, JUAN LUÍS; *Derecho Jurisdiccional*, II, cit. Págs. 18; ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, Y TOMÉ PAULE, JOSÉ; *Instituciones de derecho procesal*, cit. Pág. 214.

²⁴⁸ CAPILLA RONCERO, FRANCISCO; *La persona jurídica...*, cit. Págs. 94-97. Considera que la problemática de la capacidad de obrar de las personas jurídicas se soluciona mediante la representación orgánica de las mismas; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO; *Derecho Procesal Civil*, cit. Pág. 236. Considera, como SERRA DOMÍNGUEZ, que nos encontramos ante la llamada representación necesaria; GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO; *Derecho procesal civil*, 8ª ed., cit. Pág. 128; GUTIERREZ DE CABIEDES, EDUARDO; *La excepción dilatoria de la falta de carácter*, cit. Pág. 251. Considera que el

capacidad para ser parte, la capacidad procesal, hoy en día, condiciona relativamente la regularidad del ejercicio de la acción por la parte. La carencia de tal requisito es de naturaleza subsanable y su denuncia sólo puede producirse a instancia de parte²⁴⁹.

b.2. La representación del presidente de la comunidad.

Aceptada la capacidad para ser parte de las comunidades de propietarios a pesar de su carencia de personalidad, nos tenemos que preguntar ahora por el mecanismo ideado por el legislador para articular su efectiva comparecencia en juicio.

Habíamos establecido en el epígrafe anterior que el expediente utilizado a tales efectos respecto de las personas jurídicas²⁵⁰ es el de la representación por cuanto, a diferencia de lo que sucede respecto de las personas físicas, en aquéllas el problema no se presenta tanto respecto de la capacidad procesal como de la forma de articular ésta debido a la incorporeidad de las mismas.

A tales efectos el artículo 12²⁵¹ de la LPH de 1960 establece la representación en juicio y fuera de él de las comunidades de propietarios por parte de su presidente²⁵².

problema de las sociedades válidamente constituidas se refiere al carácter o representación pero no a la capacidad. Esa representación no puede ser otra que la orgánica por cuanto la tarea del órgano no es la de representar sino la de servir de cauce de actuación a la sociedad de la que forma parte integrante. En este sentido ver: St. ATB de 4 de febrero de 1970 (RGD 1970. Pág. 405) que niega la capacidad procesal de las comunidades en propiedad horizontal; St. ATO de 30 de noviembre de 1988 (RGD 1989. Págs. 3350-52); St. APV de 23 de junio de 1993 (Sec. 5ª) (RGD 1993. Págs. 7645-47) y St. APV de 24 de junio de 1993 (Sec. 5ª) (RGD 1993. Págs. 7647-48) Ambas niegan la capacidad para ser parte y la capacidad procesal de las comunidades de propietarios.

²⁴⁹ GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO; *Derecho procesal civil*, 8ª ed., cit. Pág. 133. Considera que la capacidad procesal presupone la capacidad para ser parte y que la carencia de esta segunda no conlleva la nulidad radical de lo actuado sino que: "...la parte incapaz, mientras su incapacidad no sea declarada en un pronunciamiento firme, posee capacidad en el debate sobre ella para hacerla valer por todos los medios procesales, así como para oponerse a la excepción...". Por otra parte, se trata de una cuestión, como todas las relativas a la capacidad, oponible tan sólo a instancia de parte.

²⁵⁰ Y, por extensión, respecto de aquellos entes que, careciendo de personalidad jurídica reconocida, gozan sin embargo del reconocimiento de las capacidades para ser parte y procesal.

²⁵¹ Artículo que, de entrar en vigor la Proposición de Ley 122/000218, pasará a ser el nuevo art. 13 (al que da redacción el art. 7º de la misma), sin que, por otra parte, se solucione con él la indefinición del art. 12 de la LPH de 1960 al listar las atribuciones del presidente.

La literalidad de la Exposición de Motivos y su aparente contradicción con lo dispuesto en el artículo 12 del texto articulado ha generado una dualidad de opiniones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Encontramos a este respecto diversos autores²⁵³ y resoluciones jurisdiccionales²⁵⁴ que, olvidando la primacía del texto articulado se han inclinado por considerar que nos encontramos ante un problema de legitimación y no de representación.

Sin perjuicio de una posterior profundización en este aspecto, consideramos que, aunque anómalo, se trata de un caso de verdadera representación y no de legitimación²⁵⁵, por bien que la Exposición de Motivos de la Ley asevere que con la instauración de tal figura se soluciona "...el delicado problema de legitimación que se ha venido produciendo."

²⁵² Ver, entre otras: St. APMA de 2 de mayo de 1997 (Sec.4ª) (AC 1079/1997) FD 1º. Ver también: GONZÁLEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Págs. 65-66.

²⁵³ En este sentido ver: VIDAL MARTÍNEZ, JAIME; *Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal...* cit. Pág. 1082. Considera que hablar de capacidad, siquiera sea limitada, presupone la existencia de un ente personificado. De ello se sigue que, si las comunidades de propietarios en nuestro sistema carecen de personalidad, el presidente no puede solucionar un problema de representación de un ente inexistente jurídicamente y, por tanto: "... no resuelve un problema de capacidad, sino de legitimación, como muy bien señala la E. de M. de la L.p.h."; MONTERO AROCA, JUAN, ORTELLS RAMOS, MANUEL Y GÓMEZ COLOMER, JUAN LUÍS; *Derecho Jurisdiccional*, II, cit. Págs. 23-24. Parece entender que se trata de un problema de legitimación desde el momento en el que considera que la propiedad horizontal no constituye sino que una especial comunidad de bienes; GONZÁLEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Págs. 50-51.

²⁵⁴ En este sentido ver: STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 2199/1989) FD 3º donde establece que: "... la Ley de Propiedad Horizontal, precisamente para evitar cuestiones de legitimación, arbitró la fórmula de otorgar al Presidente de tales comunidades..., la representación de éstas en juicio y fuera de él."; STS de 28 de octubre de 1991 (RJ 7242/1991) FD 3º; STS de 19 de noviembre de 1993 (RJ 9154/1993) FD 3º; STS de 18 de marzo de 1994 (RJ 2553/1994) FD 4º; St. APO de 7 de diciembre de 1994 (Sec. 1ª) (RGD 1996. Págs. 1395-97) FD 1º; St. APSE de 16 de mayo de 1994 (Sec. 6ª) (RGD 1995. Págs. 11054-55) FD 2º y St. APV de 29 de abril de 1996 (Sec. 6ª) (RGD 1996. Págs. 5896-97) FD 1º.

²⁵⁵ En parecido sentido, ver: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...* cit. Pág. 26; PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal...* cit. Pág. 353. Considera errónea la mención a la legitimación que realiza la Exp. Mot. Por cuanto: "...la legitimación supone personalidad, pero no a la inversa... No ha quedado resuelta la cuestión de la legitimación porque no se ha resuelto la cuestión de la personalidad." Concluye afirmando que la única forma de resolver el problema de la representación del presidente y, el posterior de la legitimación, pasa por la atribución de personalidad a tales entes; BADENAS CARPIO, J. M.; *La representación...*, AC nº 8 1998, cit. Pág. 171.

Cabe ahora preguntarse por quién sea el representado.

Son varios los autores y las resoluciones de los tribunales²⁵⁶ que, si bien reconocen la carencia de personalidad de las comunidades de propietarios, opinan que el representado es la comunidad en sí y no el conjunto de sus componentes. En este sentido se pronuncian autores como SERRA DOMÍNGUEZ²⁵⁷, el cual opina que nos encontramos ante un ejemplo de representación legal destinado a cubrir la carencia de capacidad procesal de: "... *determinadas colectividades de personas desprovistas de personalidad jurídica...*"^{258 259}.

No faltan tampoco posturas eclécticas como la mantenida por MONTÉS PENADES²⁶⁰ según el cual la elegibilidad del presidente por simple mayoría²⁶¹ dificulta su consideración como representante del conjunto de propietarios. Ante tal posicionamiento y la consideración primordial del aspecto comunitario de la propiedad

²⁵⁶ En este sentido ver: STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 2199/1989) FD 3º; STS de 22 de mayo de 1993 (RJ 3723/1993) FD 2º; STS de 5 de julio de 1995 (Sala 1ª) (RGD 1995. Págs. 11501-07) FD 1º; STS de 10 de julio de 1995 (RJ 5554/1995) FD 3º; St. ATV de 10 de diciembre de 1987 (Sala 1ª) (RGD 1988. Págs. 2175-77) FD 1º; St. APM de 13 de octubre de 1993 (Sec. 13ª) (AC 580/1994) FD 1º; St. APS de 14 de septiembre de 1994 (Sec. 2ª, AP Cantabria) (AC 2782/1994) FD 1º.

²⁵⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Precisiones en torno a los conceptos de parte...*, cit. Pág. 303. En igual sentido ver: HERRERO GARCÍA, MARÍA JOSÉ; *La junta de propietarios y la función representativa...*, cit. Págs. 425-26. Considera que el presidente representa a la comunidad y no al conjunto de sus componentes debido a que la LPH de 1960, si bien declara en su preámbulo pretender la máxima individualización posible de la propiedad desde el punto de vista del objeto, al considerar el aspecto comunitario olvida tal declaración de principios y considera a los copropietarios sólo en cuanto formantes de la comunidad misma.

²⁵⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Precisiones en torno a los conceptos de parte...*, cit. Pág. 305. En igual sentido: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 26.

²⁵⁹ Por nuestra parte consideramos que la especialidad de la representación *ex lege* conferida al presidente de la comunidad de propietarios se encuentra en el hecho de que su misión no se limita a la suplencia de la falta de capacidad procesal de tales entes sino, además, a la integración de su carencia de personalidad como *prius* a toda cuestión de capacidad.

²⁶⁰ MONTÉS PENADES, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Págs. 888 y 915.

²⁶¹ Requisito éste que se mantendrá de entrar en vigor la Proposición de Ley 122/000218 pues, la norma 2ª del futuro artículo 13 (al que da redacción el art. 7º) calla sobre el tipo de mayoría requerida (además de añadir que el cargo presidencial puede también ser proveído por turno rotatorio o sorteo y, en caso extremo, por designación judicial por los cauces del procedimiento de equidad) y, en ese caso, por aplicación de lo dispuesto por el párrafo 1º de la norma 1ª del futuro art. 17 (al que da redacción el art. undécimo de la Proposición de Ley 122/000218), según el cual: "*La unanimidad sólo será exigible...*", y el párrafo 1º de la futura norma 3ª de ese mismo artículo, que sigue configurando el régimen de mayoría como defectivo en caso de silencio legal; sería aplicable al régimen de mayoría.

horizontal, opina que el presidente sólo puede ser entendido como órgano comunitario que representa a la comunidad y, en último término, a los propietarios que la componen²⁶².

A nuestro entender y, como ya hemos expuesto con anterioridad, la carencia de personalidad de las comunidades de propietarios impide considerar que sea la comunidad, como ente personificado independiente, el sujeto representado. Consideramos que el sujeto representado se encuentra constituido por el conjunto de propietarios que conforman ese ente²⁶³ ²⁶⁴. Coincidimos plenamente con PARA MARTÍN²⁶⁵ cuando opina que de la carencia de personalidad de las comunidades de propietarios se deriva la creación de una relación representativa: “...en la que el presidente... actúa en nombre y por cuenta de todos y cada uno de los propietarios, pero sin indicar quiénes son los destinatarios de las consecuencias de esa actuación representativa... la actuación se da por cuenta y en nombre de unos propietarios concretos, a los que se alude solo << per relationem>>”. El mantenimiento de tal postura creemos que no impide considerar la desmembración del grupo en determinados

²⁶² En este sentido ver: STS de 3 de diciembre de 1993 (RJ 94951993) FD 2º; STS de 15 de mayo de 1995 (RJ 4237/1995) FD 1º.

²⁶³ En igual sentido se pronuncian: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed. cit. Pág. 49; MONEDERO GIL, FRANCISCO; *La comunidad de propietarios...* cit. Págs. 660-62. Considera que en este especial tipo de comunidad se desdibuja el elemento individual desde el momento en que los copropietarios: “... sólo son considerables como sujetos de derecho, en tanto en cuanto son pertenecientes a dicha comunidad... Hablamos de comunidad y de representación de la misma, pero las relaciones de Derecho sustantivo lo son para los distintos copropietarios en cuanto tales, no para la comunidad en sí...”; SOTO NIETO, FRANCISCO; *Propiedad horizontal. Legitimación activa...* cit. Pág. 117. Considera que la Ley, consciente de la vertiente dinámica de actuación de las comunidades en propiedad horizontal, ha creado unos órganos similares a los de los entes societarios si bien reconoce que: “Cuando se habla por la Ley de la representación de la <<comunidad>> por el Presidente, propiamente quiere referirse al conjunto de propietarios que se integran en la Junta...”; RABELLA DE CARRILLO, JOSÉ ANTONIO; *La propiedad horizontal...* cit. Pág. 101; ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 82.

²⁶⁴ Ver: STS de 25 de mayo de 1987 (RJ 3582/1987) FD 2º; STS de 1 de junio de 1991 (RJ 4405/1991) FD 3º; STS de 25 de abril de 1992 (RJ 3413/1992) FD 6º que establece que el presidente representa a la comunidad entendida como conjunto plural de comuneros; STS de 14 de mayo de 1992 (RJ 4120/1992) FD 5º; STS de 19 de noviembre de 1993 (RJ 9154/1993) FD 3º; STS de 6 de noviembre de 1995 (RJ 8075/1995) FD 2º que establece comentando el contenido del art. 12 LPH que: “..., según el cual el presidente representa a la comunidad, fuerza a interpretar que cuando se emplea ese <<nomen>> se está designando a los distintos propietarios que en ella se han organizado.”; St. ATO de 30 de enero de 1979 (RGD 1980. Págs. 108-10) Cdo. 1º.

²⁶⁵ PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Págs. 46-49.

casos como sean todos aquellos en los que la comunidad se dirija, a través de su presidente, contra uno de los comuneros²⁶⁶. Por tanto, desde la perspectiva que apoyamos, la comunidad actuará como grupo sólo en el ámbito de sus relaciones externas y ello siempre que la relación jurídica de que se trate no exija la presencia inicial en el proceso de un sujeto absolutamente determinado que sostenga la pretensión o se defienda frente a ella.

b.3. Especial referencia a la asistencia jurídica gratuita y a las acciones posesorias.

b.3.1. La asistencia jurídica gratuita.

Siguiendo a SERRA DOMÍNGUEZ²⁶⁷, podemos afirmar que sólo las partes pueden disfrutar del beneficio de justicia gratuita.

Aceptado que es la comunidad de propietarios (entendida como el conjunto de sus miembros en el momento de interposición de la demanda, y no como ente independiente dotado de personalidad propia) la que ostenta la cualidad de parte procesal, no habrá pues inconveniente en admitir tal posibilidad respecto de ella.

No obstante, la reciente aprobación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita²⁶⁸, obliga a unas escuetas matizaciones.

Bajo el imperio de la fragmentaria e incompleta regulación que respecto de esta institución se contenía en la LEC, la jurisprudencia de nuestros tribunales se vio forzada a una necesaria interpretación integradora de la misma.

²⁶⁶ Evitamos con ello la polémica ligada al autoproceso parcial en el que se vería inmerso en ese supuesto el presidente de tales comunidades.

²⁶⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Precisiones en torno a los conceptos de parte,...*, cit. Pág. 294. Ver también: PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO; *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., cit. Pág. 232.

²⁶⁸ Que deroga, entre otros, los artículos 18 y 19 de la LEC.

A los efectos que ahora nos interesan cabe destacar la labor de fijación del contenido del artículo 18 LEC²⁶⁹. Las resoluciones interpretativas de tal precepto consideraron de manera uniforme y constante que la aplicación del mismo respecto de las sociedades y demás entes dotados de personalidad jurídica obligaba a exigir (para la concesión del beneficio a los mismos) que la cualidad de pobre se diera en todos y cada uno de sus componentes²⁷⁰.

La vigente Ley, sin embargo, ha reconocido la posibilidad de que las personas jurídicas mencionadas en el apartado c) del artículo 2º²⁷¹ puedan disfrutar de tal beneficio “... *cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar*.”. La novedosa adición, que se aparta de la doctrina jurisprudencial expuesta, se contiene en el apartado 6º del artículo 3º, el cual dispone que: “*se entenderá que hay insuficiencia de recursos económicos para litigar, cuando su base imponible en el Impuesto de Sociedades fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del salario mínimo interprofesional en cómputo anual*.”.

No menos problemática resultaba la interpretación del contenido del hoy derogado artículo 19 LEC²⁷². La poco precisa redacción del mismo tan sólo permitía

²⁶⁹ Art. 18: “No impedirá el reconocimiento del derecho la circunstancia de que litiguen unidas varias personas, que individualmente tengan derecho al beneficio, aun cuando los recursos de todas ellas excedan de los límites señalados, salvo lo dispuesto en el artículo 16.”.

²⁷⁰ En este sentido ver, por todas: STS de 6 de febrero de 1936 (RJ 322/1936) Cdo. 2º donde establece que: “... la doctrina copiosa y uniforme establecida por este Tribunal Supremo... que proclama el carácter individual y personalísimo del beneficio de pobreza para litigar derechos propios, excluyéndose, en general, a las Sociedades legalmente constituidas del goce de derechos que aquel beneficio reporta, mientras no demuestren estar en condiciones de utilizarlo todos los socios que las integran, ...”; St. ATM de 17 de febrero de 1969 (RGD 1969. Págs. 504-505) Cdo. 1º que establece que: “... tratándose de una persona jurídica, no puede ser declarada pobre, con pertinencia legal, ..., tal declaración exige la probación de que todos los socios son pobres, ...”; St. ATTF de 14 de julio de 1964 (RGD 1965. Págs. 524-25) Cdo. 1º; St. ATSE de 16 de enero de 1967 (RGD 1968. Pág. 1212) Cdo. 2º.

²⁷¹ El precepto deja fuera de su ámbito de aplicación los casos de entidades no dotadas de personalidad. Para éstas la solución legal tendrá que ser otra, que comentaremos al hacer referencia al contenido del derogado art. 19 LEC.

²⁷² Art. 19 LEC: “Sólo se podrá litigar gratuitamente por derechos propios.”.

aventurar tímidamente que, en realidad, se estaba refiriendo a los casos de representación²⁷³.

La nueva Ley ha venido a disipar esa duda y ha establecido explícitamente que: *“El derecho a la asistencia jurídica gratuita sólo podrá reconocerse a quienes litiguen en defensa de derechos o intereses propios.”*²⁷⁴. Se completa tal regulación mediante la introducción de lo dispuesto en el artículo 12²⁷⁵. Con ello se respeta, ahora sí, la jurisprudencia constante que nuestros tribunales habían establecido. Consideramos por nuestra parte que tal precepto resultará de aplicación a aquellos entes que, como las comunidades en propiedad horizontal, carecen de personalidad jurídica no siéndoles, por tanto, de aplicación lo dispuesto en el apartado 6º del artículo 3º²⁷⁶.

b.3.2. Acciones posesorias.

Otra de las problemáticas que se plantean respecto del peculiar régimen de la propiedad horizontal y que, sin embargo, no han suscitado un especial interés entre la

²⁷³ En este sentido ver: St. APZ de 17 de mayo de 1995 (Sec. 5ª) (AC 2443/1995) FD 1º donde refiriéndose al texto de tal artículo establece que: *“... frase... no excesivamente precisa, que parece que desde un punto de vista lógico debe interpretarse en el sentido de que su aplicación procede en supuestos de representación o de sustitución en nombre de otro...”*, sin diferenciar entre personas jurídicas y entes carentes de personalidad.

²⁷⁴ Ex art. 3, norma 2ª, apdo. b.4.

²⁷⁵ No aplicable a las sociedades y demás personas jurídicas, por gozar éstas de regulación específica. Art. 12 Ley 1/1996: *“... Cuando haya concurrencia de litigantes en un proceso, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita deberá ser instado individualmente por cada uno de los interesados. [...] Cuando con arreglo a las leyes procesales, los solicitantes deban litigar bajo una sola defensa o representación, deberán computarse, a efectos de reconocimiento del derecho, la totalidad de los ingresos y haberes patrimoniales de los litigantes. En este caso, si se acreditara que los ingresos y haberes patrimoniales de cada uno de los solicitantes no sobrepasan el doble del salario mínimo interprofesional, se procederá a nombrar abogado y, en su caso, procurador del turno de oficio que deberá asumir la representación y defensa conjunta de todos ellos. [...] Si se acreditara que los ingresos y haberes patrimoniales de cada uno de los solicitantes superan el doble del salario mínimo interprofesional pero no alcanzan el cuádruple, la Comisión de Asistencia Jurídica gratuita podrá determinar cuáles de los beneficios establecidos en el artículo 6 se otorgará a los solicitantes.”*

²⁷⁶ Por otra parte, la necesidad de que en estos casos el derecho deba ser instado *“... individualmente por cada uno de los interesados.”* se aviene perfectamente con la teoría que propugnamos: la parte procesal no es la “comunidad” entendida como ente jurídico independiente sino el conjunto de los propietarios (interesados) que lo sean en el momento de interposición de la demanda.

doctrina científica, es la referente a la viabilidad de las acciones posesorias entre copropietarios.

El problema se plantea por cuanto la jurisprudencia había mantenido casi uniformemente la doctrina según la cual no cabe el planteamiento de acciones interdictales entre coposeedores²⁷⁷, ni tan siquiera en casos de desposesión. Sin embargo, otras resoluciones matizan tan tajante postura y puntualizan que no debe haber problema en aceptar esta posibilidad en casos de desposesión, si bien, tal facultad no se dará en aquellos supuestos en los que se pretenda, mediante la substanciación del interdicto, contender acerca de la forma o el ámbito de las facultades posesorias de cada uno de los copartícipes²⁷⁸.

Ya específicamente en el ámbito de la LPH los argumentos utilizados para negar la virtualidad de tales acciones se han centrado preferentemente en la constatación de la especialidad que esta ley supone respecto de la normativa común contenida en el CC y en la LEC. En este sentido se pronuncian autores como SAN ROMÁN HERNÁNDEZ²⁷⁹, el cual, comentando la St. de la AP de Lugo de 4 de febrero de 1962²⁸⁰, considera que si bien en los casos de propiedad horizontal se dan los requisitos necesarios para la correcta interposición de las acciones interdictales, la especialidad de

²⁷⁷ En este sentido ver: St. ATSE de 4 de junio de 1966 (RGD 1967. Págs. 1084-85) y St. ATSE de 30 de mayo de 1967 (RGD 1969. Págs. 1221-22). Ver también: STS de 31 de noviembre de 1996 (RJ 7724/1996) FD 2º que, aceptando la viabilidad de las acciones interdictales, considera que la existencia de un acuerdo de la junta habilitante de la actuación presidencial conlleva la existencia de un consentimiento tácito de la misma a la interposición por aquél de cualquier proceso plenario posterior que se siga al respecto de los problemas que fueron objeto de la demanda interdictal.

²⁷⁸ En este sentido ver: St. ATV de 27 de enero de 1973 (RGD 1973. Págs. 978-79) que establece que: "... lo que no puede ser materia del interdicto en los casos en los que las partes litigantes son coposeedoras es la forma en que han de disfrutar de la posesión o el uso que cada cual pueda tener de la cosa común, pero sí cuando uno de ellos priva totalmente de la posesión al otro pretendiendo el uso exclusivo de la cosa poseída en común."; St. APB de 17 de septiembre de 1993 (Sec. 15ª) (RGD 1993. Págs. 721-22).

²⁷⁹ SAN ROMÁN HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO; *Procesos en materia de propiedad horizontal*. Rev. La Ley, 4, 1982, cit. Págs. 513-14.

²⁸⁰ Que deniega la viabilidad de las acciones interdictales en tales casos.

la LPH respecto de la normativa común y el carácter de *ius cogens* de los preceptos en ella contenidos, impiden la utilización de tales vías procedimentales²⁸¹.

Por nuestra parte consideramos que si se quiere dar verdadero contenido a la declaración de la Exp. Mot. de la LPH cuando establece su intención de “llevar al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto.”, no se puede negar a los comuneros individuales la posibilidad de utilizar las acciones interdictales en defensa de sus derechos posesorios²⁸². Desde este punto de vista consideramos incorrecta la opinión según la cual la única vía legal de la que disponen es la utilización de las acciones de impugnación de los acuerdos de la junta recogidas en el artículo 16 de la LPH²⁸³. A nuestro entender, el ámbito de ambos tipos

²⁸¹ En este sentido ver: St. APBU de 12 de noviembre de 1993 (Sec. 2ª) (AC 855/1994); St. APM de 8 de junio de 1994 (Sec. 11ª) (AC 729/1995); St. APO de 13 de septiembre de 1994 (Sec. 4ª, AP Asturias) (AC 409/1995) que considera que si: “...la opinión mayoritaria se decanta por su admisibilidad (de los interdictos), ello es sobre la base de que se actúe por vía de hecho, ya que en otro caso y si se están ejecutando acuerdos adoptados por la Comunidad ha de acudir a los procedimientos específicamente señalados en la Ley de 21 de julio de 1960 para la impugnación de los mismos.”; St. APS de 4 de diciembre de 1989 (Sec. 2ª) (RGD 1991. Págs. 11603-05) niega la posibilidad de utilización de la vía interdictal si el acuerdo comunitario del que traiga causa la perturbación ha sido adoptado siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

²⁸² En parecido sentido, ver: ARAGONESES ALONSO, PEDRO; *Reglas para determinar el proceso aplicable en materias de propiedad horizontal*, Rev. Pretor, julio-agosto 1964, págs. 487-500, cit. Págs. 490-91 donde considera que: “... la realidad es que en las situaciones derivadas de la propiedad horizontal, si bien cabe darse cualquiera de estos supuestos (las situaciones que habilitan la utilización de los diversos tipos de interdictos regulados en nuestro ordenamiento), el carácter inmueble del objeto destaca su primacía. Igual ocurre en cuanto a los requisitos subjetivos. En cualquiera de los sujetos de la relación de propiedad horizontal se dan las circunstancias exigidas para la utilización de estos cauces procesales a través de la figura jurídico-material del poseedor, y aun puede decirse que..., puede ser de hecho aconsejable, para conseguir una situación ventajosa, la utilización de estos tipos procesales, con un resultado prácticamente más conveniente que el que se pudiera obtener con el empleo de otro medio.”.

²⁸³ En igual sentido: CORTÉS-GIRÓ, VICENTE; *Nueva jurisprudencia y resoluciones oficiales sobre propiedad horizontal*, RGD, N° 256-57, 1966, cit. Pág. 23; PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Pág. 100. Admite el interdicto de la comunidad contra uno de los comuneros por vía de su presidente, por lo que podemos suponer que también lo admitirá del comunero contra la comunidad de la que forma parte. La enmienda 3ª [(contenida en la Proposición de Ley 624/000020 del Senado) del senador Don José Fermín Román Clemente (IU Grupo Mixto)], en la línea por nosotros apuntada, propone la adición del siguiente texto al párrafo segundo del apartado primero del artículo primero, al que da redacción la Proposición de Ley 122/000218 del Congreso: “... asimismo deberá hacer uso de los elementos comunes según lo establecido en las leyes, los estatutos de la comunidad o los acuerdos de ésta, y en ningún caso podrá incurrir en uso abusivo de los mismos ni en la ocupación indebida de éstos.”. El mismo senador propone (enmienda 4ª) la adición de un nuevo párrafo a este artículo, el cual dice: “El presidente de la comunidad y en su caso el administrador, están expresamente facultados para solicitar el auxilio de la autoridad local competente para dar

de procedimiento es diverso. Las acciones destinadas a la impugnación de los acuerdos sociales son de tipo declarativo y de condena mientras que las acciones posesorias no se encuentran destinadas a declarar ningún derecho, sino a proteger la posesión. En este sentido, no consideramos incompatible la utilización alternativa o simultánea de ambos tipos de procedimientos porque su ámbito operativo es diverso y, la utilización de las acciones interdictales no supone una vulneración del carácter de *ius cogens* de las normas procedimentales especiales contenidas en la LPH de 1960²⁸⁴.

b.4. Efectos de las resoluciones judiciales contrarias a la Comunidad sobre el patrimonio de los comuneros.

Nos enfrentamos en este momento al que podríamos calificar como banco de pruebas de todas las teorías que hemos mantenido hasta el momento. Si los conceptos dogmáticos tienen alguna virtualidad, ésta tiene que demostrarse en su aplicación práctica y en la corrección de las consecuencias a las que lleva el mantenimiento de las posturas adoptadas.

El momento crucial en el que se pone a prueba la bondad de cualquier posicionamiento dogmático no puede ser otro que el de la ejecución de lo dispuesto en la resolución jurisdiccional, que ponga fin a la contienda planteada, en caso de no cumplimiento voluntario de sus dictados por parte del condenado por la misma.

cumplimiento a lo dispuesto en los estatutos o en los acuerdos de la comunidad, en todo lo relativo a la defensa de la posesión de los elementos comunes y su uso por todos los propietarios y en consecuencia a impedir el uso abusivo de los mismos."

²⁸⁴ Ver la opinión de: PASQUAU LIAÑO, M.; *La protección de los disidentes...*, cit. Pág. 1067 donde considera que se deben distinguir dos posibilidades: "a) Si ha existido acuerdo, el propietario disidente debe acatarlo, pudiendo acudir, desde luego, a los procedimientos impugnatorios arbitrados en la LPH, que <<derogan>> las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil referidas a los interdictos, por virtud del principio de especialidad. [...] b) Si la actuación de la Junta o de algún propietario es perjudicial para el derecho de otro, y no existe acuerdo previo comunitario al respecto, entonces sí queda abierta la posibilidad de la interposición de los interdictos por el perjudicado, dado que se trataría de evitar una conducta de hecho, y no de impedir la ejecución de un acuerdo." Ver también:

El problema se ha generado fundamentalmente como consecuencia de lo dispuesto en sendas Resoluciones de la DGRN²⁸⁵, las cuales, partiendo de postulados incorrectos, han mantenido una postura excesivamente proteccionista de los derechos de los copropietarios. Tal posicionamiento ha generado importantes disfunciones ya que, en clara vulneración de lo dispuesto en el artículo 1256 CC, deja al arbitrio de una de las partes no sólo el cumplimiento de los contratos sino también, aunque momentáneamente²⁸⁶, el contenido de lo dispuesto en sentencias judiciales condenatorias de la Comunidad.

A nuestro entender, la solución del problema pasa por la aceptación de las posturas mantenidas en este trabajo hasta el momento presente. La Comunidad es parte procesal pero no en cuanto ente independiente sino en cuanto *nomen* aglutinador de

STS de 27 de septiembre de 1965 (RJ 4053/1965); St. APHU de 10 de abril de 1991 (RGD 1991. Págs. 11526-29).

²⁸⁵ Ver: Resolución DGRN de 7 de julio de 1986 (RJ 4928/1986) que dispone que: "*Considerando..., que cuando se condena a una comunidad de propietarios por obligaciones que han contraído, al carecer ésta de personalidad jurídica, hay dos modos de hacer efectiva la condena: a) Actuando sobre los bienes comunes... que estén a disposición de los Órganos colectivos de la Comunidad demandada, en cuyo caso no surge obstáculo alguno para obtener su ejecución; b) Actuando sobre los bienes privativos de los mismos propietarios - dada su obligación de contribuir a los gastos, artículo 9.5º de la Ley... - en donde ya no sucede lo mismo, ya que los Órganos colectivos no tienen ningún poder directo sobre ellos, dado que la obligación de cada propietario surgida de la Sentencia no surge entre él y el acreedor, sino mediante a través de la Comunidad, y es una obligación <<propter rem>>. [...] Considerando por tanto, que cuando la Comunidad incurre en responsabilidad se necesita todavía un acuerdo de la Junta de Propietarios, debidamente convocada, por el que se determine el tiempo y forma de contribución de cada uno, y no cabe proceder judicialmente frente al propietario que no cumpla hasta que hayan transcurrido quince días desde que fehacientemente haya sido requerido de pago..., y si bien es cierto que la actuación de la Junta puede ser suplida judicialmente, ello ha de ser sin merma de las garantías de los propietarios que debían ser personalmente convocados y requeridos, garantías que ahora se concretan en cuyos bienes se persiguen, ha de ser llamado como parte personalmente, y no a través de los Órganos colectivos, y por eso es correcta, conforme a los arts. 20 de la Ley Hipotecaria..., y 100 de su Reglamento..., la denegación de la anotación de embargo si de los títulos presentados no resulta que el titular registral fuera parte, con carácter personal y directo, en las actuaciones judiciales que dieron lugar al embargo de sus bienes privativos.*"; y Resolución DGRN de 5 de febrero de 1992 (RJ 1526/1992) que, si bien reconoce que: "*...cuando por obligaciones contraídas, se demanda y condena a una Comunidad de Propietarios, se demanda y condena realmente a los propietarios que la constituyen, puesto que la comunidad en sí carece de personalidad...*", asume posteriormente el contenido íntegro de la anteriormente citada. Acoge los postulados de ésta: St. APZ de 6 de mayo de 1997 (AC 1190/1997) FD 2º y 3º.

²⁸⁶ Ello debido a que se establece en estas resoluciones que el cumplimiento de los dictados de la sentencia condenatoria se tendrá que llevar a cabo mediante acuerdo posterior de la junta y, en caso de negativa de ésta a adoptar tal acuerdo, mediante suplencia del mismo por parte del juez por la vía establecida en el artículo 16 LPH.

unos propietarios individuales que no tienen que encontrarse forzosamente determinados al inicio de la contienda²⁸⁷. Desde este punto de vista el titular de las relaciones jurídicas no puede ser un nuevo ente personificado sino el conjunto de los propietarios que lo sean en el momento de interposición de la demanda, por bien que en ese momento no se hallen determinados nominalmente.

El momento clave de tal determinación es el de la ejecución de una sentencia desfavorable a los intereses de la Comunidad, cuando ésta se niegue a cumplir voluntariamente. Ello es así porque la ejecución sólo puede llevarse a efecto frente a la parte que haya sido condenada²⁸⁸.

La confusión en la que incurren las Resoluciones citadas parte de un doble error de base. Por una parte, la consideración como parte procesal de la Comunidad en sí, si bien reconociendo su carencia de personalidad; por otra, una incorrecta comprensión de la diferente regulación aplicable a la actuación de las comunidades en su ámbito interno y en el externo o de relación con terceros²⁸⁹.

Consideramos por nuestra parte, coincidiendo con PARA MARTÍN²⁹⁰, que siendo realmente parte en el proceso los distintos propietarios por medio de su presidente, será el momento de la ejecución aquél en el que se haga necesario el "*levantamiento del velo*" mediante la concreta designación de los propietarios que lo fueran en el momento de surgimiento de la obligación²⁹¹ que ahora se pretende ejecutar.

²⁸⁷ La misma idea subyace en: BADENAS CARPIO, J. M.; *La representación...*, AC nº 8 1998, cit. Pág. 173.

²⁸⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Precisiones en torno a los conceptos de parte...*, cit. Pág. 295.

²⁸⁹ En igual sentido, aunque luego acepta el contenido de tales Resoluciones como única solución posible: COCA PAYERAS, MIGUEL; *Comentario a la resolución de la DGRN...*, cit. Págs. 4197 y 4206.

²⁹⁰ PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Pág. 161.

²⁹¹ En el campo obligacional es el momento de nacimiento de la obligación el que nos permite conocer quién sea el obligado por la misma. Así, si pendiente el proceso se produce una sucesión procesal debida a la transmisión de la propiedad de un apartamento, el nuevo adquirente subentrará *ope legis* en la posición que su transmitente ocupaba en la comunidad (ámbito interno) y quedará automáticamente ligado a la representación que el artículo 12 de la Ley establece. Sin embargo, en el ámbito externo, no quedará ligado a las responsabilidades derivadas de una obligación nacida con anterioridad a la adquisición de su condición de titular y ello debido a que, como opina PARA MARTÍN: "...la obligación nace por razón de la cosa en cabeza de quien sea titular en ese momento, pero no está vinculada después

Ello es así porque la carencia de personalidad de la Comunidad impide considerar que sea ésta la verdadera obligada, siéndolo, por tanto, el conjunto de sus componentes²⁹².

a la titularidad.”. No se puede hablar por tanto de obligaciones *propter rem*. Nos encontraremos en este caso ante un especial supuesto de sucesión procesal que no tendrá que ser necesariamente comunicada a la otra parte, ni que el juez la apruebe; y ello porque el sujeto sustituido tampoco se hallaba determinado nominalmente con anterioridad a la transmisión de su derecho. En contra ver: St. APA de 6 de abril de 1992 (Sec. 5ª) (AC 830/1992) establece, ante un supuesto de transmisión de la propiedad pendiente un proceso, que: “..., no se puede establecer la pérdida de legitimación de la parte hoy apelante con motivo de la transmisión efectuada, ya que se considera que no ha operado el supuesto de sucesión procesal, pues..., no habiéndose llevado a cabo dicha sucesión dentro del proceso ni ha sido aprobado judicialmente..., hay que concluir diciendo que la legitimación de la parte apelante continúa subsistiendo en este recurso..., y una vez obtenida la resolución es cuando se podría hablar de pérdida de legitimación para solicitar la ejecución de la sentencia, en la que ya no tendría interés legítimo, por haberse desplazado dicha legitimación.”.

²⁹² Contra tal argumento no puede ser utilizada la cita de lo dispuesto por el artículo 10 LPH cuando establece la no obligación de pago del comunero que disintiese del acuerdo de la junta por el que se decidía realizar mejoras en las instalaciones comunes. Y no puede ser citado porque tal precepto regula una situación interna de la Comunidad que no puede ser impuesta a un tercero contratante con la misma. En este sentido, los propietarios disidentes quedarían también vinculados frente al tercero acreedor de la comunidad conservando, en todo caso, un derecho de repetición a nivel interno. Igual acontece con lo dispuesto por el artículo 9. 5º LPH [No es ésta, sin embargo, la solución que, a nuestro modo de ver, de forma errónea, adopta la norma 2ª del futuro art. 22 (al que da redacción el art. 16º de la Proposición de Ley 122/000218) al disponer que: “2. Cualquier propietario podrá oponerse a la ejecución si acredita que se encuentra al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad en el momento de formularse el requerimiento al que se refiere el apartado anterior.”]. En parecido sentido se pronuncia GONZÁLEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Pág. 27 y, con posterioridad, en las páginas 237 y 240-44 establece que: “Sin embargo..., el grupo sigue siendo la parte principal, mientras que la posición del miembro es accesorio, como interviniente adhesivo. El título de ejecución formado en el proceso tendrá sus efectos contra la comunidad, y no frente al interviniente, a salvo los efectos procesales propios de la actuación como tal... La cuestión es si con la mención de la comunidad y la representación del Presidente en la sentencia de condena será suficiente al efecto de cumplir con lo dispuesto en la LH en torno a la coincidencia entre el sujeto demandado y aquél frente al que se insta la ejecución cuando se pretenda la satisfacción del acreedor a costa del patrimonio privativo de los propietarios... []... esta organización no tiene la virtualidad de eliminar la relación obligacional personal y directa que surge entre el propietario y el tercero acreedor de la comunidad, ni la de obligar a éste a acudir a los mecanismos internos de la comunidad para la liquidación de la deuda contraída frente a él por cada comunero. [] En este orden de cosas, en nuestro ordenamiento es posible afirmar que la sentencia de condena obtenida contra la comunidad de propietarios en cabeza de su Presidente tiene vocación de título de ejecución idóneo frente al propietario... la sentencia tiene valor de pronunciamiento acerca de la existencia del crédito... pero no de la liquidación del quantum de la deuda frente a cada comunero... Esta situación de incerteza acerca del montante de la deuda que corresponde a cada propietario no es susceptible de ser resuelta por un acto de los propios deudores condenados a través de un acuerdo comunitario, porque el reparto interno de la deuda no es oponible al acreedor... El criterio a aplicar en la liquidación no requiere acuerdo de la Junta, sino una determinación de la deuda en relación a la única base con relevancia externa: la cuota de participación.”.

La especialidad se repite en el campo de la responsabilidad de la comunidad por cuanto, inexistente jurídicamente, la misma sólo puede predicarse respecto de los comuneros que la forman y de manera individualizada²⁹³.

Sentado quién sea el verdadero sujeto deudor, es evidente que no debe resultar problemática la ejecución del contenido de la resolución sobre el patrimonio comunitario²⁹⁴ y, ante una eventual insuficiencia del mismo, sobre el privativo de cada uno de los comuneros en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1911 del CC²⁹⁵. No

²⁹³ En igual sentido: PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Pág. 178. Ello es así porque no encontramos en nuestro ordenamiento ningún precepto que nos permita hablar de responsabilidad objetiva. Así, por ejemplo, si el acto ilícito ha sido realizado por el presidente excediéndose en sus funciones, la comunidad no responderá del mismo; sin embargo, si ese acto ilícito del presidente trae causa de un previo acuerdo de la junta, será la comunidad la que ostente la responsabilidad que se derive de él, con posterior exclusión, ya a nivel interno, de la de los comuneros disidentes.

²⁹⁴ Otra cosa es que la propia unidad física del edificio impida una efectiva ejecución del mismo [De ahí la importancia de la creación del fondo de reserva que propone la Proposición de Ley 122/000218, siempre y cuando se superen los defectos que ya hemos apuntado en relación con la regulación concreta que se da a los mismos] y que, aún y siendo posible ésta, normalmente, el valor de los bienes comunitarios suela ser muy menguado.

²⁹⁵ En igual sentido, si bien refiriéndose a sociedades civiles y mercantiles, la Resolución RDGN de 31 de marzo de 1997 (Revista Derecho 2965/1997) establece, refiriéndose al problema de la carencia de personalidad, que: "Se trata de una cuestión cuya solución dista de ser sencilla, y ello no sólo por la propia oscuridad de los textos legales aplicables, sino también por la existencia de situaciones jurídicas intermedias (comunidades que recaen sobre conjuntos de bienes, comunidades representadas por órganos propios, patrimonios separados colectivos, aptitud de los grupos colectivos sin personalidad para la defensa procesal de derechos e intereses legítimos) que, aun cuando no dan lugar a la aparición de un nuevo y único sujeto de derecho con todas las características que le son inherentes (propia capacidad jurídica y propia capacidad de obrar a través de sus órganos,...), presentan algunas semejanzas - a veces importantes - con el fenómeno de la personificación jurídica... Una primera consideración a tener en cuenta es la de la trascendencia *erga omnes*, de la atribución de la personalidad jurídica, en tanto que cuestión que no se circunscribe a la esfera meramente interna de los constituyentes del nuevo ente, sino que afecta principalmente a los terceros al tráfico jurídico... Ello unido a la categórica formulación del núm. 2 art. 35 CC... Ha de concluirse, pues, que las sociedades civiles (argumento extensible a las comunidades de propietarios en propiedad horizontal) no contempladas en el artículo 1670 CC carecerán de personalidad jurídica, produciéndose frente al exterior, en aspecto activo, una cotitularidad en los derechos sociales que se regirá por las disposiciones estipuladas en el contrato social (en nuestro caso el título constitutivo y, en su caso, los estatutos), las disposiciones especiales sobre la sociedad (en nuestro caso la LPH) y, subsidiariamente, por las normas de la comunidad de bienes...; y en el aspecto pasivo, la imputación a los propios socios de las obligaciones nacidas de las relaciones con terceros, sin perjuicio de la especial afectación de los bienes sociales a su cumplimiento."; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Págs. 26-27 donde opina que: "Si el acreedor puede dirigirse frente al propietario no es porque éste sea, a su vez, deudor de la comunidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.5º. Entenderlo así sería tanto como establecer una delimitación frente al acreedor entre dos deudores distintos, junto con la posibilidad de ejercitar una acción subrogatoria, -y por tanto, subsidiaria- frente al propietario. [] Frente al tercero, el comunero es deudor principal,..., y las deudas nacen ya en la

resulta pues de recibo la opinión vertida por la DGRN en el sentido de limitar tal responsabilidad al monto de los bienes comunes que estén: “... a disposición de los órganos colectivos de la comunidad”²⁹⁶. La responsabilidad universal del deudor no puede verse limitada al supuesto de que los bienes de ésta estén bajo una administración o custodia de otra persona”²⁹⁷. Y aún más inaceptable resulta (si se tiene en cuenta que se parte de la base de la carencia de personalidad de las comunidades de propietarios) la afirmación de que la obligación establecida por la sentencia no surge entre cada propietario y el acreedor, sino mediatamente, a través de la comunidad.

Se puede objetar a esta opinión, como lo hace la DGRN, que el juego de lo dispuesto por el artículo 20 LH en relación con el artículo 100 de su Reglamento, impediría una anotación de embargo y posterior ejecución sobre los bienes de unos

cabeza de cada comunero, sin que sea necesaria la distribución de la responsabilidad de cada propietario por medio de una Junta posterior.”.

²⁹⁶ Esta incorrecta postura jurisprudencial es, sin embargo, la que se recogió en el artículo 13 del BALCI, que propuso a este respecto que: “El que haya obtenido frente a la comunidad sentencia ejecutoria por cantidad líquida podrá dirigirse contra los fondos y créditos de la comunidad y contra los bienes que sean elementos comunes por un acto de afectación al servicio o utilidad común. Subsidiariamente, y previo requerimiento de pago al propietario respectivo, podrá dirigirse contra cada propiedad separada por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho”; la PROPOSICIÓN DE LEY 122/000062, por su parte, en la línea por nosotros comentada, propone la adición a la LPH de un nuevo artículo 20 bis) con la siguiente redacción: “El que hubiere obtenido frente a la comunidad sentencia firme podrá dirigirse contra los fondos y créditos de la misma. Subsidiariamente, y previo requerimiento de pago al propietario respectivo, podrá dirigirse contra cada propiedad separada que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho. [...] No obstante, cualquier propietario podrá oponerse a dicho requerimiento si acredita que efectuó el pago por la cuota correspondiente. [...] Aunque el deudor pague en el acto de requerimiento serán de su cargo las costas causadas en la parte proporcional que le correspondan.”. Para finalmente, estar a punto de alcanzar reconocimiento legislativo de entrar en vigor lo dispuesto por la Proposición de Ley 122/000218 pues, de no sufrir modificaciones su texto, tal como disponen: el art. 3º de la misma (que da redacción al futuro art. 9 y, concretamente, al apartado f) de la norma 1ª), en el cual se crea un fondo de reserva que, según la literalidad del precepto, se destina “... para atender las obras de conservación y reparación de la finca.”; idea que mantiene asimismo la norma 2ª de la Disp. Adic. 2ª (que introduce el art. 19º de la misma Proposición de Ley). Por su parte, el art. 16º de la Proposición que, al dar redacción al futuro art. 22, establece en su norma 1ª que: “La comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor. Subsidiariamente y previo requerimiento de pago al propietario respectivo, el deudor podrá dirigirse contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho.”. Con ello nos viene a decir que el fondo de reserva queda afecto al pago de deudas y que, de no bastar con el mismo, se podrá proceder contra el patrimonio privativo de los comuneros “... que hubiese(n) sido parte...” (como veremos *infra*, ello es un error, porque, si representados por el presidente, no han de personarse físicamente en el proceso), sólo “... por la cuota que le(s) corresponda en el importe insatisfecho”, como, por otra parte, recalca la norma segunda de ese mismo precepto.

sujetos²⁹⁸ que no han sido parte en el proceso. Consideramos por nuestra parte que tal objeción carece de base suficiente por cuanto la verdadera parte procesal es el conjunto de los propietarios, innominados inicialmente y determinables, en caso de necesidad, en fase de ejecución. Éstos, además, son los verdaderos titulares de los bienes susceptibles de ejecución^{299 300}.

Tal determinación de los sujetos afectados por la sentencia podría llevarse a cabo por el juez de la ejecución³⁰¹. Éste podría realizar la determinación³⁰², previa certificación registral, disponiendo en ese caso tantos mandamientos de embargo como propietarios haya de partes determinadas del inmueble.

4. PRESUPUESTOS DE ACTUACIÓN DE LA COMUNIDAD.

Habíamos establecido anteriormente la definición de la propiedad horizontal como un régimen de bienes inmobiliario que, si bien no genera un ente independiente investido de personalidad jurídica propia, ha sido dotado por la jurisprudencia de las capacidades necesarias para actuar en el tráfico jurídico.

²⁹⁷ PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Pág. 187.

²⁹⁸ Los copropietarios individuales.

²⁹⁹ Recordemos que en nuestro sistema hipotecario el régimen de propiedad horizontal y el edificio en su totalidad constarán en un folio registral único, abriéndose posteriormente, en el momento de la transmisión de cada uno de los pisos o locales, folio independiente a cada uno de ellos con reflejo de la cuota que representen sobre la totalidad del edificio. Cada una de estas anotaciones independientes tendrá reflejo, mediante nota marginal, en el folio correspondiente a la finca en su totalidad.

³⁰⁰ No debemos olvidar que el problema que estamos analizando se inscribe en el campo del derecho de obligaciones y no en la discusión de los derechos reales que cada uno de los comuneros individuales ostenten sobre su piso o local. De ser esta segunda la cuestión en discusión, entonces resultarían acertados los considerandos de las Resoluciones de la DGRN por cuanto la propiedad privativa de cada uno de los comuneros individuales no puede ser puesta en juego más que por ellos mismos o por su representante voluntario.

³⁰¹ PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Pág. 186. Considera que tal determinación podría también llevarla a cabo el Registrador. En tal caso bastaría con que el juez expidiese mandamiento de embargo contra la Comunidad y que aquél lo practicase sobre todas las entidades registrales en proporción a su cuota.

³⁰² A instancia de la parte ejecutante, respetando con ello el principio de rogación vigente en materia civil.

Ante esta realidad insoslayable, tendremos que analizar a continuación cuáles sean los presupuestos requeridos para que tal *ente* pueda actuar válidamente frente a terceros.

a) Momento de su nacimiento.

a.1. El título constitutivo. En especial: su inscripción en el Registro.

Si la propiedad horizontal constituye un régimen jurídico inmobiliario, resulta evidente que requisito previo indispensable para la actuación en el tráfico jurídico de las comunidades de propietarios lo será el nacimiento efectivo de tal régimen.

Es la LPH de 1960 la que inaugura la referencia al título constitutivo como requisito necesario para el surgimiento a la vida jurídica del fenómeno de la propiedad horizontal³⁰³. El problema se plantea debido a la deficiente redacción del artículo 5^o³⁰⁴ de la LPH, que ha generado confusión en doctrina y jurisprudencia. Esa confusión se ha traducido en una bipolarización de posturas: unos entienden que tal precepto se refiere al “título constitutivo” como documento en el que se tienen que recoger las menciones necesarias a efectos de inscripción registral del régimen naciente; otros, consideran que la expresión “título constitutivo” no puede referirse a su mera faceta documental sino que debe ser entendida como referente al negocio jurídico que se documenta.

³⁰³ En igual sentido: MONEDERO GIL, FRANCISCO; *El título constitutivo de la propiedad por pisos*, Rev. Pretor, julio-agosto 1964, cit. Pág. 501. En contra, ver: GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Pág. 79.

³⁰⁴ Artículo cuya redacción y problemática pervivirán de entrar en vigor lo dispuesto por la Proposición de Ley 122/000218, que mantiene inalterados tanto su texto como su ubicación sistemática.

Ejemplos de la primera postura los encontramos en autores como FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO³⁰⁵, SELFA PEDRÓS³⁰⁶, LACRUZ BERDEJO³⁰⁷, BATLLE VÁZQUEZ³⁰⁸ o ZANÓN MASDEU³⁰⁹.

La línea emprendida por BATLLE VÁZQUEZ o ZANÓN MASDEU, puede ser calificada como "postura negocial con proyección formalista"³¹⁰ y a ella se adscriben autores como ESCRIVÁ DE ROMANÍ³¹¹, MONTÉS PENADÉS³¹² o PERÉ RALUY³¹³.

³⁰⁵ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *Título constitutivo. Actuales directrices jurisprudenciales*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 14. Define el título constitutivo como: "... aquel documento en el cual han de hacerse constar necesariamente los supuestos de hecho que sirven de base para la constitución del régimen jurídico de la propiedad horizontal". Tal documento, añade, para tener plena eficacia como elemento generador del régimen de propiedad horizontal, requiere su constancia en escritura pública y la cumplimentación del contenido mínimo establecido por el artículo 5º. Ver también: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 255 y 285-86 donde lista las circunstancias que, a su entender, deben contenerse necesariamente en el título constitutivo.

³⁰⁶ SELFA PEDRÓS, ENRIQUE; *La propiedad por pisos. Su regulación...*, cit. Págs. 1029-1030. Describe el título constitutivo desde la vertiente de su contenido mínimo fijado por el artículo 5º.

³⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS; *La propiedad de casas por pisos...*, cit. Pág. 312. Considera que el nacimiento de tal régimen necesariamente tiene que producirse mediante título (negocio jurídico) y que "... requiere *ad solemnitatem* unas formalidades que sólo se pueden cumplir documentalmente, y de ordinario se llenan en documento público: ... (art. 5º, 1 y 2).".

³⁰⁸ BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed., cit. Págs. 80-81. Lo define como "... el documento (normalmente notarial) en el que constan las circunstancias de hecho y de derecho en virtud de las que nace y se configura la institución... Son esas circunstancias y no el documento las que dan vida a la figura, pero la existencia de aquél con todos los requisitos de la Ley es lo que determina la plenitud de los efectos que a la propiedad por pisos son asignados por la Ley misma...". (Consideramos acertada tal puntualización pues, como veremos más adelante, los requisitos del título constitutivo recogidos en el artículo 5º, no pueden ser entendidos como presupuestos de nacimiento del régimen de propiedad horizontal sino como requisitos que el título-documento tiene que cumplir para que tal régimen pueda tener plena eficacia frente a terceros). Si bien establece más adelante que el hecho que plasma el documento es un negocio jurídico de disposición. Tal puntualización le aleja de las posturas formalistas y le aproxima a las del negocio jurídico. En parecido sentido: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, cit. Págs. 21 y 26. Contempla el título constitutivo en su doble vertiente documental y de negocio jurídico. Considera que hay que distinguir entre la constitución del régimen y el título constitutivo del mismo, por cuanto éste no es más que la necesaria investidura jurídica del presupuesto fáctico de la creación del régimen. En su vertiente documental, considera que se trata de la escritura pública donde se hace constar la constitución efectiva del régimen.

³⁰⁹ ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos...*, cit. Pág. 415. Lo califica como el instrumento o documento público o privado donde se plasma el acto jurídico creador de la propiedad horizontal.

³¹⁰ En igual sentido la califica: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *¿Existen PP.HH atípicas en nuestro Derecho?*, cit. Pág. 5, (nota 2).

³¹¹ ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, FRANCISCO; *Lo imperativo y lo dispositivo...*, cit. Págs. 1237-38. Considera que el título constitutivo es un negocio jurídico unilateral o plurilateral por el cual se

Bajo esta perspectiva, que consideramos la más acertada, el título constitutivo no es otra cosa que el reflejo documental de un negocio jurídico dispositivo por el que se expresa la voluntad creadora de este régimen especial de propiedad³¹⁴.

Sentado lo anterior, las normas que disciplinen el régimen de propiedad horizontal para un determinado edificio (las prescripciones del artículo 5º LPH), son cosa distinta al negocio jurídico fundacional de tal régimen que en dicho documento se incorpora. El problema radica en que el artículo 5º se refiere al “título constitutivo” en su dimensión documental y lo califica de “constitutivo” cuando nuestro ordenamiento no utiliza nunca tal expresión para referirse a un documento³¹⁵. De aceptar la configuración expuesta³¹⁶, llegaríamos a las siguientes conclusiones: que el título (documento) al que se refiere el artículo 5º LPH es constitutivo o *ad solemnitatem*; que la inexistencia de tal documento conllevaría la nulidad de pleno derecho del régimen de propiedad horizontal concreto que careciese del mismo y la inexistencia jurídica de muchísimas de las comunidades de propietarios actualmente existentes.

Por tanto, no puede ser ésta la interpretación correcta de tal precepto. A nuestro entender la expresión “título constitutivo” debe ser referida al negocio jurídico fundacional del régimen de propiedad horizontal; a la declaración de voluntad³¹⁷

decide transformar la propiedad ordinaria en horizontal. Tal negocio tendrá que ser documentado públicamente si se pretende la oponibilidad del nuevo régimen frente a terceros.

³¹² MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Pág. 870. El título constitutivo es el documento que refleja el acto de constitución o negocio jurídico consistente en una “... declaración de voluntad del titular o titulares del edificio, dirigida a configurar la casa bajo un régimen especial que es de una problemática distinta y una legislación especial aplicable, tanto en el orden sustantivo como en el orden registral.”.

³¹³ PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Pág. 47.

³¹⁴ En igual sentido, ver: St. APCO de 17 de abril de 1997 (Sec. 3ª) (AC 985/1997) FD 2º; St. APPM de 8 de abril de 1997 (Sec. 3ª) (AC 983/1997) FD 3º.

³¹⁵ En igual sentido: MONEDERO GIL, FRANCISCO; *El título constitutivo...*, cit. Pág. 504.

³¹⁶ En igual sentido: MONEDERO GIL, FRANCISCO; *El título constitutivo...*, cit. Pág. 505.

³¹⁷ En igual sentido: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 167. En este sentido se pronunciaba también el BALCI en su artículo 5.1: “La escritura pública por la que se formalice la constitución del conjunto podrá otorgarse por quien todavía sea propietario único o por todos los titulares de las diversas propiedades separadas.”

unilateral³¹⁸ o plurilateral³¹⁹ tendente a modificar la situación jurídica patrimonial preexistente sobre el inmueble³²⁰. Desde esta perspectiva el artículo 5º LPH no puede estar refiriéndose a un “documento constitutivo” del régimen de propiedad horizontal, sino a las circunstancias³²¹ que tiene que cumplir el documento que contenga esa declaración de voluntad constitutiva para resultar inscribible y ser, por tanto, oponible frente a terceros.

Llegados a este punto, creemos que el artículo 5º LPH no está estableciendo una forma *ad solemnitatem* para tal documento³²². Cosa distinta es que la generalidad de los

³¹⁸ Cuando la misma parte del propietario único del inmueble antes de proceder a la transmisión efectiva de los pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente. Ver también: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.E.; *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 438.

³¹⁹ Téngase en cuenta que en este segundo supuesto (debido a que la mera concurrencia de una pluralidad de propietarios sobre un inmueble compuesto por espacios susceptibles de aprovechamiento independiente, por el juego de los arts. 396 y 401 CC, hace que se entienda preferente el régimen de propiedad horizontal) bastará con que tal declaración de voluntad sea tácita.

³²⁰ Ver *supra*: no puede ser otra que el régimen de propiedad ordinaria del artículo 348 CC (cuando el propietario único decide constituir el edificio en régimen de propiedad horizontal para proceder a su posterior venta por apartamentos) o una situación de comunidad ordinaria de la que el artículo 401 CC, en la redacción dada al mismo en 1960, permite salir mediante la constitución del inmueble en régimen de propiedad horizontal. En este sentido: ALTARRIBA SIVILLA, CARLOS; *Los principios hipotecarios y la propiedad horizontal*, RCDI, 1975, Nº 506, Madrid, 1965, cit. Pág. 79. Opina que: “Desde el punto de vista del Derecho registral español hoy vigente, la Propiedad Horizontal inscrita no es otra cosa que la constatación registral erga omnes de una declaración de voluntad, en virtud de la cual una propiedad ordinaria, única o proindivisa, sobre un edificio construido totalmente o con su construcción comenzada, se convierte en una propiedad sujeta a un régimen especial.”, y más adelante, se inclina por la postura apoyada por nosotros en el sentido de entender que la verdadera virtualidad de la propiedad horizontal reside en el efecto multiplicador de los derechos reales. Establece que: “... esa inscripción separada de los pisos o locales no supone una segregación en el sentido hipotecario de esta palabra, sino el nacimiento de una finca independiente, pero no de una manera absoluta, sino independiente en régimen de propiedad horizontal...”, cit. Pág. 81.

³²¹ Ver *supra* la opinión de: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL.

³²² Ver la diferente regulación contenida en los artículos 2 y 3 de la Ley mejicana de 15 de diciembre de 1945: “2º. Para constituir el régimen de este tipo, el propietario o propietarios deberán declarar su voluntad en una escritura pública, en la cual forzosamente se hará constar... [...] 3º. A la escritura constitutiva se agregarán el plano general y los planos correspondientes a cada uno de los pisos, departamentos, viviendas o locales y elementos comunes de que consta el edificio.”. Ver también: artículos 1416, 1418 y 1419 del CC portugués: “Art. 1416: A falta de requisitos legalmente exigidos importa a nulidade do título constitutivo da propriedade horizontal... [...] Art. 1418: No título constitutivo serao especificadas as partes do edificio correspondentes às várias fracções por forma que estas fiquem devidamente individualizadas, e será fixado o valor relativo de cada fracção, expresso em porcentage ou permilagem do valor total do prédio. [...] Art. 1419. O título constitutivo da propriedade horizontal pode ser modificado por escritura pública, havendo acordo de todos os condóminos.”.

autores, a causa de las especialidades propias de nuestro Derecho registral³²³, coincidan en afirmar que tal documento tendrá que revestir la forma de escritura pública para poder acceder al Registro y ser así oponible frente a terceros³²⁴. Y téngase bien en cuenta que tal exigencia no deriva del contenido del artículo 5º que, en ese caso, estaría convirtiendo la inscripción registral en requisito constitutivo³²⁵ del régimen de propiedad horizontal contrariamente a la que es la norma general en nuestro sistema³²⁶.

³²³ Ver: Díez- Pícazo y Ponce de León, Luís y Gullón, Antonio; *Instituciones de Derecho Civil*, cit. Pág. 172; Ogáyar y Ayllón, Tomás; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 870; Fernández Martín-Granizo, Mariano; *Título constitutivo...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; Díaz Méndez, Nicolás (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 14. Analiza el título constitutivo en su pura dimensión documental y considera que para el efectivo nacimiento de la propiedad horizontal se requiere escritura pública y cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 5º; Fernández Martín-Granizo, Mariano; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 259-60 y 282-83.

³²⁴ En este sentido ver: Fernández Martín-Granizo, Mariano; *Título constitutivo...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; Díaz Méndez, Nicolás (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 19. Donde opina, coincidiendo con nosotros, que: "... aún cuando el otorgamiento del título constitutivo deba constar cual hemos dicho en escritura pública, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1280 CC, no es sin embargo precisa para su validez (aunque sí conveniente) la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad, ya que con ella se refuerza su eficacia garantizadora en cuanto alcanza a terceros."; Álvarez Álvarez, J.E.; *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 519. Parece entender que los "requisitos de constitución" de que habla el último párrafo del art. 5º LPH son los requisitos formales de escritura pública e inscripción en el Registro, si bien, en Pág. 463, aclara que se trata de requisitos de contenido por cuanto el título constitutivo no exige ninguna forma *ad solemnitatem*; Altarriba Sivila, Carlos; *Los principios hipotecarios...*, cit. Pág. 97. Considera que: "... siempre se tratará de una escritura pública notarial, pues aunque no se precisa de la misma para el nacimiento del régimen de propiedad horizontal, sí que es necesaria si se quiere que éste tenga acceso a los libros registrales, incluso en el supuesto de que su existencia se reconozca o declare por sentencia firme, pues será preciso el otorgamiento de la escritura en trámites de ejecución de la resolución judicial."; Brioso Escobar, Enrique Luís; *Los estatutos, reglamentos y juntas de la propiedad horizontal*, RDNot, Nº 119 enero-marzo 1983, Págs.7-28 y Nº 120 abril-junio 1983, cit. Pág. 41. Opina que, ante el silencio legal, el juego de los artículos 1278 y 1280 CC impide considerar la necesidad de forma *ad solemnitatem*, si bien, "..., cabe poner de relieve, que tanto por la necesidad de una forma determinada para su inscripción en el Registro de la propiedad (arts. 3 de la Ley Hipotecaria y 3 de su Reglamento), a donde normalmente las partes pretenden su acceso, como por la práctica constante de su otorgamiento en la realidad jurídica, lo usual es la adopción de la forma de escritura pública."; AA.VV. *Acta de las sesiones...*, cit. Pág. 113. En su conclusión 5ª establece que: "La trascendencia de los intereses en juego y la complejidad jurídica de la propiedad horizontal aconsejan la constitución de su régimen en documento público, que deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad."; Arroyo López-Soro, José; *Propiedad horizontal. Estudio Jurídico-Práctico*, 1ª ed., Ed. Trivium, Madrid, 1990, cit. Pág. 10. Ver también lo que disponía el artículo 3.3 del BALCI: "Las cláusulas o pactos modificativos del régimen legal no inscritos en el Registro de la Propiedad no serán oponibles a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe de las propiedades separadas."

³²⁵ Ver, en contra: Pérez Pascual, Eduardo; *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Pág. 119 y 363. Analiza los diversos tipos de documentos en los que puede constar el título constitutivo de la propiedad horizontal y establece que pueden ser: que no conste en ningún documento; que conste en documento privado cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 5º LPH; que conste en

Supuesto que el artículo 5º LPH³²⁷ establece los extremos que necesariamente tienen que constar en el documento que recoge la voluntad constitutiva del régimen de propiedad horizontal, para su inscribibilidad registral³²⁸; tendremos que analizar ahora cuáles sean esas circunstancias.

documento público susceptible, por tanto, de registración. Para el autor el problema no se centra tanto en la forma que adopte tal documento como en el cumplimiento de los requisitos necesarios para su registración por cuanto: "... la figura jurídica de la propiedad Horizontal no debe nacer hasta que su inscripción se haya producido... Y ello para la seguridad de los derechos de terceros...". Si bien el autor, de *lege ferenda*, considera necesaria la inscripción para el nacimiento de la propiedad horizontal, puntualiza en la nota 92 de la página 125 que: "Ello no supone que propugnemos la inscripción constitutiva como forma general... Sólo que en la Propiedad Horizontal, por su peculiaridad, lo estimamos necesario"; VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO; *La propiedad horizontal...*, cit. Págs. 153 y 173, en el ámbito del Derecho portorriqueño. Ver también: St. APCO de 17 de abril de 1997 (Sec.3ª) (AC 985/1997) FD 2º.

³²⁶ En igual sentido: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *La construcción de edificios en comunidad*, RGD, 1966, cit. Pág. 909, (nota 10); BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed., cit. Pág. 203; ALTARRIBA SIVILLA, CARLOS; *Los principios hipotecarios...*, cit. Pág. 83. Ver también: St. ATGC de 31 de julio de 1979 (RGD 1980. Págs. 728-30) Cdo. 1º; St. APMA de 12 de mayo de 1997 (Sec.6ª) (AC 1080/1997) FD 1º.

³²⁷ Establece el precepto: "El título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquellos al que se asignará número correlativo. La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo. La de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano. [...] En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes. [...] En cualquier modificación del título, y a salvo de lo que se dispone sobre modificación de acuerdos, se observarán los mismos requisitos que para la constitución." Por su parte, el artículo 5.2 y .3 del BALCI listaba las circunstancias que necesariamente se habían de contener en el documento público, en el que se contuviese el título constitutivo de la propiedad horizontal, para que el régimen pudiera acceder al Registro de la Propiedad: "2. En la escritura y en la correspondiente inscripción del conjunto se habrán de expresar las circunstancias exigidas por la Ley Hipotecaria o por otras leyes y, en particular: [...] 1º. La descripción del edificio o zona en que se asienta el conjunto inmobiliario; descripción de las unidades inmobiliarias y porciones de suelo destinadas al uso común, si las hubiere, con especificación del destino; expresión de los elementos o instalaciones comunes y fase de construcción de las unidades o elementos comunes. [...] 2º. Relación de las parcelas o unidades sobre las que recaen las distintas propiedades separadas, señalando, respecto de cada una, escritos en letra, el número correlativo y la cuota o cuotas respectivas. [...] 3º. Expresión de las limitaciones o facultades, cuando sean distintas de las que configuran el contenido legal típico de cada propiedad. [...] 4º. Las reglas estatutarias si las hubiere. [...] 3. En la inscripción de cada propiedad separada se expresará la descripción de la parcela o unidad; el número y cuota o cuotas, en letra; la fase de construcción; los anejos o la participación que en ellos corresponda si no son de todos los propietarios, y la sujeción al régimen del conjunto con referencia a la inscripción de éste."

³²⁸ Ver: ALTARRIBA SIVILLA, CARLOS; *Los principios hipotecarios...*, cit. Pág. 98. Enumera las circunstancias exigidas para la inscribibilidad pero incurre en la confusión de considerarlas requisitos para el nacimiento de la propiedad horizontal.

Se limitan las mismas a: la descripción física del edificio en su conjunto y de los linderos de cada uno de los pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, así como la de los anejos de los mismos; la asignación de un número correlativo a cada piso o local y, circunstancia esencial será la fijación de la cuota que corresponda a cada uno de ellos sobre el total inmueble^{329 330}.

Analizadas cuáles sean las circunstancias exigidas por la Ley para la inscribibilidad del título, tendremos que establecer ahora las que lo sean para el efectivo surgimiento a la vida jurídica del régimen de propiedad horizontal.

La doctrina mayoritaria ha tendido a clasificar dichos requisitos en dos categorías: un elemento volitivo representado por el título constitutivo, entendido como declaración de voluntad destinada a modificar la situación jurídica patrimonial del inmueble y, unas circunstancias fácticas u objetivas referidas al inmueble físico sobre el que tendrá que extenderse este régimen especial de propiedad.

De lo dicho hasta el momento y de su mención explícita en el artículo 5º LPH, podría desprenderse la absoluta necesidad de la concurrencia de este elemento volitivo. Sin embargo, tal necesidad no es lugar pacífico en la doctrina y son muchos los autores que consideran innecesaria su concurrencia³³¹, bastando la de las circunstancias que hemos calificado como fácticas u objetivas.

³²⁹ BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *Consideraciones sobre la nueva ley de propiedad por pisos*. RGLJ, Nº 209, 1960, cit. Pág. 264; CORTÉS-GIRÓ, VICENTE; *Nueva jurisprudencia...*, cit. Pág. 40; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Pág. 276. Cree que la cuota de participación puede ser fijada en el título constitutivo, por laudo o por resolución judicial. Sin embargo, considera que el título constitutivo no podrá ser, él mismo, otorgado por estas dos últimas vías.

³³⁰ Debe ser tenido en cuenta el carácter de *ius cogens* de lo dispuesto por este precepto. En igual sentido: OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 876.

³³¹ Como ya hemos apuntado *supra*, nosotros consideramos necesaria la concurrencia de una declaración de voluntad constitutiva. Otra cosa es que, cuando nos encontremos en el supuesto de que ya exista una pluralidad de propietarios, tal declaración de voluntad se entenderá emitida de forma tácita si los mismos guardan silencio.

Así, por ejemplo, OGAYAR Y AYLLÓN³³² considera que los únicos requisitos necesarios son dos circunstancias fácticas: que los diferentes pisos o partes determinadas de un edificio sean susceptibles de aprovechamiento independiente y, que los mismos pertenezcan a más de un propietario.

ESCRIVÁ DE ROMANÍ³³³, si bien haciendo referencia a propiedades horizontales ya existentes con anterioridad a la promulgación de la Ley de 1960, considera que, aunque vinculadas a dicha regulación, no tendrán que dotarse de título constitutivo (si nacieron sin necesidad del mismo) por no exigirlo la legalidad anterior a 1960. Ello es así, porque la Disp. Transit. 1ª de la LPH de 1960³³⁴ establece tan sólo la obligación de la adaptación de estatutos pero no el otorgamiento *ex novo* de un título constitutivo.

RICO PÉREZ³³⁵, siguiendo a FUENTES LOJO, considera presupuestos necesarios los que siguen: la existencia de un edificio entendido como unidad constructiva; la división material del mismo en diferentes pisos o locales independientes; la posibilidad de aprovechamiento independiente de cada uno de ellos; la pertenencia de los mismos a más de un propietario³³⁶.

ZANÓN MASDEU³³⁷ establece la necesaria concurrencia de los mismos requisitos que el autor precedente y la no necesidad del otorgamiento de título constitutivo porque: *“Una interpretación en tal sentido constituiría un verdadero absurdo, ya que la propiedad horizontal tiene tal carácter siempre que concurren en ella los requisitos objetivos necesarios para su existencia, con entera independencia de*

³³² OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 866.

³³³ ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, FRANCISCO; *Lo imperativo y lo dispositivo...*, cit. Págs. 9-10.

³³⁴ Disposición Transitoria que, por otra parte, desaparecerá de entrar en vigor el texto que para la nueva LPH prevé la Proposición de Ley 122/000218.

³³⁵ RICO PÉREZ, FRANCISCO; *Lagunas en el régimen de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 17. No considera necesaria la existencia de un título constitutivo previo por cuanto entiende que se trata de un requisito formal no exigido por el artículo 5º LPH.

³³⁶ Sin que este último requisito pueda dar nacimiento a tal régimen sin la concurrencia de los anteriores.

³³⁷ ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Págs. 53 y ss.

la intención o voluntad de las partes.”³³⁸. Desde este punto de vista, la válida constitución del régimen dependerá de la efectiva transferencia de la propiedad de los distintos pisos o locales³³⁹.

VENTURA-TRAVERSESET³⁴⁰, si bien reconociendo la importancia del título constitutivo como forma de fijación de los derechos y deberes de los adquirentes de pisos y locales, considera que: “La propiedad horizontal... surgirá automática y NECESARIAMENTE (aquí no cabe la autonomía de la voluntad) siempre que se dé esa pluralidad de propietarios, mediante la enajenación por cualquiera de los modos establecidos en la legislación civil de alguno de los pisos o locales del inmueble..., y ello con independencia de que previamente se haya formalizado o no el título constitutivo... Pero quede bien claro que la propiedad horizontal puede surgir sin existencia de un título formal constitutivo.” [...] “En resumen que la propiedad horizontal existe desde el momento de la adquisición de la propiedad de un piso o local independiente en un inmueble.”³⁴¹. Los requisitos necesarios para el surgimiento del régimen de propiedad horizontal a la vida jurídica estarán pues constituidos por: la existencia de un edificio dividido por pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente; que esos pisos o locales pertenezcan a más de una persona “... pues mientras no se dé esa pluralidad de titulares no se presenta peculiaridad alguna,

³³⁸ ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 57.

³³⁹ Ello se debe a que: “... si bien es dable la existencia de una constitución potencial de tal régimen, a tenor de lo previsto en el artículo 8º, número 4 de la Ley Hipotecaria, ..., únicamente tendrá relevancia dicha constitución potencial a efectos registrales;...”; ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 65; En este sentido ver: St. ATB de 29 de enero de 1964 (RGD 1965. Págs. 197-98) que, si bien haciendo referencia a una comunidad ordinaria, establece que: “..., el hecho de que en la escritura de constitución se prevea para el futuro la concreción de las cuotas ideales en pisos del inmueble..., cuya propiedad se transferirá en el futuro, no supone la existencia de un supuesto de propiedad horizontal, ya que el mismo sólo nacerá cuando, de modo efectivo, se realice la conversión de las cuotas ideales en el dominio de separado de los diversos pisos del inmueble.”; St. ATM de 1 de diciembre de 1960 (RGD 1960. Págs. 1046-47) que establece que: “... se deduce lógicamente que al no ser ella la única propietaria de la casa, había en ella una comunidad de propietarios,...”.

³⁴⁰ VENTURA-TRAVERSESET GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed. cit. Págs. 22-23 y 215-216.

³⁴¹ En parecido sentido, ver: PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Págs. 41-42. Independientemente de los posibles defectos que pueda contener el título, considera que la propiedad horizontal surgirá a la vida jurídica siempre que se dé la concurrencia de una pluralidad de propietarios sobre el inmueble.

*excepto la formal hipotecaria.*³⁴² y, que se produzca una declaración de voluntad por parte del titular o titulares únicos del inmueble, la cual puede ser expresa³⁴³ o tácita³⁴⁴.

Por nuestra parte, consideramos desacertadas las anteriores posturas desde el momento en el que la sumisión al régimen patrimonial especial de la propiedad horizontal precisa, en todo caso, de una declaración de voluntad por parte de los sujetos implicados³⁴⁵; cuestión distinta es que la misma se entienda otorgada tácitamente (en virtud de la necesaria interpretación sistemática de lo dispuesto por los arts. 396 y 401 del CC) en aquellos casos en los que ya concurra una pluralidad de propietarios sobre el inmueble³⁴⁶. Desde nuestro punto de vista, únicamente sería aceptable la opinión mantenida por VENTURA-TRAVERSESET, que niega la necesidad de otorgamiento de título constitutivo, entendido como "documento formal constitutivo". Ello es debido a

³⁴² VENTURA-TRAVERSESET GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 25.

³⁴³ VENTURA-TRAVERSESET GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 27. Cuando el propietario o propietarios iniciales del inmueble proceden al otorgamiento de escritura pública de constitución del régimen con anterioridad al inicio de las enajenaciones. En este caso la posterior enajenación se convierte en un requisito de efectividad de tal declaración de voluntad.

³⁴⁴ VENTURA-TRAVERSESET GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 27. Mediante la enajenación efectiva de pisos o locales sin previo otorgamiento del título constitutivo. El autor en realidad no niega la necesidad de una declaración de voluntad creadora del régimen sino que entiende que la misma se considera otorgada, tácitamente, desde el momento en que se procede a la venta efectiva de alguno de los pisos o locales. En ese sentido cabe interpretar su no exigencia de título formal constitutivo y la opinión vertida por: VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, en enciclopedia: "Lo que usted necesita saber", Ed. Nauta, Barcelona, 1968, cit. Pág. K-1.

³⁴⁵ En igual sentido se pronuncian: BADOSA I COLL, FERRAN; *La multipropietat con a règim...*, cit. Pág. 17. Considera que en ningún caso puede ser entendida la propiedad horizontal como un régimen exigido por la configuración material del edificio. Por tanto, para su efectivo nacimiento no bastará con la concurrencia de unos requisitos materiales sino que será necesaria la declaración de una voluntad constitutiva reflejo del poder de disposición sobre la cosa inherente al derecho de propiedad. En parecido sentido, ver: VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO; *La propiedad horizontal...*, cit. Pág. 174 Establece que: "Por ello, quien siendo titular único de un edificio lo someta a la propiedad horizontal provoca el nacimiento de ésta, sin adquisición alguna, ya que la titularidad no se ha transferido, sino que se ha modificado en su naturaleza objetiva". En contra: VIDAL I FRANCÈS, PABLO; *La propietat horitzontal en relació amb el Registre...*, cit. Pág. 372. Considera que la constitución del régimen de propiedad horizontal es un acto de mera administración que, por tanto, requerirá de la mera capacidad para administrar. El acto dispositivo es, por contra, aquél por el cual se procede a la adjudicación de titularidad de cada una de las entidades susceptibles de aprovechamiento independiente.

³⁴⁶ En igual sentido, ver lo que disponía el artículo 3.1 del BALCI: "El régimen comunitario existe desde que resulte por cualquier título que diversas propiedades separadas, de las que integran el conjunto, pertenecen a distintas personas."

que en ningún momento el artículo 5º LPH exige la concurrencia de tal requisito *ad solemnitatem* para el nacimiento de este régimen patrimonial³⁴⁷.

Son varios los autores que, como nosotros, consideran necesaria la concurrencia del "título constitutivo"^{348 349} para el efectivo surgimiento del régimen de propiedad horizontal.

MONEDERO GIL³⁵⁰ considera necesaria la concurrencia de todos los requisitos materiales expuestos con anterioridad³⁵¹ junto con el título constitutivo³⁵², porque la carencia de cualquiera de ellos: "...hace imposible el nacimiento de la relación jurídica de propiedad horizontal, o al menos que la misma tenga trascendencia en el tráfico jurídico."³⁵³

Para FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO³⁵⁴ la propiedad horizontal puede ser constituida *de facto*³⁵⁵ o *de iure*³⁵⁶. La transmisión efectiva de los pisos o locales

³⁴⁷ Ver *supra*: La forma de escritura pública cubre tan sólo una exigencia necesaria para la inscribibilidad registral.

³⁴⁸ Entendido como declaración de voluntad (necesariamente expresa si parte del titular único del inmueble; entendida otorgada tácitamente en aquellos casos en los que, no habiendo realizado tal declaración el propietario único antes de proceder a la transmisión del primero de los pisos o locales, concurren sobre el inmueble una pluralidad de derechos de propiedad) tendente a la creación de tal régimen de bienes, con independencia de cual sea la forma de su plasmación documental.

³⁴⁹ En igual sentido: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.E.; *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, cit. Págs. 434 y 436, donde sostiene que: "La constitución de una casa en P.H. tal como la regula la Ley, se ha de producir por una declaración de voluntad del titular o titulares del edificio, dirigida en forma específica a considerar la casa bajo un régimen especial que le dé una problemática distinta y una legislación especial aplicable, tanto en el orden sustantivo como en el orden registral."; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS; *La propiedad de casas por pisos...*, cit. Pág. 312.

³⁵⁰ MONEDERO GIL, FRANCISCO; *Presupuestos y origen de la Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 359. Parte de la distinción entre: relación jurídica de propiedad horizontal (a lo que nosotros denominamos régimen de propiedad horizontal), que nace con la concurrencia de todos los requisitos materiales y el volitivo; título o negocio jurídico de constitución, consistente en la declaración de voluntad del propietario único o de los propietarios plurales; derecho subjetivo de propiedad horizontal, que es el que tiene cada uno de los titulares sobre el piso de su pertenencia.

³⁵¹ Ver *supra*: Los citados por RICO PÉREZ siguiendo a FUENTES LOJO.

³⁵² MONEDERO GIL, FRANCISCO; *El título constitutivo...*, cit. Pág. 501.

³⁵³ MONEDERO GIL, FRANCISCO; *Presupuestos y origen de la Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 359.

³⁵⁴ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Pág. 163. Mantiene que para el efectivo nacimiento, además de la existencia del edificio [cuya construcción se encuentre, al menos, iniciada (cit. Págs. 288 y 295)] y del título constitutivo, es necesaria la existencia de, al menos, dos propietarios (cit. Pág. 290); FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Propiedad Horizontal y la doctrina jurisprudencial*, RDPriv, 1973, cit. Pág. 77 y 190 y FERNÁNDEZ

determinará tan sólo la aparición de una situación de hecho que no tendrá relevancia jurídica entre tanto no se otorgue el título constitutivo, por bien que a la misma sean aplicables por analogía las normas que disciplinan la propiedad horizontal³⁵⁷.

Por nuestra parte y, siguiendo a BADOSA I COLL³⁵⁸, consideramos que si la virtualidad del régimen de propiedad horizontal se halla en la creación de objetos independientes de derechos reales³⁵⁹, tal creación puede no coincidir en el tiempo con la existencia de titulares individuales de los mismos³⁶⁰. Así, desde que se inicie la venta de los pisos o locales, y hasta la efectiva transmisión del último de ellos, existirán mayor número de objetos de derecho que derechos de propiedad. En ese intervalo temporal el constructor o propietario único del inmueble “... crea, pero no queda sometido a la propiedad <<horizontal>> respecto de los pisos no vendidos (sí por lo que hace referencia al <<resto>> del inmueble en la medida en que es compartida con los

MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *Título constitutivo...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 13.

³⁵⁵ Cuando concurren los cuatro requisitos materiales citados por RICO PÉREZ. Ver también: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 273-75.

³⁵⁶ Cuando, además de los anteriores, concorra el otorgamiento del título constitutivo “...que tipifica jurídicamente la situación de hecho constituida por la concurrencia de los (cuatro) primeros requisitos.”. En igual sentido ver: STS de 21 de noviembre de 1991 (RJ 7976/1991) FD 2º donde establece que: “... cuando, ..., falta todo acreditamiento de que haya existido título constitutivo alguno del régimen de Propiedad Horizontal, que el art. 5º de la Ley prevé para el nacimiento (tesis errónea combatida supra) de los derechos..., ni aparece siquiera la existencia inequívoca de una situación de hecho comunitaria de tal carácter, ...”.

³⁵⁷ Reitera tal opinión en: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *¿Existen PP.HH atípicas en nuestro Derecho?*, cit. Págs. 5-7. Puntualiza que, por proximidad, resultará aplicable a tales supuestos la normativa reguladora de la propiedad horizontal y no la referente a la comunidad de bienes “... por cuanto en estas situaciones de hecho lo esencial no es la copropiedad sobre los elementos comunes del inmueble, sino la propiedad privativa ”; en igual sentido ver: LÓPEZ-PÉREZ, JERÓNIMO; *Régimen de acuerdos...*, cit. Págs. 1568-69; STS de 2 de febrero de 1994 (RJ 859/1994) FD 2º que establece la aplicación analógica de la normativa contenida en la LPH a las comunidades de hecho. En contra: St. ATM de 15 de marzo de 1985 (RGD 1985. Págs. 2313-15) Cdo. 2º considera aplicable a estos casos la normativa referente a las comunidades ordinarias del CC.

³⁵⁸ Ver supra epígrafe: g). La propiedad horizontal como régimen jurídico inmobiliario.

³⁵⁹ En igual sentido: PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Pág. 36. Ello se puede llevar a cabo (coincidiendo en esta opinión con VENTURA-TRAVERSESET), bien expresamente, mediante el otorgamiento del correspondiente título constitutivo; bien tácitamente, mediante la transmisión de la propiedad sobre un piso o local; ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO; *Propiedad horizontal...*, cit. Pág. 265.

³⁶⁰ BADOSA I COLL, FERRAN; *La multipropietat con a règim...*, cit. Págs. 18-19.

propietarios <<horizontales>>)”³⁶¹. El resultado de esa progresión hacia la plenitud del régimen de propiedad horizontal³⁶² es que éste (aunque existente desde el otorgamiento del “título constitutivo”³⁶³ por parte del propietario único) culminará en el momento en que se produzca la primera adquisición de un piso o local por parte de un tercero y, a su vez, el régimen de propiedad ordinaria no se extinguirá totalmente hasta que se produzca la transmisión del último de los pisos o locales^{364 365}. En ese momento alcanzará plena operatividad el régimen de propiedad horizontal.

a.1.1. La prehorizontalidad.

Problema aparte del de la efectiva concurrencia de los requisitos materiales y formales necesarios para el nacimiento del régimen de propiedad horizontal es el de si todos ellos tienen que darse simultáneamente o si, por contra, pueden darse separadamente y en momentos diversos.

³⁶¹ BADOSA I COLL, FERRAN; *La multipropietat con a règim...*, cit. Pág. 24.

³⁶² Téngase en cuenta que ahora nos estamos refiriendo tan sólo a aquellos casos en los que el constituyente del régimen sea el propietario único (esto es, antes de proceder a la transmisión del primero de los pisos o locales).

³⁶³ Reiteramos: entendiendo con tal expresión la declaración de voluntad expresa del propietario único tendente a la creación de tal régimen. Ver en este mismo sentido: St. APS de 8 de abril de 1997 (AP de Cantabria) (AC 699/1997) FD 1º.

³⁶⁴ Así, en el intervalo de tiempo que medie entre la primera y la última transmisión, coexistirán sobre el mismo inmueble físico dos regímenes de propiedad diversos, uno en formación y otro en vías de extinción. Ver, a este respecto: St. ATV de 17 de enero de 1977 (RGD 1977. Págs. 200-01) Cdo. 1º y 2º y St. ATV de 29 de septiembre de 1977 (RGD 1978. Págs. 43-44) que establecen la sucesión de la comunidad de propietarios en la responsabilidad asumida por sus miembros con anterioridad a la plena operatividad del régimen naciente; St. APM de 18 de enero de 1994 (Sec. 13ª) (RGD 1994. Págs. 5880-84).

³⁶⁵ En parecido sentido ver: PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Págs. 34-36. Aceptando la teoría de BADOSA considera que, mediante el otorgamiento del título constitutivo, el régimen de propiedad horizontal puede existir incluso cuando la totalidad del inmueble se halle en manos de un solo propietario. Si existe un solo propietario, el único efecto que tal circunstancia producirá será la no necesidad funcional de la copropiedad sobre los elementos comunes. Desde este punto de vista, aunque la propiedad horizontal con propietario único no tenga sentido, sí lo tendrá si entendemos tal situación como evento circunstancial en el camino hacia la plena efectividad del régimen. Cuando sean varios los propietarios el régimen existirá NECESARIAMENTE; En contra: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ; GARRIDO CERDÁ; EMILIO; SOTO BISQUERT, ANTONIO; *Modalidades en la constitución...*, cit. Pág. 269. Consideran que, mientras permanezca en manos de un sólo propietario, la trascendencia del acto será puramente formal.

Nos encontraríamos en estos momentos ante lo que ha sido bautizado por doctrina y jurisprudencia como prehorizontalidad^{366 367}.

Partiendo de la base de que para nosotros la propiedad horizontal no es un derecho de propiedad, sino una cualidad del inmueble, el régimen de propiedad horizontal puede constituirse y subsistir aún y sin la existencia física del edificio^{368 369}.

³⁶⁶ Ver *supra*: Las discrepancias entre los autores reaparecen en este punto por cuanto unos (los que consideran innecesaria la concurrencia del título constitutivo a los efectos de nacimiento del régimen de propiedad horizontal) consideran prehorizontalidad tan sólo aquellos supuestos en los que falte la existencia física del edificio y; otros, consideran que la prehorizontalidad se da tanto en los casos de ausencia de los requisitos materiales como del volitivo (título constitutivo). Constituyen ejemplos de la primera postura: Resolución DGRN de 21 de octubre de 1980, RJ 3790/1980. Establece la necesidad de aceptación de la inscripción de tal régimen, incluso con anterioridad a la efectiva existencia del edificio, como método de salvaguarda de los derechos de los futuros adquirentes: "... y de ahí que deban tener acceso a los libros registrales... (las) ... reglas que quedan igualmente sujetas a la condición de que se realicen las edificaciones y se constituyan en régimen de propiedad horizontal, del que formarán parte integrante."; Resolución DGRN de 5 de noviembre de 1982, RJ 6941/1982. Considera que: "... esta situación de prehorizontalidad que aparece centrada esencialmente en el solar como realidad tangible y en el edificio en construcción o simplemente en proyecto conlleva un gran interés para los adquirentes de departamentos o locales, futuros cotitulares del edificio... y todas estas circunstancias... permanecerán sin la suficiente publicidad..., si no pudieran tener acceso al Registro de la Propiedad... comenzada la construcción... no se observa obstáculo que impida el acceso al Registro del título constitutivo..."; Resolución DGRN de 24 de junio de 1991, RJ 4659/1991. Recoge la doctrina sentada por la anteriormente citada.

³⁶⁷ En estos períodos de formación se da en toda su extensión el problema del abuso por parte de los constructores que intentarán, las más de las veces, aprobar unilateralmente cláusulas que les reporten un beneficio futuro. Por ello AA.VV. *Acta de las sesiones...*, cit. Pág. 113. Establece en su conclusión sexta que: "Durante los períodos de preconstrucción y construcción... Es preciso facilitar por todos los medios posibles - directos e indirectos, administrativos, civiles, registrales y tributarios - que toda la actuación jurídica... sea verificada por los propietarios interesados, por los reales titulares de los derechos e intereses que se hallan en juego."

³⁶⁸ Ver *supra* lo dicho en, epígrafe: g). La propiedad horizontal como régimen jurídico inmobiliario. En parecido sentido ver: AA.VV. *Acta de las sesiones de trabajo celebradas por las comisiones de estudio del Iº simposio sobre Propiedad Horizontal, octubre 1972*. Rev. Pretor, marzo-abril 1973, cit. Pág. 62, donde dice que: "Frente a las palabras iniciales del artículo 396 del Cód. civ. a que antes se hacía referencia, el propio legislador se da perfecta cuenta de que la P. h. puede, y en ocasiones es necesario, que surja antes de la construcción del edificio."; DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 66. Considera que para que surja el régimen de propiedad horizontal al mundo de las relaciones jurídicas "... no es necesario que esté concluida la construcción del edificio y si, en cambio, es suficiente que haya tenido lugar el otorgamiento del título constitutivo y que se haya iniciado la venta de los pisos."; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.E.; *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 487. Considera que cabe constituir la propiedad horizontal sobre un edificio en construcción; PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Pág. 11 (nota 1). Considera que cabe hablar de propiedad horizontal incluso cuando el edificio se encuentra en construcción; DÍAZ MARTÍNEZ, ANA; *Propiedad horizontal...*, cit. Págs. 29 y ss.

³⁶⁹ La LPH de 1960 procedió a la reforma del número 3º del art. 8 LH, al que añadió dos nuevos párrafos. El cuarto establece que serán inscribibles en el Registro de la propiedad: "Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada."

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO³⁷⁰, partiendo de la necesidad de cumplimiento de un doble requisito material y formal (volitivo) para el efectivo nacimiento del régimen, considera que la carencia de uno de ellos constituirá un caso de prehorizontalidad. Si lo que falta es el requisito formal, nos encontraremos ante una situación meramente fáctica^{371 372}. Si, por contra, lo que falta es la concurrencia de los requisitos materiales, basados en la existencia física de un edificio, nos encontraremos ante una propiedad horizontal *formal*. En este segundo caso el problema radicará en averiguar si resulta factible la inscripción registral de un título referente a un edificio meramente proyectado. Coincide el autor con nosotros en considerar que cabe la constitución del régimen de propiedad horizontal incluso con anterioridad a la existencia física del edificio sobre el que haya de recaer³⁷³. Ello es así porque aunque la LPH calle

³⁷⁰ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *Título constitutivo...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Págs. 15 y 18-19.

³⁷¹ Otro problema diferente, que será tratado *infra*, es el de la existencia de tal escritura y su relación con el Registro. En este sentido ver: Resolución DGRN de 24 de junio de 1991, RJ 4659/1991, donde se apunta que: “El Registrador de la Propiedad de Bilbao... señaló: que... la problemática de la prehorizontalidad... centra su esencia en el hecho de que el edificio, aun antes de existir como tal en la realidad física ha sido proyectado y destinado a ser vendido por pisos o locales independientes a distintas personas, creándose una especie de <<propiedad horizontal de hecho>> que atenta al principio de publicidad registral y originan una clandestinidad y discordancia entre el Registro y la realidad extraregstral que puede ser fuente de graves problemas...”; St. APLE de 29 de octubre de 1992 (Sec. 1ª) (AC 1098/1993) FD 2º. En contra: St. APB de 27 de marzo de 1990 (Sec. 15ª) (RGD 1990. Págs. 7913-16) FD 6º y 7º que establece que es errónea la tesis según la cual: “... hasta el otorgamiento de escrituras públicas de enajenación (y del título constitutivo) la comunidad no deja de ser una simple comunidad de hecho incapaz de deberes y derechos.”.

³⁷² DÍAZ MARTÍNEZ, ANA; *Propiedad horizontal...*, cit. Pág. 38. Considera que, de concurrir el negocio jurídico constitutivo y la transmisión del primero de los pisos o locales, pero no el título-documento, nos encontraríamos ante una propiedad horizontal de hecho.

³⁷³ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *¿Existen PP.HH atípicas en nuestro Derecho?*, cit. Págs. 18 y ss; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *Título constitutivo...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 19: “... para defender la situación de los adquirentes de buena fe frente a los vendedores de mala, nos inclinamos por la posibilidad de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad de tales situaciones...”. En contra ver: MONEDERO GIL, FRANCISCO; *Presupuestos y origen de la Propiedad Horizontal...*, cit. Págs. 61-62. Considera errónea tal postura por cuanto: “... una cosa es que se pueda otorgar escrituras de declaración de obra nueva encontrándose el edificio en construcción, y aprovechar la misma para dejar constituido el régimen de propiedad horizontal, y otra muy distinta es que la propia y verdadera propiedad por pisos por este solo hecho haya surgido a la vida del Derecho.”, pero viene a coincidir con la postura mantenida por nosotros cuando, más adelante, reconoce que en esos casos el título constitutivo, como negocio jurídico unilateral, será perfecto y, lo único que “... ocurre es que..., al igual que le sucede al testamento, tienen una eficacia suspendida hasta el momento que la Ley establece. En nuestro caso hasta que el edificio exista y pertenezcan sus pisos o locales a diferentes personas... Del edificio proyectado deben ser obtenidas las

al respecto de tal posibilidad, el contenido del artículo 8º. 4 -I LH no deja lugar a dudas. Otra cuestión diferente es la que se plantea respecto de los pisos o locales meramente proyectados. En estos casos considera el autor que será aplicable la misma solución que manteníamos respecto del edificio en construcción³⁷⁴.

Se podría objetar a lo anteriormente expuesto que: tratándose la propiedad horizontal de un derecho de carácter real, precisa para su existencia de un objeto tangible sobre el que recaer³⁷⁵; que la carencia de tal objeto impide el ejercicio de dos de las facultades características de los derechos reales, la preferencia y la persecutoriedad.

Consideramos por nuestra parte que la tangibilidad no constituye un requisito esencial para la existencia de los derechos reales. Prueba de ello la encontramos en ciertas manifestaciones del derecho de propiedad como pueda ser la propiedad intelectual³⁷⁶. Por otra parte, el contenido del artículo 8º.4 -II no ofrece lugar a dudas cuando establece que en la inscripción del “...solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados”. Tal precepto permite sostener la posibilidad

mismas conclusiones.”; ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO; *Propiedad horizontal...*, cit. Pág. 265. Considera que la constitución del régimen requiere como requisito previo la separación o individualización jurídica de cada piso o local. Tal individualización parece requiera la previa existencia física de los mismos; MONET ANTÓN, FERNANDO; *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, 2ª ed., Ed. Suc. De Vives Mora, Valencia, 1969, cit. Págs. 13-14. Consideraba que la inscripción del edificio meramente proyectado es formal debido a las peculiaridades de nuestro sistema hipotecario.

³⁷⁴ Tenemos que poner en relación lo dispuesto por el art. 8º.5 LH (que sólo exige a los pisos y locales, para su inscripción, que se encuentren en “...un edificio en régimen de propiedad horizontal...”) con el contenido del art. 8. 4º, antes transcrito.

³⁷⁵ En este sentido ver: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed, cit. Pág. 31. Considera que sólo nos encontraremos ante una situación de prehorizontalidad en aquellos casos en los que no exista el edificio sobre el que tendrá que recaer el régimen de propiedad horizontal; PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Pág. 40. Considera que la prehorizontalidad se da ante la carencia de los requisitos materiales pues: “ *La diferencia con la constitución normal del régimen (formal o no) está en que, en este caso, el régimen existe coetáneamente a la existencia de cosas inmuebles distintas dentro del mismo edificio, en aquél los distintos apartamentos nacerán ya como cosas inmuebles distintas como consecuencia de la prehorizontalidad.*”.

³⁷⁶ En igual sentido: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *¿Existen PP.HH atípicas en nuestro Derecho?*, cit. Pág. 20; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Pág. 293.

de acceso al Registro no sólo de los pisos proyectados, sino también del propio edificio como conjunto³⁷⁷.

En resumen, podemos sostener que el momento de nacimiento a la vida jurídica de tal régimen de propiedad dependerá de la concurrencia del requisito volitivo representado por el título constitutivo. Otra cosa diferente será que su efectividad y plena operatividad quede condicionada al posterior cumplimiento de los requisitos que hemos calificado como materiales, los cuales encuentran su base en la efectiva existencia física de un inmueble con posibilidad de ser dividido en espacios susceptibles de aprovechamiento independiente.

a.1.2. El título constitutivo y los contratos de adhesión.

Habíamos establecido que el nacimiento del régimen de propiedad horizontal requería necesariamente del otorgamiento del título constitutivo, entendido como declaración de voluntad tendente a la formación de tal régimen.

Así mismo, concluíamos que esa declaración de voluntad constitutiva no requería, para su efectividad, de una plasmación formal (constancia en documento privado o público)³⁷⁸ exigida por la Ley como requisito *ad solemnitatem*. Podía por ello entenderse otorgada tácitamente en el momento en el que el propietario único o el

³⁷⁷ En igual sentido: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *¿Existen PP.HH atípicas en nuestro Derecho?*, cit. Pág. 20.

³⁷⁸ En este sentido ver: STS de 3 de febrero de 1975 (RJ 326/1975) Cdo. 3º; STS de 7 de diciembre de 1976 (RJ 5252/1976); STS de 13 de abril de 1977 (RJ 1652/1977) Cdo. 1º. Las tres consideran que la transmisión se produce desde la venta y sin necesidad de cumplimiento de requisitos *ad solemnitatem* pues, como puntualiza la segunda de ellas: " ... el otorgamiento de documento público no es constitutivo del derecho de propiedad que puede adquirirse por cualquiera de los modos establecidos en la Ley civil y por tanto aquellos que adquirieron inmuebles en documento privado y lo acreditan, pueden ser válidamente miembros de una comunidad de propietarios.". En sentido contrario: STS de 17 de julio de 1987, que establece que: "No se afecta al título constitutivo de la propiedad horizontal por el hecho de que a su otorgamiento no concurrieran quienes adquirieron una vivienda mediante documento privado..., sin que conste haber tomado posesión de aquélla antes de otorgarse escritura pública..., pues la plena propiedad no se adquiere en caso de transmisión mediante documento privado hasta que no tiene lugar la entrega,..."; St. APV de 18 de marzo de 1993 (Sec. 8º) (AC 1580/1993) FD 3º.

promotor procediesen a la efectiva venta y transmisión del primero de los pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente³⁷⁹.

Tendremos que analizar ahora quiénes puedan ser los sujetos emisores de tal declaración de voluntad. El artículo 5 LPH, en su párrafo 2º, establece que: *"En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial."*³⁸⁰.

El problema al que ahora nos enfrentamos y, que ha tenido amplio eco en doctrina y jurisprudencia, es el constituido por los límites que cabe entender impuestos a la autonomía de la voluntad de ese propietario, constructor o vendedor único, otorgante del título con anterioridad³⁸¹ a la iniciación de la efectiva transmisión de los diferentes pisos o locales de los que se compone el inmueble.

Es ésta (más que ninguna otra) una de las cuestiones en las que la LPH de 1960 pretende reaccionar frente a las nefastas consecuencias que se derivaban para los adquirentes de viviendas de las abusivas prácticas de los operadores inmobiliarios³⁸². Éstos, amparados bajo el manto de la autonomía de la voluntad y del brocardo *pacta*

³⁷⁹ Ver *supra*: La opinión vertida por VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 27.

³⁸⁰ La St. ATGC de 8 de julio de 1978 (RGD 1979. Págs. 915-18) Cdo. 2º establece que "... el artículo 5 de la LPH no establece, como parece creer el actor, que la distribución de cuotas de participación haya de hacerse siempre por consenso de todos los condóminos, sino que señala con claridad meridiana unos medios escalonados para ello, correspondiendo hacerlo, en primer lugar, <<al propietario único del... al iniciar las ventas por pisos>> y sólo en segundo lugar... <<por acuerdo de los propietarios todos>>...". Por contra, la St. ATM de 18 de diciembre de 1981 (RGD 1982. Págs. 901-902) Cdo. 1º considera que el uso de tal facultad por el propietario único elimina la posibilidad de ejercicio de la misma por los propietarios de los pisos o por el juez. En igual sentido se pronunciaba el artículo 4.1 del BALCI: "1. La cuota que corresponde a cada propietario en el conjunto se precisará en centésimas y servirá de módulo para determinar las cargas y beneficios por razón de la comunidad. [...] Las cuotas se determinarán por quien todavía sea propietario único o por convenio unánime de todos los propietarios. En su defecto, se determinarán en juicio verbal tomando como base en la propiedad horizontal el valor proporcional de cada propiedad al comenzar el régimen comunitario,... [...] Las cuotas de participación no podrán modificarse sino con los requisitos establecidos en esta Ley o con el consentimiento de todos los propietarios." A los efectos de nuestro estudio sólo resulta de interés el análisis de la posibilidad de otorgamiento por parte del propietario único o de la totalidad de los propietarios existentes.

³⁸¹ E incluso con posterioridad.

³⁸² En igual sentido: STS de 8 de octubre de 1993 (RJ 7315/1993) FD 3º.

sunt servanda, transformaban los contratos de compraventa de viviendas, para los adquirentes, en verdaderos contratos de adhesión³⁸³.

Ante tal realidad, la LPH de 1960 reacciona acotando el ámbito operativo de la autonomía de la voluntad. Tal objetivo se anuncia ya en el texto de su Exp. Mot.³⁸⁴ y será objeto de desarrollo normativo en el articulado de la norma mediante la introducción de preceptos con carácter de derecho necesario³⁸⁵. VENTURA-TRAVERSESET³⁸⁶ aplaude este cambio de perspectiva por cuanto considera que: “*La misma razón que fundamenta el artículo 6º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de nulidad de la renuncia a los beneficios de la ley (texto de 11 de junio de 1964), es el fundamento de la carencia de valor de todo pacto que contradiga el espíritu de la Ley de propiedad horizontal... Debe, pues, olvidarse el régimen anterior, en el que por el*

³⁸³ En igual sentido: OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Págs. 867 y 888; BRIOSO ESCOBAR, ENRIQUE LUÍS; *Los estatutos, reglamentos y juntas...*, cit. Pág.45. Donde hace suya la opinión de RUBIO GONZÁLEZ; VENTURA-TRAVERSESET GONZÁLEZ, ANTONIO; *Limitación de la autonomía de la voluntad en la propiedad horizontal*, RGD, Nº 247, 1965, cit. Pág. 269.

³⁸⁴ La Exp. Mot. LPH 1960, establece a este respecto que: “*La Ley brinda una regulación que, por un lado, es suficiente por sí - con las salvedades dejadas a la iniciativa privada - para constituir, en lo esencial, el sistema jurídico que presida y gobierne esta clase de relaciones, y, por otro lado, admite que, por obra de la voluntad, se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la Ley. De ahí que la formulación de estatutos no resultará indispensable, si bien podrán éstos cumplir la función de desarrollar la ordenación legal y adecuarla a las concretas circunstancias de los diversos casos y situaciones.*”.

³⁸⁵ Ejemplos de lo dicho lo constituyen: a) el art. 5 antes transcrito; b) art. 16.4, que permite la impugnación de los acuerdos contrarios a la Ley [Previsión que, de entrar en vigor lo dispuesto por la Proposición de Ley 122/000218, pasará a estar contenida en el apartado a) de la norma 1ª del futuro art. 18, el cual, además, en su apartado b), introduce la impugnabilidad de acuerdos gravemente lesivos para la comunidad en beneficio de uno o varios propietarios (olvidando que ese beneficio a los propietarios puede no ser directo sino a través de una sociedad o un tercero interpuesto) y, en su apartado c), modifica la norma 3ª del art. 16 de la LPH de 1960 permitiendo la impugnabilidad de los acuerdos gravemente perjudiciales para un propietario (suprimiendo, por tanto, la legitimación conjunta de, como mínimo, ¼ de los propietarios que establece la norma 3ª del art. 16 de la LPH de 1960); c) Disp. Trans. 1ª [Que es suprimida por la Proposición de Ley comentada], que obliga a la adaptación de los estatutos anteriores a la Ley a los dictados de la misma en todo aquello que se opusieren a la normativa vigente; d) art. 396 CC, que establece que: “*Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.*”. [Texto que mantiene inalterado el último párrafo del art. 396 del CC, al que da redacción el art. 1º de la Proposición de Ley 122/000218, así como las modificaciones que a dicho texto introducen las enmiendas del Senado 45 y 46, contenidas en la Proposición de Ley 624/000020.].

³⁸⁶ VENTURA-TRAVERSESET GONZÁLEZ, ANTONIO; *Limitación de la autonomía de la voluntad...*, cit. Págs. 272-73.

*vacio de la ley, llegaron a tener vida legal situaciones de admisión de condiciones a las que el adquirente del piso prestaba su adhesión por la absoluta necesidad de tener un hogar*³⁸⁷”.

No obstante lo anterior, el artículo 5º de la LPH sigue permitiendo que el otorgamiento del título constitutivo y de los estatutos se realice por parte del propietario único o del constructor. Ahora bien, tal posibilidad, se entiende actualmente por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia³⁸⁸, queda sometida a dos limitaciones diversas: una de carácter legal, constituida por el respeto a las normas de *ius cogens* establecidas por la LPH y; otra de carácter temporal, representada por el momento en el que se produzca la primera transmisión de uno de los pisos o locales. En este sentido se pronuncian autores como FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO³⁸⁹, OGÁYAR Y AYLLÓN³⁹⁰, MONTÉS PENADÉS³⁹¹, VENTURA-TRAVERSESET³⁹² o CABALLERO GEA³⁹³.

³⁸⁷ No creemos, por nuestra parte, que ante la abundante oferta inmobiliaria actual se pueda seguir hablando de contratos de adhesión en atención a la carestía de vivienda. Consideramos que en la actualidad la calificación de tales contratos como de adhesión tiene que basarse en otras causas que expondremos más adelante. En igual sentido: St. ATB de 14 de junio de 1974 (RGD 1974. Págs. 1152-53) Cdo. 3º.

³⁸⁸ En este sentido ver: STS de 27 de junio de 1973 (RJ 2592/1973); STS de 6 de noviembre de 1992 (RJ 9229/1992) FD 2º; St. ATGR de 18 de julio de 1981 (RGD 1982. Págs. 1992-2001) cuyo Cdo. 3º constituye una elaborada explicación de la tendencia ahora expuesta; En contra: St. ATO de 28 de noviembre de 1974 (RGD 1975. Págs. 609-610) Cdo. 1º considera que el único límite son las normas de *ius cogens* por cuanto, si los propietarios consienten tales cláusulas en sus contratos de compraventa, quedarán vinculados por efecto del brocardo *pacta sunt servanda*.

³⁸⁹ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *Título constitutivo...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Págs. 26-29. Considera que: “..., siempre que al otorgarse el contrato de obra nueva y constitución de dicho régimen de bienes, el constructor-promotor-vendedor hubiera ya comenzado a desprenderse de alguno de ellos, dado que, ..., tratándose de la compraventa una cosa es la consumación y otra la perfección, ..., lo que se traduce en la más que nulidad, inexistencia del título constitutivo otorgado en tales ocasiones por el promotor-vendedor.”.

³⁹⁰ OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 870. Recalca que la determinación de la cuota corresponde hacerla al titular al iniciar su venta por pisos o, “mejor dicho, al otorgar la escritura de declaración de obra nueva, con arreglo al núm 4º del artículo 8º de la Ley Hipotecaria.”.

³⁹¹ MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Págs. 870-71. Acepta los postulados de la doctrina mayoritaria y puntualiza que “Desde el momento en que haya otro propietario de piso, la medida de su derecho fijada en el título no puede sufrir alteración sin su consentimiento.”.

³⁹² VENTURA-TRAVERSESET GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Págs. 23-25 y 29. Partiendo de la idea de la constitución tácita del régimen de propiedad horizontal desde

Aceptada la posibilidad de otorgamiento unilateral del título constitutivo por parte de los promotores hasta el momento de la primera transmisión, nos tenemos que preguntar ahora por la posibilidad o imposibilidad de modificación futura de lo que haya sido establecido por los mismos. Tenemos que tener en cuenta que el respeto de la literalidad de las normas de *ius cogens* no asegura su no vulneración a través de la práctica conocida como abuso de derecho³⁹⁴ que, en el campo del consumo, ha sido objeto de una regulación específica³⁹⁵.

la efectiva transmisión del primer piso, considera que tal momento fija el límite temporal en el que el propietario único del inmueble o el constructor se encuentran legitimados para otorgar el título constitutivo o los estatutos unilateralmente. Si ese título es otorgado con anterioridad a la primera de las transmisiones, su única virtualidad será la formal hipotecaria por cuanto "... todo esto, jurídicamente sólo adquirirá singularidad al devenir objeto de propiedad separada los distintos pisos o locales que integran el edificio,...". De ello se deriva que el otorgamiento de escritura de constitución del régimen por el propietario único, con posterioridad a la primera transmisión, no deviene nulo. La nulidad solamente será predicable de aquellas cláusulas referidas a fenómenos producidos con posterioridad a esa primera transmisión, por cuanto desde ese momento ya no es propietario único de la totalidad del inmueble y carece por ello de la facultad de disponer por sí solo. En contra: St. ATO de 20 de noviembre de 1981 (RGD 1982. Págs. 300-304) Cdos. 3º y 4º considera que, si se procede al otorgamiento unilateral del título o los estatutos una vez se ha iniciado la venta por pisos, tales cláusulas serán nulas de pleno derecho por afectar a normas de *ius cogens*, a no ser que se produzca la ratificación unánime por parte de todos los propietarios.

³⁹³ CABALLERO GEA, JOSÉ ALFREDO; *La propiedad horizontal...*, cit. Págs. 56 y 66. Considera que sólo está legitimado para otorgarlo unilateralmente con anterioridad a la primera transmisión. En igual sentido, ver: DÍAZ MARTÍNEZ, ANA; *Propiedad horizontal...*, cit. Pág. 96. Considera que tras la primera transmisión el título debe ser otorgado por todos los propietarios, aunque aún no se haya procedido a la traditio.

³⁹⁴ Acogemos la definición que del mismo nos proporciona DE CASTRO, citado por, SÁEZ DE SANTA MARÍA VIerna, ALBERTO; *Dictamen: Estatutos de propiedad horizontal; abuso de derecho; defensa de los consumidores*, RCDI, N° 588, septiembre-octubre, 1988, cit. Págs. 1658-59. Según este autor, se puede definir en tres notas: " 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... c) *Inmoralidad o antisociabilidad de ese daño, manifestada en forma objetiva o bajo forma objetiva*: El daño que sufren los compradores de viviendas.". En este sentido, la contemplación expresa de tal institución en varios pasajes de la Proposición de Ley 122/000218 (ver, por ejemplo, lo dispuesto en el apartado c) de la norma 1ª del futuro art. 18, al que da redacción el art. 12º) puede suponer, de entrar en vigor, un avance en la lucha contra este tipo de abusos.

³⁹⁵ En este sentido ver: FERNÁNDEZ COSTALES, JAVIER; en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 233. Considera que el otorgamiento del título constitutivo o los estatutos por parte del propietario único tras la primera transmisión devendría nulo "... salvo que aquél esté expresamente autorizado al efecto por el comprador o compradores,... No obstante, incluso en este caso podrían adolecer de nulidad,..., pues conforme a la Directiva Comunitaria Europea de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se entienden nulas de pleno derecho aquéllas cláusulas que hacen constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuáles no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato,...". Ver: STS

Considera MONTÉS PENADÉS³⁹⁶ que los adquirentes de los diversos pisos o locales quedarán, desde el momento de su adquisición, vinculados por las limitaciones al dominio que impone el régimen de propiedad horizontal³⁹⁷. Por contra, el propietario único o el constructor pueden haberse reservado la posibilidad de inaplicación de tales límites u obligaciones respecto de ellos. Considera el autor y, en ello coincidimos plenamente con él, que tal poder reservado tiene que entenderse limitado por dos factores: el contenido mínimo de la propiedad horizontal y la fijeza del título. Es decir, *"..., que el propietario único del edificio que otorga el título constitutivo no puede contradecir con su conducta posterior su declaración de voluntad y queda vinculado por ésta."*³⁹⁸.

de 13 de abril de 1977 (RJ 1652/1977) Cdo. 1º donde acepta el consentimiento de los propietarios para que fuera otorgado el título de forma unilateral por el constructor; STS de 19 de octubre de 1982 (RJ 5563/1982) Cdo. 2º donde niega la necesidad de consentimiento de los compradores para otorgar el título constitutivo por cuanto su adquisición se había producido por documento privado en el que se incluía una cláusula por la cual el vendedor conservaría el dominio de los pisos vendidos entre tanto no se abonase por los compradores la totalidad del precio aplazado. De ello derivaba la sentencia que: *"..., no les es aplicable la regulación legal invocada como infringida..., que se refiere a los <<propietarios existentes>> que son los que han de concurrir al otorgamiento de la escritura o título constitutivo..."*; en contra de esta postura ver el comentario que PERÉ RALUY realiza a la St. ATB de 16 de febrero de 1961 (RGD 1962. Págs. 457-60).

³⁹⁶ MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Pág. 871.

³⁹⁷ Por ejemplo: art. 7º Pfo. 1º. El texto de este precepto se mantiene, con una ligera modificación, por lo dispuesto en el art. 2º de la Proposición de Ley 122/000218, que da redacción a la que será la norma 1ª del futuro art. 7 de la LPH. La única adición que introduce consiste en que, en vez de referirse al *"... propietario de cada piso..."*, lo hace al *"propietario de cada piso o local de negocio"*. Por su parte, la enmienda 13 del Senado (Proposición de Ley 624/000020) suprime la expresión *"... de negocio"*. La enmienda 24 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado propone, sin embargo, la siguiente redacción para el inicio del precepto: *"El propietario de cada piso o local de negocio, así como de cualquier otra parte de la edificación susceptible de aprovechamiento independiente, podrá modificar los elementos arquitectónicos..."*.

³⁹⁸ Ver *supra*, en este mismo sentido, nuestra opinión coincidente con BADOSA. Ver también lo que disponía el artículo 6.3 del BALCI: *"3. Tratándose de propiedad horizontal, el derecho de ampliación comporta el de edificar encima o debajo de lo ya edificado o en otro sitio dentro del mismo solar, con respeto siempre de la seguridad y armonía del edificio. Se precisarán el lugar de la edificación y los máximos de volumen y de número de plantas y locales integrables en el conjunto. El derecho sólo podrá referirse a los pisos, plantas o edificaciones que permitan las normas urbanísticas aplicables al constituirse la reserva y caducará a los diez años respecto de la construcción que no esté terminada en ese plazo."*.

Por su parte, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, no conforme con los límites señalados por la Ley³⁹⁹, intenta desalentar a los propietarios únicos o constructores en la utilización de tales cláusulas de reserva. Opina acertadamente que, si bien la realización material de la facultad reservada (p. ej. un derecho de futura sobreelevación), puede actuarse libremente por el propietario-constructor “... *que se hubiese reservado tal facultad en el <<título constitutivo>>..., su inmediata y consustancial consecuencia, modificación de las cuotas de participación, no podrán realizarse sin acuerdo unánime, lo que en realidad deja reducida aquella facultad... a una declaración meramente programática...*”.

Consideramos nosotros que, sostener la vinculación del propietario único o constructor a su declaración de voluntad plasmada en el título constitutivo o los estatutos, no tiene que suponer, paralelamente, la imposibilidad de variación futura de la misma por parte de los adquirentes de pisos o locales⁴⁰⁰. De no aceptar tal posibilidad nos encontraríamos ante casos en los cuales sería la propia Ley la que permitiese el abuso. Así, por ejemplo, en el caso de fijación unilateral de cuotas desproporcionadas o abusivas, la interpretación literal que algunos autores realizan del apartado b) del artículo 3º LPH⁴⁰¹, conllevaría la perduración en el tiempo de una situación injusta⁴⁰².

Como hemos podido observar, la imposición unilateral de la cuota por parte del propietario único, si bien admisible en atención a la actual regulación, puede resultar

³⁹⁹ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *¿Existen PP.HH atípicas en nuestro Derecho?*, cit. Pág. 17. Acepta la limitación temporal a tal facultad de otorgamiento unilateral del título o de los estatutos desde el momento en el que se produzca la primera transmisión.

⁴⁰⁰ En contra: St. ATM de 21 de septiembre de 1973 (RGD 1974. Págs. 194-95) Cdos. 3º y 4º considera que el contenido del título deviene invariable tanto para el otorgante único como para los propietarios de los diversos pisos o locales.

⁴⁰¹ Art.3. b) 2º pfo. LPH: “*A cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo... Las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuida, que sólo podrá variarse por acuerdo unánime.*”. Artículo cuyo contenido y ubicación deja invariado la Proposición de Ley 122/000218.

⁴⁰² Estamos pensando en el caso corriente de que ese constructor o propietario único inicial conserven la propiedad de al menos un piso o local en el edificio sometido al régimen de propiedad horizontal. En ese caso, la exigencia de unanimidad para la modificación del contenido del título o los estatutos prefijados deja de ser una norma de protección del conjunto de los propietarios y se torna arma favorecedora de los torciteros intereses de ese constructor o propietario único inicial. En igual sentido ver: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed., cit. Pág. 84.

perniciosa y fuente de innumerables conflictos. Por ello, coincidimos⁴⁰³ con VENTURA-TRAVERSE⁴⁰⁴ cuando sostiene, desde una perspectiva de *lege ferenda*, que la fijación de la misma “Hubiera debido dejarse al concierto de voluntades entre todos los propietarios compradores una vez se hubiera vendido el último piso⁴⁰⁵ y presumir entre tanto iguales todas las cuotas, como fija el párrafo final del artículo 393 del Código Civil^{406 407}”. En una línea semejante se pronuncia SÁEZ DE SANTA MARÍA⁴⁰⁸, el cual se pregunta si el notario autorizante de una escritura de constitución o fijación de estatutos que contenga cláusulas abusivas debe negarse a autorizarla, pues “... resultaría paradójico que el abuso de derecho quedara (o, al menos pudiera ser combatido en ellos) y, sin embargo, circulara como moneda corriente en la contratación no patológica, que es la notarial, ...”.

⁴⁰³ En contra ver: VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. L1. Consideran que la fijación unilateral de la cuota por parte del constructor o propietario único: “Es el supuesto más frecuente, y además el más conveniente para saber de antemano a qué atenerse”. Según los autores, para la protección de los derechos de los adquirentes bastará con la posibilidad abierta a los mismos de impugnar esa cuota acudiendo al: “... oportuno juicio declarativo, ...”. En igual sentido: St. ATB de 14 de junio de 1974 (RGD 1974. Págs. 1152-52) Cdo. 2º.

⁴⁰⁴ VENTURA-TRAVERSE GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 157.

⁴⁰⁵ Ver *supra*: Momento en el que para nosotros cobra total efectividad el régimen de propiedad horizontal.

⁴⁰⁶ Obsérvese que la aplicación analógica de un precepto situado en sede de comunidad romana de bienes no se contradice con la postura que hemos adoptado respecto de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal por cuanto aquí se pretende integrar la regulación de la cuota, concepto éste que la LPH ha adoptado precisamente de la regulación de las comunidades de bienes de tipo romano.

⁴⁰⁷ De no producirse tal modificación legislativa consideramos que, al menos en casos como el citado *supra*, debería procederse a una interpretación restrictiva del requisito de la unanimidad para la modificación del título constitutivo o los estatutos aprobados en tales circunstancias. En este sentido: St. APM de 23 de diciembre de 1991 (Sec. 10ª) (RGD 1992. Págs. 4518-19) Cdo. 2º establece que: “... la regla de la unanimidad no puede ser aplicada e interpretada como instrumento que impida el funcionamiento democrático de las Comunidades de propietarios, como si la <<voluntad constituyente>>, producto habitual de la decisión de una o pocas personas, hubiese de ser inalterable por una abrumadora mayoría de los comuneros...”. En contra: St. ATPM de 12 de junio de 1968 (RGD 1969. Pág. 228) Cdo. 1º considera que una cláusula unilateral consentida por unanimidad sólo podrá ser variada por el mismo procedimiento.

⁴⁰⁸ SÁEZ DE SANTA MARÍA VIerna, ALBERTO; *Dictamen: Estatutos de propiedad horizontal: abuso de derecho; ...*, cit. Pág. 1661.

a.2. Los estatutos de la comunidad.

a.2.1. Redacción de los estatutos y autonomía de la voluntad. En especial: su inscripción en el Registro.

Como apuntábamos anteriormente, la referencia al título constitutivo como requisito necesario para el surgimiento a la vida jurídica del régimen de propiedad horizontal aparece con la LPH de 1960⁴⁰⁹. La exigencia *ex novo* de tal requisito no es casual, sino que, como veíamos, responde a un intento del legislador español por atajar los abusos que se producían con anterioridad a dicha fecha, amparándose en el vacío legal que daba pie a una casi absoluta ilimitación en el uso de la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1255 del CC.

Traemos a colación tal referencia en este momento por cuanto esos abusos y esa ilimitada autonomía de la voluntad, ante la inexistencia del “título constitutivo”, se reflejaban necesariamente en la institución ahora estudiada; los estatutos de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal. Era, pues, respecto de éstos donde se presentaba la problemática⁴¹⁰ de los contratos de adhesión.

⁴⁰⁹ Hasta ese momento y, ante la deficiente regulación legal, la práctica había procedido a regular tal institución mediante el otorgamiento de los llamados “estatutos de propiedad horizontal”. Esta circunstancia hizo que SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN; *Los órganos de la propiedad horizontal*: ..., cit. Pág. 207, apoyándose en las opiniones vertidas por ROCA SASTRE y JERÓNIMO GONZÁLEZ, considerara, respecto a los estatutos, que: “...más bien se trata de normas que no de pactos, de una verdadera *lex rei per convenio establecida*”. En igual sentido: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Limitación de la autonomía de la voluntad*..., cit. Pág. 269.

⁴¹⁰ Problemática que, en la actualidad, como se ha analizado *supra*, se reproduce respecto del título constitutivo. Residuo actual de tal lucha contra los excesos en la aplicación de la autonomía de la voluntad lo podemos ver en la doctrina de diversos autores tendente a evitar el otorgamiento de los estatutos por el propietario único o el constructor (el mismo problema se analizaba *supra* respecto del título constitutivo). Constituyen ejemplos de tal postura: RUBIO GONZÁLEZ, J.; *La propiedad de la vivienda*, Ed. Giner, Madrid, 1960, cit. Pág. 104. Considera sin embargo, erróneamente, que “... si no está constituida la comunidad, no habrá personalidad para constituir los estatutos de una entidad carente aún de existencia (ver *supra*: la efectiva constitución de la misma tampoco la dota de personalidad), y si, por el contrario, ya hay comunidad y aquéllos han sido legalmente aprobados por la junta de propietarios, a quien corresponde esa facultad, según el artículo 13 de la Ley...”; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal*..., 3ª ed., cit. Pág. 839. Considera, en clara contradicción con la siguiente obra citada, que los estatutos pueden otorgarse por el propietario

Como decíamos, es ante esos abusos y la consiguiente inseguridad jurídica que generaban, ante lo que el legislador español reaccionaba en 1960⁴¹¹, haciéndose eco de las peticiones de un sector de la doctrina⁴¹². La intención de la Ley resulta clara en la Exposición de Motivos de la LPH de 1960 cuando establece que: “...hasta ahora, y ello tiene una justificación histórica, esta materia ha estado entregada, casi de modo total, en defecto de normas legales, a la autonomía privada reflejada en los Estatutos. Éstos, frecuentemente, no eran fruto de las libres determinaciones de los contratantes...”.

Vemos pues que la promulgación de la LPH de 1960 ha supuesto, necesariamente, un reenfoque del margen operativo de la autonomía de la voluntad en la propiedad horizontal. La norma no es ya la plena operatividad de la voluntad de los contratantes sino la acotación de la misma al ámbito exento de normación imperativa⁴¹³.

único antes de proceder a la primera transmisión; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español*, cit. Págs. 823-24. Considera que sólo los propietarios se encuentran facultados para otorgar los estatutos. Por nuestra parte, opinamos que, si bien sería deseable la restricción a los propietarios de la facultad de otorgarlos, la legalidad vigente permite, como lo permite respecto del título constitutivo, que tal otorgamiento se produzca por el propietario único o por el constructor, unilateralmente, antes de iniciar la venta del primero de los pisos o locales. En igual sentido ver: ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Págs. 426-27 y VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*,... cit. Pág. L 3 donde además pone de manifiesto este último que la insólita posibilidad de que los estatutos y el título constitutivo puedan ser otorgados conjuntamente hace que aquél que se encuentre facultado para otorgar el segundo pueda, a su vez, otorgar los primeros; CABALLERO GEA, JOSÉ ALFREDO; *La propiedad horizontal*..., cit. Pág. 64. Considera que los estatutos tienen que ser elaborados por la totalidad de propietarios cuando se haya procedido a la primera de las transmisiones.

⁴¹¹ En igual sentido ver: SELFA PEDRÓS, ENRIQUE; *La propiedad por pisos. Su regulación*..., cit. Págs. 1035-1036; OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal*..., cit. Pág. 888; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Limitación de la autonomía de la voluntad*..., cit. Pág. 273. Considera que la nueva regulación contenida en la LPH significa “..., sin ningún género de dudas, una auténtica limitación de la autonomía de la voluntad.”. Ver también: STS de 8 de octubre de 1993 (RJ 7315/1993) FD 3º establece que: “Se ha tratado... en esa Ley, aplicando los principios socializadores propios de la época en que fue dictada, de recortar el abusivo juego de la autonomía de la voluntad en este tipo de relaciones jurídicas, bien que sin eliminarla por completo, lo que se traduce en lo que actualmente viene considerándose como una “necesidad minuscuamperfecta o atenuada”...”.

⁴¹² En este sentido ver: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 1ª ed. Crela, ya en 1933, que la solución a este tipo de problemas pasaba por la instauración de un sistema vertebrado por normas de *ius cogens*.

⁴¹³ En este sentido ver: SELFA PEDRÓS, ENRIQUE; *La propiedad por pisos. Su regulación*..., cit. Págs. 1035-1036; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *Naturaleza de las normas que regulan el régimen de propiedad horizontal*, RDPriv., 1973, cit. Págs. 252 y 253. Considera que el problema radicaría en ver donde acaba el derecho imperativo y comienza el concesivo; VENTURA-TRAVERSEZ

Aceptando unánimemente la anterior afirmación, sin embargo, doctrina y jurisprudencia discrepan a la hora de calificar el alcance de la inversión de términos que se produjo con la LPH de 1960. Así, mientras autores como FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO⁴¹⁴ consideran que el carácter imperativo de la normativa sobre propiedad horizontal es,

GONZÁLEZ, ANTONIO; *Limitación de la autonomía de la voluntad...*, cit. Págs. 270-271 y VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Concepto del espacio independiente en la propiedad horizontal*, RGD, N° 306, 1970, cit. Págs. 188-189; MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Págs. 856-857 y 865. Consideran estos dos últimos autores como límites específicos el contenido de los artículos: 5º, 16. 4º (que, de aprobarse el texto de la nueva Ley, tal y como propone la Proposición de Ley 122/000218, pasará a ser el nuevo apartado a) de la norma 1ª del art. 17), Disp. Trans. 1ª (que, de entrar en vigor el mencionado proyecto de reforma de la LPH, desaparecerá), todos ellos de la LPH, y 396 final CC. Los artículos 7 y 15 de la Ley de Strata Titles australiana fijan legalmente el contenido de los estatutos que, obligatoriamente, tienen que ser otorgados en el momento de la constitución del régimen de propiedad horizontal. Ver también: STS de 20 de marzo de 1990 (RJ 1898/1990) FD 4º; STS de 17 de junio de 1993 (RJ 4841/1993) FD 1º; St. ATO de 28 de noviembre de 1974 (Juz. n° 3 Gijón) (RGD 1975. Págs. 609-10) Cdo. 1º; St. ATO de 12 de abril de 1976 (Juz. Cangas de Onís) (RGD 1977. Págs. 518-19) Cdo. 3º; St. ATNA de 19 de junio de 1967 (RGD 1968. Pág. 463) Cdo. 2º; St. ATV de 15 de enero de 1972 (RGD 1972. Págs. 990-91) Cdo. 2º considera que las normas de *ius cogens* se traducen, fundamentalmente, en la instauración de un *ius prohibendi* de las facultades de los propietarios; St. APCU de 21 de septiembre de 1993 (AC 52/1994) FD 1º; Resolución DGRN de 12 de diciembre de 1986 (RJ 7887/1986) FD 2º; St. APMA de 12 de mayo de 1997 (Sec.6ª) (AC 1080/1997) FD 3º. Ver también lo dispuesto por el artículo 3.2 párrafo 1º del BALCI, según el cual: "2. Al constituirse el régimen pueden establecerse reglas que configuren los derechos de cada uno, sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes. A falta de reglas, regirán las prescripciones de la presente Ley."

⁴¹⁴ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *Naturaleza de las normas...*, cit. Pág. 256; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Pág. 246. Cree que la imperatividad de la LPH se encuentra atenuada por el reconocimiento de un cierto margen operativo a la autonomía de la voluntad. Posteriormente (pág. 248) lista aquellas cuestiones que cree reguladas por normas de *ius cogens*; así, por ejemplo: la necesidad de que el cargo presidencial sea proveído de entre los propietarios, la competencia judicial objetiva recogida en el apartado 5º del art. 16, el régimen de mayorías para la adopción de acuerdos que se contiene en los apartados 1º y 2º de la norma primera del art. 16. En igual sentido, ver: PONS GONZÁLEZ, MANUEL Y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ÁNGEL; *Régimen jurídico de la propiedad horizontal (doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios)*, Ed. Comares, 6ª ed., Granada, 1995, cit. Pág. 16; SANTOS BRIZ, JAIME; *La propiedad horizontal o de casas*, cit. Pág. 282. La jurisprudencia, por su parte, se ha pronunciado en diversas ocasiones en este sentido: STS de 10 de mayo de 1965 (RJ 2521/1965) que inaugura la tendencia jurisprudencial que considera que la LPH establece un sistema de "... necesidad minuscuamperfecta o atenuada."; STS de 7 febrero de 1976 (RJ 611/1976); STS de 27 de abril de 1976 (RJ 1928/1976) Cdo.2º; STS de 11 de diciembre de 1982 (RJ 7696/1982); STS de 10 de noviembre de 1985 (RJ 4733/1985); STS de 31 de enero de 1987 (RJ 10209/1988) Cdo. 3º; STS de 19 de julio de 1993 (RJ 6160/1993) FD 2º; STS de 8 de octubre de 1993 (RJ 7315/1993) FD 3º; STS de 9 de octubre de 1993 (RJ 8173/1993) FD 3º; STS de 28 de enero de 1994 (RJ 571/1994) FD 5º y 6º; STS de 22 de diciembre de 1994 (RJ 10368/1994) FD 2º; St. ATCC de 26 de octubre de 1988 (RGD 1989. Págs. 6132-34) FD 1º; St. APMA de 21 de junio de 1994 (Sec. 4ª) (RGD 1994. Págs. 7607-09) FD 4º. En contra: St. APCS de 25 de mayo de 1991 (RGD 1991. Págs. 11450- 54) FD 3º; St. APH de 30 de octubre de 1993 (AC 310/1994) FD 2º; Resolución DGRN de 26 de febrero de 1988 (RJ 1322/1988) FD 2º. Todas ellas invierten el orden de los términos legales y hablan de preponderancia de la autonomía de la voluntad con el límite del *ius cogens*.

realmente, muy atenuado; otros, como ESCRIVÁ DE ROMANÍ⁴¹⁵ se preguntan si la LPH desplaza en este punto la prelación de fuentes establecida por el párrafo 2º del artículo 392 del CC⁴¹⁶, que establece que: “*A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título.*”. Por nuestra parte y, atendiendo a la naturaleza que hemos asignado a la propiedad horizontal, no vemos inconveniente en aceptar que la normativa especial contenida en la LPH desplace a la genérica contenida en el CC⁴¹⁷.

Cuestión diferente es la que se plantea en torno a la necesidad, o no, del otorgamiento de los estatutos en la vigente situación legislativa. La cuestión resulta pacífica, tanto en doctrina como en jurisprudencia, en el sentido de aceptar que los estatutos no son configurados por la actual legislación como de obligado otorgamiento^{418 419}. No ha faltado, sin embargo, algún pronunciamiento minoritario

⁴¹⁵ ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, FRANCISCO; *Lo imperativo y lo dispositivo...*, cit. Pág. 1233. En igual sentido ver: ORTEGA LLORCA, VICENTE; *El arrendamiento de locales de negocio, la Ley de Propiedad Horizontal y la autonomía de la voluntad, problemática de los grandes centros comerciales*, Rev. Poder Judicial, (32), 1993, cit. Págs. 142-143. Acogiendo los pronunciamientos contenidos en la Resolución de la DGRN de 25 de febrero de 1988, considera que entender aplicable el art. 392. 2º es la doctrina: “... más acorde con el régimen de libertad de pactos, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico;...”.

⁴¹⁶ Precepto referente a las comunidades de bienes del CC.

⁴¹⁷ En parecido sentido, ver: GARCÍA GIL, FRANCISCO JAVIER; *Derecho necesario y derecho dispositivo en la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960. Perspectiva jurisprudencial*. Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Tomo 5, Cuaderno 1, 1993, cit. Pág. 1. Concluye considerando que, sin embargo, se trata de una normativa de *ius cogens* atenuada.

⁴¹⁸ La Exposición de Motivos de la Ley de 1960 es, por lo demás, clara al respecto cuando establece que: “...la formulación de estatutos no será indispensable...”. Sin embargo, constituye prueba inequívoca de su actual importancia en la práctica el hecho de que la propia LPH de 1960 establezca, en su Disp. Trans. 1ª, que los estatutos anteriores a la Ley deberán ser adaptados a la misma. Ello significa, por añadidura, que los otorgados posteriormente tampoco podrán rebasar tal límite del *ius cogens*. Ver también el contenido que, de existir, habrían de tener los estatutos según el artículo 7 del BALCI. En parecido sentido, ver: BRIOSO ESCOBAR, ENRIQUE LUÍS; *Los estatutos, reglamentos y juntas...*, cit. Pág. 19 y 44. Considera que son de carácter contingente, pues la Ley no prescribe su otorgamiento. Otra cosa es que la práctica demuestre que “... son casi una ineludible necesidad...”. Ver también respecto de la Disp. Trans. 1ª; St. ATB de 9 de agosto de 1962 (RGD 1962. Págs. 935-37) Cdo. 2º y St. ATV de 19 de mayo de 1973 (RGD 1974. Págs. 62-65) Cdo. 3º.

⁴¹⁹ En este sentido, ver: SELFA PEDRÓS, ENRIQUE; *La propiedad por pisos. Su regulación...*, cit. Pág. 1036; OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Págs. 871 y 888; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Limitación de la autonomía de la voluntad...*, cit. Pág. 271; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La comunidad de propietarios y sus órganos*, cit. Pág. 345 y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 79. Considera, haciéndose eco de lo dispuesto por la St. ATO de 16 de

discrepante⁴²⁰. Parece pues, que la única excepción a tal regla general se encontraría en aquellos casos en los que, utilizando la facultad que concede el párrafo 6º del artículo 12 LPH⁴²¹, se pretendiese optar por el régimen especial de administración contenido en el artículo 398 del CC⁴²². Por nuestra parte, consideramos que si la regla general es la de la no necesidad de otorgamiento de los estatutos, resulta de todo punto ilógico que, precisamente para excluir el régimen típico de administración de la propiedad horizontal, se precise del otorgamiento de los mismos. Más aún si se repara en que, por lo general, tal otorgamiento será llevado a cabo por la junta de propietarios y la misma no se hallará constituida formalmente en tanto no se reúna por primera vez tras el efectivo nacimiento del régimen de bienes que precisamente se intenta evitar mediante el uso de tal facultad⁴²³.

Establecida la posibilidad, que no necesidad, de otorgamiento de los estatutos, deberemos dilucidar la forma que deban revestir los mismos en caso de ser otorgados.

octubre de 1965, que los estatutos son de carácter facultativo y no indispensables; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Pág. 822; VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. L 3; DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 53; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.E.; *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 483. Considera que si bien el otorgamiento del título constitutivo resulta obligatorio, por el contrario, el de los estatutos no. Ver también: St. ATV de 14 de mayo de 1969 (RGD 1969. Págs. 525-26) Cdo. 3º establece que: "... se efectúe, en definitiva, una plena adaptación de la finca al régimen de propiedad horizontal, otorgamiento que se debe realizar en el presente caso, para evitar discrepancias futuras, aunque no pueda obligarse a las partes a la redacción de unos Estatutos cuya formulación queda al arbitrio de los copropietarios conforme al párrafo 3º del artículo 5º..."; St. APCU de 21 de septiembre de 1993 (AC 52/1994) FD 1º; St. APCO de 17 de abril de 1997 (Sec.3ª) (AC 985/1997) FD 2º.

⁴²⁰ Ver: St. ATPM de 5 de diciembre de 1970 (RGD 1971. Págs. 411-12) Cdo. 2º establece textualmente que: "..., ni tampoco organizaron sus relaciones comunales con arreglo a unos estatutos o a un reglamento, necesario *ex-lege*,...".

⁴²¹ Establece el precepto que tal posibilidad cabrá: "..., si expresamente así lo convinieren en los estatutos,...". La norma octava del art. 13 de la LPH, a la que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218, dispone que: "cuando el número de propietarios de viviendas o locales de negocio en un edificio no exceda de cuatro podrán acogerse al régimen de administración del artículo 398 del Código Civil, si expresamente lo establecen los estatutos."

⁴²² En este sentido ver: BRIOSO ESCOBAR, ENRIQUE LUÍS; *Los estatutos, reglamentos y juntas...*, cit. Pág. 43. Ver también lo que disponía el artículo 14.4 del BALCI, invirtiendo los términos contenidos en la LPH: "4. Cuando el número de propiedades separadas no exceda de cuatro, el régimen de gestión será el que resulte del artículo 398 del Código Civil salvo que otra cosa se establezca en los Estatutos. No obstante, se aplicarán las normas de la presente Ley para los acuerdos comunitarios que requieran el voto favorable de la mayoría de todos los propietarios."

Resulta evidente que la LPH de 1960 no requiere a tal efecto forma *ad solemnitatem* alguna⁴²⁴. Sin embargo, la especialidad que presenta nuestra Ley de propiedad horizontal en el sentido de permitir su otorgamiento junto al título constitutivo⁴²⁵ y su posible oponibilidad frente a terceros⁴²⁶ en caso de ser registrados^{427 428}, ha generado, en cuanto a

⁴²³ Problema que, por otra parte, sigue sin ser solucionado por la Proposición de Ley 122/000218.

⁴²⁴ Ver: SELFA PEDRÓS, ENRIQUE; *La propiedad por pisos. Su regulación...*, cit. Pág. 1036.

⁴²⁵ En este sentido ver: GARCÍA GIL, FRANCISCO JAVIER; *Derecho necesario y derecho dispositivo...*, cit. Pág. 3; VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. L 3. Consideran que la posibilidad de constancia conjunta de estatutos y título constitutivo impiden una delimitación clara de ambos; BRÍOSO ESCOBAR, ENRIQUE LUÍS; *Los estatutos, reglamentos y juntas...*, cit. Págs. 17 y 19. Considera que su tratamiento legal junto al título constitutivo genera un confucionismo innecesario. Por otra parte, la posibilidad de ser otorgados junto al título constitutivo es eso, una mera posibilidad, no una exigencia. Coincide con esta postura: RICO PÉREZ, FRANCISCO; *Lagunas en el régimen de la propiedad horizontal...*, cit. Págs. 18-19. Opina, y nosotros compartimos tal pensamiento, que: "...el título constitutivo <<podrá>> contener los Estatutos, no <<deberá>> necesariamente incluirlos; una cosa es la declaración de nacimiento de la propiedad horizontal y otra su regulación, son dos cosas distintas. Y, por tanto, pueden darse en documentos separados, públicos o privados, aunque deberán constar en documento público para poder tener acceso al registro de la Propiedad."; PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Pág. 49. Ver también lo que disponía el artículo 5.2.4º del BALCI.

⁴²⁶ Ver: SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN; *Los órganos de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 338. Considera que el concepto de tercero al que se refiere el art. 5.3º LPH no es el de tercero hipotecario, "... en la relación comunitaria el concepto de tercero es distinto: terceros son todos los extraños a la comunidad y no lo son los comuneros, que pierden aquella condición al tiempo de adquirir ésta."; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 817-21. Considera que el concepto de tercero viene referido a segundas o ulteriores enajenaciones. No se trata de un tercero hipotecario sino civil por cuanto, para que fuera el primero de ellos tendrían que cumplirse las circunstancias prescritas por el art. 34 LH; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 819, 833-34 y 837. Aunque en la página 824 considere que de no estar inscritos seguirán obligando a propietarios y ocupantes; ARROYO LÓPEZ-SORO, JOSÉ; *Propiedad horizontal...*, cit. Pág. 133. Mantiene una opinión semejante a la de Martín Granizo. En contra: FUENTES LOJO, JUAN V.; *Suma de la propiedad por apartamentos*, 3ª ed., T.I, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1979, cit. Págs. 681 y 682. Considera que el tercero al que se refiere el art. 5º comprende al tercero simple, al tercer adquirente y al tercero hipotecario. En este sentido ver: St. ATO de 13 de diciembre de 1976 (Juz. nº 1 Avilés) (RGD 1977. Págs. 522-23) Cdo. 1º; St. APMA de 12 de mayo de 1997 (Sec.6ª) (AC 1080.1997) FD 1º.

⁴²⁷ Ex art. 5.3º LPH.

⁴²⁸ En igual sentido ver: ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 415. Aconseja el otorgamiento en documento público por cuanto es éste el objetivo indirectamente perseguido por la LPH "... al modificar el número tres del artículo 8 y el número 11 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, exigiendo la inscripción de los estatutos en el Registro de la Propiedad para perjudicar a terceros."; VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. L 3; DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 52 y SELFA PEDRÓS, ENRIQUE; *La propiedad por pisos. Su regulación...*, cit. Pág. 1036. Opinan estos dos últimos autores que, ante la falta de inscripción registral de los estatutos, éstos, serán de obligada aceptación para los futuros adquirentes de pisos o locales, pero no resultarán oponibles frente a terceros; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.E.; *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 485.

la forma que los mismos requieran, las mismas dudas que hemos tratado *supra* respecto del título constitutivo.

A nuestro modo de ver la solución pasa por aceptar, con BRIOSO ESCOBAR⁴²⁹, que la forma de los estatutos dependerá de una doble circunstancia⁴³⁰: el momento de otorgamiento y si se dan, o no, unidos al título constitutivo.

De otorgarse los estatutos con anterioridad al título constitutivo⁴³¹, al no existir en ese caso la propiedad horizontal, “... *se tratará de la anticipación de una parte del mismo, ..., destinada a incorporarse en él* (lo cual es facultativo, como hemos señalado *supra*), *siguiendo en este supuesto su forma, ...*”. En caso de otorgarse ambos simultánea y conjuntamente adoptarán la misma forma que, será la de documento público o privado según que se pretenda, o no, su inscripción en el Registro. El tercer y último supuesto será aquél en el que sean otorgados con posterioridad al título. En este caso creemos aconsejable subdistinguir dos posibilidades: si otorgado el título por el propietario único o constructor , en el momento de elaboración de los estatutos aún no se ha procedido a enajenar ninguno de los pisos o locales, éstos podrán ser otorgados por ese mismo propietario único y bajo forma pública o privada, según le convenga o no la inscripción registral; si otorgado el título por el propietario único o constructor , ha procedido a la venta efectiva de alguno de los pisos o locales con anterioridad a la confección de los estatutos, éstos deberán ser otorgados por unanimidad de la junta de propietarios, según prescribe el art. 16 LPH⁴³², y con las mismas particularidades antes citadas respecto a la forma del documento en el que se contengan.

⁴²⁹ BRIOSO ESCOBAR, ENRIQUE LUÍS; *Los estatutos, reglamentos y juntas...*, cit. Pág. 40.

⁴³⁰ Recordando siempre que en ningún momento la LPH, ni para uno ni para los otros, exige una forma *ad solemnitatem* y que, si nos preguntamos por la necesidad o no de su otorgamiento en escritura pública es a los solos efectos de conseguir la oponibilidad frente a terceros de los contenidos propios de estatutos y título constitutivo.

⁴³¹ Entendido (ver *supra*) como declaración de voluntad tácita o expresa (constancia en documento privado o público) tendente a la constitución del especial régimen de la propiedad horizontal.

⁴³² De entrar en vigor la Proposición de Ley 122/000218, pasará a ser la norma 1ª del artículo 17.

Cuestión diferente es la referente a la inscribibilidad, o no, de las cláusulas obligacionales contenidas en los estatutos. El problema se plantea por cuanto es opinión extendida en doctrina⁴³³ y, práctica frecuente entre buen número de registradores, la de considerar que sólo pueden acceder al Registro las cláusulas de contenido o trascendencia real⁴³⁴. Nosotros, por contra, y siguiendo a ALTARRIBA SIVILLA⁴³⁵, consideramos que tal interpretación: "... *choca con el carácter absoluto del precepto contenido en el artículo 5 de la LPH. Porque donde la ley no distingue, no podemos nosotros al aplicarla distinguir y, por tanto, en principio entendemos que es necesaria la inscripción íntegra de los Estatutos ..., aunque algunas de las mismas repugnen a los principios básicos del Registro...*". Tal postura no significa, en contra de lo que pueda parecer, que propugnemos la absoluta exención de calificación registral de los estatutos con anterioridad a su efectiva inscripción. La calificación continuará siendo necesaria para comprobar la corrección formal del título, las capacidades de los otorgantes y, lo que es más importante, la no inclusión en su articulado de disposiciones que debieran contenerse en los llamados reglamentos de régimen interior, los cuales, no tendrán nunca acceso al Registro por no mencionar la LPH la posibilidad de su inscribibilidad y ser de contenido estrictamente obligacional⁴³⁶.

⁴³³ Ver: SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN; *Inscripción de estatutos...*, cit. Págs. 207, 211 y 215; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 42. En igual sentido pero refiriéndose a los reglamentos de régimen interior, ver: VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. L 8; VIDAL I FRANCÈS, PABLO; *La propietat horitzontal en relació amb el Registre...*, cit. Pág. 373.

⁴³⁴ En este sentido, ver: St. APMA de 28 de enero de 1997 (Sec.6ª) (AC 788/1997) FD 2º considera que los estatutos vincularán a los futuros adquirentes y tendrán trascendencia real si han sido debidamente inscritos en el Registro.

⁴³⁵ ALTARRIBA SIVILLA, CARLOS; *Los principios hipotecarios...*, cit. Págs. 94-95.

⁴³⁶ Obsérvese que la excepción que hemos establecido (respecto de los estatutos) a la norma general de no inscribibilidad de las cláusulas obligacionales es eso, una excepción a la norma; pero una excepción basada en la literalidad del art. 5. 3º LPH. Por eso precisamente la excepción a la norma general no será extensible a los reglamentos.

a.2.2. Diferencia respecto del título constitutivo y los reglamentos de régimen interior.

De todo lo establecido en el apartado anterior se desprende con claridad que, no obstante el confusionismo que genera la deficiente regulación contenida en el art. 5º LPH, los estatutos y el título constitutivo son dos realidades diferenciadas que, sin embargo, pueden tener constancia en un documento único. El problema no es, pues, tanto de delimitación conceptual como práctica. La solución radica, a nuestro entender, no tanto en la apreciación de la diversa naturaleza⁴³⁷ de ambos o en su autonomía o accesoriedad, como en la constatación de la diversa finalidad que se persigue con la elaboración de unos y otros. La del título constitutivo no es otra que la de hacer surgir a la vida jurídica el régimen de propiedad horizontal; la de los estatutos, por contra, regular la vida interna de la comunidad ya constituida⁴³⁸.

Aceptada la diferenciación conceptual y finalística existente entre el título constitutivo y los reglamentos, tendremos que analizar ahora la traducción que la misma tenga respecto del campo que pueda ser normado a través de los segundos. Desde este punto de vista, y siguiendo a ZANÓN MASDEU⁴³⁹, “..., los estatutos determinan las normas por las que se rige la vida interna del régimen creado, y en todo aquello que no lo constituya.”. Según la Exposición de Motivos de la Ley de 1960 cumplen: “...la función de desarrollar la ordenación legal y adecuarla a las concretas circunstancias de los diversos casos y situaciones.”⁴⁴⁰. De la contemplación de ambas teorías, la legal y

⁴³⁷ No abordaremos el problema de la naturaleza jurídica de los estatutos por ser éste un tema que rebasa el objeto de este estudio. Tan sólo apuntar aquí que no constituye lugar pacífico entre la doctrina. A propósito de este tema, ver: BRIOSO ESCOBAR, ENRIQUE LUÍS; *Los estatutos, reglamentos y juntas...*, cit. Pág. 25. Se pregunta por la naturaleza real u obligacional de las cláusulas contenidas en los estatutos a los efectos de su inscripción registral. Posteriormente en págs. 26-36 elabora un acabado resumen de las diversas teorías que al respecto han sido propugnadas por los diversos autores.

⁴³⁸ En igual sentido: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Propiedad Horizontal ...*, cit. Págs. 76-77. En contra: ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 415. Basa la diferenciación en la accesoriedad o independencia y en la diversidad de naturalezas jurídicas y finalidades a que se encaminan.

⁴³⁹ ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 413.

⁴⁴⁰ Definición ésta que es tomada y desarrollada por: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La comunidad de propietarios y sus órganos*, cit. Pág. 345.

la doctrinal mayoritaria, se extrae fácilmente una consecuencia: el contenido concreto de los estatutos será de muy difícil delimitación *a priori* por cuanto, si quieren gozar de alguna virtualidad, deberán amoldarse a las específicas características de composición y funcionamiento de la comunidad para la que sean otorgados⁴⁴¹. Ello ha hecho que autores como VINTRÓ y LLOR⁴⁴², si bien aportando un listado de posibles cláusulas generalmente incluidas en los mismos, consideren que resulta más interesante la descripción de aquellas circunstancias que en ningún caso se deben contener en los mismos. Estas son: las normas propias del título constitutivo, las que deben contenerse en el reglamento de régimen interior y las disposiciones prohibidas por la Ley.

Como se puede observar, el estudio del contenido propio de los estatutos nos vuelve a conducir a la polémica referente a los límites de los mismos con respecto al título constitutivo y los reglamentos de régimen interior. Ello reafirma nuestra postura en el sentido de considerar que la verdadera solución del problema pasa por darse cuenta de la diversa finalidad que deben desempeñar cada uno de ellos.

Si bien la diferenciación respecto del título constitutivo resultaba más o menos diáfana (independientemente de que la Ley trate de ambos en el mismo precepto y de que, incluso, permita su otorgamiento conjunto⁴⁴³), no se puede decir lo mismo respecto de la delimitación del campo propio de los estatutos y de los reglamentos de régimen interior⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ En este mismo sentido: DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 54.

⁴⁴² VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. L 3.

⁴⁴³ Es esta la causa de la confusión en que incurre la St. ATO de 13 de diciembre de 1976 (Juz. n° 1 Avilés) (RGD 1977. Págs. 522-23) Cdo 1°.

⁴⁴⁴ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 818 y 846. Cita las leyes venezolana, uruguaya, chilena, boliviana, argentina y mejicana, la cuales utilizan el término "Reglamentos" para referirse a lo que nuestra LPH llama "estatutos".

El artículo 6º⁴⁴⁵ de la LPH establece que el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior: “*Para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, ... dentro de los límites establecidos por la Ley y los estatutos...*”.

El primer punto polémico en el estudio de los reglamentos de régimen interior es el referido al sujeto capaz para aprobarlos. Si bien el artículo 6º se refiere explícitamente a “los propietarios”, consideramos que no debe haber inconveniente en aceptar⁴⁴⁶ la legitimación del propietario único o constructor en tanto no haya iniciado la venta del primero de los pisos o locales⁴⁴⁷.

Otra cuestión directamente vinculada a la anterior es la de la mayoría necesaria que requiere la Ley para su aprobación⁴⁴⁸. En el caso de los reglamentos y, por contra de lo que sucede respecto de los estatutos (para los que se requiere la unanimidad), la Ley exige solamente la mayoría⁴⁴⁹.

No es ésta sin embargo la única diferencia existente entre los estatutos y los reglamentos. Así, y a modo de ejemplo, otras posibles diferencias son las siguientes⁴⁵⁰: los estatutos pueden contenerse en el mismo documento que el título constitutivo, los

⁴⁴⁵ Que permanecerá invariado de aprobarse, sin variaciones, el texto de la Proposición de Ley 122/000218.

⁴⁴⁶ Ello es así porque resultaría de todo punto ilógico considerar a los propietarios únicos o constructores legitimados para otorgar el título constitutivo o los reglamentos, normas de mayor enjundia y contenido, y, en cambio, negarles la legitimación para aprobar la normativa de detalle que se contiene en los reglamentos.

⁴⁴⁷ En igual sentido: VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.: *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. L 6.

⁴⁴⁸ Entendiendo que tal mayoría se establece para el caso de que sean otorgados por los propietarios reunidos en junta y no por el propietario único o constructor antes de proceder a la venta efectiva del primero de los pisos o locales.

⁴⁴⁹ Autores como: BRIOSO ESCOBAR, ENRIQUE LUÍS; *Los estatutos, reglamentos y juntas...*, cit. Pág. 97 y FUENTES LOJO, JUAN V.: *Suma de la propiedad por apartamentos*, 3ª ed., cit. Pág. 685. Hacen del rasgo de su aprobación mayoritaria una de las notas definitorias de los reglamentos; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO: *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 847 y 854; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.E.; *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 486. Ver también: St. APPM de 8 de abril de 1997 (Sec.3ª) (AC 983/1997) FD 3º.

reglamentos no; los reglamentos no pueden contener ni normas de constitución del régimen (correspondientes al título constitutivo) ni referentes al ejercicio de derechos (normativa reservada, en caso de otorgarse, a los estatutos); los estatutos, debidamente cumplimentados los requisitos formales pertinentes, tendrán acceso al Registro y perjudicarán a terceros, los reglamentos no⁴⁵¹ ⁴⁵²; los estatutos se encuentran subordinados al título constitutivo y a las normas de derecho necesario contenidas en la Ley, los reglamentos se encuentran sometidos a esas mismas limitaciones y, además, a lo dispuesto por los estatutos⁴⁵³; la Disposición Transitoria 1ª de la LPH de 1960 se refiere únicamente a la adaptación a la legalidad vigente de los estatutos redactados con anterioridad a la misma, no a la de los reglamentos⁴⁵⁴.

Sin embargo de todas estas diferencias, la distinción entre unos y otros resulta difícil en la práctica⁴⁵⁵. Esa confusión se alimenta, en parte, por dos notas coincidentes

⁴⁵⁰ En igual sentido, ver: DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 55.

⁴⁵¹ El artículo 6º establece que: "...obligarán también a todo titular...". Consideramos que la textualidad del artículo debe interpretarse en el sentido de obligar no sólo a los propietarios, sino también a los ocupantes de pisos y locales. En igual sentido, ver: DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 56; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.E.; *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 486. Por otra parte, la imposibilidad de su inscripción registral hace vana toda discusión acerca de la forma que deba adoptar el documento en el que se contengan. Ver también lo dispuesto por el artículo 9.1.1º del BALCI que establece: "1. Propietarios y poseedores están obligados a: 1º. Cumplir las normas de régimen interno que, con respecto de las leyes y del título de constitución y estatutos, pueda acordar la Junta a fin de regular la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes."

⁴⁵² FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Pág. 487; MUÑIZ ESPADA, ESTHER; *Los acuerdos contrarios...*, cit. Pág. 1868; PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Pág. 32. En contra, ver: ARROYO LÓPEZ-SORO, JOSÉ; *Propiedad horizontal...*, cit. Pág. 135. Considera que para acceder al Registro tienen que tener constancia en documento público. Sin embargo, en pág. 136, en clara contradicción (una de las muchas en las que incurre el autor a lo largo y ancho de su obra) con la anterior afirmación, considera que no pueden tener acceso al Registro en ningún caso.

⁴⁵³ Ver también: MUÑIZ ESPADA, ESTHER; *Los acuerdos contrarios...*, cit. Pág. 1868.

⁴⁵⁴ BRIOSO ESCOBAR, ENRIQUE LUÍS; *Los estatutos, reglamentos y juntas...*, cit. Pág. 126. Considera que sin embargo de la literalidad del precepto "...parece procedente su aplicación a éstos por vía analógica."

⁴⁵⁵ Ejemplo de la confusión que genera lo encontramos en: VENTURA-TRAVERSET GONZÁLEZ, ANTONIO; *Patología de la propiedad horizontal*, cit. Pág. 23. Confunde los reglamentos y los estatutos cuando propugna la necesidad de desaparición de los segundos (a los que llama reglamentos) tras la instauración de la normativa imperativa contenida en la LPH de 1960.

entre unos y otros: la potestatividad e innecesariedad de su otorgamiento⁴⁵⁶ y su referencia al aspecto dinámico de la vida de la comunidad de propietarios⁴⁵⁷.

La distinción efectiva, de nuevo, tendrá que basarse en la finalidad perseguida por unos y otros. Esa finalidad será la que delimite el ámbito operativo de cada uno de ellos.

Así, en palabras del TS, en una sentencia de julio de 1978, se definía a los reglamentos como: *"...unas reglas de tipo interno que regulan los detalles de convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, que no norman derechos ni crean limitaciones a tales derechos, pues para ellos se requiere el consentimiento unánime de todos los copropietarios creando las normas estatutarias correspondientes... a través de un Reglamento de régimen interior no se puede privar o modificar el derecho de todo copropietario sobre el bien singular y el bien común."*⁴⁵⁸.

b) Los órganos de la comunidad.

Al afrontar el estudio de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal habíamos visto como no bastaba la realización del mismo desde una perspectiva estática o puramente dogmática. El régimen de propiedad horizontal y la comunidad que de él se derivan deben ser analizados desde un punto de vista dinámico o de funcionamiento

⁴⁵⁶ En igual sentido, ver: GARCÍA GIL, FRANCISCO JAVIER; *Derecho necesario y derecho dispositivo...*, cit. Pág. 3; MUÑIZ ESPADA, ESTHER; *Los acuerdos contrarios...*, cit. Pág. 1868; BRIOSO ESCOBAR, ENRIQUE LUÍS; *Los estatutos, reglamentos y juntas...*, cit. Págs. 106-107. Basa su argumentación en que si los estatutos no son obligatorios en su otorgamiento: *"..., menos todavía lo serán los reglamentos de régimen interior, subordinados a los anteriores."*

⁴⁵⁷ En contraposición al título constitutivo que se refiere al aspecto estático o de nacimiento del régimen.

⁴⁵⁸ En igual sentido, ver: ORTEGA LLORCA, VICENTE; *El arrendamiento de locales de negocio, la Ley de Propiedad Horizontal y el principio de autonomía de la voluntad privada*, RGD, (579), 1992, cit. Pág. 11336.

efectivo. Es precisamente esa perspectiva dinámica⁴⁵⁹ ⁴⁶⁰ la que nos introduce en el estudio de los "órganos" de los que nos habla la Exp. Mot. de la LPH de 1960⁴⁶¹ ⁴⁶².

Con anterioridad a la promulgación de la LPH de 1960, el silencio legislativo acerca de la forma de administrar los elementos comunes se paliaba mediante el recurso a la aplicación extensiva del régimen de mayorías contemplado en el art. 398 CC. Sin embargo, el sistema de asamblea resultaba lento y poco operativo y la práctica cotidiana intentó atajar el problema buscando una solución más ágil: designar a uno de los propietarios para que en calidad de administrador o de representante de todos ellos se encargase, por un período de tiempo determinado, de resolver los problemas derivados de la administración⁴⁶³.

⁴⁵⁹ En igual sentido, ver: PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *El derecho de propiedad horizontal...*, cit. Pág. 49. Considera que la necesidad intrínseca de la colectividad de propietarios de actuar tanto en un sentido interno, hacia los propios propietarios, como en un sentido externo, hacia terceras personas, conlleva, "...como consecuencia lógica, que dicha colectividad de propietarios tiene, por tanto, que estructurarse orgánicamente..."; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ; GARRIDO CERDÁ, EMILIO; SOTO BISQUERT, ANTONIO; *Modalidades en la constitución...*, cit. Pág. 233; FRANCO MOLINA, JOSÉ; *Casas divididas por pisos*, Rev. Pretor, nº4, diciembre 1952, cit. Págs. 3-13. Realiza, además de otros aspectos, un análisis de la estructura orgánica de la comunidad.

⁴⁶⁰ Y esa perspectiva dinámica es la que ha llevado a cierto sector doctrinal, como veíamos *supra*, a analizar a la comunidad de propietarios en propiedad horizontal como un fenómeno asociacionista o societario e, incluso, a propugnar la necesaria atribución de personalidad a la misma. En este sentido, ver: PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 180. Ve la creación de órganos como un paso más en el camino hacia la atribución de personalidad a tales entes.

⁴⁶¹ Dice así: "*La concurrencia de una colectividad de personas en la titularidad de derechos que, sin perjuicio de su sustancial individualización, recaen sobre fracciones de un mismo edificio y dan lugar a relaciones de interdependencia que afectan a los respectivos titulares, ha hecho indispensable en la práctica la creación de órganos de gestión y administración.*".

⁴⁶² Si bien el texto articulado evita la utilización de la palabra "órgano". Se produce con ello una más de las muchas discordancias que se pueden apreciar entre el articulado de la LPH y su preámbulo. En este sentido, ver también: VIDAL MARTÍNEZ, JAIME; *Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 1079. Ve la causa de que la LPH evite la utilización de tal vocablo en que su empleo: "...parece presuponer la existencia de una persona jurídica que el ordenamiento positivo español no reconoce.". Esta situación, sin embargo, quedará solucionada de entrar en vigor el art. 13 (al que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218), pues en el mismo, además de listarse nominalmente ciertos órganos y permitir la creación de otros, se encabeza el texto de su norma 1ª como sigue: "*1. Los órganos de gobierno de la comunidad son los siguientes: ...*".

⁴⁶³ En igual sentido, ver: OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 877; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 345. Afirma que la mayoría de tales pactos se contenían en los estatutos de las comunidades de propietarios, de los que llegaron a ser cláusula habitual.

Es la experiencia derivada de la práctica anterior la solución que acogerá posteriormente la LPH de 1960. La intención de la Ley en este sentido no será sino que la de agilizar en lo posible el funcionamiento diario de este régimen de bienes, especial en atención a su objeto y a la pluralidad de titulares que sobre él convergen⁴⁶⁴. Resulta claro en este sentido el contenido de la Exp. Mot. cuando establece que: “*La Ley, que en todo momento se ha querido mostrar abierta en las enseñanzas de la experiencia, la ha tenido muy especialmente en cuenta en esta materia. Y fruto de ella, ..., ha sido confiar normalmente el adecuado funcionamiento del régimen de propiedad horizontal a tres*⁴⁶⁵ órganos⁴⁶⁶: *La Junta, el presidente de la misma y el administrador.*”.

⁴⁶⁴ En igual sentido, ver: MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Pág. 887; HERRERO GARCÍA, MARÍA JOSÉ; *La junta de propietarios y la función representativa...*, cit. Pág. 421.

⁴⁶⁵ Aunque hable de un número concreto de órganos, consideramos que la expresión *normalmente* (aparte de que pueda referirse también al régimen especial de administración a que se remite el art. 12 6º de la LPH de 1960) puede ser entendida en el sentido de permitir la existencia de mayor número de ellos. En igual sentido, ver: SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN; *Los órganos de la propiedad horizontal...*, cit. Págs. 323 y 326. Considera la existencia de esos tres órganos y la de otro no independizado en el texto legal y de función certificante y formalizadora: el secretario. A su entender la Ley sólo exige la existencia de un órgano personal (el presidente) y otro colectivo (la junta) y, permite expresamente la existencia de otros dos (el administrador y el secretario) sin prohibir, no obstante, la concurrencia de otros que no nombra; SALINAS VERDEGUER, EDUARDO; *Aspectos procesales de la Ley de Propiedad Horizontal*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 175; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Págs. 345, 347 y 358. Considera que la LPH no podía hacer otra cosa que recoger la flexibilidad y amoldabilidad a las necesidades del caso concreto de la práctica previa a su promulgación. Debe pues interpretarse que la Ley nombra aquellos órganos que estima necesarios y otros que considera convenientes, sin que ello permita entender que establece un listado de *numerus clausus*; MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 16. Puntualiza que, aunque puede haber más de los legalmente enumerados, necesarios sólo lo son el presidente y la junta; PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Págs. 185-186. A este respecto, ver también: artículo 14.1 BALCI que establecía que: “*Son órganos de la comunidad las Juntas de Propietarios, general o especiales, el Presidente de la comunidad, el Administrador y el Secretario. En los Estatutos pueden preverse, además, otros órganos de gobierno, sin menoscabo, frente a las personas ajenas a la comunidad, de las funciones, poderes y facultades de los órganos que la Ley establece.*”; PROPOSICIÓN DE LEY 122/000062 que propone la modificación del artículo 12 de la LPH que quedaría redactado en estos términos: “*Son órganos de la comunidad la junta de propietarios, el presidente de la comunidad, el administrador y el secretario...*”; Proposición de Ley 122/000218 que, al dar redacción a la norma 1ª del futuro artículo 13, lista como órganos comunitarios: “*a) La Junta de propietarios; b) El Presidente y, en su caso, los Vicepresidentes; c) El Secretario; d) El Administrador.*”, si bien, inmediatamente después, establece que: “*En los Estatutos, o por acuerdo mayoritario de la Junta de propietarios, podrán establecerse otros órganos de gobierno de la comunidad, ...*”.

⁴⁶⁶ MONEDERO GIL, FRANCISCO; *La comunidad de propietarios...*, cit. Págs. 649-652. Considera que si el legislador ha trasladado el concepto de órgano a esta sede desde aquél que le es propio (la persona jurídica), es debido a la semejanza que presenta con los fenómenos personificados el ahora estudiado de la propiedad horizontal. Sea como fuere, lo cierto es que para el autor la solución a los problemas de

Así, se puede observar que la Ley ha establecido una tripartición orgánico-funcional básica que no impide la ampliación del número de órganos pero sí la eliminación de los dos expresamente requeridos por la misma⁴⁶⁷. En esa tripartición se distinguen: las funciones de representación y coordinación correspondientes al presidente; las puramente administrativas de ejecución de los acuerdos y gestión normal de intereses comunitarios, correspondientes al administrador (cargo por otra parte no necesario en cuanto puede ser desempeñado por el presidente⁴⁶⁸); las de suprema decisión sobre todo lo relativo a la comunidad, las de soberanía, correspondientes a la junta de propietarios.

Desde este punto de vista se puede concluir diciendo que los órganos referidos son muy necesarios para el correcto funcionamiento de tal institución pero que, no obstante los términos imperativos del art. 12 LPH "... elegirán de entre ellos...", no resultan obligatorios. Existe un deber legal de nombramiento de los mismos, pero se trata de un deber carente de la correspondiente sanción aparejada⁴⁶⁹ para el caso de

actuación tanto de la comunidad de propietarios, como de las personas jurídicas, pasarán por la adecuada configuración de la representación de las mismas. Ver también: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 867-70. Acepta la calificación legal del presidente como órgano.

⁴⁶⁷ En igual sentido, ver: PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Págs. 51-56. La Proposición de Ley 122/000218, por su parte, lista cinco órganos, de los cuales uno es de existencia facultativa [los Vicepresidentes (norma 4ª) (nótese, además, que se refiere a ellos en plural sin que, a nuestro modo de ver, tenga que haber inconveniente en aceptar el nombramiento de uno solo)], y otros dos de necesaria existencia pero susceptibles de recaer en personas diferenciadas (norma 6ª), y que, salvo acuerdo expreso de la junta en contra, recaerán en la misma persona que ostente la presidencia (norma 5ª).

⁴⁶⁸ En este sentido, ver: GONZÁLEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Pág. 131. Considera que: " Cuando la LPH permite que ambas figuras coexistan en un mismo ámbito de poder para administrar, no está restando facultades al Presidente, sino facultando al mismo para delegar una tarea material demasiado ardua para ejercerla por uno de los propietarios de forma desinteresada en aquellas comunidades demasiado complejas..., en definitiva, está permitiendo la posibilidad de una delegación en el poder de administrar."

⁴⁶⁹ Situación ésta que, al menos en referencia al presidente (y, curiosamente, también respecto de los Vicepresidentes, por cuanto la norma cuarta del futuro art. 13 establece, en su párrafo 1º, que: "4. La existencia de Vicepresidentes será facultativa. Su nombramiento se realizará por el mismo procedimiento que el establecido para la designación del Presidente."), soluciona la norma 2ª del futuro art. 13 de la LPH (al que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218) al establecer que: "2. El Presidente será nombrado, entre los propietarios, mediante elección, turno rotatorio o sorteo. El nombramiento será obligatorio, si bien el propietario designado podrá solicitar su relevo al Juez dentro del mes siguiente a su acceso al cargo, invocando las razones que le asistan para ello. El Juez, a través del procedimiento establecido en el artículo 17. 3º resolverá de plano lo procedente, designando en la

incumplimiento. La existencia de la junta o la del presidente no se configuran pues, a diferencia de lo que sucede con el título constitutivo, como requisitos de nacimiento del régimen de propiedad horizontal, sino como medios para su correcto funcionamiento práctico.

Considero, a modo de resumen de lo hasta aquí expuesto, que la expresión “órganos” no puede tener el mismo alcance que cuando se refiere a personas jurídicas. Debe ser entendida como una forma de hacer referencia a la organización estable de la que se dota a las comunidades de propietarios en propiedad horizontal⁴⁷⁰, por contraposición a la no esencialidad de esa organización en las comunidades de bienes del CC.

b.1. La junta; sus facultades.

Es lugar común en la doctrina^{471 472} aceptar la definición que la Ley realiza de la junta de propietarios. Según la Exp. Mot. De la LPH de 1960 se trata del: “Órgano

misma resolución al propietario que hubiera de sustituir al Presidente en el cargo. [...] Igualmente podrá acudir al Juez cuando, por cualquier causa, fuese imposible para la Junta designar Presidente de la comunidad.” Por su parte, el párrafo 1º de dicha norma es objeto de enmienda por la nº 29 de la Proposición de Ley 624/000020 del Senado.

⁴⁷⁰ BADENAS CARPIO, J. M.; *La representación...*; AC nº 8 1998, cit. Pág. 170.

⁴⁷¹ En este sentido ver, entre otros: OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 884; INFANTE LOPE, JULIA; *Todo sobre comunidades de propietarios*, Ed. De Vecchi, Barcelona, 1985, cit. Pág. 95. Incide especialmente en la finalidad para la que la junta es creada, que no es otra que la de dirigir el gobierno de los elementos y servicios comunes del edificio sometido al régimen de propiedad horizontal; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Pág. 908.

⁴⁷² Referencia aparte merecen aquellos autores que en virtud de una errónea asimilación entre las naturalezas jurídicas de la propiedad horizontal como institución y de la comunidad a la que ésta da lugar, consideran que la junta es la comunidad misma. Debido a ello, como veíamos *supra*, llegan a referir el problema de la personalidad no a la comunidad en sí sino a la junta de propietarios. En este sentido, ver: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed., cit. Pág. 149. Considera que la junta es la propia comunidad; VINTRO, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Págs. O 1 y O 7; PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 206. Aunque la Ley la defina como órgano, considera que no es del todo descabellado asimilar la junta a la comunidad misma. Ver también, como se analizó *supra*, la opinión de PARA MARTÍN, ANTONIO; En contra de tal opinión y en el mismo sentido que nosotros, ver: AMAT ESCANDELL, LUÍS; *Sistema de acuerdos...*, en, AA.VV.

*supremo de la comunidad de propietarios compuesta por todos sus titulares, y que tiene los cometidos propios de un órgano rector colectivo.*⁴⁷³ Su función principal consistirá pues en la formación de voluntad de la comunidad, siendo independiente que la declaración de la misma, una vez formada, se realice por ella misma o a través de otro de los órganos de los que la Ley dota a estos entes carentes de personalidad jurídica⁴⁷⁴.

Siendo semejante el proceso de formación de voluntad de estos entes al de cualesquiera otros de composición plural, personificados o no, resulta evidente que los acuerdos emanados de los mismos vincularán a todos sus miembros siempre que hayan sido adoptados respetando el procedimiento legalmente establecido⁴⁷⁵ ⁴⁷⁶. Tal

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 147; MONEDERO GIL, FRANCISCO; *La comunidad de propietarios...*, cit. Pág. 654; ARROYO LÓPEZ-SORO, JOSÉ; *Propiedad horizontal...*, cit. Pág. 107. Considera a la junta como órgano supremo y niega la personalidad de la misma.

⁴⁷³ Aceptamos su designación como "órgano" teniendo en cuenta que lo hacemos en los términos descritos en el epígrafe anterior. En parecido sentido, ver: PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Págs. 56-57. Opina que la falta de personalidad de tales entes en la legislación actual impide considerar que nos encontremos ante verdaderos órganos. Por su parte el BALCI estableció la siguiente redacción para el artículo 15.1 y 2: "1. La Junta general de propietarios es el órgano supremo de la comunidad y a ella corresponden el gobierno y gestión de los intereses comunes. [...] 2. Ni el título de constitución ni los Estatutos pueden limitar los poderes de la Junta.". Por su parte, la Proposición de Ley 122/000218 omite cualquier calificación de la naturaleza jurídica de la junta y procede, tan sólo, a listar sus competencias en el futuro art. 14 de la LPH (al que da redacción el art. 8º de la misma).

⁴⁷⁴ En igual sentido, ver: MONEDERO GIL, FRANCISCO; *La comunidad de propietarios...*, cit. Pág. 652. Acepta la definición que la Ley hace de la junta y añade a ella el hecho de que se trata de un órgano no representativo, de un "... órgano deliberante de la comunidad de propietarios a través del cual y con sujeción a los requisitos establecidos por la Ley, se forma en todo caso, y se declara por sí, o por otro órgano, la voluntad de la comunidad de propietarios."; PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Págs. 56-57. Considera que se trata de un "órgano" no representativo que no supone una verdadera relación orgánica por cuanto la misma implica de suyo la existencia de una dualidad de voluntades, la de los miembros individuales que componen la persona jurídica y la del ente personificado al que dan lugar. Ver también: HERRERO GARCÍA, MARÍA JOSÉ; *La junta de propietarios y la función representativa...*, cit. Pág. 423. En contra de tal opinión: SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN; *Los órganos de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 335. Si bien coincide con los autores anteriormente citados en el hecho de considerar a la junta como el órgano emisor de la voluntad comunitaria, opina que tal voluntad no es la unión de la de todos los propietarios, "... sino la de la junta que legal y obligatoriamente les representa."

⁴⁷⁵ En igual sentido, ver: PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Págs. 57-58. Opina que la junta, al carecer de personalidad la comunidad (si bien él considera que la personalidad, de lege ferenda, se debiera atribuir a la junta y no a la comunidad), no formará una voluntad distinta a la de sus miembros, pero, "... como colectivo, sí puede conseguir la sustitución de la voluntad de unos por la de otros..."; SALINAS VERDEGUER, EDUARDO; *Aspectos procesales de la Ley de Propiedad Horizontal*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 176. Considera que la

vinculación de la totalidad de los propietarios no se producirá sólo en los casos en los que los acuerdos hayan sido adoptados por unanimidad⁴⁷⁷, sino también en aquéllos

referencia al “órgano” es necesaria para dar explicación a la vinculación de los disidentes en caso de acuerdos adoptados por mayoría.

⁴⁷⁶ Cuestión aparte es la de si esos acuerdos vincularán también a los propietarios futuros. Por nuestra parte, consideramos que ello debe ser así pues, de lo contrario, sería imposible el funcionamiento corporativo de la institución. Nótese que tal opinión no supone contradicción con la mantenida *supra* (refiriéndonos a la no oponibilidad a futuros adquirentes de obligaciones frente a terceros ajenos a la comunidad, nacidas en cabeza del transmitente del derecho del nuevo comunero con anterioridad a la adquisición de la posición de propietario por parte de este último) por cuanto ahora nos estamos refiriendo a la vinculación de los mismos a los acuerdos de la comunidad referentes a las relaciones estrictamente internas de la misma. El BALCI preveía expresamente esta contingencia en su artículo 12, que establecía que: “... Resultará personalmente obligado a satisfacer su parte en los gastos quien en el momento en que haya de verificarse el pago sea el titular de la respectiva propiedad... Responderá con él solidariamente, en caso de transmisión: el antiguo dueño por las cuotas que venzan después de la transmisión y que sean reclamadas judicialmente antes de que tenga conocimiento de ella la comunidad... El nuevo dueño, y hasta donde alcance la propiedad adquirida, por las cuotas generadas durante los dos años anteriores a la transmisión... En relación a cada propiedad separada que sea objeto de un procedimiento de ejecución, gozará de preferencia, frente a cualquier otro, el crédito de la comunidad por las cuotas o cantidades que hayan vencido dentro de los dos años anteriores a la enajenación forzosa. En caso de existir por este crédito anotación preventiva, la preferencia se extenderá a las cuotas y cantidades reclamadas que hayan vencido dentro de los dos años anteriores a la anotación o que venzan después; pero frente a terceros adquirentes de la propiedad separada o de derechos reales, sólo hasta el importe máximo del doble de la cantidad líquida inicialmente reclamada, el cual habrá de constar en la anotación. ...4. El dueño al transmitir a título oneroso una propiedad separada deberá manifestar al adquirente si se halla al corriente en los pagos y si hay responsabilidades o deudas pendientes a cargo de la comunidad. En la escritura pública de la transmisión se consignará expresamente esta manifestación.”. Por su parte, la Proposición de Ley 122/000218 establece (en los párrafos 3º y 4º del apartado e) de la norma primera del futuro art. 9 que: “El adquirente de una vivienda o local de negocio en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior. El piso o local de negocio estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación, resultando igualmente aplicables en este caso las reglas sobre prelación de créditos señaladas en el párrafo anterior. [...] En el instrumento público mediante el que se transmita (nos preguntamos lo que sucederá en el supuesto de que la transmisión no se produzca en esta forma), por cualquier título, la vivienda o local de negocio el transmitente deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales de la comunidad de propietarios o expresar los que adeude. El transmitente deberá aportar en este momento certificación sobre el estado de deudas con la comunidad coincidente con su declaración, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento del documento público, salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente. La certificación será emitida en el plazo máximo de siete días naturales desde su solicitud por quien ejerza las funciones de Secretario, con el visto bueno del Presidente, quienes responderán, en caso de culpa o negligencia, de la exactitud de los datos consignados en la misma y de los perjuicios causados por el retraso en su emisión.”, responsabilidades que, para ser exigidas, deberá hacerse por medio del nuevo procedimiento monitorio que establece el art. 15º de dicha Proposición de Ley (por el que se crea un nuevo art. 21). Ver también las enmiendas 14, 25 y 26 del Senado, contenidas en la Proposición de Ley 624/000020. En parecido sentido, ver: PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *Propiedad horizontal*: ..., cit. Pág. 873.

⁴⁷⁷ En contra, ver la opinión de: GONZÁLEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad*..., cit. Pág. 44. Considera que: “...: el ámbito de actuación vetado a la comunidad de

otros que lo hayan sido por mayoría, dejando a salvo siempre, eso sí, la facultad de impugnación de los mismos por parte de los disidentes⁴⁷⁸.

Sentado que la junta es el "órgano" de formación de la voluntad de la comunidad, la cual sustituye a la de los comuneros individuales; tendremos que ver ahora quienes son los comuneros que, individualmente considerados, ostentan el derecho de voto para la formación de esa voluntad comunitaria⁴⁷⁹.

Según el artículo 14 de la LPH⁴⁸⁰ tendrán derecho de asistencia y voto⁴⁸¹ a la junta los titulares propietarios de cada uno de los pisos o locales, con la particularidad

propietarios coincide con el de las materias que, según la Ley, han de ser decididas por la unanimidad de los partícipes en el régimen: la unanimidad, diríamos, es la expresión del ius prohibendi, que renace con toda su fuerza en el procedimiento para evitar los actos que vulneren el contenido dominical del propietario disconforme... A sensu contrario,... sólo los actos que pudieran ser válidamente autorizados por la Junta de propietarios con el voto favorable de la mayoría,..., se hallaría comprendido dentro del ámbito <<corporativo>> del grupo". Recordemos que, la Proposición de Ley 122/000218, al menos respecto de los acuerdos cuya aprobación requiere de la unanimidad o de una mayoría cualificada, reconoce en el párrafo 5º de la futura norma 1ª del art. 17 (al que da redacción el art. 11º) que: "Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios."

⁴⁷⁸ En el mismo sentido: HERRERO GARCÍA, MARÍA JOSÉ; *La junta de propietarios y la función representativa...*, cit. Pág. 424.

⁴⁷⁹ A este respecto, ver: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La asistencia y la intervención en la junta de propietarios*, RDPriv. enero 1966, cit. Págs. 18-37.

⁴⁸⁰ La norma 1ª del futuro art. 15 (al que da redacción el art. 9º de la Proposición de Ley 122/000218) reproduce, con ligeras modificaciones de estilo, el contenido del art. 14 de la LPH de 1960. La enmienda 17 del senado (Proposición de Ley 624/000020), por su parte, propone la supresión de la expresión "... de negocio."

⁴⁸¹ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 914-20. Realiza un profuso estudio de los diversos supuestos de asistencia y voto tratados por la LPH. Ver también el artículo 16 del BALCI que establecía lo siguiente: "1. El Presidente convocará la Junta en las ocasiones que impongan la Ley o los Estatutos y cuando lo estime oportuno. [...] Cualquier propietario puede pedir al Presidente la convocatoria si hubiese justa causa para ello, y si no fuera atendido, podrá acudir al Juez quien, oído el Presidente, decidirá sin ulterior recurso, salvo el de reposición. [...] En todo caso el Presidente estará obligado a convocar la Junta cuando lo soliciten veinte propietarios, el veinticinco por ciento de todos los propietarios o los que representen el veinticinco por ciento del valor total de las cuotas. Si el Presidente no efectúa la convocatoria en el plazo de cinco días, los solicitantes podrán convocarla por sí mismos conjuntamente. 2. En la convocatoria se expresarán los asuntos a tratar y el día, hora y lugar de la reunión, que habrá de efectuarse dentro del municipio en que radique el conjunto o, en caso de grave dificultad, en uno de los limitrofes o, en último término, en la capital de provincia. 3. La convocatoria se enviará con quince días, cuando menos, de anticipación, salvo que los Estatutos establezcan mayor plazo. En los casos urgentes bastará la antelación necesaria para que la convocatoria pueda llegar a conocimiento de todos. [...] El secretario hará constar en el Libro de actas el texto de la convocatoria y que ha sido debidamente notificada a cada propietario. 4. La Junta podrá constituirse para decidir cualquier asunto, aún sin convocatoria,

de que si aquél perteneciese proindiviso a varios, uno sólo de ellos será el que, en representación de los demás, pueda votar⁴⁸². La asistencia y votación de los propietarios podrá llevarse a cabo asimismo mediante representación legal o voluntaria⁴⁸³, bastando, para acreditar la concurrencia de tal calidad “... un escrito firmado por el propietario.” La razón del poco formalismo exigido para probar tal representación hay que buscarla en el hecho de que la misma está destinada a surtir efectos entre los propietarios del inmueble y no frente a terceros ajenos a la comunidad⁴⁸⁴.

siempre que concurran todas las personas con derecho de voto y lo acuerden así por unanimidad.” Ver también: Ley de Strata Titles australiana, que prevé la interesante posibilidad de suspensión del derecho de voto del propietario que impague sus cuotas comunitarias. Además, en caso de hallarse el piso gravado por hipoteca, el derecho de voto corresponderá al acreedor hipotecario. En contra de la posibilidad de acoger tal solución en nuestro sistema, ver: PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Pág. 125. Esta saludable previsión es la que se recoge en la norma 2ª del art. 15 (al que da redacción el art. 9º de la Proposición de Ley 122/000218), al establecer que: “Los propietarios que en el momento de iniciarse la junta no se encontrasen al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la comunidad y no hubiesen impugnado judicialmente las mismas o procedido a la consignación judicial o notarial de la suma adeudada, podrán participar en sus deliberaciones si bien no tendrá derecho de voto. El acta de la junta reflejará los propietarios privados de voto, cuya persona y cuota de participación en la comunidad no será computada a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en esta Ley.”.

⁴⁸² AMAT ESCANDELL, LUÍS; *Sistema de acuerdos...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 150. Considera que las normas de elección de este representante serán las contenidas en el art. 398 CC y que por ello bastará la mayoría. Respecto de las atribuciones que le hayan de ser conferidas: en caso de tener que ser tratado en junta algún asunto que implique la puesta en juego de facultades dispositivas, se requerirá la atribución de las mismas por unanimidad.

⁴⁸³ En igual sentido, ver: AMAT ESCANDELL, LUÍS; *Sistema de acuerdos...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 149. Puntualiza que la representación voluntaria debe ser atribuida para cada junta. Asimismo y, para el caso de actos de disposición, considera que será necesario un poder especial, exigible incluso en aquellos supuestos en los que el piso pertenezca a un matrimonio en régimen legal de gananciales y vaya a asistir a la junta uno sólo de los cónyuges. Ver también lo que estableció el BALCI en su artículo 18: “1. Se entenderá legitimado para asistir a las juntas y votar quien figure como propietario en el Libro de domicilios o acredite suficientemente la propiedad. 2. El derecho de asistencia y voto correspondiente a cada propiedad separada será ejercitado por una sola persona y bastará al efecto que tenga poderes o facultades de administración ordinaria. Si sobre la propiedad separada está constituido, a su vez, un subconjunto inmobiliario, el derecho de voto corresponderá a su presidente. 3. El derecho de asistencia y voto puede ejercitarse por representación legal o voluntaria. La representación voluntaria debe consignarse por escrito y ser especial para cada Junta, salvo que el poder sea notarial. [...] El propietario podrá votar por carta siempre que ésta llegue oportunamente a la Junta a través del Secretario o de otro de los votantes. El propietario que vote por carta se computará como asistente. 5. La persona con derecho de asistencia podrá ir acompañada de otra persona e intervenir, a través de ésta, en la deliberación. También podrá asistir acompañada de Notario a fin de levantar acta de las incidencias y acuerdos.”

Asimismo, establece la Ley dos reglas especiales: en caso de hallarse el piso o local en usufructo: "... la asistencia y el voto corresponden al nudo propietario, ..."; sin embargo, la asistencia y derecho de voto corresponderán al usufructuario: "...salvo manifestación en contrario (del nudo propietario), se entenderá representado por el usufructuario, debiendo ser expresa la delegación cuando se trate de los acuerdos a que se refiere el número 1º del artículo 16, o de obras extraordinarias o de mejora."

No consideramos que, ante los taxativos términos empleados por el artículo 14 LPH, y en ello coincidimos con autores como SANTIAGO VINTRÓ Y DOMINGO LLOR⁴⁸⁵, se pueda considerar facultados para votar a los arrendatarios, administrador no propietario, titulares del dominio útil (salvo que lo hagan por delegación del titular del dominio directo, con las mismas facultades, en ese caso, que el usufructuario), o habitacionistas.

De todo ello se desprende que la norma general, salvo las excepciones apuntadas, es la de que a las juntas podrán asistir y votar los propietarios de pisos y locales. A estos efectos debemos entender que tal cualidad se reunirá en todo comprador de un piso o local del inmueble, incluso si su título de adquisición consta tan sólo en documento privado⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ En parecido sentido, ver: OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 884.

⁴⁸⁵ VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. O 2.

⁴⁸⁶ En igual sentido, ver: AMAT ESCANDELL, LUÍS; *Sistema de acuerdos...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 147. En contra: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 368. En la nota 590 establece que si bien la opinión generalizada en doctrina y jurisprudencia es la mantenida por nosotros, el artículo 32 LH establece que los títulos de dominio sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero. Consideramos incorrecta tal opinión porque el artículo 32 LH se está refiriendo al tercero hipotecario, es decir, al tercero ajeno a la comunidad misma. Como en este caso nos estamos refiriendo a la prueba de la titularidad del derecho a efectos internos consideramos que tal artículo no resulta de aplicación al caso; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Pág. 308. Considera que los compradores con pacto de reserva de dominio no podrán asistir a las juntas ni ostentar el cargo presidencial entre tanto no hayan abonado el último plazo.

Sin ánimo de exhaustividad⁴⁸⁷, por exceder del ámbito de este estudio, tenemos que realizar una breve referencia a los diferentes tipos de juntas y a los sujetos legitimados para convocarlas. El artículo 15 de la LPH es claro al respecto y establece la diferenciación entre: la junta ordinaria, la cual se tendrá que reunir, de manera obligatoria al menos una vez al año, para aprobar los presupuestos y cuentas⁴⁸⁸; y las juntas extraordinarias⁴⁸⁹. Tanto una como las otras, en principio, tendrán que ser convocadas por el presidente de la comunidad. No obstante, la Ley permite que la reunión sea solicitada por la cuarta parte de los propietarios o un número de los mismos cuyas cuotas de participación representen, al menos, el 25 % del total⁴⁹⁰. En este supuesto y, de no ser atendida la petición por parte del presidente, la Ley autoriza a que la convocatoria formal de la junta sea realizada por los “promotores de la reunión”. Por último, el párrafo 3º *in fine* del art. 15 de la LPH permite la reunión de la junta sin necesidad de convocatoria formal de la misma por parte de su presidente “..., siempre

⁴⁸⁷ A modo de mero apunte tenemos que manifestar la peculiaridad del sistema de acuerdos de la LPH con respecto al establecido por la Ley de Sociedades anónimas. En el caso de los acuerdos que hayan de ser adoptados por mayoría, la LPH, a diferencia de la LSA, no regula un *quórum* de asistencia, sino uno de votación o de validez de los acuerdos (*ex art.* 16). En parecido sentido, ver: MONEDERO GIL, FRANCISCO; *La comunidad de propietarios...*, cit. Pág. 658; OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Págs. 884.

⁴⁸⁸ El artículo 24 del BALCI establecía que: “1. La Junta ordinaria tendrá por objeto la censura de las cuentas y de la actuación de los órganos sociales, la aprobación del presupuesto y la revocación de los cargos si procediere. [...] En la misma Junta podrá también decidirse cualquier otro asunto que figure en el orden del día. 2. Habrá de convocarse una vez al año. El Presidente procurará que la reunión se efectúe dentro de los meses de mayor ocupación del conjunto. [...] Con la convocatoria se acompañará el estado de las cuentas que rinde el administrador y el proyecto de presupuesto para el ejercicio anual en curso.”. La Proposición de Ley 122/000218 pasa a regular esta materia en el art. 16 (al que da redacción el art. 10º), el cual: conserva, en su norma 1ª, el párrafo 1º del vigente art. 15 (al que añade un fragmento la enmienda 33 introducida por el Senado); la norma 2ª mantiene el texto del vigente párrafo 2º pero remite, en cuanto a la forma de citación, a lo dispuesto por el futuro art. 9.

⁴⁸⁹ El artículo 25 del BALCI, por su parte, establecía que: “1. Se decidirán en Junta especial las cuestiones que afecten sólo a los elementos, instalaciones y servicios cuyos gastos hayan de repartirse, según el título constitutivo, conforme a módulos distintos de los ordinarios. 2. Se convocará únicamente a los propietarios que hayan de soportar los gastos y en las mayorías de interés se reputará como cuota la que corresponda a esos gastos. 3. Asumirá en estas Juntas las funciones de Presidente el nombrado al efecto en una de ellas. Entre tanto, tendrá estas funciones el Presidente de la comunidad o, por su delegación, alguno de aquellos propietarios. 4. En ningún caso podrán tomarse acuerdos que menoscaben los intereses de los propietarios ajenos a la Junta especial y, de adoptarse, el administrador no los ejecutará. 5. Por lo demás rigen las reglas de las Juntas generales y de sus acuerdos.”.

⁴⁹⁰ La fórmula disyuntiva empleada por el precepto permitirá que la junta pueda ser solicitada y convocada por un sólo propietario si su cuota de participación rebasa el 25 %. En igual sentido, ver: AMAT ESCANDELL, LUÍS; *Sistema de acuerdos...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 148.

que concurran la totalidad de los propietarios y así lo decidan.⁴⁹¹ Obsérvese que esta última posibilidad resulta de la asimilación de las Juntas Universales previstas en la legislación mercantil referente a sociedades anónimas y limitadas⁴⁹².

Directamente relacionado con lo anteriormente expuesto está el tema de la convocatoria de la primera junta o junta constituyente⁴⁹³. El problema radica, aparte de la total imprevisión legal al respecto⁴⁹⁴, en el hecho de que la Ley, salvo las excepciones apuntadas, confiere al presidente la facultad de convocatoria de la junta y a ésta, a su vez, la de elección del presidente. Ante la omisión legal y la inexistencia de presidente en esta situación, creemos que la solución más lógica es la de considerar facultado para convocar la primera junta a cualquiera de los propietarios del inmueble, con independencia de la cuota de participación que ostenten⁴⁹⁵. La primera junta podrá ser

⁴⁹¹ Obsérvese la virtualidad de tal disposición en aquellos casos en los que el cargo de presidente se halle vacante o, habiendo uno en funciones, se encuentre ausente. No valdrá en cambio para solucionar los casos en los que el presidente se niegue a convocar la junta pues en ese supuesto lo normal será que persista en su actitud de bloqueo no personándose y evitando que se complete así el supuesto de hecho exigido por la norma: "... que concurran la totalidad de los propietarios...". Para este último supuesto la única solución para vencer la resistencia del presidente sería la convocatoria por parte de una cuarta parte de los propietarios o un número de éstos cuyas cuotas de participación representen, al menos, el 25% del total. Previsión que mantiene la norma 3ª, *in fine*, del futuro art. 16 (al que da redacción el art. 10º de la Proposición de Ley 122/000218).

⁴⁹² En igual sentido, ver: AMAT ESCANDELL, LUÍS; *Sistema de acuerdos...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 148; OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Págs. 884-885.

⁴⁹³ Aceptamos el término por lo generalizado de su utilización. Sin embargo, consideramos peligroso su empleo en cuanto pueda hacer pensar que la constitución de la junta es requisito necesario para el surgimiento a la vida jurídica del régimen de propiedad horizontal.

⁴⁹⁴ Lo prevén sin embargo otras legislaciones. Así, por ejemplo, el artículo 36-A de la Ley portorriqueña de 1976 que, intentando solucionar el problema de la provisión de cargos hasta la primera junta, establece que: "El titular o los titulares que sometan el inmueble al régimen de propiedad horizontal, asumirán la administración inicial del inmueble... El traspaso de la administración se efectuará: 1. Tan pronto los titulares elijan a las personas que estarán a cargo de la administración... 2. ...". Aunque no ha sido contemplado expresamente por la Proposición de Ley 122/000218.

Ver también: artículos 7 y 15 de la Ley de Strata Titles australiana de 1967.

⁴⁹⁵ En igual sentido se pronuncian: VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. 0 2; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL; *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, en, "Curso de conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas", Madrid, 1973, cit. Pág. 96; INFANTE LOPE, JULIA; *Código completo de las comunidades de propietarios*, Ed. De Vecchi cop., Barcelona, 1992, cit. Pág. 139.

convocada en cualquier momento posterior al efectivo nacimiento del régimen de propiedad horizontal⁴⁹⁶.

Como última cuestión de interés a los efectos del estudio que se realizará en subsiguientes capítulos, tenemos que abordar, siquiera sea someramente, el análisis del ámbito de facultades de la junta.

Habíamos establecido que la junta era el "órgano" encargado de la formación de la voluntad de la "comunidad" y que resultaba indiferente que la misma, una vez formada, fuera declarada por la misma junta o por otro de los órganos de los que la Ley dota a la comunidad. De hecho, en la práctica totalidad de ocasiones, la voluntad comunitaria será declarada y ejecutada en el ámbito extracomunitario por parte del legal representante de la comunidad; el presidente. Esta circunstancia es la que ha generado dudas en doctrina y jurisprudencia acerca de los límites propios de las facultades de estos dos "órganos"^{497 498}. Tales dudas se han resuelto, mayoritariamente, considerando que la junta es la encargada de formar, en todo caso, la voluntad comunitaria, operativa tanto en el ámbito interno de la misma como en el externo; si bien con la peculiaridad, en este segundo caso, de no poder actuarla por sí misma en la mayoría de supuestos y

⁴⁹⁶ Recordemos que para que el mismo tenga lugar sólo es necesario el título constitutivo. Cuestión aparte es que la formación de la junta no pueda tener efectividad, o resulte superflua, entre tanto no se haya procedido a la transmisión del primero de los pisos o locales en aquellos casos en los que el régimen haya sido creado por un propietario único o constructor. En contra, ver: MONEDERO GIL, FRANCISCO; *La comunidad de propietarios...*, cit. Pág. 655. Considera que para la constitución de la junta cualquier momento posterior al nacimiento del régimen es hábil. La diferencia con la opinión expresada por nosotros se encuentra en el hecho de que para él la institución de la propiedad horizontal no nace a la vida jurídica entre tanto no exista físicamente el inmueble y se haya procedido a la transmisión de los diferentes pisos o locales. Por ello propugna, para el caso de convocarse la primera junta durante ese período de formación de la relación de propiedad horizontal, la aplicación analógica de las normas referentes a la comunidad ordinaria, contenidas en los arts. 392 y ss. CC; VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. O 2; DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 66.

⁴⁹⁷ VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 366. Considera que la dejadez del legislador en la delimitación de las facultades propias de cada uno de los órganos se debe a la obsesión del mismo por controlar las limitaciones impuestas a los propietarios por vía reglamentaria con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LPH.

⁴⁹⁸ Problemática que se analizará con profusión *infra* cuando abordemos la cuestión de la necesidad, o no, del acuerdo previo de la junta, habilitante de la actuación del presidente.

haber de hacerlo por medio de su presidente, legal representante de la misma⁴⁹⁹. Por otra parte, resulta prácticamente unánime la opinión doctrinal que considera que la junta, como tal, no goza de facultades para decidir acerca de los espacios susceptibles de aprovechamiento independiente, quedando restringida su soberanía a los llamados elementos comunes⁵⁰⁰.

b.2. El régimen especial de administración del artículo 398 CC.

La complicación y menguada operatividad que el régimen orgánico establecido por la LPH supondría de ser aplicado a comunidades de propietarios de mediano o pequeño tamaño, generalmente compuestas por vecinos todos ellos pertenecientes a una misma familia, ha hecho que el legislador de 1960 dejase abierta la puerta para acogerse al más sencillo régimen de administración regulado por el artículo 398 del CC^{501 502}.

⁴⁹⁹ En este sentido, ver: SALINAS VERDEGUER, EDUARDO; *Aspectos procesales...*, cit. Pág. 176; MONEDERO GIL, FRANCISCO; *La comunidad de propietarios...*, cit. Pág. 653. No descarta sin embargo que la junta pueda declarar su voluntad hacia el exterior en ciertos casos como, por ejemplo, cuando elige a su representante; SOTO NIETO, FRANCISCO; *Propiedad horizontal. Legitimación activa...*, cit. Págs. 116-117; DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 63.

⁵⁰⁰ OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 885; MONEDERO GIL, FRANCISCO; *La comunidad de propietarios...*, cit. Pág. 655; SOTO NIETO, FRANCISCO; *Propiedad horizontal. Legitimación activa...*, cit. Págs. 116-117; VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. O 7; SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN; *Los órganos de la propiedad horizontal...*, cit. Págs. 331 y 333. Puntualiza que para actos de disposición *ad extra* la junta no actúa como tal sino como conjunto de propietarios considerados individualmente; PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *Propiedad horizontal...*, cit. Págs. 869-870. Considera que para la decisión sobre elementos privativos y comunes, a un tiempo, la junta actúa como conjunto de propietarios considerados individualmente y no como verdadera junta; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Págs. 80-81; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3^a ed., cit. Pág. 911.

⁵⁰¹ En igual sentido, ver: OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 884. Establece textualmente que: "*La Ley establece un sistema de administración un tanto complicado, y por eso sólo es obligatorio en los edificios multifamiliares...*"; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5^a ed., cit. Pág. 361-362; VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. O 15.

⁵⁰² Esta misma posibilidad se mantiene en la Proposición de Ley 122/000218, la cual reproduce, en la norma 8^a del art. 13 (al que da redacción el art. 7^o), el texto del párrafo 6^o del art. 12 de la LPH de 1960.

El artículo 12, párrafo 6º de la LPH establece que: “No obstante, cuando el número de propietarios de pisos o locales en un edificio no exceda de cuatro, podrán acogerse, si expresamente así lo convienen en los estatutos, al régimen de administración del artículo 398 del Código Civil.”. Aparte del ya comentado problema que supone la ilógica exigencia de otorgamiento de estatutos para optar por este régimen especial cuando, como hemos visto, los mismos se configuran por la propia Ley como de carácter potestativo⁵⁰³; el precepto incurre en una inconcreción que ha generado múltiples dudas entre la doctrina. De interpretar su dictado literalmente, nos podríamos encontrar ante situaciones tan anómalas como la que sigue: los propietarios de un edificio compuesto de dos pisos, uno de los cuales se hallase en proindivisión entre cuatro propietarios, no podrían optar por este régimen; por contra, en un edificio de treinta pisos, veintisiete de los cuales pertenecieran a un mismo propietario y los tres restantes a otros tantos, éstos podrían acogerse a la posibilidad que les brinda el párrafo 6º del artículo 12 LPH. La solución resulta inidónea a todas luces. La causa: el legislador no cayó en la cuenta de que cada uno de los pisos o locales puede ser propiedad de varias personas en proindivisión⁵⁰⁴. A nuestro modo de ver la solución pasa por interpretar que el precepto se refiere al número de pisos o locales, con independencia de cuantos propietarios tenga cada uno de ellos⁵⁰⁵.

⁵⁰³ En parecido sentido, ver: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 362; VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Págs. O 16; En contra, ver: PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 181 donde parece que se inclina por la necesidad de la constancia en los estatutos de la voluntad de sometimiento a este régimen de administración inorgánico; DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 57; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 837-38 y 864. Acepta sin críticas la necesidad de otorgamiento de estatutos para acogerse a esta forma de administración.

⁵⁰⁴ En el mismo error incurre: OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 884.

⁵⁰⁵ En igual sentido, ver: AMAT ESCANDELL, LUÍS; *Sistema de acuerdos...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Págs. 145-146; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 864 y ss.; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 361. En contra, ver: PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Pág. 108.

Cuestión diferente es la constituida por el límite operativo que quepa atribuir a tal régimen de administración basado en las mayorías^{506 507}. El límite no puede ser otro que el que su propio nombre indica, los actos de administración⁵⁰⁸. Para todas aquellas cuestiones que pongan en juego facultades dispositivas no será de aplicación el régimen de mayorías y tendrán que regirse por la voluntad de cada uno de los comuneros individualmente considerados, en un sistema semejante al de aquellos acuerdos para los que la LPH (en su régimen preferente) exige la unanimidad⁵⁰⁹.

b.3. El secretario.

La figura del secretario, al igual que la del presidente, representa una institución de nuevo cuño en el ámbito de la propiedad horizontal⁵¹⁰. Es la LPH de 1960 la primera norma que se refiere a la misma. Constituye ello una peculiaridad de nuestro sistema de propiedad horizontal, sólo compartida en el Derecho comparado por lo dispuesto en el

⁵⁰⁶ FERNÁNDEZ CARRERA, JOSÉ Y PACHECO PÉREZ, JUAN LUÍS; *El derecho en la propiedad inmobiliaria*, Ed. Resma, Santander, 1967, cit. Pág. 64. Considera que la mayoría a la que se refiere el art. 398 CC es personal y no por cuotas.

⁵⁰⁷ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 865-67. Considera que en estos supuestos entra en conflicto lo dispuesto por el art. 14. 3 de la LPH de 1960 y lo preceptuado por los arts. 490 y 398 del CC. En estos casos, y por lo que hace referencia al usufructuario, considera que el derecho de voto tiene que radicar, salvo pacto en contrario entre nudo propietario y usufructuario, en el nudo propietario.

⁵⁰⁸ VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 363.

⁵⁰⁹ En igual sentido, ver: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 864 y ss. Para estos casos propugna la aplicación de la regla de la unanimidad contenida en el art. 397 CC; PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Pág. 109.

⁵¹⁰ Ver: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Págs. 343 y 345. Considera que, al igual que sucede con el cargo de presidente, ambos órganos son copiados por la LPH de lo dispuesto para las sociedades y asociaciones. La regulación contenida en la Ley actual no ha hecho sino recoger la que era la práctica habitual en la confección de los estatutos: en algunos de ellos se omitía la referencia al secretario por cuanto sus funciones se atribuían a la competencia del presidente o administrador; en otros, por contra, se mencionaba al mismo atribuyéndole la genérica misión de "cumplir las funciones propias del cargo" y la de sustituir al presidente en casos de "ausencia, enfermedad o imposibilidad" de actuar.

reglamento de la Ley argentina de propiedad horizontal⁵¹¹, y la Ley portorriqueña de 1976⁵¹².

No es éste, sin embargo, el único aspecto en el que se encuentran relacionadas ambas figuras. El párrafo 2º del artículo 12 de la LPH establece que: "... *El presidente actuará al propio tiempo como secretario y administrador si los estatutos no determinan o los propietarios no acuerdan elegir a otras personas para desempeñar dichos cargos, que, a su vez, podrán recaer en la misma persona.*". Y el párrafo tercero que: "*El administrador o secretario-administrador podrá no pertenecer a la comunidad de propietarios.*"⁵¹³.

Del análisis del contenido de los preceptos transcritos se desprende una primera y fundamental idea: El cargo de secretario (al igual que el de administrador) no es de obligatoria elección⁵¹⁴. Se trata de un cargo de existencia facultativa por cuanto sus funciones podrán ser asumidas por el presidente o, en caso de existir, por el administrador^{515 516}.

⁵¹¹ Ver a este respecto: PECES BARBA DEL BRIO, GREGORIO; *Legislación española. Propiedad horizontal*, cit. Pág. 82.

⁵¹² El artículo 38-E de la misma procede a listar sus competencias.

⁵¹³ Si bien con diferente redacción, la misma solución es la contenida en las normas 5ª y 6ª del futuro art. 13 (al que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218). Ver también las enmiendas 7, 15 y 30 del Senado (Proposición de Ley 624/000020) en cuanto, al referirse al Secretario-Administrador, afectan también al Secretario en los supuestos en los que el mismo, además, actúe como Administrador.

⁵¹⁴ En igual sentido, ver: GONZALEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Pág. 128.

⁵¹⁵ De ello se deriva además que, en caso de no querer asumir nadie la titularidad de tal cargo, no existirá problema para proveerlo por cuanto, normalmente, se vinculará a la actuación del administrador. En parecido sentido, ver: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 356.

⁵¹⁶ En igual sentido, ver: SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN; *Los órganos de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 326; INFANTE LOPE, JULIA; *Código completo de las comunidades...*, cit. Pág. 149 y en INFANTE LOPE, JULIA; *Todo sobre comunidades...*, cit. Pág. 114; PECES BARBA DEL BRIO, GREGORIO; *Legislación española. Propiedad horizontal*, cit. Pág. 82. Considera acertada la posibilidad de que las funciones del mismo puedan ser desempeñadas por el presidente o el administrador por cuanto en las comunidades de reducido número de propietarios la excesiva hinchazón orgánica puede suponer una traba a su correcto funcionamiento; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ; GARRIDO CERDÁ, EMILIO; SOTO BISQUERT, ANTONIO; *Modalidades en la constitución...*, cit. Pág. 237. Consideran que además, en la práctica, rara vez suele ser desempeñada tal función por persona diferente de la del administrador. Ver también lo que disponía el artículo 26.1 1º y 2º párrafos del BALCI: "1. La Junta proveerá los cargos de Presidente de la comunidad, Administrador y Secretario. [...] Corresponde a la

Segunda consecuencia que se puede extraer es que el secretario sólo tendrá que ser propietario de uno de los pisos o locales en los casos en los que tal función sea desempeñada por el presidente⁵¹⁷. Tanto si su función es realizada por el administrador como si lo es por una tercera persona, la Ley en ningún momento exige que el mismo haya de pertenecer a la comunidad de propietarios⁵¹⁸.

Por lo que hace referencia a las funciones que tienen que ser desempeñadas por el mismo, el mutismo de la Ley es casi absoluto y sólo se pueden establecer a través de las que el artículo 18 de la LPH dispone como propias del administrador⁵¹⁹. Según el párrafo 5º de dicho precepto sus funciones se restringen a actuar como tal. Podemos concretar éstas en las que siguen: expedir las certificaciones de las juntas que sean

Junta decidir si, además, han de ser nombrados suplentes y si los tres cargos o dos de ellos han de recaer en una sola persona. [...] Proveerá, asimismo, los demás cargos previstos en los Estatutos, salvo que éstos regulen de otro modo su provisión."

⁵¹⁷ Veremos *infra* con más detalle la exigencia de que el cargo de presidente sea desempeñado, en todo caso, por uno de los propietarios de pisos o locales del inmueble. Repárese en que la imposición de tal requisito para el caso de ostentar la misma persona los cargos de presidente y secretario deriva, no de la cualidad de secretario, sino de la de presidente. Igual solución se desprende de los términos potestativos ("podrá") con los que el párrafo 2º de la norma 6ª del futuro art. 13 (al que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218) hace referencia a la posibilidad de que los cargos de Secretario, Secretario-Administrador o Administrador, recaigan en un propietario.

⁵¹⁸ En igual sentido, ver: INFANTE LOPE, JULIA; *Código completo de las comunidades...*, cit. Pág. 150; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ; GARRIDO CERDÁ, EMILIO; SOTO BISQUERT, ANTONIO; *Modalidades en la constitución...*, cit. Pág. 237; PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 205. Si bien considera que el precepto transcrito no ofrece dudas acerca de la no exigibilidad de la cualidad de propietario para desempeñar el cargo de secretario, considera que en la práctica sería deseable que hubiera de reunir tal cualidad; PECES BARBA DEL BRIO, GREGORIO; *Legislación española. Propiedad horizontal*, cit. Pág. 82; VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. O 10; INFANTE LOPE, JULIA; *Todo sobre comunidades...*, cit. Pág. 115. Los tres últimos autores citados opinan que el único requisito exigible para desempeñar tal cargo es el de la mayoría de edad gozando de plena capacidad civil. En contra de todos los anteriores, ver: DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 59; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 355.

⁵¹⁹ Ver, en contra, lo dispuesto por el artículo 30 del BALCI. Ver también: Proposición de Ley 122/000218 la cual, a diferencia de la LPH de 1960, sí que lista expresamente las atribuciones del Secretario cuando, en las futuras normas 3ª y 4ª del art. 17 (al que da redacción el art. 13ª), establece que: "3. El acta deberá cerrarse con las firmas del Presidente y del Secretario... [...] 4. El Secretario deberá conservar, durante el plazo de cinco años, las actas de la Junta de propietarios así como las convocatorias, comunicaciones, apoderamientos y demás documentos relevantes de las reuniones (sin pronunciarse, sin embargo, sobre la forma en la que tales documentos se deban transferir de un secretario a otro cuando se produzca el relevo en el cargo), (ver también la enmienda 41 del Senado contenida en la Proposición de Ley 624/000020). Por su parte, la norma 5ª del futuro art. 20 establece este mismo deber de custodia en el caso de que el administrador reúna en su persona el cargo de Secretario.

solicitadas por los propietarios, custodiar la documentación de la junta a disposición de los titulares (*ex art. 18. 5º*), redactar las convocatorias de las juntas (*ex art. 15*), redactar las actas de las sesiones en el libro correspondiente (*ex art. 17*) y, en general, toda la parte administrativa del régimen⁵²⁰.

Aspectos menores que, sin embargo, creemos merecedores siquiera sea de un somero comentario, son los referentes a: la duración del cargo y la naturaleza jurídica del mismo.

Respecto a la primera de dichas cuestiones, el artículo 12, en sus párrafos 4º y 5º establece que: “*Salvo que en los estatutos se disponga otra cosa, estos nombramientos se harán por un año, prorrogable tácitamente por períodos iguales... Los nombrados podrán, en todo caso, ser removidos en junta extraordinaria de propietarios convocada al efecto.*”. La dicción del precepto no deja lugar a las dudas; la duración del cargo será, salvo renovación expresa o tácita, de un año⁵²¹. Otra cosa será si los propietarios, por vía estatutaria y en uso de su autonomía de la voluntad, deciden que el plazo sea de mayor duración; nunca, sin embargo, podrán por esta vía acortar el plazo mínimo establecido como norma de derecho necesario por el artículo 12 de la LPH de 1960⁵²².

⁵²⁰ En igual sentido, ver: *ibidem*; SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN; *Los órganos de la propiedad horizontal*..., cit. Pág. 326. Puntualiza, sin embargo, que queda fuera de sus funciones el dictar resoluciones; VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. O 11.

⁵²¹ En igual sentido se pronuncia: INFANTE LOPE, JULIA; *Código completo de las comunidades*..., cit. Pág. 150 y en INFANTE LOPE, JULIA; *Todo sobre comunidades*..., cit. Pág. 115. Ver también lo que disponía el artículo 26.4 del BALCI:

“*Los nombramientos se harán por un año y quedarán prorrogados tácitamente sólo otro año. No hay límite para el número de prórrogas sucesivas expresas. Salvo en el caso de remoción, los cesados continuarán en sus funciones hasta que haya podido tomar posesión el nuevo nombrado.*”

⁵²² Esta misma solución es la que se ha de adoptar atendiendo a lo dispuesto por la norma 7ª del futuro art. 13 (al que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218) que, aparte de no mencionar la posibilidad de prórroga tácita de los diversos cargos, mantiene que: “*7. Salvo que los estatutos de la comunidad dispongan lo contrario, el nombramiento de los órganos de gobierno se hará por el plazo de un año. [...] Los designados podrán ser removidos de su cargo antes de la expiración del mandato por acuerdo de la Junta de propietarios, convocada en sesión extraordinaria.*”.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, si bien no se puede hablar de unanimidad en las opiniones vertidas por la doctrina, sí se puede apreciar una cierta uniformidad a la hora de advertir que de lo que no se trata, en ningún caso, es de una relación de mandato⁵²³.

b.4. El presidente, el vicepresidente y el administrador.

Tan sólo referir en este lugar la existencia de estos tres "órganos" de la comunidad de propietarios⁵²⁴. El primero de ellos es de carácter obligatorio en su elección, si bien, como se ha señalado *supra*, el incumplimiento de tal deber de nombramiento no dispone de sanción legal aparejada⁵²⁵. El segundo se configura como un órgano que, si bien la Ley no nombra, se ha impuesto en la práctica como mecanismo para suplir al presidente en caso de indisposición o ausencia⁵²⁶. El tercero aparece en la Ley como un cargo de creación potestativa⁵²⁷ que, en la actualidad y ante la creciente complejidad de las relaciones en las que se ven implicadas las comunidades de propietarios, suele ser atribuido a profesionales de la administración de fincas⁵²⁸.

⁵²³ Ver: PECES BARBA DEL BRIO, GREGORIO; *Legislación española. Propiedad horizontal*, cit. Pág. 83. Considera que su naturaleza es la de servicio y no la de mandato. Es, si bien con carácter privado, un auténtico fedatario de esfera muy limitada; VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. O 11. Sin pronunciarse abiertamente sobre la naturaleza de tal cargo considera que el mismo, a diferencia de lo que sucede con el presidente, será retribuido; más aún si el mismo es desempeñado por persona ajena a la comunidad; PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 206. Considera que la figura está mas próxima al arrendamiento de servicios que al mandato.

⁵²⁴ Posteriormente se realizará un completo análisis de la figura del presidente al que se añadirán las menciones que, referentes al vicepresidente y al administrador, resulten necesarias a los efectos de nuestro estudio.

⁵²⁵ En igual sentido, ver: MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Pág. 906. Cuestión ésta que varía atendiendo a lo dispuesto por la norma 2ª del futuro art. 13 de la LPH (al que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218). Ver también la enmienda 29 introducida por el Senado (Proposición de Ley 624/000020).

⁵²⁶ Ver el avance que puede suponer la entrada en vigor de las normas 1ª y 4ª del futuro art. 13 de la LPH (al que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218).

⁵²⁷ Pues las funciones atribuidas al mismo pueden ser desarrolladas por la misma persona que ostente el cargo de presidente.

⁵²⁸ En este sentido, ver el listado de competencias del mismo que se contenía en el artículo 29 del BALCI. En este sentido, la norma 6ª del futuro art. 13 de la LPH (al que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218), dispone que: "Los cargos de Secretario y Administrador podrán acumularse en una

*misma persona o bien nombrarse independientemente. [...] El cargo de Administrador y, en su caso, el de Secretario-Administrador podrá ser ejercido por cualquier propietario, así como por personas físicas con cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida para ejercer dichas funciones. También podrá recaer en personas jurídicas, corporaciones u organizaciones profesionales en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico.”. Ver también el contenido de las enmiendas 7, 15 y 30 introducidas por el Senado (Proposición de Ley 624/000020) Ver también la opinión de: RABELLA DE CARRILLO, JOSÉ ANTONIO; *La propiedad horizontal...*, cit. Pág. 99. Según el autor: “..., es muy conveniente la designación de un Administrador profesional, sobre todo cuando se trata de fincas de alguna importancia, pues sólo así se puede asegurar la buena marcha de la colectividad.”, y en nota 61 añade, a mayor abundamiento que: “Las legislaciones de Bulgaria, Rumania e Italia, entre otros países, consideran obligatorio el nombramiento de un Administrador para evitar la necesidad de reunir la Junta de Propietarios con excesiva frecuencia.”.*

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONCEPTO DE EQUIDAD.

El estudio de los diversos juicios de equidad contemplados en la Disposición Transitoria Primera y en los diferentes apartados del artículo 16 de la LPH requiere, para llegar a buen término, de una previa delimitación del concepto de equidad que en los mismos se está manejando. Tal delimitación (a poco que se repare en las implicaciones jurídicas, filosóficas, teológicas e, incluso vulgares⁵²⁹, del término) reclama, por tanto, de un estudio de las diferentes concepciones que, a lo largo de la historia del pensamiento humano, han ido sedimentándose para dar lugar al complejo de ideas que hoy en día confluyen bajo la etimología del término “equidad”.

Avanzamos ya que resultaría de todo punto erróneo considerar que en los momentos actuales el término equidad y, por tanto, el concepto que tras él se esconde, pueda ser reducible a la visión particular que de él se haya tenido en algún momento de la historia o en alguna sociedad concreta; antes bien, el concepto moderno de equidad no puede sino reflejar el influjo de las múltiples corrientes de pensamiento que a su elaboración han concurrido⁵³⁰. Posiblemente por ello, al iniciarse en el estudio de tal

⁵²⁹ A título de curiosidad, ejemplo de tal aserción del término lo encontramos en: TOLSTOI, LEÓN: *Anna Karenina*, (Versión directa del ruso e introducción de Juan López-Morilla), Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1990, cit. Pág. 22. “... debía mostrarse indulgente, aunque sólo fuera por un sentimiento de equidad.”. Obsérvese *infra* que el concepto aquí utilizado por el autor podría enmarcarse tanto en la primera como en la quinta de las definiciones que del término nos ofrece el Diccionario de la Real Academia.

⁵³⁰ En parecido sentido, ver: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La equidad y sus tipos históricos*, RGLJ, Madrid, 1950, I, págs. 697-751, cit. Pág. 699; WINDSCHEID; *Trattato delle Pandette*, (Trad. C. FADDA y P. E. BENSA), I, Turín, 1925, cit. Págs. 82-83. Considera que: “... il concetto dell' equità è de sua natura indeterminato, esso riceve il suo contenuto dalla coscienza giuridica o dal sentimento giuridico di chi prende a considerare un dato diritto. Ma in quanto non v'è solo un sentimento giuridico ed una coscienza giuridica individuale, ma vi sono anche un sentimento giuridico ed una coscienza giuridica di tutto un popolo, l'equità segna l'ideale che il diritto d'ogni popolo deve adoperarsi a realizzare.”.

concepto, surge en todo investigador un sentimiento de incertidumbre y desazón que encuentra adecuado reflejo en las palabras de GÉNY⁵³¹ o de DE PAGE⁵³².

Prueba de todo lo dicho se puede encontrar en los cinco significados que, plasmando otras tantas de las concepciones que sobre la equidad se han desarrollado a lo largo de la historia, atribuye al mismo el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española⁵³³.

Sin más preámbulos deberemos pues adentrarnos en el estudio de la maraña de definiciones que a lo largo de la historia se han ido sucediendo.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICO-FILOSÓFICOS DEL CONCEPTO DE EQUIDAD.

A finales del pasado siglo, el exacerbado positivismo jurídico y la consiguiente fe en la perfección del ordenamiento jurídico llevó a algún autor a realizar consideraciones como la que sigue: "*Cuando se considera el Derecho privado en un estadio de madurez como el de hoy, resulta difícil comprender la función práctica y filosófica de la equidad*"⁵³⁴. Sin embargo, en el transcurso del presente siglo (en virtud

⁵³¹ GÉNY; *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. II, 2ª ed., París, 1919, n° 163, cit. Pág. 109. Considera que la equidad representa una noción incierta y equívoca, que nada parece diferenciar de la justicia y que encierra, según los supuestos, dos diversos significados.

⁵³² DE PAGE; *A propos du gouvernement des juges. L'équité en face du Droit*, Bruselas-París, 1931, cit. Pág. 28 y ss. Considera que si bien la equidad constituye una noción conocida por todos los pueblos, el hecho de que se haya configurado como un concepto paralelo a aquél de justicia, ha hecho que caiga en tal imprecisión que ha impedido la elaboración de una definición precisa de la misma.

⁵³³ Según éste, la equidad puede ser definida como:

- Igualdad de ánimo.
- Bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley.
- Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva.
- Moderación en el precio de las cosas, o en las condiciones de los contratos.
- Disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA; *Diccionario de la lengua Española*, (Edición electrónica versión 21.1.0), Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1995.

⁵³⁴ COGLIOLO; *Filosofia del Diritto Privato*, 2ª ed., Florencia, 1891, cit. Pág. 118.

del influjo de nuevas corrientes filosóficas y jurídicas, unidas a la consabida y tantas veces mentada crisis de confianza en las envejecidas instituciones jurídicas) tal confianza en el Derecho positivo ha dado paso a un renacer de conceptos jurídicos ideales tales como los de Derecho natural, justicia o equidad⁵³⁵ y, en último término, cuestión ésta del máximo interés para nosotros, a un florecimiento en multitud de países de las llamadas jurisdicciones de equidad⁵³⁶.

Hay que decir que, independientemente de la relevancia que sobre la elaboración del concepto de equidad hayan podido tener posteriormente otras corrientes de pensamiento, la moderna concepción de la equidad continental y de la *equity*⁵³⁷ anglosajona reposan, aún hoy en día, sobre tres pilares básicos: la *epiqueya* aristotélica, el *aequum et bonum* y el *ius aequum* romanos (en su contraposición al *ius strictum*) y la

⁵³⁵ En parecido sentido, ver: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La equidad y sus tipos históricos*, cit. Pág. 698. Ver también: XIRAU, JOSÉ R.; *La funzione giurisdizionale e la equità*, en, "Studi di Diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda", Ed. Cedam, Padua, 1927, págs. 837-47, cit. Págs. 839, 842-44 donde, tras analizar las ideas positivistas tras la Revolución Francesa, acaba considerando que: "Oggi il diritto subisce una crisi violenta. Assistiamo probabilmente alla liquidazione di tutto un mondo spirituale, sociale, e giuridico. Come forse in nessun' altra crisi storica, appare evidente la insufficienza delle istituzioni giuridiche, delle leggi positive, delle idee tradizionali, di fronte al corso rapido e talvolta violento della vita e delle cose umane."

⁵³⁶ A este respecto, ver: DEL VECCHIO, GIORGIO; *Crisis del Derecho y crisis del Estado*, (Trad. Castaño), Madrid, Suárez, 1935, cit. Pág. 49.

⁵³⁷ Por exceder del ámbito de nuestro trabajo nos vemos impedidos para realizar aquí un exhaustivo análisis del concepto anglosajón. Tan sólo podemos puntualizar que el mismo en el momento actual y, debido a los diferentes avatares históricos que concurrieron a su formación tras su inicial entronque con la *aequitas* romano-canónica, se aparta claramente de aquél propio de los ordenamientos jurídicos de tipo continental. Para mayor profundización en esta materia, ver: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La equidad y sus tipos históricos*, cit. Págs. 741-48; BALLESTEROS, PIO; *La idea de equidad en las letras españolas (Recepción del Excmo. Sr. José Castán Tobeñas)*, RGLJ, Madrid, 1949, II, págs. 129-37, cit. Págs. 135-36; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad*, RGLJ, Madrid, 1953, II, págs. 219-308 y 373-435, cit. Págs. 259-61, 267-69; DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità nel processo civile (premesse teoriche)*, Ed. Cedam, Padua, 1959, cit. Págs. 152-55; ALPA, GUIDO; <<Modern equity>> (*Spunti sul nuovo significato de equity nella evoluzione attuale del common law*), en, AA.VV, CENTRO STUDI GIURIDICI "MICHELE DE PIETRO"; *L'equità. Atti del convegno di studio, svoltosi a Lecce, 9-11 novembre 1973*, en, "Collana dei Convegni di studio "Problemi attuali di diritto e procedura civile" N° 7. Ed. Giuffrè, Milán, 1975, cit. Págs. 263-71; MOCCIA, LUIGI; *Equity*, Digesto discipline privatistiche sezione civile, VII, Turín, 1991, págs. 498-501; HANBURY, HAROLD; *Modern equity*, 13ª ed., Ed. London Stevens, 1989; KEETON; *An introduction to equity*, Londres, 1952; McCLINTOCK; *Principles of equity*, St. Paul Minn, 1948; SERENI, ANGELO PIERO; *L'equity negli Stati Uniti*, Rivista Trimestrale di diritto di procedura civile, 6, 1952, cit. págs. 311-342; SNELL-MEGARRY; *Principles of equity*, Londres, 1947.

aequitas-pietas cristiana y canónica. Pilares básicos cuyas concepciones, en una u otra proporción, se reproducen en todas las reelaboraciones históricas del concepto.

A grandes rasgos⁵³⁸, y sin perjuicio de la profundización en la que vamos a adentrarnos, podemos decir que corresponde al pueblo griego el honor de ser el iniciador de la filosofía jurídica y, a Aristóteles en particular, el de otorgar al concepto de equidad un entronque jurídico-filosófico. Posteriormente, fue la jurisprudencia romana la que: "...adhiriéndose a la teoría griega, elevó la equidad a un instrumento de práctica jurídica y a medio de progresiva formación del Derecho"⁵³⁹. Más tarde, en época bizantina y merced en gran medida a la influencia del pensamiento cristiano, el concepto se vio impregnado de matices que, asumiendo vital importancia en el pensamiento de los juristas, teólogos y canonistas medievales, ya no iban a abandonar jamás la íntima esencia del mismo.

Sentado esto y, a efectos puramente sistemáticos⁵⁴⁰, procederemos ahora a realizar un análisis de las diversas corrientes de pensamiento que, en referencia a la equidad, se han sucedido hasta nuestros días.

a) La filosofía griega y el concepto de *epiqueya*.

Muchas fueron las concepciones que sobre la equidad se mantuvieron en Grecia. Corresponde sin embargo a Aristóteles⁵⁴¹ aquella doctrina que ha servido de base para el desarrollo posterior de muy diversas teorías sobre la equidad. Característica

⁵³⁸ Sobre la evolución histórica del concepto de equidad resulta bastante completa: VIAZZI, PIO; *Voz Equità*, Enciclopedia Giuridica Italiana, Vol. V, Parte, II, cit. Págs. 266-362.

⁵³⁹ WOHLHAUPTER; *La importancia de la equidad en la Historia del Derecho de España*, Revista de Investigación y progreso, n° de I de octubre de 1930, cit. Pág. 105.

⁵⁴⁰ Como se verá a lo largo de los epígrafes subsiguientes, es tal la influencia que unas concepciones tienen en otras a lo largo de la historia, que las llamadas y remisiones a conceptos tratados en los diferentes epígrafes se harán constantes en nuestra explicación.

⁵⁴¹ Ver a este respecto, entre otros: AA.VV. *Enciclopedia del diritto*, Voces: Equidad, Vol. XV, págs. 65-106; Arbitrato, T. II, págs. 893-1001; Giudizio di equità, Vol. XV, págs. 107-147; Equidad canónica, Vol. XV, págs. 147-60, cit. Págs. 69-72.

fundamental del concepto de equidad (*epiqueya*) en Aristóteles es la de unir en el mismo dos elementos diversos: la igualdad y el Derecho natural; el primero de ellos enraizado en el concepto pitagórico de justicia pero no confundido con él.

Entre las muchas clases de la justicia distinguió Aristóteles una justicia natural, basada en la inmutable naturaleza humana, y una justicia legal. La equidad serviría así como término moderador de las exigencias de la justicia natural y de la excesiva severidad de la justicia positiva. En la *Retorica* la equidad es definida por el autor como la virtud mediante la cual tienen que ser ponderados los actos no previstos o regulados de forma excesivamente genérica, por las leyes positivas. Se configura pues la equidad como aquello que es justo, pero lo justo allí donde no abarca la ley escrita. En sus propias palabras: "... *ser equitativo es ser indulgente con las debilidades humanas; es considerar, no la ley, sino el legislador; no la letra de la ley, sino el espíritu de quien la ha hecho; no la acción, sino la intención; no la parte, sino el todo... Es consentir que una diferencia o litigio sea resuelto más por la palabra que por la acción, preferir someterse a un arbitraje más que a un juicio de los tribunales, porque el árbitro ve la equidad, mientras que el juez no ve más que la ley; el árbitro no ha sido creado más que para dar fuerza a la equidad.*". Por tanto, "*Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado a causa de la fórmula general de que se ha servido*"⁵⁴². Así, se puede concluir que la equidad "... *es una especie de justicia y no una virtud diferente de la justicia misma*"⁵⁴³.

La importancia de la concepción aristotélica sobre la equidad se manifestará posteriormente en su influencia sobre futuras elaboraciones de la misma, incluso sobre la que la liga a la suavidad, la moderación y la *benignitas* cristiana; no en vano advertía ya en su *Retorica* que la equidad inclina a la indulgencia más que a la severidad.

⁵⁴² ARISTÓTELES; *Moral a Nicómano*, 8ª ed., Ed. Espasa Calpe, Col. Austral Pensamiento, Madrid, 1996, cit. Pág. 236. Para un estudio de la obra aristotélica, ver: SENN, F.; *De la justice et du droit*, París, 1927 29 nt, 1.

⁵⁴³ ARISTÓTELES; *Moral a Nicómano*, cit. Pág. 236.

b) La *aequitas* y el Derecho romano.

Si a la filosofía griega corresponde el mérito de haber formulado originariamente el concepto de equidad, a la cultura romana se tiene que agradecer la no menos importante matización de sus diversos caracteres y la profundización en el estudio de las aplicaciones prácticas del mismo; lógica consecuencia del espíritu pragmático de este pueblo conquistador. Frente al tradicionalmente rígido y formal *ius civile*, la *aequitas* representará la justicia⁵⁴⁴, entendida como reflejo del complejo de las aspiraciones sociales.

Partiendo del hecho incuestionable de que el concepto de equidad no se mantuvo invariable a lo largo del amplio periodo histórico que abarcó la preponderancia político-militar romana, podemos mantener, en fórmula generalizadora, que la *aequitas* romana constituía una exigencia moral que, sin confundirse con el Derecho positivo, servía al mismo como modelo inspirador y valorativo^{545 546}. A la luz de esta concepción, el fin del Derecho no podía ser otro que el de aplicar igual tratamiento a casos iguales^{547 548}. Como pone de manifiesto FERRINI⁵⁴⁹: "*Puede suceder que el Derecho estatuido, en alguna de sus normas o en cualquier aplicación de ellas, no cumpla aquel cometido: en tal caso, lo que es <<iustum>>, o sea, conforme al <<ius>> vigente, se contrapone a lo que es*

⁵⁴⁴ A este respecto, ver: ROCES; *La idea de justicia en los juristas romanos*, RGLJ, T. CXLV, 1924; SILLI, PAOLO; *Equità (Storia del diritto)*, Digesto Discipline Privatistiche Sezione Civile, VII, Turín, 1991, págs. 477-98, cit. Págs. 480-85 sobre el concepto de equidad en el periodo republicano y clásico; AA.VV. *Enciclopedia del diritto*, cit. Págs. 65-67.

⁵⁴⁵ En parecido sentido, ver: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La equidad y sus tipos históricos*, cit. Pág. 709; RAVÀ, ADOLFO; *Il problema delle lacune dell' ordinamento giuridico canonico*, Milán, 1954, cit. Pág. 148; BIONDI, B.; *Il diritto romano cristiano II. La giustizia, le persone*, Milán, 1952, cit. Pág. 29. Considera la equidad como igualdad en el sentido de proporción, adecuación.

⁵⁴⁶ Ver a este respecto: CARON, PIER GIOVANNI; "*Aequitas*" romana, "*miserecordia*" patristica ed "*epiqueya*" aristotelica nella dottrina dell' "*aequitas*" canonica (*Dalle origini al Rinascimento*), Ed. Giuffrè, Milán, 1971, cit. Págs. 2-3. Considera que precisamente ese originario y fundamental significado es el que debe ser objeto de unánime aceptación en la actualidad.

⁵⁴⁷ En parecido sentido, ver: ROTA, A.; *La concezione irneriana dell' aequitas*, en, "*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*", III, 26, 1949, págs. 241-57, cit. Pág. 241.

⁵⁴⁸ Concepto éste que coincide con el mantenido por Cicerón en: *Topica*, 23. Según él, la equidad se puede definir como la razón "... *quae in paribus causis paria iure desiderat*".

⁵⁴⁹ FERRINI, CONTARDO; *Manuale di Pandette*, 3ª ed., Ed. Società Editrice Libreria (Piccola Biblioteca Scientifica), V, Milán, 1908, cit. Pág. 7.

<<aequum>>: la norma o su especial aplicación resulta iniqua. Naturalmente, cuando tal <<iniquitas>> se descubre y se pone de relieve..., no cesa por esto sólo la eficacia de la norma... La equidad así entendida, no es por consiguiente una noción antitética a la de Derecho: es más bien sustancia del Derecho mismo y meta a la que tiende.”.

Pero el desarrollo del concepto de equidad en Roma no se produjo tan sólo a un nivel práctico-jurídico, sino también filosófico. Destaca la obra de Cicerón en la cual, si bien no resulta fácil hallar una definición precisa de la equidad, sí que se pueden dilucidar tres diversos significados de la misma: un concepto amplio en el cual el Derecho no constituye sino una rama integrada dentro de ella; un concepto estricto en el que la equidad queda identificada con la justicia natural o ideal; un concepto todavía más restrictivo que el anterior en el que la equidad se configura como una manifestación especial del propio Derecho. La construcción teórica de Marco Tulio Cicerón tuvo la virtualidad de aunar los posos de la cultura griega con las corrientes presentes en el mundo romano preimperial. Facilitó de esta forma el futuro tránsito entre las concepciones paganas hasta ese momento reinantes y los pujantes postulados cristianos que no tardarían en hacer notar su influencia en el mundo romano y, en particular, en el Derecho del Bajo Imperio.

Siendo pues la equidad el modelo al que debía adaptarse el Derecho, la finalidad a que la norma jurídica debía tender; ésta se configuró como un deber ético, una virtud que, si bien debía extenderse a todas las facetas de la vida humana, encontraba su principal ámbito de aplicación en el campo jurídico.

No podemos confundir esta concepción con los postulados del *ius naturale* el cual, y principalmente debido a la influencia helénica, penetraría en el mundo romano ya en la época posclásica. La equidad no tuvo para los romanos en este momento inicial (periodo clásico) un carácter inmutable, sino que, todo lo contrario, se trató de una noción práctica predicable de un determinado momento y pensamiento social; sentimiento difuso que tuvo la utilidad de permitir el reconocimiento de nuevos

derechos subjetivos por parte del Pretor⁵⁵⁰, configurándose como criterio directriz de la evolución de las ya consolidadas instituciones jurídicas⁵⁵¹. La equidad clásica⁵⁵², como muy bien ha destacado DE MARINI⁵⁵³, se configuró como un complejo de convicciones y exigencias tendentes a transformarse en Derecho⁵⁵⁴. No negó por tanto el Derecho sino que pretendió influenciarlo, modificarlo y, en último término, convertirse ella misma en Derecho positivo. Como producto de la conciencia social asumió, pues, un carácter de generalidad, de objetividad; pero generalidad no entendida como concepto abstracto, sino plasmada siempre en concretas reglas de decisión que se entroncaban en la conciencia general, no aún en la consideración humana y piadosa de la controversia concreta que, sin embargo, informaría el concepto de equidad en momentos posteriores.

El panorama cambió radicalmente en el periodo bizantino y justiniano⁵⁵⁵. En esta época, si bien en lo fundamental no varió el concepto de *aequitas* mantenido hasta el momento, se dejó sentir la necesidad de una reelaboración del mismo que permitiese su adaptación a las nuevas corrientes de pensamiento que penetraban a lo largo y ancho del Imperio. Fundamentalmente tal necesidad se hizo palpable en el momento en que se produjo la asimilación de la cultura griega (y con ella el concepto de *epiqueya* aristotélica) en el seno de la sociedad romana (especialmente en la parte oriental) y, ante todo, ante la imparable generalización del pensamiento cristiano⁵⁵⁶ en todos los niveles

⁵⁵⁰ Como ha puesto de manifiesto algún autor, no se quiere decir con ello que en el periodo clásico se desconociese la equidad en su aplicación judicial; lo que sucede es que al tratar de la apreciación de las circunstancias del caso concreto enjuiciado, ésta se relacionaba con el concepto de *bona fides* más que con el aquí estudiado. A este respecto, ver la opinión de: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial*, cit. 250. Considera que la función del Pretor no era sino negativa en la aplicación de la equidad, "... en cuanto consistía en impedir la aplicación de una norma jurídica a un determinado caso concreto"; BALLESTEROS, PIO; *La idea de equidad...*, cit. Pág. 135.

⁵⁵¹ Sobre el papel de la equidad en el *ius honorarium*, ver: RICCOBONO, SALVATORE; *Aequitas*, *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. I, Turín, 1937, págs. 210-15, cit. Págs. 211-13.

⁵⁵² Ver: RICCOBONO, SALVATORE; *Aequitas*, cit. Págs. 213-14.

⁵⁵³ DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Págs. 151-52.

⁵⁵⁴ En parecido sentido, ver: BALLESTEROS, PIO; *La idea de equidad...*, cit. Pág. 135. Considera que ese fenómeno no se produjo exclusivamente en Roma sino que: "... en otras civilizaciones y épocas también ha nacido una u otra institución similar cuya función ha sido la de creación más bien que la de interpretación genuina del Derecho."

⁵⁵⁵ A este respecto, ver: SILLI, PAOLO; *Equità (Storia del diritto)*, cit. Págs. 485-87.

⁵⁵⁶ Sobre el influjo cristiano en la legislación imperial entre Constantino y Justiniano, ver el interesante trabajo de: GAUDEMET, J.; *L'Église dans l'Empire romain (IV-V siècles)*, París, 1958.

de la vida política y social de un Imperio demasiado vasto para poder controlar militarmente la conciencia religiosa de sus habitantes.

Aparecen así tres nuevos matices del concepto: la equidad entendida como justicia natural (*aequitas naturalis*^{557 558}); la equidad entendida como criterio de aplicación humana y benigna de la norma positiva excesivamente rigurosa en su adaptación al caso concreto enjuiciado (*benignitas, humanitas*)⁵⁵⁹; la equidad como criterio interpretativo flexible del Derecho (*ius aequum*)⁵⁶⁰.

Esta nueva conceptualización de la equidad supuso, a diferencia de lo que había sucedido en el periodo clásico (en el cual era un concepto restringido en su aplicación al ámbito propio del Derecho pretorio), que la misma fuera invocada en numerosas ocasiones como criterio orientador de la función judicial y de la interpretación del Derecho positivo. La equidad pasó a identificarse con la esencia de la ley; esencia a la que el intérprete tenía que encaminarse en detrimento de la interpretación literal del texto. Por tanto, la interpretación textual no fue ya considerada reflejo del verdadero Derecho sino, por el contrario, del *ius strictum*, del *summum ius*. La equidad no constituyó ya, en consecuencia, un reflejo de la justicia ideal que podía ser tanto benigna como severa; se configuró como un criterio de aplicación benigna o humana⁵⁶¹ de la

⁵⁵⁷ Teniendo en cuenta que esta nueva *aequitas naturalis* no es ya la clásica, sino que viene caracterizada por su conformidad con el *ius naturale*, concebido como ordenamiento de origen divino.

⁵⁵⁸ Ejemplo de tal tendencia se encuentra en: (Digesto, Lib. II, Tit. XIV, fragm. 1, pr.), según el cual: "*Quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale*".

⁵⁵⁹ Ejemplo claro de tal línea de pensamiento se puede encontrar en una constitución del año 473 de los emperadores León y Antemio, recogida en el Codex de Justiniano: (Codex, Lib. VI, Tit. LXI, Ley 5ª) según la cual: "... *ambiguas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benigne atque naturalis iuris moderamine temperare, non piget nos in praesenti quoque negotio... aequitati convenientem Iuliani*...".

⁵⁶⁰ Ejemplo de tal tendencia lo encontramos, entre otros, en:)Digesto, Lib. XXXIX, Tit. III, fragm. 2), según el cual: "...*haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus*...". Aunque excede del ámbito de nuestro estudio, hay que reseñar que sigue latente entre los romanistas la discusión acerca de si en esa época la equidad, el *aequum et bonum*, fue plenamente equiparada al *ius naturale*.

⁵⁶¹ En este sentido, resultan expresivas las palabras de: LABORDERIE-BOULOU, P.; *Benignitas (Essai sur la pensée charitable aux temps classiques)*, en, "Revue historique de droit français et étranger", IV s., 26, 1948, págs. 137-44, cit. Pág. 140. Considera que: "*La benignitas c' est donc la bonté bienveillante, soucieuse de justice et même d' équité élégante, un aspect très humain du ius est ars aequi et boni, un des ces mots complexes, intraduisibles, qui font du latin un langage de pensée*".

norma en relación a las circunstancias particulares que se presentaban en el caso concreto enjuiciado; se definió como un *ius dulcore misericordiae temperatum*.

La afirmación de estos nuevos principios⁵⁶² en la legislación civil del Imperio se plasmó de forma significativa en la *L. Placuit*⁵⁶³ de Constantino del año 314 y, posteriormente, vio incrementado su influjo bajo el mandato de Justiniano⁵⁶⁴. Éste anuló, en el *Corpus Iuris Civilis*, todas las antiguas desigualdades que se contenían en el antiguo y aristocrático Derecho señorial romano, tanto en el ámbito de los derechos personales como en el de los reales.

c) Confluencia de la *epiqueya* aristotélica, *aequitas* romana y doctrina de los Padres de la Iglesia en la formación de la equidad canónica.

Si bien aparentemente puede parecer muy alejado del objeto de nuestro estudio el análisis de la formación del concepto de equidad canónica⁵⁶⁵, éste resulta absolutamente necesario para comprender la ulterior evolución del mismo. La razón es sencilla; el cuerpo de doctrina que se derivaba del nuevo pensamiento cristiano⁵⁶⁶ no solo influyó en el desarrollo del concepto en las últimas épocas del mundo romano sino que, posteriormente, aparte de generar el nacimiento de un ordenamiento jurídico privativo de la Iglesia, asumió y, previa la correspondiente adecuación al nuevo

⁵⁶² Para una abierta crítica a tales principios, ver: GUARINO, A.; *Equità*, en, "Novissimo Digesto italiano", VI, Turín, 1960, cit. Págs. 619-24. Considera ese nuevo concepto de equidad como una degeneración que: "... si manifesta veramente come una pernicioso giustizia del caso concreto, che giuristi e imperatori adducono a sostegno di ogni estrosa e facilistica soluzione di problemi dolenti e delicati... l' *aequitas* finisce per diventare, sempre sul piano pratico, la comoda giustificazione del lassismo del diritto: una espressione di benignitas, di humanitas, di pietas, di caritas, cioè di valori cristiani altamente ammirevoli dal punto di vista religioso, ma altrettanto riprovevoli dal punto di vista giuridico."

⁵⁶³ Ver a este respecto: RICCOBONO, SALVATORE; *Aequitas*, cit. Pág. 214.

⁵⁶⁴ Ver también: RICCOBONO, SALVATORE; *Aequitas*, cit. Págs. 214-15.

⁵⁶⁵ A este respecto y para mayor profundización, ver: WOHLHAUPTER; *Aequitas canonica*, Paderborn, 1931; AA.VV. *Enciclopedia del diritto*, cit. Págs. 67-68 y 147-60.

⁵⁶⁶ A este respecto y para mayor profundización, ver: LECLEF, B.; *La doctrine de l' equité au Moyen-Âge*, Discurso inaugural de la Universidad Católica de Louvain (dactiloscrito de la "Biblioteca de la Universidad"), Louvain.

sentimiento religioso, reformuló el pensamiento aristotélico. Como veremos, la confluencia de todas estas tendencias por parte de la clase clerical, dominadora de la cultura occidental durante largos siglos tras la caída del Imperio Romano, dejó un poso en el concepto de equidad del que éste jamás consiguió deshacerse totalmente.

A la formación del concepto de equidad canónica coadyuvieron, en sus inicios, dos aportaciones de diversa procedencia: por una parte, la romanística que le aportó el elemento jurídico del concepto de justicia perfecta del caso concreto; de otra, la doctrina sentada por los Padres de la Iglesia⁵⁶⁷ que añadió la componente teológico-moral de la *misericordia* y la *benignitas* cristianas. Posteriormente, la influencia del reelaborado concepto de *epiqueya* aristotélica iba a acabar de configurar los caracteres básicos que cristalizarían más adelante en la llamada equidad canónica⁵⁶⁸.

En el Derecho de la Iglesia los conceptos de equidad y *epiqueya* (como, por otra parte, aparecían ya en el pensamiento aristotélico^{569 570}) se presentaron diferenciados. La *epiqueya* intervenía en el foro interno, en el foro de la conciencia, para excusar la obligatoriedad de la ley en un caso concreto. Como consecuencia, de la misma no se podía prescindir absolutamente en el foro externo, en la aplicación del Derecho por parte de los tribunales. La equidad, por su parte, como concepto jurídico, tuvo su campo propio de actuación a nivel jurídico, no ya moral⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ Para un más exhaustivo estudio de la doctrina patristica, ver: SILLI, PAOLO; *Equità (Storia del diritto)*, cit. Págs. 487-88.

⁵⁶⁸ A este respecto, ver: LEFEBVRE, CHARLES; *Le rôle de l' équité en droit canonique*, en, "Ephem. Iur. Can.", 1951, cit. págs. 137 y ss; LEFEBVRE, CHARLES; *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, París, 1938; SILLI, PAOLO; *Equità (Storia del diritto)*, cit. Págs. 488-91 y 491-93 sobre el concepto de *epiqueya* en la escolástica medieval.

⁵⁶⁹ Diferenciados pero no contrapuestos.

⁵⁷⁰ A este respecto, ver: LEFEBVRE, CHARLES; *Épikie*, en, "Dictionnaire de droit canonique", V, págs. 364-75; SENN, F.; *De la justice et du droit*, París, 1927 29 nt, 1. Realiza un interesante estudio acerca de la identificación del concepto aristotélico con el actual concepto de equidad.

⁵⁷¹ En parecido sentido, ver: DELLA ROCCA, FERNANDO; *equità canonica*, Novissimo Digesto Italiano, VI, Turín, 1960, págs. 624-25.

Por su parte, el concepto patristico de *miserecordia*⁵⁷² se diferenci6 claramente del romanista cl6sico de *aequitas-iustitia*. La *miserecordia*⁵⁷³ implicaba una interpretaci6n ben6vola del rigor legal, una *relaxatio legis in casu speciali (dispensatio)*, una *indulgentia*; en definitiva, una *benignitas* en la aplicaci6n de la ley positiva. Por tanto, seg6n el pensamiento cristiano, el *rigor iuris* deb6a ceder el paso a la *aequitas naturalis iuris rationabilis* cuando la aplicaci6n de la ley pusiera en peligro el fin supremo perseguido por la Iglesia: la *salus animarum*.

La ya analizada influencia mutua entre el Derecho romano justiniano y la doctrina de los Padres de la Iglesia constituy6, en definitiva, la base del futuro concepto de *aequitas canonica*⁵⁷⁴ que, no obstante, se apartaba claramente del concepto romano cl6sico de la misma.

Sin embargo, tal afirmaci6n debe ser matizada desde el momento en el que se aprecia en la doctrina canonista anterior a Graciano una mayor inclinaci6n por el concepto cl6sico de la *aequitas*. Para esos autores, incapaces de liberarse del h6bito mental del te6logo⁵⁷⁵ y, al tiempo, movidos por una necesidad de reafirmaci6n del poder papal, la equidad no era igual a la *miserecordia*, sino el punto de encuentro entre dos polos opuestos: el *ius strictum* y la *miserecordia*⁵⁷⁶. Por ello, en ellos se aprecia, en opini6n de CAR6N⁵⁷⁷, una tendencia a camuflar el concepto de *aequitas* romana cl6sica bajo el manto de la *miserecordia* y la *benignitas* cristianas.

⁵⁷² Ver, a este respecto: DEL GIUDICE, VICENZO; *Privilegio, dispensa ed epiqueya nel diritto canonico*, Perugia, 1926, p6gs. 227-81.

⁵⁷³ M6s tarde, te6logos y moralistas intentar6n identificar los conceptos de *epiqueya* y de *miserecordia*.

⁵⁷⁴ Al tiempo que, como se ver6 ulteriormente, tendr6a influencia decisiva en la obra de los Glosadores.

⁵⁷⁵ Claro ejemplo de tal tendencia se encuentra en la fundamental construcci6n de Imerio, seg6n el cual la equidad se defin6a como el conjunto de normas objetivas expresi6n del Derecho natural de origen divino. Como pone de manifiesto ROTA, A.; *La concezione irneriana...*, cit. P6gs. 249 y 251, el concepto de justicia de Imerio encuentra directo entronque en el pensamiento ciceroniano, seg6n el cual la justicia era definida como una cualidad recibida por la faceta moral del 6nimo. Por tanto, ser6a la justicia la voluntaria actuaci6n de la equidad.

⁵⁷⁶ Principio 6se que alcanz6 su m6xima expresi6n en el pensamiento de Bernaldo de Costanza y de Iv6n de Chartres.

⁵⁷⁷ CARON, PIER GIOVANNI; *"Aequitas" romana...*, cit. P6g. 12.

d) El concepto de equidad en el *Decretum* de Graciano.

A finales del siglo XI, el panorama cambió radicalmente. El florecimiento de los estudios del Derecho romano en las escuelas jurídicas de Rávena y Bolonia⁵⁷⁸ ⁵⁷⁹ supondría un resurgimiento de la importancia de la equidad. En esa época también los canonistas, que habían hasta ese momento destinado sus esfuerzos a desentrañar la esencia de la contraposición entre *misericordia* y *rigor*, comenzaron a centrar sus estudios en el binomio *rigor / aequitas*; entendida esta última en su significado clásico de *iustitia*. Sin embargo, y como pone de manifiesto GAUDEMET⁵⁸⁰, el concepto de *aequitas* barajado por Graciano se acercó más a la noción moral de *misericordia* y, por tanto, su pensamiento se encontraba mucho más próximo al de los teólogos que al de los canonistas. Por ello, si la aplicación benévola de la ley dependía de las circunstancias del caso concreto (entendiéndose la equidad como atenuación del rigor legal en aquellos casos que el legislador no había podido prever), se podía, en determinados supuestos y con el fin de alcanzar la realización de la perfecta justicia, aplicar ésta de forma todavía más rigurosa (*aequitas severitatis*)⁵⁸¹.

En el momento en el que Graciano elaboró su *Decretum* dos eran claramente las influencias que concurrían sobre la doctrina canonista⁵⁸²: por una parte, el Derecho

⁵⁷⁸ De forma genérica se puede decir al respecto de la escuela boloñesa que para ésta la equidad debía tener carácter general y no individual o subjetivo del juez. No debía valer, por tanto, para que bajo su manto se abriese la puerta a la inaplicación del texto legislado. Ver también: SILLI, PAOLO; *Equità (Storia del diritto)*, cit. Págs. 494-98.

⁵⁷⁹ Si bien, en sentido diverso: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La equidad y sus tipos históricos*, cit. Pág. 730. "La escuela de Bolonia moderó el excesivo culto que a la equidad había profesado la de Rávena".

⁵⁸⁰ GAUDEMET, J.; *Equité et droit chez Gratien et les premiers Décretistes*, en, "Atti Congr. Int. Soc. Ital. Storia Dir.", Florencia, 1966, págs. 269-91.

⁵⁸¹ En parecido sentido, ver: CARON, PIER GIOVANNI; "*Aequitas*" romana,..., cit. Pág. 34.

⁵⁸² En parecido sentido, ver: CARON, PIER GIOVANNI; "*Aequitas*" romana,..., cit. Pág. 29. En contra, ver la opinión de: FEDELE, P.; *Lo spirito del diritto canonico*, Padua, 1962, págs. 197-293, (Citado por: CARON, PIER GIOVANNI; "*Aequitas*" romana,..., cit. Pág. 28). Considera netamente separadas la concepción canonista y la civilista sobre el *ius naturale*. Así, a su entender, la canonista vendría referida a la *aequitas iuris naturalis quod in Lege et Evangelio continetur*, mientras que la civilista, por su parte, a la *aequitas iuris naturalis rationalis*. Por tanto, en su opinión, el concepto romanista elaborado por los Glosadores fue completamente extraño a la formación del concepto canónico de equidad.

romano⁵⁸³ con su contraposición entre la *aequitas-iustitia* y el *rigor iuris*; de otra, la tradición canónica que venía oponiendo la *misericordia* al *rigor*. Ambos binomios, por otra parte, actuaban en sentidos diametralmente opuestos: para los juristas la aplicación del Derecho debía constituir la regla general y la equidad la excepción; para los canonistas el Derecho constituía la excepción a la preferente aplicación de la equidad (*misericordia*).

Sin embargo, la sustitución que se produjo en esta época del vocablo *misericordia* por el de *aequitas*, por bien de favorecer la intención de los pontífices de introducir en el Derecho Civil algunas leyes eclesiásticas más directamente fundadas en ésta⁵⁸⁴, suscitó un nuevo problema: la fijación de cual fuera la *mater iustitia*. A este respecto, según WOHLHAUPTER⁵⁸⁵, se puede entender referida tal expresión a la *Sancta Romana Ecclesia*, a la *rationis* o a la *aequitate*. A su juicio la solución correcta es la última⁵⁸⁶, quedando pues establecida una jerárquica graduación de las normas jurídicas como sigue: en primer lugar la *aequitas*, entendida como *voluntas Dei*; en segundo la *iustitia*, entendida como *aequitas in voluntate hominis*; por último el *ius*, entendido como *talis voluntas redacta in praeceptionem*⁵⁸⁷.

⁵⁸³ Para mayor profundización, ver: VETULANI, A.; *Gratien et le droit romain*, en, "Revue historique de droit français et étranger", IV S., 24-25, 1946-47, II-48.

⁵⁸⁴ En parecido sentido, ver la opinión de: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La equidad y sus tipos históricos*, cit. Pág. 728; ZANETTI, GINEVRA; *Carattere canonico dell' <<aequitas>> nella letteratura civilistica preirneriana*, en, "Rivista di storia del diritto italiano", T. XXVI-XXVII, 1953-1954, págs. 227-245, cit. Pág. 234. Considera que la recepción del principio de equidad canónica en el Derecho Civil se da, sobre todo, en el campo del Derecho matrimonial.

⁵⁸⁵ WOHLHAUPTER, E.; *Aequitas canonica*, en, "Veröffentlichungen der rechts u. Staatswiss. Sekt. Görres-Gesellschaft", 56, 1931, págs. 59 y ss., (Citado por: CARON, PIER GIOVANNI; "Aequitas" romana,..., cit. Págs. 22-23).

⁵⁸⁶ En contra, ver: LEFEBVRE, CHARLES; *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, París, 1938, cit. Págs. 179-180. Considera que con ello se incurre en una tautología por cuanto se está diciendo que en ningún caso la equidad debe entrar en contradicción con ella misma.

⁵⁸⁷ Graduación que, como remarca el propio autor, posteriormente, y pasando por el tamiz del pensamiento agustiniano, llegaría a la Escolástica variando, no obstante, las expresiones: 1) *lex aeterna*; 2) *Lex naturalis*; 3) *Lex positiva*. Como se puede apreciar, comienzan pues a aparecer términos con los cuales nos podemos encontrar cada vez más familiarizados. Ver también, en lo referente al pensamiento de San Agustín, CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La equidad y sus tipos históricos*, cit. Págs. 725-26. Considera que este autor comprendió perfectamente el vínculo indisoluble existente entre la equidad y la

Así, en Graciano⁵⁸⁸ se daban ambas influencias si bien con una cierta preponderancia del concepto de *miserecordia*. Sea como fuere, tras las decretales de Graciano quedaron establecidas las bases⁵⁸⁹ para que la posterior doctrina canonista pudiera atribuir un significado claro al concepto romano clásico de *aequitas-iustitia*.

e) Desarrollo del concepto desde los Decretistas hasta Santo Tomás de Aquino.

La proximidad temporal hizo que la doctrina de los primeros Decretistas referente a la equidad no distase mucho de aquélla mantenida por Graciano. En este sentido, entre otros posibles ejemplos, la obra de Rufino denotaba una confusión entre los conceptos de *lex naturalis* y *aequitas*, al tiempo que el concepto de *iniquitas* seguía enraizado con nociones de tipo religioso y bíblico. Sin embargo, ya en la obra de autores como Estéfano de Tournay⁵⁹⁰ o Ugoccione de Pisa se apreciaba una clara delimitación y fijación de los caracteres propios del concepto romano clásico de *aequitas-iustitia*.

La Escuela de Bolonia se había preocupado de resolver el problema de la norma prevalente en los supuestos en los que entrasen en conflicto la *aequitas rudis (non constituta)* y la *aequitas constituta (scripta)*. La respuesta dada por Búlgaro y su

justicia y el error en el que se incurriría al tratar de reducir la idea de equidad, conforme a su sentido puramente etimológico, a una simple idea de igualdad.

⁵⁸⁸ Para mayor profundización, ver: COMPOSTA, D.; *Il diritto naturale in Graziano*, en, "Studia Gratiana", II, Bolonia, 1954, págs. 151-210; HERING, C.J.; *Die Aequitas bei Gratian*, en, "Studia Gratiana", II, Bolonia, 1954, págs. 95-113.

⁵⁸⁹ Corroboraba esta teoría un fragmento del propio *Decretum* en el cual la *aequitas*, sinónimo de *iustitia*, se contraponía claramente a la *miserecordia* (pues la primera puede asumir los caracteres de la *aequitas severitatis* en su persecución del fin corrector de la norma, mientras que a la *miserecordia* se atribuye tan sólo la misión de *indulgere*). (D. XLV, c. 10) establece que: "*Omnis, qui iuste iudicat, stateram in manu gestat, et in utroque penso iustitiam, et misericordiam portat: sed per iustitiam reddit peccanti sententiam; per misericordiam peccanti temperat poenam: ut iusto libramine quaedam per aequitatem corrigat, quaedam vero per miserationem indulgeat*". En contra, ver: ZANETTI, GINEVRA; *Carattere canonico...*, cit. Pág. 243. Considera que los conceptos de *aequitas* e *ius naturale* son coincidentes en el *Decretum* y entre los posteriores Decretistas.

⁵⁹⁰ Si bien en algún pasaje de su obra se sigue apreciando una confusión entre el *ius naturale* y la *aequitas*. Denota con ello que no está todavía trabajando sobre un concepto puramente jurídico, pues conserva caracteres propios de los conceptos teológicos cristianos de *miserecordia* y *dispensatio*.

Escuela a este problema fue la de considerar la prevalencia de la *aequitas constituta*⁵⁹¹. La Gran Glosa de Accursio, por su parte, consideró que no tan sólo la equidad escrita podía prevalecer sobre el *rigor scriptum*, sino que también debía hacerlo la *aequitas rudis* sobre el *rigor non scriptum* (costumbre).

A la doctrina sostenida por Búlgaro y su Escuela sería a la que se adhiriese Estéfano de Tournay, provocando con ello la asimilación del sistema romanista por parte de la doctrina canonista y, particularmente, la asunción de la distinción entre los binomios *aequitas/ius* y *scriptum/non scriptum*⁵⁹². Con ello, la equidad asumía el carácter de medio de interpretación de las normas legisladas⁵⁹³. A él se debe también la unificación de los conceptos de *rigor* (canonista) e *ius strictum* (civilista), y la no menos importante parificación de los conceptos de *misericordia* y *aequitas*⁵⁹⁴; línea ésta que sería asumida y desarrollada por los Decretistas posteriores.

Por su parte, en Ugoccione de Pisa se perfiló por primera vez entre los Decretistas la concepción de la equidad como concepto netamente jurídico, expresión de la perfecta justicia. En su obra la equidad se diferenciaba netamente de los conceptos teológico-morales de *misericordia*⁵⁹⁵ y *benignitas* que: "*non debet observari, nec secundum eam iudicari, nisi loc et tempore necessitatis vel utilitatis causa vel alia*

⁵⁹¹ Como pone de manifiesto MEYERS, E. M.; *Le conflit entre l' équité et la loi chez les premiers glossateurs*, en, "Revue historique du droit", 17, 1941, págs. 117-35, cit. Pág. 122, Búlgaro se inclinó por considerar que el juez debía preferir la ley a su propia equitativa opinión (*aequitas rudis*) pero no a las normas objetivas de equidad que derivan de la ley escrita. (Como veremos en sucesivos apartados, nuestra opinión es contraria a la existencia de normas o máximas objetivas de equidad).

⁵⁹² Distinción ésta que hoy en día sigue planteándose cuando se afronta el estudio de la equidad y su relación con el Derecho legislado.

⁵⁹³ Aparece así uno de las acepciones del concepto de equidad que con posterioridad analizaremos profusamente.

⁵⁹⁴ Llegados a este punto de la evolución histórica del concepto de equidad consideramos que queda refrendada nuestra anterior opinión en el sentido de que el estudio de la evolución de la equidad canónica, aunque aparentemente alejado de nuestro objetivo, resulta de vital importancia a los efectos de fijar el moderno concepto de la misma.

⁵⁹⁵ La cual era definida como *dispensatio*, como mera *relaxatio iuris*.

*causa*⁵⁹⁶. Así pues, la norma general sería la aplicabilidad de la equidad entendida en su acepción romana de *iustitia*⁵⁹⁷.

Ya en los siglos XII y XIII, a las nociones de *aequitas* romana y *misericordia*, informadoras del concepto de equidad canónica, tiene que añadirse la influencia del ahora reelaborado⁵⁹⁸ concepto aristotélico de *epiqueya*⁵⁹⁹, entendido como criterio corrector de la aplicación concreta de la ley que diera lugar a iniquidad.

Enrico de Susa, Cardenal de Ostia, en su capital obra *Summa Aurea* retomó bajo esta nueva concepción los postulados sentados por Ugoccione de Pisa, haciendo notar, sin embargo, que la equidad natural tenía que atenerse a la *misericordia* y la *pietas* cristianas. Si bien en el trasfondo de su pensamiento permaneció siempre el concepto romano clásico de *aequitas-iustitia*, se añadía una vez más a la escena el concepto de *iustitia dulcore misericordie temperata*. De esta forma el carácter objetivo de la *aequitas-iustitia* quedaba claramente minado por la acción de la *misericordia* (entendida como aplicación benigna de la norma en atención a la situación personal, de lugar y de tiempo^{600 601}).

⁵⁹⁶ Referencia tomada de su *Summa super Decreto*, (comentario a D. L, c. 25), (Citado por: CARON, PIER GIOVANNI; "*Aequitas*" romana,..., cit. Pág. 47).

⁵⁹⁷ Como denota CARON, la evolución, sin embargo, no podía ser lineal y la obra de Juan Teutónico en la Glosa Ordinaria al Decreto de Graciano supuso un retorno a la vieja concepción patristica de la equidad entendida como *benignitas*. CARON, PIER GIOVANNI; "*Aequitas*" romana,..., cit. Pág. 48.

⁵⁹⁸ A este respecto resulta fundamental la reelaboración del concepto por parte de Santo Tomás de Aquino; aspecto éste al que se prestará especial atención en el siguiente apartado.

⁵⁹⁹ Existe sin embargo una ardua discusión entre los canonistas a la hora de calificar la real influencia que la *epiqueya* aristotélica tuvo hasta el siglo XIV. A este respecto, ver, a favor de la influencia del pensamiento aristotélico: BOULET-SAUTEL, M.; *Equité, justice et droit chez les Glossateurs du XII siècle*, en, "Recueil de Mémoires et Travaux, Université de Montpellier", Fasc. II, Montpellier, 1951, cit. Pág. 6, donde considera que: "... il est incontestable qu' ils (los Glosadores) ont compris les principes aristotéliens enfermés dans les définitions du Digeste et du Code, qu' ils les ont même assouplis, enrichis par l' apport de la méthode scholastique."; CARON, PIER GIOVANNI; "*Aequitas*" romana,..., cit. Págs. 64-65.

⁶⁰⁰ Ver también la opinión a este respecto de: LEFEBVRE, CHARLES; *Aequitas canonica et periculum animae dans la doctrine de l' Hostiensis*, en, "Ephem. Iur. Can.", 8, 1952, cit. págs. 305-321; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La equidad y sus tipos históricos*, cit. Págs. 727 y 731. Según éste la equidad pasaba así a configurarse como un concepto más amplio y avanzado que el que se encierra en su entendimiento como aplicación benigna de la norma.

f) La equidad y la *epiqueya* en Santo Tomás de Aquino.

Para Santo Tomás de Aquino el antiguo concepto aristotélico de *epiqueya* se definía como una noción de contenido ético y moral que podía ser utilizada por el juez en el foro externo. Adquiría de esta forma un neto carácter jurídico; el de justicia ideal del caso concreto. La equidad o *epiqueya*⁶⁰² no se configuraba ya como benigna interpretación de la ley sino como una excepción a la obligada aplicación de ésta en aquellos casos en los que la actuación de la misma en relación con el caso concreto enjuiciado devendría inicua⁶⁰³.

En la obra del autor, sin embargo, no se encontraba una clara diferenciación entre la aplicación moral de la *epiqueya* y la puramente jurídica⁶⁰⁴ realizada por el juez; si bien distinguía claramente entre la *miserecordia* y *benignitas* cristianas (entendidas como *relaxatio* en la aplicación de la ley al caso particular) y la *epiqueya* como forma de decaimiento de la eficacia de la norma en aquellos casos en los que su aplicación se demostrase inicua⁶⁰⁵. Sea como fuere, la equidad en su dimensión jurídica se configuraba como un simple reflejo de la verdadera equidad o *epiqueya*; aquélla que se daba en el foro interno o puramente moral. La *epiqueya* se definía por tanto como una virtud que venía llamada a trascender los principios de la justicia legal y, por tanto, en su aplicación en el foro externo, era identificable con la justicia ideal o perfecta. En resumen, y como muy bien puntualiza CARÓN⁶⁰⁶: “*Se trata de dos diferentes aspectos —el moral y el jurídico— de un mismo concepto, y no de dos conceptos distintos.*”.

⁶⁰¹ Téngase presente que (como se verá *infra*), si bien desembarazado de matices de contenido religioso, estamos convencidos de que en la actualidad el concepto de equidad está imbuido de claros caracteres subjetivos.

⁶⁰² Términos perfectamente sinónimos para el autor.

⁶⁰³ Como denota CARON, PIER GIOVANNI; “*Aequitas*” romana, ..., cit. Pág. 70, sólo en este sentido se puede entender la *epiqueya* en Santo Tomás como referida a su actuación en el foro externo.

⁶⁰⁴ Claro reflejo de lo dicho se encuentra en las diversas ocasiones en las que el autor se refiere a la misma indistintamente como virtud y como parte de la justicia.

⁶⁰⁵ En parecido sentido, ver: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La equidad y sus tipos históricos*, cit. Pág. 733.

⁶⁰⁶ CARON, PIER GIOVANNI; “*Aequitas*” romana, ..., cit. Págs. 71-72.

Aparecía así en el pensamiento tomista la equidad entendida como fuente de interpretación⁶⁰⁷; como fuente de interpretación auténtica por cuanto la misma, en su construcción, era atribuida al propio legislador.

La influencia de tal doctrina se haría notar en la concepción de los Decretistas y de los primeros Decretalistas. Posteriormente, la amplitud del concepto tomista de equidad, que permitía su aplicación no sólo a los supuestos de *defectum potestatis* del legislador sino también a los de *defectum eius voluntatis*, tendría que encontrar siglos más tarde adecuado desarrollo en el pensamiento de Francisco Suárez^{608 609}. Según éste debían distinguirse dos diversos supuestos: la falta de potestad del legislador, entendida como la incapacidad de éste para imponer preceptos inicuos; el vicio de la voluntad del mismo en cuanto fuera presumible que ésta hubiera sido otra de haber conocido las circunstancias del caso concreto al que hubiera de ser aplicada la norma.

g) La equidad en la doctrina de los Decretalistas y la formación del *ius commune*.

Ya en época de los Decretalistas los términos de la controversia adquirieron un nuevo cariz. La aparente antinomia existente entre la *L. Placuit* y la Decretal *Ex parte* de Onorio III tendrían que suponer un replanteamiento del concepto de equidad y, sobre todo, de la relación entre ésta y el *ius*.

La equidad asumió en este momento la consideración de medio de integración de las lagunas legislativas. La Glosa a la palabra *aequitas* se encargó de precisar que: la *L. Placuit* se refería a la *aequitas scripta*, la cual debía ser antepuesta en todo caso al *rigor iuris*; La Decretal *Ex parte*, por el contrario, debía entenderse referida a la *aequitas non*

⁶⁰⁷ Veremos luego en detalle que la equidad interpretativa constituye uno de los conceptos que en la actualidad se barajan de la misma.

⁶⁰⁸ Básicamente, en su obra: SUÁREZ, FRANCISCO; *De legibus ac de Deo legislatore*, Lib. VI, Cap. VII, n° II, en "Opera omnia", Ed. Berton, París, 1856, T. VI.

scripta, la cual resultaría aplicable sólo en los supuestos en los que faltase el *ius scriptum*.

A Giovanni d' Andrea se debe la distinción entre la equidad y la analogía como dos métodos diversos de integración de las lagunas legales. A su modo de ver, el recurso a la equidad por parte del juez constituía un método de heterointegración, mientras que la analogía lo era de autointegración (en cuanto el juez decide en virtud de elementos análogos ya existentes en el propio ordenamiento jurídico)⁶¹⁰.

La equidad vino a ser, en definitiva, el método utilizado por los Decretalistas para solucionar los conflictos de aplicación que surgieran entre dos ordenamientos jurídicos diferenciados pero, en ocasiones, actuantes sobre una misma realidad; los ordenamientos civil y de la Iglesia. El *ius commune* medieval se compuso principalmente de: el Derecho justiniano debidamente interpretado por Graciano y los Decretistas y, posteriormente, reelaborado por Glosadores⁶¹¹ y Decretalistas; algunas constituciones de emperadores romano-germánicos; la recopilación de los usos feudales. La aportación fundamental de los Decretalistas fue la de considerar el Derecho romano como fuente supletoria del ordenamiento canónico; al tiempo que los civilistas hacían lo propio con el Derecho canónico⁶¹². Sin embargo, la aparente armonía existente entre el pensamiento de los canonistas y los Glosadores⁶¹³ comenzaría a resquebrajarse a

⁶⁰⁹ Para mayor profundización en su pensamiento, ver: GIACCHI, O.; *La compagnia di Gesù e la scienza del diritto*, Jus, 1941, págs. 368-84, cit. Págs. 372-75 donde aborda el estudio del concepto de *epiqueya* en el pensamiento de este autor.

⁶¹⁰ Con posterioridad la necesidad de buscar un fundamento a la aplicación de la analogía como método integrativo de las lagunas legales llevaría a considerar que éste radica en la naturaleza del Derecho mismo, que era entendido como *ars aequi et boni*. Asumiría así la equidad la dignidad de medio de interpretación de la norma y fundamento de la aplicación analógica de la misma.

⁶¹¹ A este respecto, ver: BOULET-SAUTEL, M.; *Equité, justice et droit chez les Glossateurs du XII^e siècle*, en, "Recueil de Mémoires et Travaux, Université de Montpellier", Fasc. II, Montpellier, 1951; KANTOROWICZ-W, H. y DUCKLAND, W.; *Studies of the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938.

⁶¹² A este respecto, ver: CARON, PIER GIOVANNI; *I fonamenti romanistici del concetto di "aequitas" nella dottrina di Graziano e dei decretisti*, en, "Studi in onore di Eduardo Volterra", Vol. IV, I, Ed. Giuffrè, Milán, 1971.

⁶¹³ En una fase inicial la escuela de los Glosadores se ciñó al significado etimológico del término equidad definido por Cicerón y, como él, la redujo a la idea de igualdad. Aunque no se separaron del todo las ideas de equidad y justicia, ésta constituyó en su pensamiento una virtud y reposaba en el pensamiento de

principios del siglo XIV, momento en el cual Bartolo⁶¹⁴ y sus discípulos inauguraron la tendencia a pronunciarse en contra del carácter supletorio del Derecho canónico respecto del civil. A partir de ese momento, y como reacción, en la doctrina canonista comenzó a cobrar mayor relevancia el *bonum*⁶¹⁵ sobre el *aequum*.

h) El concepto de equidad en el Renacimiento.

Si bien aparentemente las bases sentadas por Decretistas y Decretalistas sufrieron pocas modificaciones en este periodo, la gradación de fuentes que había fijado Giovanni d' Andrea se vio ahora matizada a la luz de las reflexiones que suscitó el Gran Cisma de Occidente. La consecuencia directa no fue otra que la renovada preeminencia que los canonistas de la época otorgaron al concepto aristotélico de *epiqueya* como componente de la esencia íntima del concepto de equidad canónica.

En la aplicación de la justicia al caso concreto se produjo una atenuación de la severidad que supondría la utilización de la equidad como justicia abstractamente perfecta. Prueba de ello la constituye la doctrina que, mantenida por Juan Torquemada, consideró el *rigor* como una desviación del concepto de *ius* (entendido como *ars aequi et boni*) y la equidad como el término medio entre el rigor y la *misericordia* o *dispensatio*.

En el siglo XV la creciente preeminencia de la *epiqueya* aristotélica haría confluir en el problema ligado a la fijación del concepto de equidad otros dos de diversa índole: el de la interpretación, entendida como búsqueda de la *mens legislatoris*; el de los medios de integración de las lagunas legales en la aplicación de éstas a los supuestos

los justos; aquélla, por el contrario, se configuraba como el reflejo en el mundo real o práctico de esa justicia-virtud. En parecido sentido, ver: MEYERS, E. M.; *Le conflit entre l' équité...*, cit. Págs. 117 y 119. Considera que la preocupación fundamental de los Glosadores se centraba en establecer la relación entre el Derecho positivo y la *aequitas rudis* (aquella que no se extrae del texto de la ley positiva).

⁶¹⁴ Según CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La equidad y sus tipos históricos*, cit. Pág. 731, Bartolo recuperó la idea de *benignitas* al considerar la equidad como una forma de conveniencia o benignidad del Derecho.

concretos enjuiciados. De esta forma se abandonó paulatinamente la neta contraposición entre los conceptos de *rigor* y *aequitas*, de *scriptum* y *non scriptum*⁶¹⁶ y se dio paso a la libertad del juez para inaplicar la ley en los supuestos en los que esa se presentase contraria a la equidad natural^{617 618}.

i) La evolución del concepto de equidad desde el Renacimiento hasta la actualidad.

Ya en el siglo XVI la escuela histórico-crítica o de la jurisprudencia humanista y elegante, situada en la línea de progresiva revitalización de los estudios clásicos, procedió a la reafirmación del concepto de equidad tal y como era entendido en la última época del Derecho romano.

El siglo XVIII, por su parte, trajo consigo la preponderancia de los estudios de los romanistas alemanes los cuales, basándose en la sistematización de la jurisprudencia romana, dieron nuevo empuje al concepto y utilización de la equidad. GLÜCK distinguió en las fuentes romanas una doble acepción del concepto de equidad: la *aequitas naturalis* y la *aequitas iuridica* o equidad del juez. Ésta segunda fue definida por el autor como aquello que es conforme al espíritu y al fin de una ley, un contrato u otra disposición obligatoria siendo, al mismo tiempo, resultado de una interpretación que toma como base la contemplación de la realidad de la cosa y las circunstancias peculiares de la persona.

Por su parte, la escuela del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII no elaboró un concepto unitario de la equidad.

⁶¹⁵ Elemento utilitario que se constituía en el fin perseguido por la sociedad cristiana.

⁶¹⁶ Claro ejemplo de la nueva tendencia se podía observar en las palabras de Filippo Decio, según el cual: "*rigor et aequitas non sunt omnino contraria*".

⁶¹⁷ En la construcción de Filippo Decio, desde el momento en que la equidad se constituía en fundamento de las excepciones a la aplicación de la ley en los supuestos en los que ésta resultase en injusticia, se aprecia claramente la relevancia procesal que el nuevo concepto asumía.

GROCIO⁶¹⁹ abandonó abiertamente las concepciones medievales, en gran medida apoyadas en la noción romana de equidad, para proceder a una nueva reelaboración de la *epiqueya* aristotélica. En este sentido, la equidad fue definida por el autor como *virtus voluntatis correctrix eius in quo lex per universitatem deficit*.

LEIBNITZ, a diferencia de GROCIO y PUFENDORF, barajó varios significados posibles del concepto: por una parte definió la equidad en un sentido general, como justicia; de otra, elaboró un significado más restrictivo en el que ésta constituiría una de las especies de la justicia misma. En la jerarquización que realizó de las normas de conducta ética⁶²⁰ el grado superior sería aquél respetuoso con Dios (*probitas, pietas*); el segundo aquél que tenía en cuenta la relación con la total Humanidad (*aequitas*) y; el último, aquél que atendía a las relaciones del individuo con el Estado (*ius strictum*).

La concepción ética de la equidad que ya se apuntaba en el pensamiento de LEIBNITZ allanó el camino a la posterior reelaboración del concepto por parte de KANT. Según éste, la equidad podía ser definida como un Derecho imperfecto; como un Derecho desprovisto de sanción aparejada. La equidad formaría parte de lo que el filósofo alemán definió como *ius latum*, como Derecho carente de la preceptiva facultad de coacción que es inherente a su esencia. Por tanto, bajo su concepción puramente filosófica, la equidad quedaría configurada como un deber de tipo ético. Posiblemente sea ese absoluto alejamiento de la realidad jurídica la causa del escaso predicamento que su concepción ha alcanzado entre los estudiosos de la equidad.

⁶¹⁸ A este respecto, ver la opinión de: ZANETTI, GINEVRA; *Carattere canonico...*, cit. Págs. 227-28. Considera que con anterioridad al Renacimiento la equidad primaba sobre el *ius scriptum* y su concepto se hallaba altamente cargado de caracteres éticos y canónicos.

⁶¹⁹ Para un más extenso análisis del pensamiento del autor, ver: SILLI, PAOLO; *Equità (Storia del diritto)*, cit. Pág. 498.

⁶²⁰ Tripartición que, según CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La equidad y sus tipos históricos*, cit. Pág. 737, se corresponden con las tres especies aristotélicas de la justicia y convierten por tanto la equidad en principio informador de la justicia distributiva.

j) Relación de los conceptos de equidad y equidad canónica en la actualidad.

Por bien que algunos canonistas actuales distingan los conceptos de *aequitas canonica* y *epiqueya*, refiriendo la primera al foro externo y la segunda al foro interno; parece claro, a la luz de lo hasta aquí expuesto, que se trata de conceptos sinónimos. Sea como fuere y, como se verá en sucesivos apartados, la actual equidad canónica se configura como un claro supuesto de equidad sustitutiva directa⁶²¹. Así, el *Codex Iuris Canonici* de Benedicto XV define la equidad canónica en su acepción tradicional. En el Canon 20, referido a los medios para colmar las lagunas de la ley, se hace referencia a los principios generales del Derecho observados *cum aequitate canonica severitatis*⁶²².

Mediante el recurso a la equidad canónica no se pretende legitimar una crítica de la norma abstractamente considerada, sino, por el contrario, habilitar una interpretación de la misma que evite la producción de resultados injustos en su aplicación a un caso concreto. La premisa de la que trae causa y en la que, al tiempo, encuentra justificación el recurso a la equidad canónica no es sino la de considerar que el legislador, de haber podido prever el caso concreto, hubiera procedido a regularlo de manera diversa. Si, no obstante los esfuerzos interpretativos, la aplicación de la norma diere lugar a resultados contrapuestos a la conciencia moral y jurídica, el juez tendría el derecho y el deber de no aplicar la norma y resolver el caso concreto de acuerdo con los postulados de la equidad canónica misma.

Por tanto, aun en la actualidad la *aequitas canonica* asume el significado de tolerancia, indulgencia o misericordia que la informaron históricamente. Tales adjetivaciones, sin embargo, no constituyen la esencia o núcleo del concepto de *epiqueya* aristotélica pero se añaden al mismo inevitablemente cuando la equidad es

⁶²¹ En parecido sentido, ver: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 168.

⁶²² Como dicen MIGUÉLEZ; ALONSO MORÁN y CABRERO DE ANTA; *Código de Derecho Canónico y legislación complementaria*, (Texto latino y versión castellana, con jurisprudencia y comentarios), 2ª ed., Madrid, 1947, cit. Pág. 14., anotadores a la edición española: "*Equidad canónica*

utilizada por un ordenamiento de base eminentemente religiosa preocupado, por tanto, por destacar los aspectos más íntimos y morales de las cuestiones objeto de enjuiciamiento.

En definitiva, el actual concepto de equidad canónica aúna también la tercera característica del concepto de *epiqueya* definido por Aristóteles: el de la subjetividad, voluntariedad. Se presenta así con toda su virulencia, también en el ámbito canónico, el problema de la incompatibilidad de la equidad con la certeza del Derecho; problema éste ante el que los ordenamientos no religiosos tendrán que tomar forzosamente una solución diversa.

En consecuencia y, como anticipo de lo que veremos en apartados posteriores, podemos concluir que el concepto de equidad manejado en la actualidad por el ordenamiento canónico difiere de aquél propio de los ordenamientos seculares⁶²³. En éstos, la menor importancia atribuida a los aspectos morales de las relaciones intersubjetivas tiene que derivar en una mayor exigencia de igualdad de trato para supuestos formalmente iguales. El problema, sin embargo, se presenta desde el momento en que la atribución de poderes omnínodos al juez podría minar la base sobre la que se asienta el propio ordenamiento jurídico positivo. En consecuencia, constituye norma general, en los ordenamientos no religiosos que aceptan la utilización de la equidad, la de remitir a las formas integrativa o sustitutiva de la misma, impidiendo, no obstante, que el juez, de *motu proprio*, pueda inaplicar una norma para decidir en virtud de un juicio de equidad.

significa el espíritu de benignidad que informa la legislación canónica, y que debe orientar también la aplicación de los principios a los casos concretos hecha por las personas privadas".

⁶²³ Por bien que algunos autores como CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La equidad y sus tipos históricos*, cit. Págs. 739-40, consideren que el concepto moderno de equidad debe reposar en una adecuada unificación de las ideas aristotélicas y cristianas.

2. EL MODERNO CONCEPTO DE EQUIDAD.

Tras el breve análisis histórico de la noción de equidad que hemos realizado, nos tenemos que enfrentar ahora a la necesaria fijación de un concepto que, forzosamente desligado de las implicaciones filosóficas, morales, éticas e, incluso teológicas del término, nos permita desbrozar el significado más íntimamente jurídico del mismo.

Como necesario paso previo a la elaboración del que, a nuestro entender, tiene que ser el papel actualmente asignado a la equidad en los ordenamientos jurídicos de tipo continental, tendremos que proceder a una clasificación, siquiera sea somera, de las diferentes concepciones que sobre la misma se han mantenido en los últimos tiempos.

a) Diversas clasificaciones de la equidad.

Siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS⁶²⁴, podemos sostener que en la actualidad existen dos grandes grupos de concepciones sobre la equidad y el papel que la misma está llamada a desempeñar: las teorías subjetivistas y las objetivistas. Dentro del primer subgrupo, a su vez, pueden ser diferenciadas diversas concepciones: la que la considera como una justicia extralegal; la que la entiende como justicia intuitiva producto más del sentimiento que de la reflexión del jurista; la que ve en ella una justicia de aplicación discrecional. Dentro del segundo, por su parte, se pueden distinguir las siguientes concepciones: la que la liga a la idea de igualdad; la que la relaciona con nociones de tipo moral; la que la relaciona con el concepto de justicia y, por tanto, con el propio Derecho. Este último subgrupo, a su vez, puede ser disgregado en dos subvariantes: aquellas concepciones que sitúan la equidad entre los principios jurídicos generales (concepción ius-naturalista, que entiende la equidad como justicia natural⁶²⁵, y

⁶²⁴ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines*, RGLJ, Madrid, 1950, II, págs. 217-263 y 361-402, cit. Pág. 228-263.

⁶²⁵ Criticando los postulados de tales concepciones, ver: VECCHIONE, RENATO; *Giudizio di equità*, en, "Novissimo Digesto italiano", Vol. VII, Turín, 1960, págs. 625-37, cit. Pág. 627. Para mayor

concepción histórico-positivista que la define como justicia ideal) y aquellas otras que la refieren a las circunstancias de los casos concretos enjuiciados (concepciones de entronque aristotélico-escolástico que ven la equidad como criterio paliativo del rigor legal y, concepción cristiana que la define como justicia benévola).

Las corrientes que definen la equidad como justicia extralegal o de aplicación discrecional pueden ser criticadas por lo simplista de sus concepciones que, al contentarse con definirla como un tipo de justicia no escrita⁶²⁶, llegan a confundir la problemática propia de la equidad con la del arbitrio judicial.

Por su parte, la otra gran corriente subjetivista, aquélla que ve en la equidad un supuesto de justicia intuitiva, procede a identificar la equidad con un sentimiento inconsciente de las exigencias del Derecho que tiene que guiar al adecuado cumplimiento de los fines del mismo. Tal es la concepción mantenida, entre otros, por GÉNY⁶²⁷ o por CHIRONI⁶²⁸. Según éste último, el cual entronca esta postura con la histórico-positivista, la equidad viene referida tanto al sentimiento individual del juez como al de la colectividad humana en la que éste convive en una época y lugar determinados.

Ya en el ámbito de las concepciones objetivistas destaca en primer lugar aquélla que, hallando su punto de partida en la etimología del término equidad, relaciona ésta con el concepto de igualdad. Esta postura, que bebe de buena parte de las representaciones históricas de la equidad, aún en nuestros días encuentra cabida en las

profundización, ver: CAMMARATA, ERMANNO; *Giusnaturalismo e Critica delle leggi, in rapporto alla distinzione fra giustizia ed equità*, Estratto dal Bollettino dell' istituto di Filosofia del diritto, Roma, año II, 1941.

⁶²⁶ Recordemos las históricas polémicas planteadas en torno de la relación entre el *ius scriptum* e *ius non scriptum*.

⁶²⁷ GÉNY; FRANÇOIS; *Méthode d' interprétation*, (Versión española), cit. Pág. 513.

⁶²⁸ CHIRONI; *Istituzioni di Diritto civile italiano*, T. I, Turín, 1912, cit. Pág. 25.

definiciones de una parte de la doctrina⁶²⁹ que busca la base de su razonamiento en el innegable hecho de que el prefijo *equi* (al menos en las lenguas romance) aparece en todas aquellas palabras que sugieren la idea de igualdad.

La concepción ius-naturalista ve la equidad como la plasmación de la conciencia jurídica universal que tiene que convertirse en guía y modelo de la total actividad jurídica. Esta línea de pensamiento, si bien en la actualidad no suele ser defendida en su estado puro sino relacionada con alguna de las demás concepciones aquí expuestas, sí que sigue teniendo especial fuerza, como por otra parte ya hemos denotado con anterioridad, entre la doctrina canonista.

Por su parte, los partidarios de la concepción histórico-positivista, entre los que podemos citar autores como SCIALOJA, VIAZZI, PIOLA o CONSENTINI⁶³⁰ relacionan la equidad con las ideas de justicia y Derecho natural; entendido este último no ya en el sentido más arriba expuesto sino en el de Derecho ideal de una sociedad y tiempo determinados.

Una orientación diferente se puede encontrar en aquellas construcciones que, basadas en la concepción aristotélico-escolástica, relacionan la equidad con la justicia del caso concreto. La primera de las subvariantes de tal teorización es aquella que ve en la equidad un correctivo del *rigor iuris* en su aplicación al caso concreto enjuiciado. Ejemplos de tal concepción podemos encontrarlos en el pensamiento de orientación neokantiana de STAMMLER, en DEL VECCHIO, en RADBRUCH⁶³¹, en AZCÁRATE

⁶²⁹ Cada vez más minoritaria desde el momento en el que prestigiosos autores como DEL VECCHIO pusieron de relieve que tal concepción impediría distinguir la equidad de la justicia la cual, a su entender, lleva insito en su concepto la idea de igualdad.

⁶³⁰ CONSENTINI; *Filosofía del Derecho. Prolegómenos a la ciencia comparada del Derecho*, Ed. Cultura, Méjico, 1930, cit. Pág. 171. Considera que: "... la equidad, como la justicia, aparece como un conjunto indeterminado de normas que no forman parte del Derecho positivo y se relacionan con el Derecho ideal, síntesis de las aspiraciones colectivas; la expresión, en suma, de las idealidades jurídicas arraigadas en una comunidad."

⁶³¹ RADBRUCH, GUSTAVO; *Filosofía del Derecho*, (Trad. Madina Echevarría), Ed. RDPriv., Madrid, 1933, cit. Pág. 47. Considera que: "La justicia ve el caso singular desde el punto de vista de la norma general; la equidad busca en el caso singular su propia ley."

ROSELL⁶³², en COVIELLO⁶³³, o en RUGGIERO⁶³⁴, entre muchos otros. La segunda está constituida por aquellas concepciones de inspiración cristiana que, hundiéndose sus raíces en la elaboración aristotélica del concepto y en el Derecho del Bajo Imperio romano, consideran la equidad como una forma de justicia benévola. Tales concepciones, que encuentran amplia acogida entre los canonistas, han hecho notar su presencia también en la doctrina de civilistas como FERRARA y PACCHIONI.

Mención aparte merecen las construcciones de corte eticista en las cuales la equidad se configura como el correctivo necesario de la propia justicia mediante la elevación a la categoría de jurídica de la norma moral. Una tal elevación se lleva a cabo en base a consideraciones de carácter subjetivista basadas en la solidaridad y la humanidad que tienen que trascender al propio concepto de justicia. Bajo este enfoque, y como muy bien pone de manifiesto CASTÁN TOBEÑAS⁶³⁵, la equidad: “*resulta ..., no sólo un criterio de elaboración y de aplicación del Derecho objetivo..., sino también un criterio de determinación y ejercicio de los derechos y deberes subjetivos.*”.

Por último, y como ya hemos ido viendo a lo largo de este apartado, en la actualidad es frecuente el intento de definición de la equidad en atención a diversos de los criterios hasta aquí sintetizados. Así por ejemplo, en BARASSI⁶³⁶ se puede apreciar una definición de la misma que, aceptando su definición clásica de justicia del caso concreto, procede a adaptarla a las concepciones positivistas introduciendo, en definitiva, caracteres de pura oportunidad en el concepto. No menos interesantes resultan las concepciones mantenidas por FERRARA (en cuya doctrina se enlazan: el criterio clásico de la equidad, entendido como búsqueda de la solución del caso concreto; los postulados positivistas que la configuran como búsqueda del ideal jurídico;

⁶³² AZCÁRATE ROSELL, CARLOS; *Estudios de Filosofía del Derecho*, Ed. F. Vardugo, La Habana, 1940, cit. Pág. 171.

⁶³³ COVIELLO; *Manuale di diritto civile italiano*, (Parte Generale), Società Editrice Libreria, Milán, 1915, cit. Pág. 8.

⁶³⁴ RUGGIERO; *Instituciones del Derecho civil*, (Edic. española), T. I, Ed. Reus, Madrid, 1929, cit. Pág. 21.

⁶³⁵ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Pág. 245.

⁶³⁶ BARASSI; *Istituzioni di diritto civile*, 2ª ed, Milán, 1921, cit. Pág. 20.

la dirección subjetivista de la equidad-sentimiento y la concepción cristiana de la *aequitas-benignitas*), PACCHIONI⁶³⁷ (en cuyo pensamiento se aúnan: la equidad individualizadora de raíz aristotélica; la *aequitas-humanitas* cristiana y la *aequitas romana* clásica y ciceroniana) o CASTÁN TOBEÑAS, según el cual la equidad en la actualidad debe ser entendida como un concepto pluralista y complejo que: "... gira, sobre todo, en torno a dos distintas ideas: la idea aristotélica de norma individualizada, adaptada a las circunstancias del caso concreto..., y la idea cristiana de mitigación del rigor de la ley para un caso particular (*humanitas, pietas, benignitas*)."⁶³⁸

Sea como fuere y, como colofón a este apartado, consideramos que en la búsqueda de un concepto de equidad válido en nuestros días debe prescindirse por completo de cualquier tipo de orientación de tipo moral, ético o religioso⁶³⁹. En

⁶³⁷ PACCHIONI; *Diritto civile italiano*, Parte I, Vol. I, 2ª ed., Ed. Cedam, Padua, 1937, cit. Pág. 50, donde considera la equidad como una propiedad de la norma jurídica que, en sus aplicaciones concretas debe ceñirse a tres reglas: "Primera, que las cosas y las relaciones iguales sean igualmente tratadas y que no sean, por el contrario, tratadas igualmente las cosas y las relaciones desiguales o diversas; segunda, que al juzgar de cada singular relación se tenga escrupulosa cuenta de todas sus particularidades individuales y de las circunstancias que la precedieron y acompañaron, y tercera, que entre las varias soluciones lógicamente posibles se dé siempre, en concreto, la preferencia a aquella que resulte más suave y humana."

⁶³⁸ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Pág. 253. Ver también pág. 222. (También en: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La equidad y sus tipos históricos*, cit. Pág. 740. Posteriormente, en págs. 367-68, considera que: "En realidad, como la equidad es parte de la justicia, su contenido ha de ser esencial y fundamentalmente el propio de ésta... No es posible asignar a la equidad contenido material alguno. Casi todas las máximas..., son simplemente principios de justicia o principios o reglas de Derecho, deducibles de la idea de Derecho natural o inducibles, por generalización, de las disposiciones de la ley positiva. La equidad, ..., no es propiamente una norma, sino un principio directivo que opera sobre el Derecho positivo, precisamente porque está fuera de él y no ha sido jurídicamente formulado. Por otra parte, dada la variabilidad de las circunstancias de tiempo, lugar y hecho concreto que en el juicio equitativo han de ser contempladas, es imposible formular principios absolutos de equidad.", y en: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español*, en, "Discurso de apertura de Tribunales 1946", RGLJ 1946, II, págs. 233-306, cit. Pág. 292, donde la ve como: "no ya una solución de justicia abstracta o de justicia estrictamente legal, sino una solución humana, de justicia adaptada al caso concreto y, en cuanto sea posible, benévola.". En parecido sentido, ver: FRAGA IRIBARNE, MANUEL; *Estudio preliminar a la traducción de la obra de: DE MOLINA, LUÍS; Los seis libros de la Justicia y el Derecho*, T. VI, Vol. II, Biblioteca de Clásicos Jurídicos (Publicada por la Facultad de Derecho de Madrid), Madrid, 1944, cit. Págs. 224 y ss.); RASELLI, ALESSANDRO; *Il potere discrezionale del giudice civile*, I, Ed. A. Milani, Padua, 1927 y II, Padua, 1935, cit. Págs. 3 y 11.

⁶³⁹ En parecido sentido, ver: ISÁBAL; Voz: *Equidad*, en, "Enciclopedia Jurídica Española", T. XIV, cit. Pág. 404. Considera que: "A primera vista parece que al nombrarse la equidad se emite un concepto claro y fácilmente accesible a todos. De un modo espontáneo y natural viene a la mente la idea de algo suave, moral, humano, justo, en oposición a órdenes, afirmaciones o sentimientos de carácter

concreto, consideramos que las concepciones que ven en la equidad un puro sentimiento o una forma de benignidad (además de estar ligada la primera a los ya superados postulados de la escuela del Derecho libre⁶⁴⁰ y la segunda a una concepción religiosa que mal se aviene con los principios básicos de un ordenamiento laico), de ser aceptadas, nos conducirían a un sistema en el cual sería más que discutible la pervivencia del principio de seguridad jurídica.

b) La crisis del Derecho y el resurgimiento de la equidad.

Cuando se habla de crisis del Derecho⁶⁴¹, se puede entender que con tal expresión se está haciendo referencia a dos fenómenos que, si bien absolutamente interdependientes, son diversos: la crisis del Derecho positivo tal y como fue concebido tras la Revolución Francesa y los posteriores fenómenos codificadores⁶⁴²; la crisis del sentimiento jurídico, del sentido de la justicia, íntimamente ligado a una general relajación de los valores espirituales en el mundo occidental. Sin embargo, cuando los juristas abordan el problema lo hacen en referencia tan sólo a la primera de las cuestiones señaladas.

En efecto, el triunfo de la Revolución Francesa supuso, en el campo jurídico, la instauración de la fe ciega en el racionalismo y la consecuente creencia en la

excesivamente duro y rigorista. Ello no obsta a que tal concepto, trasladado al campo jurídico, haya dado lugar a interminables discusiones, llenas de vaguedades, de que es difícil, sino imposible, deducir un criterio seguro y una solución que pueda atraerse la adhesión del mayor número de jurisconsultos y publicistas.”

⁶⁴⁰ Para una crítica abierta de tales doctrinas, ver: FERRARA, F.; *Potere del legislatore e funzione del giudice*, Rivista di diritto civile, 1911, págs. 490-516.

⁶⁴¹ Sobre este tema, ver: RIPERT; *Le déclin du droit*, París, 1949.

⁶⁴² A este respecto, el proyecto de libro preliminar del Código de Napoleón contenía en su art. XI del Tit. V la siguiente referencia: “*En las materias civiles el juez, en defecto de leyes precisas es un ministro de equidad. La equidad es el retorno a la ley natural y a los usos recibidos en el silencio de la ley positiva.*”. Sin embargo, este punto de vista no prevaleció y tal disposición general no llegó a ser sancionada junto al texto definitivo. Ver también el interesante resumen que CASTÁN realiza de los diversos códigos que recogieron el concepto de equidad, en: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Págs. 271-84.

infalibilidad del Derecho codificado⁶⁴³. Desde esa perspectiva novedosa⁶⁴⁴, la consecuencia lógica tenía que ser la ruptura con el pasado y el surgimiento de una absoluta desconfianza en el poder judicial y en el papel que sus componentes estaban llamados a desarrollar. Tal desconfianza no era, sin embargo, gratuita. El período prerevolucionario estuvo marcado por los enormes abusos en los que incurrieron los jueces que, en un intento de independización respecto a los poderes del soberano, fallaban las causas en atención a criterios totalmente desvinculados de las normas preestablecidas⁶⁴⁵. Tras la Revolución, al juez quedaba asignado el papel de mero aplicador de la ley positiva, de boca que pronuncia las palabras de la ley⁶⁴⁶.

La moderna crisis del Derecho (que se va haciendo patente desde los inicios del presente siglo y se manifiesta claramente tras las dos grandes guerras⁶⁴⁷) parte de la constatación del cisma existente entre lo que el juicio es y lo que debería ser; en definitiva, de la percepción de que pese a los postulados racionalistas que negaban al juez cualquier tipo de poder creador del Derecho, éste, de facto, lo ha tenido y empleado en todo momento en la resolución de los casos concretos enjuiciados⁶⁴⁸. Como muy bien ha puesto de manifiesto CARRERAS LLANSANA⁶⁴⁹, pese al formal postulado de la absoluta primacía de la ley, "*... el juez continúa teniendo autoridad, aquella misma auctoritas de los romanos que la realidad les ha atribuido por encima de todas las prevenciones doctrinales. Esta autoridad es irreducible a los conceptos administrativos de función y funcionario, y lo único que ha ocurrido antes y después del*

⁶⁴³ En parecido sentido, ver: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 74.

⁶⁴⁴ Téngase en cuenta que hasta ese momento los sistemas jurídicos se habían basado primordialmente en la aplicación de la costumbre y la interpretación judicial del Derecho; hecho éste que ha llevado a algunos autores a afirmar abiertamente que el concepto de jurisdicción es anterior al de legislación.

⁶⁴⁵ A este respecto, ver: GUASCH FERNÁNDEZ; SERGI; *El hecho y el derecho en la casación civil*, Ed. J. M^a Bosch, Barcelona, 1998, cit. Pág. 33; NIEVA FENOLL; JORGE; *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Ed. J. M^a Bosch, Barcelona, 1998, cit. Pág. 21.

⁶⁴⁶ Buena prueba de ello es la creación en estos momentos de los recursos de casación los cuales, en su primitiva y originaria configuración, contemplaban tan sólo la protección del *ius constitutionis* y olvidaban por completo la salvaguarda de los derechos de los litigantes (*ius litigatoris*).

⁶⁴⁷ En parecido sentido, ver: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Pág. 264.

⁶⁴⁸ En parecido sentido, ver: LUMIA, GIUSEPPE; *L'equità tra la giustizia e la legge*, Revista di Diritto Processuale, 1976, págs. 708-728, cit. Pág. 708.

⁶⁴⁹ CARRERAS LLANSANA, JORGE; *Las fronteras del juez*, en, "Estudios de Derecho Procesal" Fenech/ Carreras, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, cit. Págs. 103 y ss.

liberalismo es que a tal autoridad se le ha añadido una potestad pública análoga a la del funcionario para mejor poder cumplir su cometido.”.

La crítica a los postulados positivistas no ha sido, sin embargo, realizada desde una sola perspectiva. Por el contrario, y como se ha podido apreciar claramente en el breve resumen realizado en el apartado anterior, muchas han sido las corrientes doctrinales que han pretendido una reelaboración del concepto de juicio jurisdiccional y, en concreto, de una de sus manifestaciones posibles: la equidad y el juicio de equidad. De forma sucinta podemos decir que el problema del Derecho puede ser considerado desde tres puntos de vista diferenciados: el punto de vista positivo; el ius-naturalista y el histórico-sociológico. Estas tres concepciones tienen correspondencia con las tres nociones que intuitivamente se pueden tener del Derecho: como conjunto de normas impuestas por el poder constituido; como reglas del actuar humano inspiradas en exigencias racionales y de justicia; como necesaria regulación de las normas que, en un momento histórico dado, permitan la convivencia social pacífica.

La primera de ellas puede ser criticada por lo reduccionista del argumento que pretende identificar el Derecho con el Derecho positivo. La concepción ius-naturalista puede ser objetada en atención a diversos argumentos de entre los cuales merecen ser destacados: el peligro que supone la posibilidad de desobediencia a la ley positiva cuando ésta se revele injusta a la conciencia del individuo; la contemplación del problema del Derecho desde la perspectiva del deber ser y no del ser, que muestra la inidoneidad de este enfoque universalista para dar solución a los casos concretos. Por su parte, las teorías de corte histórico-sociológico, en sus elaboraciones más extremas, derivan en la negación del propio Estado y de la norma positiva, sea ésta de producción legislativa o judicial. Bajo este último enfoque el papel judicial es sólo valorizado en cuanto sea espejo de las exigencias actuales de una sociedad dada.

Lo cierto es, sin embargo, que sea cual sea el camino elegido para ello⁶⁵⁰, en los momentos actuales no puede seguir manteniéndose el mito positivista de la primacía absoluta de la ley positiva. Es evidente que los jueces no son meros autómatas⁶⁵¹ capaces de abstraerse de su subjetividad, valores, formación o entorno social a la hora de aplicar la ley positiva a la resolución de los supuestos litigiosos concretos que se les presentan. Como se ha puesto de manifiesto por buena parte de la doctrina contemporánea *"la convicción judicial, base de la sentencia, no es lógica, sino más bien psicológica, influida como tal más por emociones y pasiones que por un frío razonamiento lógico."*⁶⁵². Intentar soslayar esta realidad y, en consecuencia, negar formalmente la existencia de juicios de valor subjetivos en los razonamientos judiciales, tan sólo puede derivar en la peligrosa y difícilmente controlable práctica en la que los jueces, convencidos subjetivamente de la justicia de una resolución y, encorsetados por la rigidez de la norma, proceden a falsear los hechos objeto del debate con el fin de alcanzar la consecuencia jurídica que estiman internamente como más justa. Ilustrativa a este respecto puede resultar la opinión del prestigioso magistrado PERETTI GRIVA⁶⁵³, según el cual: *"En el ejercicio de mis funciones he seguido siempre este criterio: he buscado ante todo, en cualquier causa, proponerme el juicio del hombre de la calle, del*

⁶⁵⁰ En parecido sentido, ver: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 94.

⁶⁵¹ En parecido sentido, ver: CALAMANDREI, PIERO; *Il processo como giuoco*, Rivista di diritto processuale, 1950, págs. 23-51, cit. Pág. 25.

⁶⁵² SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El juicio jurisdiccional*, en, "Estudios de Derecho Procesal", Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 63-117, cit. Pág. 66. En parecido sentido se pronunciaba: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 24 cuando sostenía que: *"La caratteristica del valore è ... che si tratta di un' esigenza dello spirito umano assolutamente insopprimibile... Il valore non può rivelarsi all' uomo attraverso una conoscenza puramente logica, bensì per mezzo del sentimento, esso cioè è sentito più che razionalmente conosciuto."*; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Pág. Consideraba que: *"Sería gran equivocación negar que el sentimiento jurídico desempeñe papel alguno en el juicio de equidad. Ni siquiera cabría excluirlo en el juicio de estricto Derecho."*, si bien posteriormente matizaba (cit. Pág. 376) que: *"Mas los factores esenciales del fallo de equidad, los que nutren, en realidad, el contenido material de la aequitas, son los elementos objetivos, entre los cuales ocupan primerísimo lugar, jerárquicamente, el Derecho natural y los principios generales jurídicos."*. En contra, ver: BIONDI, POMPEO; *In tema di poteri discrezionale del giudice: appunti e spunti polemici*, Rivista di diritto processuale civile, 1928, I, págs. 228-57, cit. Pág. 237.

⁶⁵³ PERETTI GRIVA, DOMENICO RICCARDO; *L' umanità nel magistrato*, Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 1955, págs. 91-108, cit. Pág. 97. Parecido punto de vista se puede apreciar en las palabras de: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Págs. 76-77 cuando sostiene que: *"Nella sua concreta attività giudicante, il magistrato non procede dal generale al particolare mediante successive deduzioni, bensì parte dal caso concreto che deve decidere, al fine di trovare la regola giuridica di esso. In questo senso ben si può dire che il giudizio ha carattere inventivo."*.

“buen padre de familia, absteniéndome de valoraciones abstractas, estrictamente jurídicas. Y cuando había formado, siguiendo dicho método, mi convencimiento con base en el buen sentido, lo pasaba por la criba del Derecho positivo para no olvidar el deber del magistrado de aplicar la ley, sin aquella arbitrariedad que, bajo la apariencia de un juicio de equidad, determinaría la absoluta inseguridad del orden jurídico. Y debo confesar que muy raras veces encontraba en el Derecho codificado un obstáculo absoluto que me impidiese conceder la razón a aquella parte que yo estaba convencido la tuviera.”.

Como se puede observar, desde este punto de vista la problemática tiene que ser forzosamente otra. El problema del juicio jurisdiccional tendrá que ser referido ahora a la relación entre el ordenamiento jurídico positivo y los diferentes tipos de juicios⁶⁵⁴ empleados por el concreto aplicador del mismo para proceder a resolver un conflicto jurídico particularizado. La atención se tiene que centrar en los elementos que confluyan en la formación de la concreta decisión judicial; en definitiva, en los límites existentes entre la aplicación y la creación del Derecho por parte de los jueces.

Muchas son las opiniones de la doctrina que, en mayor o menor medida, han reconocido el papel de los jueces como creadores de Derecho. Así y a modo de ejemplo, en nuestro país, CASTÁN TOBEÑAS⁶⁵⁵ hablaba del reconocimiento del papel creador del Derecho por parte de los jueces por una doble vía: la homogénea o jurisprudencial, la cual es reconocida tanto por los sistemas de Derecho continental como anglosajones, si bien con un diverso enfoque en ambos supuestos; y, el otorgamiento de facultades discrecionales al juez por parte del ordenamiento⁶⁵⁶. Por su parte, SERRA

⁶⁵⁴ Entendiendo juicio no como actividad procesal sino en su significación de proceso mental intelectual.

⁶⁵⁵ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Págs. 221-38.

⁶⁵⁶ Discrecionalidad que alcanza su punto máximo cuando el juez es habilitado para decidir conforme a equidad. A este respecto nos dice CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Pág. 232: “Se ve especialmente el matiz de creación jurídica en todos aquellos casos en que se concede al juez un poder discrecional o facultad de decidir según equidad; tal sucede no sólo en muchos casos de jurisdicción voluntaria o en el ejercicio de las jurisdicciones de equidad, sino también cuando se conceden por la ley sustantiva determinadas facultades discrecionales del juez ordinario.”.

DOMÍNGUEZ⁶⁵⁷ opina que aquellos que mantienen que el juez no crea Derecho se ven obligados, en los supuestos en los que el legislador concede poderes discrecionales a éste, a afirmar que en esos casos no actúa como juez sino como legislador⁶⁵⁸. La solución es, a su entender, a todas luces incorrecta por cuanto: "... *ni tan siquiera en aquellos procesos en que el juez resuelve según equidad su función es meramente creadora del Derecho, en cuanto en el ordenamiento jurídico actualmente en vigor en la mayoría de los países es precisa una norma general que le permita resolver según equidad. En todos estos supuestos en que el juez actúa discrecionalmente existe también un precepto legal que permite la discrecionalidad. De ahí que al crear el Derecho el juez aplica al propio tiempo la ley*⁶⁵⁹". Parecida opinión mantuvo KELSEN⁶⁶⁰, según el cual la función judicial: "... *no tiene en modo alguno carácter meramente declarativo —como lo da a entender su etimología: *iuris dictio*, <<declarar el Derecho>>, y como sostiene la teoría en algunas ocasiones —; el Tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho ya contenido en la ley, en la norma general; por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva, es creación de*

⁶⁵⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El juicio jurisdiccional*, cit. Págs. 95, 109-10 y 115. En parecido sentido se pronunciaba CALAMANDREI cuando, haciendo referencia a los ordenamientos legislados sostenía que: "*Indubbiamente anche in quegli ordinamenti in cui la produzione normale del diritto è la formulazione legislativa, il giudice può essere eccezionalmente chiamato a fare opera di creazione politica, quando la stessa legge lo autorizza a decidere una controversia non secondo il dettame di una norma preconstituita, ma secondo quegli adattabili criteri di convenienza che la sua sensibilità potrà suggerirgli di fronte alle circostanze del caso concreto. In questi casi di decisione equitativa o discrezionale, ..., il giudice fa opera di politico; ma anche qui, ..., la politica del caso singolo non può essere che continuazione di quelle tendenze politiche di cui è espressione il sistema legislativo, ...*".

⁶⁵⁸ En esa misma crítica incide: GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, Ed. Giuffrè, Milán, 1970, cit. Págs. 70-71. Constata que la mayor o menor aceptación de la equidad en un sistema jurídico dado estará directamente ligada al papel y poderes que éste atribuya a sus Tribunales. Por tanto, concluye que: "*Si comprende anche, per converso, l' implicita condanna delle giurisdizioni d' equità da parte dei fautori di uno Stato forte. Tale condanna si risolve poi, sul piano strettamente tecnico, nel negare il carattere di giurisdizione in senso proprio a tale giurisdizione*". A favor de la doctrina aquí criticada, ver: BIONDI, POMPEO; *In tema di poteri discrezionale...*, cit. Págs. 245, 250 donde sostiene al respecto del juez que se pronuncia en equidad que: "*Un giudice che non è sindacabile nella sua decisione, non è più un giudice: è un legislatore*"., ó 253.

⁶⁵⁹ Ver la opinión de: RASELLI, ALESSANDRO; *Il potere discrezionale del giudice civile*, cit. Pág. 245 considera que las decisiones judiciales discrecionales (y, dentro de ellas, las de equidad) son jurisdiccionales: "... *in quanto non sono fatte per porre, mediante atto di volontà, un comando giuridico nuovo, ma per determinare il contenuto di una volontà già espressa dal legislatore*".

⁶⁶⁰ KELSEN, HANS; *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, (Versión de Legaz), Ed. RDPV., Madrid, 1933, cit. pág. 52 y ss. En parecido sentido se pronuncia también: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Págs. 137- 138 donde rehuye del extremismo de las doctrinas puramente aplicativas o puramente creativas y se inclina por una solución intermedia.

Derecho en el sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos –condición y consecuencia– van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias de los Tribunales de Justicia. Por esta razón la sentencia judicial es norma jurídica individual; ... sólo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con la ley pueden oscurecer una idea tan evidente.”.

Desde esta perspectiva podemos avanzar ya que los juicios de equidad⁶⁶¹ no podrán ser entendidos como extralegales sino, por el contrario, y al igual que los juicios de Derecho, como una modalidad particular del juicio jurisdiccional⁶⁶².

b.1. La formación del juicio jurisdiccional.

Partimos para la indagación de la naturaleza del juicio jurisdiccional (tanto en su variante de juicio de Derecho como de juicio de equidad) de las siguientes afirmaciones:

⁶⁶¹ Entendiendo juicio en el sentido de proceso. Por ello, si bien, por lo extendido de la terminología, respetaremos la referencia a los “juicios de equidad”, consideramos que, para una mayor claridad, sería aconsejable hablar de “procesos de equidad”. En parecido sentido se pronuncia: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 58. Opina que: “... a noi interessa l' opera di intelletto e di coscienza del giudice nel giudicare, ..., una attività quindi prevalentemente interiore, che non può andare confusa con le attività esteriore del processo.”.

⁶⁶² En este mismo sentido se pronuncia: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica del arbitraje*, en, “Estudios de Derecho Procesal”, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 572-583, cit. Pág. 572. Según él: “El error estriba en limitar a la ley el único derecho objetivo... En la realidad la equidad no se encuentra en contraposición con el derecho sino que existe entre ellos una relación de género a especie, no siendo por ello posible efectuar una plena distinción entre el derecho y la equidad que constantemente se entrecruzan entre sí, siendo perfectamente posible que en algunos casos coincidan en todo o en parte. Por lo que los conceptos de aplicación y de creación del derecho son conceptos puramente relativos... Juicio de derecho y juicio de equidad son ambos al mismo tiempo aplicación y creación de derecho: aplicación con respecto a la norma que permite el juicio; creación con respecto a la norma concreta que regula el hecho.” Y en: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El juicio jurisdiccional*, cit. Pág. 110, considera que: “Es precisamente esta particularidad del juicio de derecho, aplicador de normas abstractas y creador de normas concretas conjuntamente, lo que permite establecer la identidad de naturaleza entre dicho juicio y el de equidad.”

la decisión judicial no se fundamenta sólo en razonamientos lógicos sino que también confluyen en la misma juicios históricos y de valor que se suceden y entrelazan constantemente a lo largo de todo el proceso de formación de aquélla⁶⁶³ ⁶⁶⁴; y, la actividad del juez supone, en todo caso y al mismo tiempo, aplicación y creación del Derecho.

Sentadas estas premisas iniciales, tendremos ahora que analizar los diversos componentes que coadyuvan a la formación del juicio jurisdiccional (tanto en sus modalidades de juicio de Derecho como de equidad), para proceder con posterioridad a la fijación de las diferencias esenciales entre uno y otro.

b.1.1. Los juicios históricos.

En la sistematización ideal de los diversos juicios que confluyen en la decisión judicial, los juicios históricos ocuparían el primer lugar en el tiempo. Mediante ellos el juzgador procede a la determinación de los hechos o actividad desarrollada por las partes con anterioridad al proceso, así como a la indagación de la existencia y validez de la norma aplicable en los juicios de Derecho, o de la norma que le habilita para resolver en atención a criterios de equidad en los juicios de equidad.

Esta actividad reconstructiva se presenta como necesaria por cuanto, para fijar el cauce por el que tengan que regirse las relaciones entre las partes en el futuro, resultará

⁶⁶³ Téngase en cuenta que el estudio separado de cada uno de ellos atiende, por tanto, a razones de mera sistemática expositiva.

⁶⁶⁴ En igual sentido, ver la opinión de: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El juicio jurisdiccional*, cit. Págs. 71-72. Posteriormente, en pág. 112, sostiene que sólo la existencia de estas diversas componentes puede dar explicación a los continuos cambios que se producen en la jurisprudencia; cambios que, manteniéndose invariable el contenido de la ley aplicable, resultarían a todas luces inexplicables para los sostenedores de la antigua teoría del silogismo judicial; DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Págs. 59, 76, 81 y 116; CARNELUTTI, FRANCESCO; *Diritto e Processo*, Ed. Morano, Nápoles, 1958, cit. Págs. 4-5 donde considera que si bien en el juicio confluyen juicios históricos y lógicos, "... il giudizio, da cui nasce il diritto, è essenzialmente *giudizio di valore*.", para luego, en pág. 254, concluir que: "*Verità e giustizia sono, l'una e l'altra, due aspetti dell'essere;... La verità più propriamente si riferisce al giudizio di esistenza; la giustizia al giudizio di valore.*".

necesario el previo conocimiento por parte del juzgador de los hechos que, acaecidos con anterioridad al surgimiento del conflicto concreto, se discuten en el proceso⁶⁶⁵. No puede ser de otra manera; el juez, como tercero ajeno que es respecto a los intereses discutidos en el proceso, desconoce completamente los hechos generadores del conflicto hasta tanto no se presentan a su presencia.

Sin embargo de la aparente similitud que esta actividad judicial pueda presentar con aquélla propia del historiador, los diversos fines a los que se encaminan la ciencia jurídica y la histórica llevan a negar la misma. SERRA DOMÍNGUEZ^{666 667} ha sistematizado acertadamente las principales divergencias existentes entre una y otra actividad, subrayando que todas ellas suponen unas necesarias trabas a la libre actuación judicial que, sin embargo, no tienen por qué imponerse al desarrollo de una actividad especulativa como la del historiador. Así, las principales diferencias pueden resumirse en las que siguen: a) mientras el historiador puede analizar los hechos de forma libre, el juez, maniatado por la vigencia de los principios dispositivo y de aportación de parte, tiene que limitar su conocimiento a los hechos que éstas pongan a su disposición; b) el historiador es dueño absoluto de su investigación y, por tanto, a él corresponde la acotación de los límites de la misma; el juez debe ajustar su investigación a los límites que le han sido impuestos por las afirmaciones de las partes; c) el historiador utiliza el método científico que estime más conveniente a la prosecución de los fines de su investigación; el juez se encuentra limitado por las reglas de procedimiento establecidas por la ley⁶⁶⁸; d) el historiador puede valorar libremente los resultados de su investigación; el juez, en ciertos casos, se encuentra vinculado por criterios legales de valoración de las pruebas practicadas; e) el historiador puede concluir su investigación sin llegar a conclusiones ciertas; al juez se le prohíbe expresamente el *non liquet*.

⁶⁶⁵ CARNELUTTI, FRANCESCO; *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, Rivista di diritto processuale, 1956, págs. 81-105, cit. Págs. 95-97.

⁶⁶⁶ Retomando las consideraciones de CALAMANDREI contenidas en: CALAMANDREI, PIERO; *Il giudice e lo storico*, en, "Opere giuridiche", Ed. Morano, Nápoles, 1965, págs. 393-414.

⁶⁶⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El juicio jurisdiccional*, cit. Pág. 73.

⁶⁶⁸ Procedimiento que, por otra parte, le concederá mucha más autonomía de actuación en los supuestos de juicio de equidad que en aquellos en los que tenga que decidir conforme a Derecho.

Si como se ha podido apreciar, el principio dispositivo vigente en el proceso civil impone muchas trabas a la indagación judicial de los hechos controvertidos; no sucede lo mismo en relación con la elección de la norma por parte del juez. Éste, amparado por el principio *iura novit curia*, no queda vinculado en tal elección por las alegaciones de las partes.

De forma genérica y en espera de lo que más adelante se dirá, cabe decir que el problema de la elección de la norma aplicable se presenta tan sólo en los juicios de Derecho. En los juicios de equidad la problemática no se referirá ya a la búsqueda de la norma aplicable para resolver el fondo del supuesto concreto enjuiciado, sino, por el contrario, a la existencia de la norma que habilite un pronunciamiento de equidad y a la indagación del ámbito concreto⁶⁶⁹ de discrecionalidad que la misma permita al juez.

b.1.2. Los juicios lógicos.

Los juicios lógicos y los históricos no constituyen dos compartimentos estancos dentro del juicio jurisdiccional, sino que se entrecruzan y se suceden unos a otros. Así, una vez determinados los hechos y hallada la norma aplicable a la resolución del fondo del asunto controvertido (o la norma habilitante de la decisión equitativa en el juicio de equidad), el juez deberá proceder, en el caso del juicio de Derecho, a la fijación del significado de la misma o, en el supuesto de juicio de equidad, a la valoración del ámbito concreto de discrecionalidad que aquélla le permite.

Si bien reconociendo la existencia e importancia de este tipo de juicios a la hora de formar la concreta decisión judicial, no consideramos que en este momento debamos extendernos en mayores consideraciones. Como se verá en sucesivos apartados, la excesiva importancia atribuida a los mismos en otros momentos históricos, hasta el

⁶⁶⁹ Como se verá más adelante, existen diversos supuestos de habilitación legal para el uso de la equidad que aquí, y de forma genérica, podemos puntualizar que difieren por el mayor o menor ámbito de discrecionalidad o poder creador que confieran al juez.

punto de considerarlos componente única del juicio jurisdiccional, hoy en día puede considerarse más que superada. Prueba de ello la podemos encontrar, sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá, en las palabras de autores que, como SERRA DOMÍNGUEZ, consideran que: “... *ni tan siquiera puede afirmarse que el juicio lógico sea característica de la actividad jurisdiccional, en cuanto por el contrario es propio de todo juicio jurídico aun no jurisdiccional*”⁶⁷⁰, siendo tan sólo característica de este último el influjo recibido de los juicios históricos y críticos que desvían al juicio lógico de su tranquilo razonamiento.”⁶⁷¹.

b.1.3. Los juicios de valor.

Si bien los juicios lógicos e históricos pertenecen a la esfera intelectual del espíritu humano, los juicios de valor, aún y teniendo siempre mayor o menor fundamento lógico, vienen referidos a la vertiente volitiva. Si el juicio de valor no es sino la representación externa del sentimiento interno de la persona, se sigue de ello necesariamente que los juicios de valor son de naturaleza subjetiva y, por tanto, irreducibles a esquemas objetivos predeterminados o previsibles. Cada persona ostentará por tanto su propio sistema subjetivo de valores⁶⁷²; sistema subjetivo que, por otra parte, es sentido interiormente por la persona como universal. Sin embargo, el hecho de que ese sistema subjetivo, a nivel interno, sea percibido como extensible a los

⁶⁷⁰ Repárese en la diferenciación trazada por el autor entre el juicio jurídico (que englobaría los juicios propios del legislador y del juez) y el juicio jurisdiccional. Al respecto del juicio jurídico (conteniendo en sí el juicio jurisdiccional y el del legislador) CARNELUTTI reconocía que en el mismo confluyen juicios históricos y de valor: CARNELUTTI, FRANCESCO; *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, cit. Pág. 90 y ss.

⁶⁷¹ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El juicio jurisdiccional*, cit. Pág. 76.

⁶⁷² A este respecto, ver la definición que de los mismos se da en: PONTIFICIA COMMISSIONE DI ASSISTENZA; *Giustizia e carità*, Roma, 1957 donde se sostiene que: “... *il concetto di valore presuppone il concetto di parte; e il concetto di parte presuppone il concetto di tutto. Ci può essere tutto senza parte (tutto indiviso); ma non parte senza tutto; la parte è il quoziente di una divisione. Ciò significa che il valore è il rapporto tra una parte e il tutto; e poiché ogni uomo, ogni cosa, ogni fatto è parte di un tutto, il valore esprime la partecipazione di un uomo, di una cosa, di un fatto al tutto. Chi continui a riflettere che una parte è e non è... ne può concludere che il valore è la quota di essere propria di ciascuna parte e perciò di ciascun uomo, di ciascuna cosa, di ciascun fatto.*”

demás, no puede hacernos olvidar que su afloración al exterior o, lo que es lo mismo, su representación empírica, no podrá ser nunca universal u objetivable.

Las tajantes afirmaciones anteriores deben, sin embargo, ser oportunamente matizadas. De resultar ciertas en la rotundidad de su formulación, nos encontraríamos ante una simple reelaboración de las históricas doctrinas que postulaban el absoluto libre albedrío del hombre. Desde nuestro punto de vista, la subjetividad del sistema de valores no puede ser confundida con la arbitrariedad; y no puede ser confundida en atención a dos diversas razones: la propia exigencia de universalidad de los juicios de valor, que se sienten como necesariamente válidos para todos; y, que el sistema de valores de cada sujeto, si bien subjetivo y personal, encuentra su adecuado atemperamento en la naturaleza social del ser humano. De ello se sigue que los sistemas de valores subjetivos de los individuos alcanzan una cierta uniformidad empírica por influencia de las circunstancias socio-temporales en las que el sujeto desarrolla su vida⁶⁷³. Por ello, las teorías histórico-sociológicas, debidamente depurados los extremos inadmisibles a los que llegaron en su diversas formulaciones, resultan aceptables en cuanto suponen la constatación de la existencia de un sistema de valores común a una sociedad, que no es más que la abstracción de los singulares valores subjetivos de los individuos que la componen.

Desde esta perspectiva, el valor Derecho debe ser entendido como un valor instrumental tendente al cumplimiento de otros objetivos finales: la prosecución de la justicia, el orden social o la libertad. La universalidad del valor Derecho no puede, por tanto, ser referida al contenido empírico del mismo (como erróneamente creían los ius-naturalistas) sino a la exigencia subjetiva de que tenga que valer para todos. La diversa medida en la que confluyan esos diferentes objetivos finales en la decisión de un juicio determinado, por virtud de la subjetividad y de las circunstancias socio-temporales en las que se mueva el concreto aplicador, será la que dé explicación a las diversas soluciones posibles que en la práctica se puedan dar al hecho controvertido.

b.2. Diversas representaciones del juicio jurisdiccional: los juicios de Derecho y equidad.

Hemos afirmado con anterioridad que la categoría genérica juicio jurisdiccional engloba tanto a los juicios de Derecho como a los juicios de equidad⁶⁷⁴. Una tal afirmación se basa en el hecho incontrovertible de que la decisión judicial concreta, en todo caso, será el fruto de la mezcla de los diversos tipos de juicios o razonamientos (juicios históricos, lógicos y, sobre todo, de valor) llevados a cabo por el juzgador concreto. Por tanto, la diferencia entre el juicio de equidad y el juicio de Derecho tendrá que encontrarse en la diversa proporción en la que cada uno de esos diferentes juicios concurren a la formación de la decisión final. En nuestra opinión, la única diferencia esencial existente entre los juicios de Derecho y los juicios de equidad radica en el hecho de que en estos últimos, por voluntad del legislador, el juicio de valor asume una importancia crucial, en detrimento de los juicios lógicos e históricos⁶⁷⁵. No es pues que en los juicios de equidad falte el canon al cual referir la acción, sino que, en el juicio de Derecho (en el cual también confluyen los juicios valorativos del juez, aunque tal realidad pretenda ser ignorada por el legislador) ese canon preexiste al juicio (incorporado en la norma positiva), mientras que en el juicio de equidad aparece en el momento mismo del juicio y depende directamente de la voluntad del concreto juez llamado a resolver el conflicto⁶⁷⁶. Podemos así apuntar, como característica común a los

⁶⁷³ En parecido sentido, ver: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Págs. 99-100.

⁶⁷⁴ En parecido sentido, ver: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 61.

⁶⁷⁵ En parecido sentido se pronuncia: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El juicio jurisdiccional*, cit. Págs. 86-87.

⁶⁷⁶ En parecido sentido, ver: LUMIA, GIUSEPPE; *L'equità...*, cit. Pág. 716; RICCI, EDOARDO F.; *Note sul giudizio di equità*, Rivista di Diritto Processuale, 1993, págs. 387-409, cit. Págs. 391 y 393 donde opina que: "... e mi pare che la caratteristica fondamentale del giudizio ex bono et aequo consista proprio - una volta premessa la necessità di applicare le norme giuridiche di ordine pubblico ... - nella mancanza di qualsivoglia disciplina descrivibile in via preventiva... Credo dunque che la caratteristica fondamentale del giudizio di equità consista nella applicazione al caso concreto di una regola liberamente scelta dal giudice, senza vincoli precostituiti."; SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Jurisdicción*, en, "Estudios de Derecho Procesal", Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 20-62, cit. Pág. 29 donde coincide plenamente con lo por nosotros mantenido y, criticando la tesis mantenida, entre otros, por CALAMANDREI (CALAMANDREI, PIERO; *El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad*, en, "Estudios sobre el proceso civil", Trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1946, págs. 51-104, cit. Págs. 76-77 y 92), añade que: "no puede resolverse la objeción afirmando que, en definitiva, en tales

juicios de valor utilizados en ambos casos, que los mismos no implican un juicio sobre la norma sino que actúan en el ámbito de la norma. El juicio de valor jurídico no surge del examen de la norma positiva, sino que brota de la conciencia en el mismo momento en el que a ésta se revelan los hechos objeto de enjuiciamiento. La norma positiva no tiene pues ninguna relevancia en la formación del juicio de valor jurídico.

Partiendo de esa premisa resulta necesario recalcar inmediatamente que sólo el Derecho positivo es susceptible de ser conocido en su representación externa. Los juicios de valor, por su propia naturaleza, rehuyen de cualquier intento de codificación o formulación objetiva y racional.

No obstante la anterior constatación, resultaría pueril concluir que el mundo de los valores y el mundo del Derecho codificado se presentan como dos realidades paralelas e irreconciliables⁶⁷⁷; porque, ¿Qué otra cosa es el Derecho codificado sino la plasmación legislativa de un sistema de valores previamente desarrollado y arraigado en el sentimiento de una sociedad y momento determinados^{678 679}?; y, por otra parte, el

casos (actuación jurisdiccional fuera del Derecho objetivo) se actúa el Derecho objetivo que permite la resolución en equidad, porque ello implica una inadmisibile transposición de los planos procesal al material. Al dictar una sentencia fundada en la equidad se aplica ciertamente la norma procesal que permite dicho procedimiento, pero esta norma no es aplicada en la resolución, sino antes de que ésta se dicte, sin que en el contenido de la resolución se aplique Derecho objetivo alguno.”; DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Págs. 60-61 y 97; ROTONDI, MARIO; *Equità e principii generale del diritto*, Rivista di diritto civile, 1923-24, págs. 266-75, cit. Pág. 270; CALAMANDREI, PIERO; *Proceso y democracia*, Trad. Héctor Fix Zamudio, Ed. Jurídica Europa-América, 1960, cit. Págs. 63-64, 67. En contra, ver: CARNELUTTI, FRANCESCO; *Diritto e Processo*, cit. Pág. 139. Considera que: “Se vogliamo dunque trovare una formula, la quale colpisca nettamente la distinzione tra giudizio di legalità e giudizio di equità, non c'è altro da dire se non che nel primo caso il giudice valuta i fatti alla stregua del diritto positivo en el secondo alla stregua del diritto naturale.”.

⁶⁷⁷ En este sentido, ver: GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, cit. Págs. 40-41. Considera que en el sistema positivista instaurado tras la Revolución Francesa, la equidad no podía desenvolver ya el papel de alternativa a la ley que hasta ese momento había desempeñado; “ha termine così il doppio binario legge positiva-equità.”.

⁶⁷⁸ En contra, ver: DI ROBILANT, ENRICO; *Osservazione sulla concezione giuridica come giudizio di valore*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1957, cit. págs. 1377-1442. Tras analizar las teorías que en este sentido han sido pronunciadas por diversos autores anglosajones, concluye que la subjetividad de los juicios de valor y el ser éstos reflejo de la valoración social de un lugar y época determinados, impide entender que la norma jurídica pueda ser incluida entre ellos debido a que (cit. Pág. 1436): “Questa proposizione riguarda essenzialmente la genesi della norma giuridica, e lascia impregiudicato il problema del fondamento della norma... Il definire giudizio di valore la norma giuridica potrebbe portare, cioè, a confondere il problema della giustizia con quello della struttura della

Derecho codificado, con el paso del tiempo, ¿No pasa a identificarse en el sentir social con aquello que es justo?. Por tanto, debemos concluir que en todo juicio jurisdiccional (sea éste de Derecho o de equidad) concurren necesariamente un juicio de conocimiento sobre la norma positiva y un juicio de valor sobre los particulares hechos concurrentes en la situación enjuiciada. Como muy bien recalca DE MARINI⁶⁸⁰: *“Perché il diritto è un' attività tipicamente umana, è forse la più alta delle attività umane, e l' uomo non è solo un corpo soggetto alle leggi naturali né solo un intelletto sottoposto alle regole della logica, ma è anche sentimento è anche volontà.”*.

Así, no podemos sino reafirmarnos en nuestras consideraciones iniciales. La actividad intelectual desarrollada por los jueces a la hora de dar solución a los problemas concretos que se les planteen en un supuesto particularizado, resulta difícilmente conciliable con el mantenimiento de la concepción logicista pura del juicio jurisdiccional⁶⁸¹. Y no puede ser mantenida por cuanto consecuencia lógica de una tal teorización es la de entender el juicio de Derecho como juicio sobre la norma y el juicio de equidad como juicio sobre los hechos controvertidos; solución a todas luces insostenible si se repara en el hecho de que el único punto común entre el juicio sobre los hechos y el juicio de equidad es puramente negativo: el no tener por objeto una norma positiva. Sin embargo, la doctrina del silogismo judicial⁶⁸² no puede ser

norma, o meglio, a risolvere il secondo mediante el primo, introduzendo la giustizia in qualità di componente, nella definizione della struttura della norma;...”.

⁶⁷⁹ Como puede apreciarse, tal visión no difiere en gran medida de una de las conceptualizaciones históricas de la equidad que la entendía como sistema paralelo al Derecho que, a su vez, pretendía transformarse ella misma en Derecho codificado. En parecido sentido, ver: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 106; CALAMANDREI, PIERO; *Processo e giustizia*, en, “Opere giuridiche”, Vol. I, Ed. Morano, Nápoles, 1965, págs. 563-78, cit. Pág. 575.

⁶⁸⁰ DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 41.

⁶⁸¹ En parecido sentido, ver las interesantes palabras de: LUMIA, GIUSEPPE; *L' equità...*, cit. Pág. 716. Considera que: *“È ormai pressoché universalmente riconosciuta tanto che no mette conto di insistervi, l' influenza che sul contenuto della decisione esercitano i fattori estratestuali, ossia non ricavabili dal testo de la norma... Il giudizio giuridico —di legalità o di equità— non è mai un giudizio tautologico, in cui la conclusione sia già contenuta nelle premesse, ma comporta sempre, rispetto ad esse, un elemento di novità, che fa della giurisdizione non una funzione meramente dichiarativa, ma una funzione (entro certi limiti) creativa di diritto.”*; SATTA, SALVATORE; *Il misterio del processo*, Rivista di diritto processuale, 1949, I, págs. 273-288, cit. Pág. 277.

⁶⁸² Que a grandes rasgos podemos definir como aquélla que, hija del racionalismo iluminista, entendía que el juicio jurisdiccional se componía sólo de juicios lógicos (premisa mayor) y juicios históricos

absolutamente abandonada por cuanto la misma, si bien parte de la discutible premisa según la cual el Derecho es exclusivamente creación del poder legislativo⁶⁸³, acierta en la conclusión: "*El juicio, hijo legítimo de la acción y de la jurisdicción, concebido en el proceso, señala la frontera entre lo que es ius y lo que es extrajurídico. Por el juicio se le imprime a la acción humana el carácter de la juridicidad, redimiéndola de su existencia extrajurídica*"⁶⁸⁴.

En consecuencia, el juicio de Derecho no puede consistir en una mera actividad interpretativa y aplicativa de la norma legislada. Si bien las teorías marcadamente subjetivistas de Kelsen, GORLA⁶⁸⁵ o CAIANI⁶⁸⁶ pueden ser rebatidas desde un punto de vista formal⁶⁸⁷, lo cierto es que aciertan al percibir que la valoración subjetiva del juez excede los límites de la mera interpretación y se adentra en el terreno volitivo. Como ya apuntamos al tratar los diversos tipos de juicios utilizados por el juez para llegar a la formación de la decisión del caso concreto, en realidad los momentos interpretativos y valorativos se alternan continuamente en el desarrollo de la labor judicial; tanto si ésta se desarrolla en el marco de un juicio de Derecho como si lo hace en el ámbito de un juicio de equidad. Es precisamente esta constatación la que nos lleva a asumir la imposibilidad de alcanzar un conocimiento objetivo de la génesis de la

(premisa menor), negando cualquier posible influencia de los criterios subjetivos del juez en la elaboración de la sentencia (consecuencia lógica). Para mayor profundización, ver: ROSELLI, FEDERICO; *Il controllo della cassazione civile. Sull' uso delle clausole generali*; Ed. Jovene, Nápoles, 1983, cit. Págs. 19 a 130 donde realiza un extenso estudio de las teorías del silogismo judicial.

⁶⁸³ Lo que le lleva a la conclusión de que sólo puede ser Derecho el Derecho codificado; postura ésta a la que nos hemos opuesto desde un primer momento porque, de ser aceptada, los juicios de equidad no podrían ser definidos como juicios jurisdiccionales.

⁶⁸⁴ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO; *Derecho y proceso*, Ed. J. M^a Bosch, Barcelona, 1978, cit. Pág. 167 [En contra de tal argumentación ver la crítica que se contiene en: DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS; *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, cit. Pág. 40 (nota 62)]. Ver también, desde una perspectiva dualista: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 55. Donde considera que: " .. la concezione puramente logicista del giudizio non risponde al vero, ma si deve ritenere esatta l' impostazione generale che essa presuppone, e cioè il giudizio como punto di raccordo tra norma e azione e come momento essenziale dell' applicazione del diritto."

⁶⁸⁵ GORLA; *L' interpretazione del diritto*, Milán, 1941, cit. Pág. 41.

⁶⁸⁶ CAIANI, LUIGI; *I giudizi di valore nell' interpretazione giuridica*, Ed. Cedam, Padua, 1954, cit. Págs. 133 y ss.

⁶⁸⁷ Ver a este respecto: BETTI, EMILIO; *La interpretazione della legge e la sua efficienza evolutiva*, Jus, 1959, págs. 197 y ss, cit. Pág. 204.

decisión judicial; actividad espiritual que, por otra parte, sólo queda parcialmente exteriorizada en la necesaria motivación de la decisión.

Como conclusión a lo dicho en los apartados precedentes cabe decir que a la formación del juicio jurisdiccional (tanto en sus modalidades de Derecho como de equidad) concurren el intelecto y la voluntad; no de un ciudadano privado o del legislador, sino las del juez-hombre⁶⁸⁸, cargado como tal de cualidades y defectos, de conocimientos técnicos y valores, en definitiva, impregnado del espíritu de una sociedad y un tiempo dados. El constatar, que no propugnar, la existencia de juicios de valor en la actuación del juicio jurisdiccional, no puede considerarse como un ataque a la certeza del Derecho^{689 690}, antes bien, como una contribución a la absoluta certeza del mismo en cuanto suponga la ampliación de los medios y causas de impugnación de las decisiones judiciales.

c) La problemática ligada a la equidad.

Sentado que el juicio jurisdiccional puede presentarse en dos diversas modalidades (el juicio de Derecho y el juicio de equidad) y analizadas las similitudes existentes entre uno y otro, tendremos que abordar ahora el análisis de la problemática

⁶⁸⁸ En parecido sentido, ver las palabras de: CAPOGRASSI, GIUSEPPE; *Giudizio, processo, scienza, verità*, Rivista di diritto processuale, 1950, I, págs. 1-22, cit. Págs. 10-11 cuando opina que la: "... logica dell' obbiettività non elimina la subiettività del giudice. Dopo tutto questo [la reconstrucción histórica de los hechos y los juicios lógicos sobre la norma (pues él se refiere a los juicios de Derecho)], resta al giudice nella sua parte più segreta e delicata, nell' momento della decisione in cui l' uomo giudice, non si sa se con la sua intelligenza o la sua volontà o con tutto se stesso, dice l' ultima parola."

⁶⁸⁹ Sobre este tema, ver: LÓPEZ DE OÑATE; *La certeza del diritto*, Roma, 1950.

⁶⁹⁰ En contra, ver: CALAMANDREI, PIERO; *Proceso y democracia*, cit. Págs. 67-68. Considera que: "Incluso cuando el juez busca la solución del caso particular guiándose por ciertas premisas de orden general, que siente como adquisición preexistente de la sociedad a que pertenece (la llamada equidad social), las encuentra en su interior, registradas en su conciencia... Esta es la justicia del caso particular que tiene el mérito, si el juez sabe ser fiel intérprete de la sociedad en que vive, de convenir perfectamente a las concretas circunstancias del caso particular, sin dejar márgenes ni intersticios. Pero es una justicia aleatoria. Falta no sólo la certeza sino también la probabilidad del derecho; no existe garantía de un tratamiento igual de los casos similares, porque cada caso es considerado como un *unicum*, que no puede tener similares; y, por tanto, solamente *a posteriori*, después de la sentencia, se

propia del segundo de ellos, que es el que constituye el verdadero objeto de nuestro estudio. De forma genérica y recordando lo ya dicho, se puede afirmar que la diferencia esencial existente entre uno y otro radica en el hecho de que en el juicio de Derecho preexiste una norma positiva que regula de forma abstracta la consecuencia jurídica aplicable al supuesto de hecho controvertido, mientras que en el juicio de equidad no existe el juicio de valor genérico expresado en la ley y es el Juez el encargado de emitir en nombre de la sociedad un juicio de valor aplicable al caso concreto, sin que por ello pueda ser equiparado el juicio de equidad con el juicio sobre los hechos⁶⁹¹.

Sin embargo, y como paso previo a la indagación de la estructura propia del juicio de equidad, tendremos que fijar lo que bajo nuestro criterio deba entenderse por

conceden los derechos y los deberes de cada uno, así como lo que puede considerarse como lícito o ilícito. La persona se encuentra a merced del juez."

⁶⁹¹ Sin pretender adentrarnos aquí en la resolución del complicado problema de la separación entre el hecho y el Derecho (separación que, a nuestro juicio, debe ser abandonada en cuanto sólo idealmente ambos elementos pueden ser aislados, olvidando con ello la mutua implicación entre unos y otros), cabe decir, no obstante, que la identificación que algunos autores hacen entre el juicio de equidad y el juicio sobre los hechos es puramente negativa (en cuanto con tal identificación tan sólo se está haciendo referencia a la inexistencia de una norma positiva preexistente que resuelva de forma abstracta la cuestión debatida). La solución que a este respecto se adopte, por otra parte, puede condicionar en gran medida la posibilidad de acceso al recurso de casación de la decisión en equidad por cuanto, del ámbito propio de actuación del Tribunal casacional, queda por lo general excluido el control de las cuestiones de hecho; siendo, sin embargo, más que discutible la imposibilidad de control casacional sobre el razonamiento de la apreciación de la prueba por parte de los órganos jurisdiccionales. En definitiva, el problema de la casación y el juicio de equidad no es un problema de impugnación de los hechos sino un problema de control de los juicios de valor judiciales mediante el análisis de la motivación de la sentencia. En parecido sentido se pronunciaba CALAMANDREI, en, CALAMANDREI, PIERO; *La función de la jurisprudencia en los tiempos presentes*, en, "Estudios sobre el proceso civil", Trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1986, págs. 223- 51, cit. Pág. 249, cuando consideraba que la: "... tradicional separación entre la cuestión de derecho y la cuestión de hecho,... parece expresamente creada para llevar a la exasperación el culto de la máxima y para prohibir al juez que se deje conmovir por las exigencias equitativas del caso concreto,..." y, acaba preguntándose si ese: "... delicadísimo dispositivo, obra maestra del racionalismo iluminístico, es todavía idóneo para funcionar provechosamente en tiempos de renovación social,..., en que el derecho en formación está todavía lleno todo él de sorpresas y mezclado y amalgamado en los hechos como el metal en el mineral apenas excavado."; CARNELUTTI, FRANCESCO; *Diritto e Processo*, cit. Págs. 140-41 y 218-19. Considera que: "... il giudizio di equità è più complesso che il giudizio di diritto ... essendo il giudice di equità non soltanto giudice del caso, ma anche giudice della legge; vi è insomma, nel giudizio di equità una ricchezza di reazioni tra giudizio e legge, che manca nel giudizio di diritto; in parole povere, il giudizio finisce per dominare la legge, mentre quando il giudizio è di diritto, ne è dominato... Perciò l' equità è, ..., un metodo per giudicare ossia, ..., per interpretare: i termini ultimi dell' interpretazione essendo l' ordine e il fatto, mentre col giudizio di diritto si inserisce tra di essi il legislatore accanto al giudice, anzi prima di lui, col giudizio di equità il compito è affidato intieramente a lui."

equidad, y los diversos papeles que la misma viene llamada a desempeñar en el mundo jurídico actual.

Cabe decir que son muchas y muy variadas las clasificaciones que ha sugerido la doctrina⁶⁹² para hacer frente al estudio de la equidad. Así: a) en atención a la relación de la equidad con el Derecho estatuido, ésta puede ser distinguida en equidad constituyente (que se correspondería con la equidad natural o ideal que, confiada a la conciencia del juez, aspira ella misma a convertirse en Derecho estatuido⁶⁹³) y equidad constituida (la ya recogida en un texto legal); b) por su naturaleza y formas de inspiración y revelación se puede hablar de equidad subjetiva y objetiva, encontrándose a su vez, dentro de esta última, la equidad natural (ius-naturalista) y la equidad ideal (histórico-positivista); c) atendiendo al sujeto que la aplica se puede hablar de equidad del legislador, de las partes o del juez, siendo la equidad judicial, a su vez, diferenciada en atención a que ésta sea aplicada por un juez ordinario o por un árbitro; d) por su finalidad en relación con las normas positivas puede ser clasificada en dos modos diversos: según actúe *secundum legem*, *praeter legem* o *contra legem* o bien, como correctora, interpretativa o integradora.

Por nuestra parte, consideramos que la equidad, como concepto abstracto en el que confluyen tres diversas tradiciones históricas (la filosofía griega y los derechos romano y canónico), puede ser tratada, al menos, desde tres puntos de vista diferenciados⁶⁹⁴: filosóficamente, en busca de la esencia íntima del concepto; como

⁶⁹² Seguimos a este respecto la clasificación que realiza: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Págs. 260-63.

⁶⁹³ Repárese en la semejanza de tal concepción con el papel que la equidad vino a desempeñar en la actividad pretoria y con la equidad general tal como será definida más adelante.

⁶⁹⁴ Ver también: LUÑO PEÑA; *Derecho natural*, Ed. La Hormiga de Oro, Barcelona, 1947, cit. Págs. 206-13. Distingue la equidad como: a) origen o regla del Derecho; b) como regla de interpretación o corrección del Derecho; y c) como principio integrador y supletorio del Derecho. Por su parte, MESSINEO; *Manuale di diritto civile e commerciale*, 6ª ed., T. I, Ed. Cedam, Padua, 1943, cit. Págs. 40 y ss, considera que se debe distinguir entre: a) la equidad como forma de suplir la falta de norma positiva preestablecida (criterio éste que no podemos compartir por cuanto, como veremos más adelante, con él se está haciendo referencia al problema de las lagunas del ordenamiento); b) la equidad como forma de interpretación y atemperamento del rigor de la norma positiva; y, c) la equidad que, habiendo influido en la elaboración de las normas estatuidas, forma parte de ellas (la antigua *aequitas scripta*); RICCOBONO,

fundamento y medio de interpretación del Derecho constituido; y, como método de resolución de conflictos previa la habilitación expresa de una norma positiva. El primero de tales puntos de vista entroncaría, a grandes rasgos, con el ideal de justicia, con los principios generales de un Derecho ideal o con los postulados propios de las concepciones ius-naturalistas. Por el contrario, el segundo y el tercero (criterios éstos a los cuales nos ceñiremos en nuestra investigación, sin poder por ello olvidar las implicaciones filosóficas del concepto) estarían haciendo referencia a lo que se ha dado en llamar equidad general y particular respectivamente⁶⁹⁵. Independientemente de la solución concreta que uno decida acoger, lo cierto es que se debe huir de cualquier tipo de apriorístico análisis que tienda a identificar la equidad con la forma y la estructura propias de la norma positiva.

c.1. La equidad general y la equidad particular.

Hablar de equidad general es referirse a la misma como fundamento y medio de interpretación del Derecho positivo. Sin embargo, ello no puede hacernos olvidar que las elaboraciones filosóficas del concepto de equidad tienden a confundir esa dimensión del problema con la que será abordada en el siguiente apartado.

La razón de tal confusión se encuentra en el hecho de que la equidad, como concepto filosófico, ha pretendido ser identificada con la justicia. Desde ese punto de vista, con el término equidad no se estaría haciendo referencia sino a la aspiración humana de que el Derecho positivo se aproxime lo más posible a los principios de la justicia. El problema radica, sin embargo, en el hecho de que muchas son las posibles consecuencias que se derivan de tal identificación. Así, y como ya hemos apuntado en anteriores apartados, desde ese punto de vista, la equidad-justicia puede ser definida de

SALVATORE; *Aequitas*, cit. Pág. 211 donde distingue entre la equidad informadora, la correctora y la integradora que actúa por vía interpretativa.

⁶⁹⁵ Clasificación acogida también por: CALAMANDREI, PIERO; *El significado constitucional...*, cit. Págs. 71-73 si bien refiriéndose a la equidad particular como "equidad individual".

muy diversas maneras: como una exigencia del sentimiento jurídico general; como el complejo de normas derivadas de la conciencia social de un lugar y tiempo dados⁶⁹⁶; o, como el complejo de normas ideales objetivas reveladas a la razón humana. Consecuencia última de tales concepciones no puede ser otra que la de entender la equidad como un complejo de normas o máximas que, en su generalidad y objetividad, se definen como externas al concreto juzgador y pueden ser aprehendidas por éste objetiva y racionalmente⁶⁹⁷; en definitiva, entenderla como algo contrapuesto y superior al propio Derecho y, en ocasiones, como constituyente de un ordenamiento paralelo al positivo⁶⁹⁸.

Sea como fuere y, si bien a nuestro juicio tales concepciones parten de una peligrosa confusión entre la vertientes filosófica y jurídica de la equidad (de la que se deriva una reviviscencia de las históricas discusiones en torno al ámbito propio del *ius scriptum* y *non scriptum*) que tan sólo contribuye a enturbiar el ya de por sí difícil estudio de la misma, lo cierto es que, al menos, tienen la virtualidad de resaltar que la equidad no sólo existe en cuanto sea reconocida por el Derecho positivo⁶⁹⁹. Así, se pone

⁶⁹⁶ En este sentido, ver, por todos: BOVE, MAURO; *Decisione secondo equità e ricorso in cassazione*, Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, N° 1, marzo 1997, págs. 93-118, cit. Págs. 102 y 107.

⁶⁹⁷ Ver por todos, en este sentido: CAPPELLETTI, MAURO; *Il giudizio d'equità e l'appello*, Rivista di diritto processuale, 1952, II, págs. 143-63, cit. Pág. 145.

⁶⁹⁸ En este sentido se pronuncia: GORETTI, CESARE; *Il valore delle massime di equità*, en, "Scritti in onore di Carnelutti", I, Padua, 1950, págs. 297-313, cit. Págs. 297-98 y 303. Considera que: "Se la massima di equità fosse soltanto il regolamento puramente empirico del caso singolo, della fattispecie che non trova, come nella norma giuridica, il suo schema tipico e costitutivo dell'atto, non si potrebbe nemmeno concepire come essa possa dare vita ad un vero e proprio ordinamento giuridico... Ora, questo ordinamento giuridico non è composto di norme ma di massime che, ..., hanno un valore universale e non più generale...". Como nosotros, criticando tales concepciones, ver: GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, cit. Págs. 67-68. Considera que los caracteres de la equidad: "...impedisce che si possa parlare di contrapposizione dell'equità alla legge nell'ambito di un'unica giurisdizione, sia perchè non è dato riscontrare nella realtà dell'ordinamento una simile unità, sia perchè, d'altra parte, il giudice, applicando l'equità, non potrebbe mai applicarla contra legem... Per gli stessi motivi non appare lecito identificare l'equità applicata da queste giurisdizioni con l'equità naturale o con il diritto ideale o giusto o naturale o libero..., identificazione che intende dimostrare che il giudice di equità si troverebbe ad applicare un diritto già preesistente, ed oggettivamente reperibile sia pure allo stato inorganico."

⁶⁹⁹ En este sentido, ver: GORETTI, CESARE; *Il valore delle massime ...*, cit. Pág. 299-302. Considera que, en cuanto reconocidos poderes equitativos al juez por parte del ordenamiento jurídico, las máximas de equidad se convierten en fuente indirecta del Derecho que el mismo extrae de la conciencia moral de su tiempo. No son por ello las máximas de equidad normas morales (imperativo categórico Kantiano) pero, a su entender, deben tender a aproximarse lo más posible a las mismas.

de manifiesto (si bien a costa de una visión de la equidad como conjunto de máximas o normas objetivas⁷⁰⁰ que no puede ser compartida por nosotros) que la equidad adquiere relevancia tanto en el campo legislativo como en el campo judicial y, en último término, se brinda un nuevo argumento que confirma las tesis de los que, como nosotros, sostienen que la actividad jurisdiccional no consiste en una mera aplicación del Derecho legislado.

Por nuestra parte, estamos convencidos de que el doble papel desempeñado por la equidad (objetivo o ideal al que debe tender el Derecho legislado y justicia del caso concreto) puede ponerse de relieve sin que resulte necesario mezclar los planos filosófico y jurídico del concepto. Bastará, a nuestro entender, con diferenciar entre la equidad general (que se nutre, básicamente, de la noción de *aequitas* romana clásica) y la equidad particular (que bebiendo del concepto aristotélico que la identifica con la justicia del caso concreto, afronta el problema de la relación de la equidad con el ordenamiento positivo).

c.1.1. La equidad general.

Partiendo de lo ya dicho en apartados anteriores y, en concreto, de lo mantenido en el inmediatamente precedente, cabe decir que por equidad general debe entenderse el conjunto de criterios que, referidos a supuestos ya disciplinados por el Derecho positivo, se encaminan a influenciar, modificar e, incluso substituir las previsiones de éste; en definitiva, a transformarse ellos mismos en Derecho.

Esta primera faceta o representación de la equidad se corresponde por tanto con los presupuestos y función de la *aequitas* romana clásica en su aplicación por parte del

⁷⁰⁰ A este respecto, ver: PIZARRO CRESPO; *L'equità e la sua funzione nel diritto*, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1927, cit. Pág. 427. Considera que la norma equitativa se halla: "... iluminando con la idea de la justicia el paciente y necesario trabajo de análisis de las realidades sociales y de la naturaleza misma de la relación jurídica que se trata de regular."

Pretor y con la *equity* inglesa en su inicial configuración histórica⁷⁰¹. La equidad general, así definida, se contrapone a la equidad particular en los rasgos de generalidad y objetividad⁷⁰²; generalidad y objetividad que, por otra parte, no pueden conducirnos al error de considerarla como un conjunto de máximas objetivas^{703 704}. Por el contrario,

⁷⁰¹ A este respecto, ver: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Págs. 151-55. Considera que la única diferencia real existente entre la *aequitas* romana clásica y la *equity* inglesa radica en el hecho de que el Pretor conocía y aplicaba tanto el *ius civile* como el *ius honorarium*, mientras que el *Common Law* y la *equity* eran, y aún hoy son, aplicadas por dos jueces diferenciados. En contra, ver: LUMIA, GIUSEPPE; *L'equità...*, cit. Págs. 708-15. Considera que la equidad aplicada por el Pretor y por el Chancelor no constituyen ejemplos de equidad general. A su modo de ver, por tratarse de la resolución de casos concretos, en ambos supuestos se trataba de la aplicación de la equidad particular tal y como es definida por DE MARINI. A nuestro modo de ver, aunque existan evidentes semejanzas entre el *modus operandi* y la función propias de la equidad general y la equidad particular sustitutiva, ambas se diferencian claramente por el hecho de que la primera se da históricamente sólo cuando se crea una jurisdicción especial destinada a aplicarla. Sin embargo, la discrepancia planteada por LUMIA es más aparente que real por cuanto, si bien niega la utilización de la categoría "equidad general", considera, como nosotros, que de existir una diferencia entre la equidad particular aplicada por el Pretor y el Chancelor (a la que nosotros denominamos equidad general) y la actual, ésta radica en el hecho de que en esos supuestos históricos ambos tenían un poder originario para crear un ordenamiento paralelo que, con el tiempo, se unió al ordenamiento legislado mientras que, en los ordenamientos jurídicos actuales: "*Non ha senso, ..., parlare di un ordinamento giuridico di equità, le pronunzie equitativi dei giudici non costituendo affatto un ordinamento autonomo rispetto a quello legale, e derivando i giudici proprio dalla legge il loro potere di decidere secondo equità. Il processo mediante il quale essi ricevono tale potere, è un processo di delegazione, per nulla diverso da quello che attribuisce loro il potere di decidere secondo diritto...*". De ello deriva que: "... appare evidente che l'equità nell'accezione moderna del termine costituisce una forma di autointegrazione dell'ordinamento giuridico, che si provvede a mezzo di organi da esso creati, i quali operano nei limiti dallo stesso stabiliti."; conclusión ésta con la que no podemos coincidir si con ella se pretende, al margen de la textualidad de la frase, afirmar que los criterios equitativos sólo se extraen de la ley positiva. Como ya hemos dejado dicho, la diferencia entre los juicios de Derecho y los juicios de equidad radica precisamente en el hecho de que en los segundos la consecuencia jurídica no es abstractamente ofrecida por el propio ordenamiento y, en consecuencia, pueden ser entendidos como una forma de heterointegración del ordenamiento.

⁷⁰² En parecido sentido se pronuncia: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 181. Considera, al respecto de la objetividad de la equidad general que: "... non si deve dimenticare che si tratta di una obbiettività relativa e direi quasi presunta, che non può essere confrontata all'obbiettività reale ed assoluta della norma positiva."; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Pág. 365. Considera que: "... la decisión del juez cuando aplica la equidad no crea una abstracta norma de conducta que tenga los caracteres de generalidad y universalidad propios del Derecho positivo."

⁷⁰³ En parecido sentido, ver: GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, cit. Págs. 48-49. Critica la opinión de MARIONI en el sentido de entender la equidad como un conjunto de máximas objetivas extraíbles por el juez del sentimiento y la conciencia social. Para él aceptar esto: "... significa, in fondo, voler tornare alle origini della contrapposizione equità- legge e un tale ritorno viene giustificato non solo con il ricorso a motivazioni più concretamente giuridiche (quali quelle della lacuna della legge) ma anche con motivazioni più genericamente sociali.", y concluye (pág. 69) que: "L'idea che l'equità consista in una serie di regole che il giudice ha il compito d'applicare deriva con tutta evidenza da quella impostazione dottrinalia che mira ad attribuire all'equità i caratteri dell'equità cosiddetta generale, uguale e contraria alla legge, di cui dovrebbe possedere sia gli attributi, sia il valore vincolante."

cuando se asevera que son características de la equidad general la generalidad y la objetividad, tan sólo se está intentando denotar que nos estamos refiriendo a la equidad en su función de fundamento y método de adecuación del Derecho a las nuevas convicciones sociales; a la equidad como conjunto de valores subjetivos emergentes y contrapuestos al Derecho positivo que, por virtud de la influencia de unas determinadas circunstancias socio-temporales, adquieren una cierta uniformidad sin que por ello desaparezca el subjetivismo que les es propio⁷⁰⁵.

Por tanto, desde nuestro punto de vista, la equidad general no es sino una forma de designar a la manera en la que unos nuevos valores subjetivos pero con un general arraigo social pretenden cobrar pujanza a través de su aplicación a la resolución de supuestos conflictivos concretos y, en último término, generar un cambio en los antiguos valores ya cristalizados en la norma positiva. Pero téngase en cuenta que si el objetivo último o inmanente de la equidad general es el de producir un cambio en el Derecho legislado, su actuación inmediata no consiste en la emanación de normas generales o abstractas sino en la aplicación por parte de unas jurisdicciones especiales⁷⁰⁶, como hemos visto en los ejemplos históricos del Pretor romano y el Chancelor inglés, de esas nuevas tendencias a la resolución de casos particulares; nuevas tendencias que, por virtud de la generalización del precedente, convierten a la equidad general en un verdadero Derecho de creación jurisdiccional.

⁷⁰⁴ Visión ésta en la que, con el devenir histórico, ha derivado la actual concepción de la *equity* anglosajona y que ha llevado a parte de la doctrina a reducir la misma a doce máximas. Ver a este respecto, entre otros: McCLINTOCK; *Principles of equity*, cit.; SNELL-MEGARRY; *Principles of equity*, Londres, 1947.

⁷⁰⁵ Esta es la concepción que, en los momentos actuales mantiene: GORETTI, CESARE; *Il valore delle massime...*, cit. Pág. 307, donde considera que: "*Dal momento che, accanto all'ordinamento di diritto, esiste un ordinamento equitativo, è naturale che la ripetizione di massime di equità ossia di fattispecie equitative porti all'formazione di massime di esperienza equitativa che hanno per il giudice di equità il valore di precedente non vincolanti, ma che costituiscono indubbiamente un punto di riferimento per la formulazione della sua massima particolare.*".

⁷⁰⁶ Esta es, como se verá en el siguiente apartado en más detalle, otra de las diferencias entre la equidad general aquí tratada y la equidad particular (en concreto, la constitutiva), por cuanto la segunda, no contradiciendo el Derecho positivo, sino actuando en el ámbito permitido por éste, suele ser atribuida en su aplicación a jueces ordinarios, previa la necesaria habilitación legal.

Por esta razón, la equidad general históricamente ha hecho aparición en aquellos momentos en los que el Derecho positivo, por cualesquiera causas, ha quedado anquilosado y apartado de los nuevos ideales de la sociedad a la que estaba destinado a servir. Sin embargo, en el momento actual, y por lo que hace referencia al ordenamiento jurídico español, no existe (como sin embargo existía en los supuestos históricos de la jurisdicción pretoria romana o la *equity* inglesa en su primitiva configuración) una jurisdicción especial encargada de resolver en atención a criterios de equidad⁷⁰⁷. Cuestión diferente será que también hoy en día los nuevos ideales generalizados en el sentir social pretendan, a través de su paulatina aplicación a la resolución de casos concretos, penetrar en el mundo jurídico en busca de una continua mejora y adaptación del Derecho legislado, incluso con pretensión de convertirse ellos mismos en Derecho⁷⁰⁸. En esos supuestos, sin embargo, no creemos que se pueda hablar ya de equidad general sino, y como se verá en sucesivos apartados, de la forma de equidad particular ante la que los sistemas legislados muestran mayores reticencias; la equidad constitutiva⁷⁰⁹.

Así, y para concluir, podemos decir que es de esencia a la equidad (tanto general como particular) su vinculación a la resolución de casos concretos; lo que, por otra parte, confirma que el concepto de la misma, básicamente, se encuentra impregnado de los posos dejados por la *aequitas* romana clásica y la concepción aristotélica que la entendió como justicia del caso concreto. Por todo lo dicho, el concepto de equidad general hasta aquí esbozado sólo aparecerá claramente perfilado cuando, en el siguiente apartado, procedamos a contraponer las características que le son propias a aquéllas que se predicen de la equidad particular.

⁷⁰⁷ En definitiva, no existe el reconocimiento de un mecanismo judicial al que se dote de capacidad para generar una especie de ordenamiento paralelo al positivo.

⁷⁰⁸ Por cuanto, como hemos ya señalado anteriormente, en el foro interno, el juez percibe su sistema de valores como universal o extensible a todos.

⁷⁰⁹ En concreto, tal problemática se dará en toda su virulencia ante la equidad particular que mayores semejanzas presenta en su actuación y objetivos con la equidad general; la equidad constitutiva cuando la misma pretende ser actuada *contra legem*.

c.1.2. La equidad particular.

Si bien autores como LUMIA⁷¹⁰ han criticado la distinción dogmática entre la equidad general y la equidad particular en base a las similitudes que presenta el concepto de ambas; consideramos que tal diferenciación resulta válida en atención tanto a las múltiples diferencias existentes entre sus respectivos conceptos como, sobre todo, a la función u objetivos propios de cada una de ellas.

La primera y fundamental distinción radica en el hecho de que la equidad particular no supone ya una oposición a los dictados del Derecho positivo sino que, por el contrario, presupone la existencia del mismo. El problema de la equidad particular no es otro que la constatación de que la necesaria abstracción y generalidad de las normas positivas, ligada a la imprevisibilidad *a priori* de todos los posibles comportamientos humanos, puede hacer que la aplicación a un caso concreto de la consecuencia jurídica prevista en aquélla (consecuencia jurídica que, en su formulación general y abstracta, puede ser justa) dé lugar a resultados injustos; en definitiva, la equidad particular no es sino la consecuencia de considerar que el Derecho no puede conformarse con ser justo en su formulación abstracta sino que debe serlo también en su aplicación concreta⁷¹¹.

Como puede observarse, y como ya se había puesto de manifiesto con anterioridad, la equidad particular, así definida, queda entroncada, fundamentalmente, con el concepto aristotélico de *epiqueya*. Aparece así otra de las peculiaridades de la equidad particular que la diferencian de la equidad general: mediante aquélla no se está intentando poner de manifiesto un error o desfase ni de la ley, ni del legislador, sino que sólo se está haciendo énfasis en una realidad; que la necesaria abstracción de la norma no puede suponer, en su aplicación concreta, la generación de desigualdades.

⁷¹⁰ En, LUMIA, GIUSEPPE; *L'equità...*, cit. Págs. 708-15.

⁷¹¹ Ver a este respecto las palabras de PERETTI GRIVA transcritas en: Cap. II, 2. b) La crisis del Derecho y el resurgimiento de la equidad.

Sin embargo de lo dicho, el reconocimiento de la importancia de la filosofía aristotélica en la elaboración del concepto de equidad, no puede hacernos incurrir en el mismo error que cometieron autores como CASTÁN TOBEÑAS⁷¹² o GAZZONI⁷¹³; los conceptos de equidad y de justicia son sólo parcialmente sinónimos. Bien es cierto que el pensamiento del filósofo en este particular no resulta todo lo claro que sería deseable, pero también lo es que en sus textos se puede apreciar una diferencia entre ambos conceptos: la justicia se define como una noción de contornos generales mientras que la equidad, siendo una especie de ésta, se configura como su concreción; no como una justicia legal, sino como la corrección de su aplicación a la resolución de un conflicto singularizado.

Por tanto, la equidad particular, a diferencia de la general, no se contrapone al Derecho positivo sino que, todo lo contrario, presupone su existencia y actúa en el ámbito que éste le permite⁷¹⁴; sin que, por tanto, pueda existir contradicción entre la

⁷¹² Recordemos que, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, para él equidad y justicia constituyen un mismo concepto y la equidad no es sino un criterio de justicia benigna en el caso concreto. Ver: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Págs. 258-59, 267-268, 378-79 y 383-89 considera que: "*La equidad... es un punto de vista especial de la justicia. Toda equidad es justicia, pero no siempre la justicia tiene los matices de la equidad.*". En igual sentido se pronunciaban: BALLESTEROS, PIO; *La idea de equidad...*, cit. Pág. 133. En contra de la equiparación entre los conceptos de justicia y equidad, ver: FULVIO CAZZANIGA; *L' egliuglianza studiata nella storia e nella scienza*, Cremona, 1885, págs. 114-15 (citado por: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Págs. 386-87) Considera que la equidad es relativa o experimental; mutable en atención a los tiempos. La equidad para él es: "*instrumento efficacísimo de progreso, a diferencia de la justicia, que, inmóvil e inmutable por naturaleza, es completamente extraña al mismo*"; RAGGI, LUIGI; *Contributo all' apprezzamento del concetto di equità*, en, "Filangieri", 1919, págs. 31-46, cit. Págs. 34-35. Considera que la igualación de ambos conceptos elimina el propio concepto de equidad: "*..., in quanto esso non si differenza affatto della giustizia, e non è che un caso di applicazione della giustizia stessa.*".

⁷¹³ GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, cit. Pág. 149. Critica la concepción de la equidad particular basada en las ideas aristotélicas por cuanto, a su entender: "*...; non esiste contrasto fra giustizia in astratto e giustizia in concreto, perchè il principio di giustizia nasce proprio dal concreto ed è qualificato nel contenuto da un insieme universale e particolare.*".

⁷¹⁴ Desde este punto de vista podría entenderse correcta la apreciación de LUMIA en el sentido de considerar la equidad como un medio de autointegración previsto por el propio Derecho. Por nuestra parte, atendiendo a la procedencia de tal fuente de integración, consideramos que se trata de un método de heterointegración. Ello es así si se repara en que, si bien la utilización de la equidad es autorizada por el propio ordenamiento, los criterios integrativos no son proporcionados por éste sino que, por el contrario, se delega expresamente en el juez la elección de los que considere más adecuados a la resolución del supuesto concreto enjuiciado. En parecido sentido al por nosotros sostenido, ver: GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, cit. Págs. 28 y 364. Ver también, al respecto de esta polémica: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Pág. 374 (nota 1) donde dice:

norma general y la equidad particular cuyo uso es habilitado por la primera⁷¹⁵. Por otra parte, y como se verá al tratar las diversas formas en que puede actuar la equidad particular, la anterior aseveración no puede suponer una revitalización de la añeja polémica referente al orden de prelación aplicativa entre el Derecho y la equidad (*ius scriptum* e *ius non scriptum*, *aequitas rudis* y *aequitas constituta*)⁷¹⁶; polémica ésta que, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, encuentra adecuada solución en la jerarquización de fuentes contenida en el Título Preliminar del Código Civil.

La equidad particular se caracteriza por tanto, no sólo por darse en relación a la resolución de un caso concreto⁷¹⁷ sino también por tener que atender, en la elección de la solución apropiada para el mismo, a las particularidades fácticas que aquél presente. En la adopción de la solución concreta no se buscará pues la adaptación de la misma a un ideal de justicia que se pretende valedero frente a todos *pro futuro* sino, por el contrario, la elección por parte del juzgador de aquél criterio que asegure la máxima justicia en la resolución de ese conflicto particularizado.

"En un cierto sentido podría decirse que la equidad aplicada por el juez es siempre *praeter legem*, ya que su contenido está fuera de la ley escrita; pero desde otro punto de vista cabría también decir que dicha equidad actúa siempre *secundum legem*, en cuanto sólo puede ser aplicada dentro de los límites fijados por el legislador."; VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUÍS; *De la condena en costas*, en, "Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil", Coordinada por VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, págs. 422-493, cit. Pág. 448 donde, en referencia al criterio de temeridad en la imposición de las costas, considera que, la aplicación del mismo: "... conduciría de nuevo a la inseguridad propia de las soluciones <<equitativas>>, especialmente en realidades judiciales como la nuestra, y su aplicación sería muy difícil de controlar al tener que fundarse necesariamente en la concesión legal de un margen de arbitrio judicial.", reconociendo, por tanto, que la utilización de la equidad requiere de una habilitación legal previa.

⁷¹⁵ Como se verá más adelante, es precisamente de esta característica de la que derivan los recelos de los sistemas codificados a aceptar el uso de la equidad particular constitutiva en cuanto la misma pueda suponer la resolución de un supuesto concreto en atención a criterios claramente desviados de los dictados de la norma positiva (equidad *contra legem*).

⁷¹⁶ Ver: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Págs. 248-49, donde considera que al lado del Derecho formulado de antemano se encuentra un Derecho no formulado y que: "A esta esfera, y no a la del Derecho formulado, pertenece el principio o criterio de equidad. Esta es algo que se configura y funciona fuera del campo del Derecho estatuido e independientemente de él... actúa sobre el Derecho legislado, en cuanto puede servir de modelo y tipo de comparación para juzgar de las normas de este último... La ley actúa sobre la equidad en cuanto señala los límites dentro de los cuales puede la equidad ser aplicada."

⁷¹⁷ Característica ésta que, como hemos visto, se da también en la equidad general.

Constatar lo que antecede no significa que propugnemos la introducción de criterios oportunistas en la decisión judicial⁷¹⁸ sino reconocer que éstos, como cualesquiera otros, pueden concurrir en la concreta solución adoptada por parte del juez. Aparecen así otras dos de las características definitorias de la equidad particular entendida como justicia del caso concreto: la de estar la aplicación de la misma atribuida por la ley al titular de la potestad jurisdiccional, que no al legislador; y, la de depender la solución concreta de la subjetividad de la decisión judicial. Por tanto, y como ya se recalcó al tratar los diferentes componentes que concurren a la conformación de la decisión jurisdiccional, el reconocimiento positivo de la equidad particular supone, en definitiva, la aceptación legal de que para la resolución de un supuesto concreto adquieran los juicios de valor un papel preponderante en detrimento de aquellos históricos y lógicos.

Sentado esto, podemos concluir que otra de las diferencias existentes entre la equidad general y la particular es que si bien de la primera se puede predicar una objetividad atenuada (por cuanto con ella se busca la resolución de supuestos concretos, pero en atención a criterios que se pretenden válidos *erga omnes* y que, por tanto, buscan en última instancia convertirse ellos mismos en Derecho), la ahora estudiada se encaminará a la resolución, también de un caso concreto, en base a criterios que, nacidos de la valoración subjetiva del juez, tan sólo pretenden alcanzar la solución más justa posible de ese particularizado conflicto. No puede ser de otra manera; si el fundamento de la equidad particular se encontraba en la inadecuación de la ley abstracta para resolver en justicia un supuesto concreto, no podrá paliarse tal situación mediante la aplicación de criterios que, como los Principios Generales del derecho⁷¹⁹ o la conciencia social, resultan, si cabe, más genéricos y etéreos que la propia ley.

⁷¹⁸ En contra: CALAMANDREI, PIERO; *El significado constitucional...*, cit. Pág. 90 donde considera que las jurisdicciones de equidad son el vehículo ideal para introducir en el mundo jurídico criterios de oportunidad y de carácter político.

⁷¹⁹ En parecido sentido, ver: CHIRONI; *Istituzioni di Diritto civile italiano*, cit. Pág. 25. Considera que: "A diferencia de los principios generales del Derecho, que constituyen una noción objetiva, independiente de cualquier idea o convicción personal del Juez que los aplica, aunque dando a éste mucha libertad en el método y en el procedimiento de indagarlos y predicarlos, la equidad es el sentimiento natural de justicia (*ius naturale, aequum, bonum*) que las condiciones especiales de cultura

Cabe decir, no obstante, que no todo son diferencias entre la equidad general y la equidad particular y que, son precisamente las similitudes entre ambas las que, a nuestro modo de ver, aconsejan el empleo de una misma nomenclatura en ambos casos. Las coincidencias entre los dos conceptos, que se desprenden de lo hasta aquí dicho, pueden ser reducidas básicamente a dos: que históricamente ambas han sido atribuidas a los jueces para la resolución de conflictos concretos; y, que en ambos supuestos la conceptualización de las mismas sería imposible sin hacer referencia al Derecho positivo.

Para concluir, cabe decir que la diferenciación dogmática de ambos conceptos tiene que demostrar su validez en el terreno práctico y, en concreto, cuando en sucesivos apartados analicemos el ámbito de poderes equitativos atribuidos a los jueces por parte de los actuales ordenamientos jurídicos de tipo continental. Esos ordenamientos, adelantamos ya, reconocen tales poderes al juez en cuanto la utilización de los mismos, en el ámbito permitido por la norma habilitante⁷²⁰, no dé lugar a soluciones que pretendan ellas mismas convertirse en norma de carácter general; por tanto, si bien generalmente se permite la utilización de alguna o todas las modalidades de equidad

determinan en la colectividad, el sentimiento común del bien, formado en un determinado momento y lugar de la vida social..."; FERRARA, F.; *Potere del legislatore...*, cit. Pág. 509; VALVERDE; *Tratado de Derecho Civil español*, T. I, cit. Pág. 212; ROTONDI, MARIO; *Istituzioni di Diritto privato*, 6ª ed., Pavia, 1951, cit. Pág. 85. Considera que: "no solo ambos conceptos no se identifican, sino que netamente se contraponen. Los principios generales son cuanto hay de más abstracto en el complejo del ordenamiento jurídico positivo; la equidad, con su llamada a la apreciación subjetiva y sustituyendo a la rigurosa deducción lógica un juicio inspirado en el estado de hecho, representa cuanto hay de más concreto en aquél."; GORETTI, CESARE; *Il valore delle massime...*, cit. Págs. 303-04. En contra, ver: GIORGI, JORGE; *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, (Edic. española), T. I, nº 19 y ss., Madrid, 1909, cit. Pág. 25. Al conceptuar la equidad como razón natural identifica ésta con los Principios Generales del Derecho; MAGGIORE; *L' equità e il suo valore nel diritto*, Rivista Internazionale di filosofia del diritto, 1923, cit. Pág. 275; MARTÍNEZ ALCUBILLA; *Voz: Equidad*, en, "Diccionario de la Administración Española", 6ª ed.; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Pág. 225. Considera que: "... la equidad no se confunde con los principios abstractos del Derecho y de la justicia, sino que implica más bien el modo de adaptarlos y aplicarlos a la vida y a los casos concretos.", opinión que reitera en las páginas 381, 382 Y 391 si bien apuntando, como CARNELUTTI, que existen semejanzas evidentes entre ellos por cuanto la integración analógica del ordenamiento a través de los Principios Generales y la judicial (por medio de la equidad) se asemejan en gran medida; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Págs. 386-89; RAGGI, LUIGI; *Contributo all' apprezzamento...*, cit. Pág. 35.

⁷²⁰ En parecido sentido, ver: GRASSO, EDUARDO; *Giudizio d' equità*, Digesto discipline privatistiche sezione civile, VII, Turín, 1991, págs. 470-77, cit. Pág. 471.

particular que analizaremos en los siguientes apartados, se veta frontalmente el reconocimiento de poderes equitativos de tipo general en manos de los jueces.

c.2. La equidad y el Derecho positivo.

Sentado que la equidad particular (al contrario que la general) no se opone al Derecho positivo sino que lo presupone y actúa en el ámbito que éste le permite, no puede existir discrepancia entre la norma general y aquélla. Sin embargo, los modos de operar de la equidad pueden ser diversos y dependen directamente del mayor o menor grado de poder de decisión autónomo que el ordenamiento positivo tenga a bien otorgar al juez.

De forma genérica, y antes de pasar al estudio pormenorizado de cada una de ellas, podemos decir que, en el ámbito de los ordenamientos jurídicos de tipo continental, son básicamente tres las formas reconocidas para la actuación judicial de la equidad particular: la sustitutiva, la integradora y la interpretativa⁷²¹. Sin embargo, como se verá, algunos autores han pretendido^{722 723} ver una cuarta vía de actuación de la equidad en los supuestos de laguna del ordenamiento jurídico.

⁷²¹ En parecido sentido, ver: VARANO; VINCENZO; *Note in tema di giudizio di equità*, Foro italiano, 1988, I, págs. 977-992, cit. Págs. 977-78. Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Pág. 374, considera que tanto la equidad interpretativa como la que él denomina legislativa (que define como aquella que pone en juego el legislador mismo mediante una remisión expresa o tácita a la equidad para la solución de alguna cuestión jurídica determinada), que se corresponde con la que nosotros llamamos integradora, son modalidades de la llamada equidad *secundum legem*.

⁷²² En este sentido, ver: CIPRIANI, FRANCO; *Il giudizio di equità necessario*, Foro Italiano, 1985, V, págs. 34-43, cit. Pág. 35 donde, además de reconocer los tres tipos de equidad particular cuya existencia aceptamos, considera que: "*L' equità c.d. formativa si ha invece quando il legislatore consente di colmare le originarie lacune dell' ordinamento facendo ricorso al procedimento equitativo..., sia quando le <<lacune>> son dovute al ripudio della legislazione vigente:...*".

⁷²³ Postura ésta de la que disentimos pues, sin perjuicio de una posterior profundización, la analogía constituye un método de autointegración mientras que la equidad lo es de heterointegración; postura ésta que ya había puesto de manifiesto con mucha anterioridad el decretalista Giovanni d' Andrea (Ver: Cap. II, l. G) La equidad en la doctrina de los Decretalistas y la formación del *ius commune*.).

Sin más preámbulos tendremos que proceder al análisis de cada una de las modalidades en las que se puede presentar la equidad en su relación con los ordenamientos jurídicos de tipo continental.

c.2.1. La equidad sustitutiva.

Con la equidad sustitutiva no se busca la genérica crítica de la ley abstractamente considerada⁷²⁴ sino la eliminación de la aplicación de la misma al caso concreto enjuiciado cuando ésta genere soluciones injustas⁷²⁵. Se parte por tanto de una idea de claro entronque aristotélico⁷²⁶: si ese supuesto concreto hubiera sido previsto por el legislador la regulación habría sido diversa.

Esta forma de equidad, por su radicalidad, requiere en todo caso para su aplicación de una habilitación legal directa o indirecta⁷²⁷. Entender lo contrario sería tanto como negar la existencia de un ordenamiento jurídico positivo preestablecido y

⁷²⁴ De ser así, nos encontraríamos ante un supuesto de equidad general tal como antes ha sido definida.

⁷²⁵ Este es el concepto de equidad que parecía manejar: XIRAU, JOSÉ R.; *La funzione giurisdizionale e la equità*, cit. Pág. 846.

⁷²⁶ El ejemplo más claro de reconocimiento de la equidad sustitutiva directa en la actualidad lo constituye la equidad canónica. Ésta, por actuar en el ámbito propio de un Derecho confesional, adquiere en muchas ocasiones caracteres de indulgencia, misericordia o tolerancia; caracteres que no son, sin embargo, connaturales a la definición aristotélica de la equidad y que, por supuesto, no resultan predicables de la equidad aceptada por los ordenamientos jurídicos de carácter laico.

⁷²⁷ En este sentido se han pronunciado también: RUGGIERO; *Instituciones del Derecho civil*, cit. Pág. 21. Según él, "no se puede acudir a la equidad sino cuando el legislador lo autorice expresamente...(pues)... llamado (el juez) a aplicar las leyes y no a juzgar de su intrínseca bondad, cometería una arbitrariedad si bajo el pretexto de adaptar la norma al caso concreto y realizar la equidad no aplicase el precepto o crease uno distinto."; GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, cit. Págs. 41 y 271. Consideraba que: "L' equità può essere ora invocata solamente nei casi in cui il legislatore espressamente ne faccia menzione e sempre subordinatamente alla legge, la quale, di conseguenza, non potrà mai risultare violata dal richiamo stesso."; RASELLI, ALESSANDRO; *Il potere discrezionale del giudice civile*, cit. Págs. 3 (nota 1) y 4; ROTONDI, MARIO; *Equità e principii generale del diritto*, cit. Pág. 273. En contra, si bien reconociendo que los límites a la utilización de la equidad en cada sistema serán los que imponga el Derecho positivo, CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Págs. 379-80. Considera que la equidad, como representación del principio de justicia no sólo puede sino que debe ser utilizada incluso sin que exista una remisión legislativa a ella, pues: "... no en vano la equidad es el propio criterio de justicia realizado en su mayor perfección, teniendo en cuenta el sentido moral y humano que ha de tener el Derecho positivo y la necesidad de adaptación de sus normas a los casos concretos."

caminar hacia un sistema basado en la formulación judicial del Derecho; transformando por esta vía la equidad particular en una verdadera equidad de tipo general.

No obstante, en los actuales sistemas jurídicos de tipo continental (en los cuales la evolución y adaptación legislativas son constantes) el reconocimiento de unos poderes equitativos tan amplios (que confieren a los jueces la facultad de sustituir, para un caso concreto, la aplicación de la norma positiva por su criterio valorativo subjetivo) genera ciertos recelos⁷²⁸. No puede ser de otra manera; el otorgamiento a los jueces de tan amplias facultades supone aceptar la posibilidad de que con el paso del tiempo las concretas y repetidas resoluciones jurisdiccionales pretendan convertirse en un nuevo sistema de normas de origen judicial y paralelo al legislativo. Por ello, aún en los ejemplos de habilitación al uso de la equidad sustitutiva que nos ofrece el Derecho comparado, su permisión no suele ser directa sino indirecta (dejando al poder dispositivo de las partes el someterse, o no, a una decisión en equidad sobre el fondo del asunto debatido⁷²⁹) y en atención a específicas necesidades de agilización del procedimiento.

⁷²⁸ Ya habíamos apuntado anteriormente la imposibilidad de que, en el ámbito de un sistema de tipo continental como el español, se aceptase con amplitud el papel de la equidad sustitutiva; entre otras razones, por el temor a que el juez pueda utilizar ese mecanismo no como medio de corrección de la ley en su aplicación al caso concreto, sino con la sola intención de desplazar la aplicación de esa ley que personalmente no acata. Surge aquí de nuevo el problema anteriormente comentado de la equidad sustitutiva *contra legem* que, en definitiva, puede acabar derivando en la aparición de supuestos de equidad general. Este mismo temor asaltaba a: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Págs. 389-405. Consideraba el autor que: "... hay que mantener la sujeción de los Tribunales a la ley y rechazar la posibilidad de que aquéllos funden sus fallos en consideraciones de equidad cuando la ley obligue a decidir en otro sentido." y concluía acertadamente (pág. 413) que: "La política de concesión amplia del arbitrio de equidad (y, si se nos permite, de cualquier tipo de actuación jurisdiccional implique o no poder de decisión discrecional por parte del juez) ha de estar finalmente subordinada a las dotes de capacidad, estudio, prudencia y experiencia que concurran en la judicatura de un país.". En igual sentido se pronunciaba PACCHIONI; *Diritto civile italiano*, cit. Pág. 66 cuando sostenía que: "... cuanto más se eleve el nivel intelectual, moral y económico del juez, tanto menos peligroso resultará el confiarle la misión de juzgar según su sentimiento de equidad."

⁷²⁹ Ejemplo clave lo constituye el artículo 114 del Codice di Procedura Civile italiano de 1940 cuando dispone que: "Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta.". A este respecto, DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 185 consideraba que: "... è ben noto che il legislatore ha voluto con la disposizione dell' art. 114 rendere possibile anche davanti ai magistrati ordinari quel giudizio da amichevoli compositori che prima dal vigente codice era attuabile solo in sede di arbitrato, costituendone anzi la più tipica espressione... La necessità del preventivo accordo delle parti sta anzitutto a dimostrare l' eccezionalità della decisione secondo equità rispetto alla

Por todo lo expuesto y, como se verá al tratar de los diversos supuestos de reconocimiento de la equidad en nuestro ordenamiento, no creemos que actualmente se pueda encontrar ningún ejemplo de equidad sustitutiva⁷³⁰. Son sin embargo abundantes los casos de equidad integradora e, incluso, el artículo 3.2 del CC, en su redacción de 1974⁷³¹, acepta la utilización de la equidad como método de interpretación.

c.2.2. La equidad integradora.

Se habla de equidad integradora⁷³² en aquellos casos en los que el legislador procede a regular el supuesto de hecho de la norma pero, en atención a las especiales y variadas circunstancias fácticas (por tanto, no susceptibles de previsión por parte de una norma de carácter general) que prevé se darán en cada uno de los particulares conflictos enjuiciados, renuncia a la fijación de una consecuencia jurídica abstracta y deja en manos del juez la elección de la que más se acomode a la justicia del caso concreto. Como muy bien denota DE MARINI⁷³³, en este supuesto la contraposición entre

normale decisione secondo diritto." y acababa concluyendo que el fracaso de tal previsión legislativa radica en el hecho de que, sabedoras las partes de que la decisión final del conflicto va a depender de los criterios subjetivos de un juez no elegido de mutuo acuerdo, preferirán someter el asunto a un árbitro (art. 822 CPC) que, digno de la confianza de ambos contendientes, resuelva también en equidad; CARCATERRA; *Le decisioni di equità nell' art. 114 del Nuovo Codice di Procedura Civile*, Bari, 1941; MUSATTI, ALBERTO; *Profili della nuova equità*, en, "Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja", IV, Bolonia, 1953, cit. págs. 307-13; GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, cit. Pág. 67 (nota 141). Considera que el art. 114 CPC no contiene un supuesto de jurisdicción de equidad porque en éstas el juez de equidad: "è dato e non voluto"; VECCHIONE, RENATO; *Giudizio di equità*, cit. Págs. 631-33; VARANO; VINCENZO; *Note in tema di giudizio di equità*, cit. Págs. 978-89.

⁷³⁰ Pues aunque el artículo 3.2 del CC realice una aceptación genérica de la misma, ésta después no queda concretada en la remisión "expresa" a ella por parte de una norma específica. En contra, ver: CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ; *Equidad jurídico-positiva: análisis teórico y metateórico*, RGD. 1988, págs. 6675-87, cit. Págs. 6677 y 6680. Considera que la modificación del Título Preliminar del CC en 1974 ha significado en la práctica que: "el único límite a la aplicación de la equidad es la existencia de expresa delegación legal, sin que, por tanto, le afecten las limitaciones del antiguo artículo 6º-2 del título preliminar de 1889, precisadas en subsidiariedad a la costumbre y principios generales del Derecho, previa laguna de ley. La consecuencia consiste, a partir de aquí, en que, habiéndose producido la expresa delegación legal, en el juicio de equidad se puede aplicar ley siempre que coincida con la equidad (hasta aquí coincidimos con él, pero añade:) y que cabe, es claro, la equidad contra legem."

⁷³¹ Art. 3.2 CC: "La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas,..."

⁷³² Para ver las diferentes teorías que sobre la equidad integradora elaboraron los Decretalistas: CARON, PIER GIOVANNI; *"Aequitas" romana*,..., cit. Págs. 82-83.

⁷³³ DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità*,..., cit. Pág. 162.

equidad y rígida aplicación de la norma positiva es sólo potencial, por cuanto es la propia norma la que procede a la eliminación preventiva del posible contraste y deja, entre límites precisos, campo libre a la equidad⁷³⁴. En estos casos, la actuación del juez, facultado por una norma positiva para decidir según equidad, es libre en el sentido de que la consecuencia jurídica no se encuentra fijada de antemano y con carácter general por una norma positiva. Sin embargo, ello no supone una habilitación a que la decisión concreta pueda basarse en sentimientos o en apreciaciones arbitrarias⁷³⁵; no constituye un reconocimiento de la llamada *equidad cerebrina*⁷³⁶ que, muy al contrario de la ahora tratada, implicaría, *de facto*, un ataque directo a las bases mismas del Derecho constituido y a la certeza de éste.

Si bien son pocos los supuestos en los que un ordenamiento jurídico de tipo continental permita la utilización de la equidad sustitutiva, mucho más abundantes son los casos en los que se reconoce un papel a la equidad integradora. Abundancia que trae causa de una generalizada y paulatina aceptación de los mecanismos equitativos en los diversos ordenamientos europeos de tipo continental⁷³⁷ una vez que los mismos se han

⁷³⁴ Presentaría por ello semejanzas con lo que, en las construcciones administrativistas, se ha denominado "discrecionalidad reglada". Para mayor profundización, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; *Potestades regladas y potestades discrecionales*, en, "Curso de Derecho Administrativo" 5ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1989; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN; *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Col. Cuadernos Civitas, 1ª ed., Madrid, 1991.

⁷³⁵ En parecido sentido, ver: DE DIEGO; *El art. 6º del Código civil español*, en, "Fuentes del Derecho civil español", Madrid, 1922, cit. Pág. 18. Consideraba que: "El fallo que en todo caso han de dar los jueces y Tribunales no puede ser arbitrario ni responder a otro criterio que el de la justicia. El juez es órgano del Derecho, y según y conforme a él ha de dar el fallo. No es su personal concepción de lo justo y del Derecho lo que ha de reflejarse en éste, que ello le restaría acierto y quitaría certidumbre y seguridad a la vida jurídica..., sino lo que sea tenido por tal y aparezca como tal en signos indudables, generales, objetivos, que respondan a la concepción dominante en el momento y país de la cuestión, llámese como se llamen esos signos: ley, costumbre, equidad, principios de Derecho, etc."; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Pág. 399. Considera que la equidad no puede suponer arbitrariedad sino tan sólo discrecionalidad pues: "Es una forma de la justicia, y como tal obedece a principios o reglas, siquiera éstas no estén tasadas ni formuladas previamente como las reglas de la ley."; GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, cit. Págs. 131 y 317-18; MICELI; *Sul principio di equità*, en, "Studi in onore di Vittorio Scialoja", II, Milán, 1905, cit. Pág. 89; DENTI, VITTORIO; *Contributo allo studio del giudizio di equità nel processo civile*, Ed. A. Garzanti, Pavia, 1944, cit. Pág. 30. En contra, ver: RAGGI, LUIGI; *Contributo all' apprezzamento...*, cit. Pág. 45.

⁷³⁶ En parecido sentido, ver: CARNELUTTI, FRANCESCO; *Diritto e Processo*, cit. Pág. 139.

⁷³⁷ En parecido sentido, ver: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Pág. 287. Considera que: "Las jurisdicciones de equidad no sólo subsisten en nuestra época con sus caracteres tradicionales, sino que se desarrollan y multiplican con nuevas características. El legislador moderno

visto forzados (a causa, básicamente, del rápido desarrollo social y, sobre todo, del frenético crecimiento de las relaciones comerciales e industriales) a aceptar la imposibilidad de mantener íntegros los postulados sobre los que se edificaba el positivismo racionalista^{738 739}.

Como se verá cuando procedamos al análisis de los diversos supuestos de reconocimiento de la equidad en nuestro ordenamiento jurídico, aparte de los contados casos en los que la norma habilitante se refiere a la misma explícitamente, la remisión a la utilización de la equidad integradora se puede apreciar en todos aquellos momentos en los que el legislador delega, para la correcta solución del caso concreto, en el arbitrio subjetivo del juez mediante la utilización de expresiones como: decidir según las circunstancias concurrentes, según su prudente arbitrio, etc.

En estos supuestos el ordenamiento no deja en manos del juez la total reglamentación de una situación jurídica determinada. Por el contrario, tan sólo le otorga la función de elegir una consecuencia jurídica que, adecuada a la resolución justa del caso concreto enjuiciado, se mueva, sin embargo, dentro de los límites genéricos que ha prefijado la norma habilitante. La equidad integradora, por tanto, lejos de constituir

admite la clásica y ordinaria jurisdicción de equidad..., en el juicio de amigables componedores.... Pero hay también en el Derecho moderno manifestaciones de un proceso de equidad, con bases nuevas y más amplias, confiado a la propia justicia del Estado."

⁷³⁸ En contra, ver: RAGGI, LUIGI; *Contributo all' apprezzamento...*, cit. Pág. 36. Opinaba que: "Ma quando, come nei nostri tempi, tutto il valore dell' equità si ha nello stadio solo di formazione della legge, quando l' equità non può applicarsi se il diritto non la richiama, in quanto, data la perfezione tecnica del diritto, il legislatore preclude, nella massima parte dei casi, la strada a una qualsiasi correzione o creazione del diritto per opera dell' interprete o di qui in qualunque modo lo applica, l' equità sembraci abbia perduto ogni sua importanza e funzione propria e distinta." y, en pág. 44, concluye diciendo que: "L' equità quindi comme concetto separato dalla giustizia, nè è concetto utile, nella attuale fase di evoluzione giuridica, anche dal punto di vista filosofico. L' equità a un valore storico: essa è stata una delle tante scale che hanno coadiuvato il progresso e il perfezionamento del diritto, ma che occorre abbattere..."

⁷³⁹ Buena prueba de ello la encontramos en la Exposición de Motivos del Codice di Procedura Civile italiano de 1940 que, refiriéndose a los innovadores artículos 113 y 114, estableció que, en ambos casos, el interés y la importancia concedida a la conciliación y a la decisión de equidad no significan en modo alguno desconfianza hacia el ordenamiento legal ni propósito de rehuir, con soluciones transaccionales, la lucha por el Derecho, ni abdicación que el Estado hace de una de sus más fundamentales funciones; sino que, muy al contrario, significa el firme propósito de eliminar pleitos estériles y de acomodar la litis al tratamiento que, por imposiciones de la realidad, exige la cuestión litigiosa.

un medio para evitar la aplicación de la consecuencia jurídica contenida en una norma positiva, se presenta como una forma de adaptar o integrar las disposiciones de la misma a la resolución de un supuesto particularizado. Como se verá, de ello se deriva que todo juicio de equidad⁷⁴⁰ forma parte de un más amplio juicio de Derecho del que constituye la pieza fundamental.

Por todo lo dicho, un sector importante de la doctrina ha pretendido equiparar la equidad ahora tratada con los conceptos elásticos⁷⁴¹, también llamados conceptos válvula o *standards* jurídicos. Si bien se tiene que reconocer con estos autores que ambos fenómenos presentan evidentes semejanzas (como por ejemplo: ser medios reconocidos por el propio legislador; estar ambos destinados a evitar el paulatino esclerosamiento del ordenamiento jurídico y, por tanto, su apartamiento de los sentimientos y necesidades sociales que se van haciendo preponderantes con el pasar del tiempo), consideramos que las mismas no bastan para afirmar su total coincidencia⁷⁴².

Cuando el legislador emplea expresiones como “buena fe” “diligencia del buen padre de familia” u “orden público” no está haciendo otra cosa que asumir y trasladar al mundo jurídico conceptos que, gestados por el uso común, se encuentran en continua adaptación a las nuevas circunstancias del mundo extrajurídico; adaptación que, por definición, depende del devenir diario de la vida social y no de una posible variación legislativa del contenido de la norma que reclama su utilización por parte del juez. Por tanto, el juez llamado a aplicar conceptos elásticos, a diferencia del llamado a resolver en equidad, no goza de un auténtico poder discrecional; su función quedará restringida a la búsqueda del significado socialmente atribuido a tal noción en el momento y lugar en

⁷⁴⁰ Entendido como proceso.

⁷⁴¹ A este respecto, ver la opinión de: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Págs. 392-93. Considera que: “... equidad y conceptos válvulas tienen una función coincidente: realizar la adaptabilidad del Derecho a la vida y la consiguiente individualización de sus soluciones. Los conceptos de que se trata forman parte, no de la esfera del Derecho estricto, sino del Derecho equitativo.” y CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Págs. 383-86. Ver también: St. ATBU de 29 de marzo de 1960 (RGD 1961. Págs. 689-92) Cdo. 2º.

⁷⁴² En parecido sentido, ver: GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, cit. Págs. 148 y 370; VECCHIONE, RENATO; *Giudizio di equità*, cit. Pág. 629.

que deba emitir su resolución. Por el contrario, el juez habilitado para hacer uso de la equidad lo está en realidad a utilizar su particular y subjetivo criterio de juicio valorativo⁷⁴³. Resumiendo y, como muy bien denota DE MARINI⁷⁴⁴: "...quando la norma ricorre ad un concetto elastico, la fattispecie legale è completa anche se uno dei suoi elementi deve essere ulteriormente specificato dal giudice; quando invece la norma ricorre all' equità la fattispecie legale non è completa fino à quando non sia integrata dal giudice."

c.2.3. La equidad interpretativa.

Sostiene un nutrido grupo de autores que la única forma en que puede presentarse la equidad en los ordenamientos jurídicos de tipo continental es la interpretativa. En estos supuestos, la equidad no se constituiría ya como una forma de decisión que permita prescindir de la consecuencia jurídica contenida en la norma positiva para la elaboración de la decisión sobre el fondo del asunto debatido⁷⁴⁵. Por el contrario, la equidad se presentaría como un método para conseguir una más justa aplicación de la consecuencia jurídica contenida en la propia norma; en definitiva, como uno más de los posibles criterios de interpretación (como el histórico, el sistemático, la

⁷⁴³ En parecido sentido, ver la opinión de: LUMIA, GIUSEPPE; *L' equità...*, cit. Pág. 721. Tratando los límites mínimo y máximo que la ley impone al juez para la fijación de la pena en el proceso penal, considera que no se trata de un supuesto de equidad porque: "*Anche in questo caso l' opera dell' interprete, sebbene integrativa della norma, non è riconducibile sotto il profilo dell' equità, la quale, ..., ricorre quando non la determinazione della fattispecie, ma quella della quenseguenze giuridiche è lasciata al prudente apprezzamento del giudice.*". Posteriormente (pág. 722) da una acertadas notas para diferenciar la equidad de otros conceptos afines que, por su corrección y simplicidad, pasamos a transcribir: "*a) ove la alternativa sia implicita e inevitabilmente connessa alla generalità propria della norma, la scelta del giudice non esse fuori dai confini di una normale attività interpretativa; b) ove l' alternativa sia espressamente prevista e disciplinata (anche solo nel senso della delimitazione) dalla legge, la scelta viene operata dal giudice nell' esercizio di un potere discrezionale che la legge stessa gli attribuisce; c) ove l' alternativa riguardi la determinazione della fattispecie mediante l' attribuzione di un preciso significato ad uno dei suoi elementi linguistici costitutivi, si versa in tema di concetti elastici; d) ove, infine, la legge assegna al giudice il potere di determinare le conseguenze giuridiche della fattispecie, consentendogli all' uopo un' alternativa senza determinare il contenuto, si versa in materia di equità.*".

⁷⁴⁴ DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 192.

⁷⁴⁵ Para profundizar en las elaboraciones doctrinales sobre la equidad interpretativa con anterioridad a Santo Tomás, ver: CARON, PIER GIOVANNI; "*Aequitas*" romana, ..., cit. Págs. 74-81.

búsqueda de la *mens legislatoris*,...) tendentes a esclarecer el verdadero significado de aquélla⁷⁴⁶.

La constatación de esta fundamental diferencia respecto de los dos supuestos anteriormente comentados es la que ha llevado también a muchos de esos autores al error de relacionar la equidad en su faceta interpretativa con los Principios Generales del Derecho. Como ya hemos tenido ocasión de advertir con anterioridad, tal argumentación resulta inaceptable si se repara en el hecho de que mediante el recurso a la equidad lo que se pretende es dar la solución más justa a un supuesto que, por su particularidad, no podía ser adecuadamente resuelto *ex ante* por medio de una norma general. Si esto es así, la equidad, en su aplicación a la interpretación de la norma, no podrá identificarse con los Principios Generales del Derecho por cuanto los mismos gozan, si cabe, de mayor generalidad y abstracción que la norma positiva cuya inaplicabilidad al caso concreto constituye el presupuesto habilitante del uso de la equidad⁷⁴⁷.

Por nuestra parte, y como se verá al analizar el contenido del artículo 3 del CC en su redacción de 1974, consideramos que equidad e interpretación no constituyen conceptos plenamente equiparables⁷⁴⁸. La primera es un criterio de juicio (básicamente

⁷⁴⁶ En este sentido, ver: GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, cit. Pág. 145. Consideraba que: "... non si riesce a scorgere differenza alcuna tra la c. d. interpretazione equitativa, nettamente intesa come adattamento della norma astratta al caso concreto, e la normale attività ermeneutica condotta dal giudice, la quale è creativa nella fattispecie e della fattispecie."

⁷⁴⁷ En parecido sentido, ver: BETTI, EMILIO; *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Ed. Giuffrè, Milán, 1949, cit. Pág. 220; ROTONDI, MARIO; *Equità e principi generale del diritto*, cit. Págs. 269-71; SCIALOJA, VITTORIO; *Del diritto positivo e dell' equità*, en, "Studi giuridici", III, Roma, 1932, cit. Pág. 21.

⁷⁴⁸ El artículo 3.2 del CC, en su redacción de 1974, establece que la equidad deberá ponderarse en la aplicación de las normas. Sin embargo, y posiblemente en atención al peso de autores como SUÁREZ o CASTÁN TOBEÑAS [que, haciéndose eco de la concepción aristotélica de la equidad, consideraba que: "Se diferencian así la interpretación en general y la que se hace por epiqueya, pues puede haber otras interpretaciones de las leyes que no se refieran a la enmienda de ellas, sino solamente a explicar su contenido en aquellas cosas que son ambiguas.", en, CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Págs. 396-98 y CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Pág. 381, donde consideraba que: "Lo que hay es que esta equidad interpretativa se suele presentar en la práctica, no como propia aplicación de un ministerio de equidad, sino embebida en la interpretación racional, lógica o teleológica... Significa, ..., la llamada equidad interpretativa que el juez está obligado en presencia de un texto positivo a adoptar (lo que desde 1974 se contiene en la fórmula "se ponderará"), en tanto su sentido no sea claro e inequívoco, la interpretación lógica que corresponda a la justicia."],

valorativo) que opera fuera del ámbito de la norma (aunque habilitado por ésta), y que, mediante la indagación de los concretos hechos concurrentes en el supuesto enjuiciado, se encamina a corregir o integrar las imperfecciones de la misma en su aplicación a la resolución de aquél. La interpretación, por el contrario, es una operación en la que si bien siempre, en mayor o menor medida, intervienen también juicios valorativos⁷⁴⁹, tiene por objeto indagar el verdadero sentido de la norma.

c.2.4. La equidad y las lagunas del ordenamiento jurídico.

Sin embargo de todo lo dicho, autores como MARIONI⁷⁵⁰, MAGGIORE⁷⁵¹, GORETTI⁷⁵², GAZZONI⁷⁵³ o CASTÁN TOBEÑAS⁷⁵⁴ han pretendido encontrar una cuarta forma de actuación de la equidad en aquellos supuestos en los que exista una laguna en el ordenamiento positivo. Por nuestra parte y, atendiendo a los caracteres que hemos atribuido a la equidad particular, no podemos sino negar tal categoría⁷⁵⁵.

Si, como habíamos dicho, la equidad particular no se da en oposición al Derecho positivo sino que presupone su existencia, se concluirá con nosotros que la equidad no

ese reconocimiento de la equidad en su faceta interpretativa, se separa sistemáticamente del resto de medios de interpretación de la norma que se contienen en el artículo 3.1 del CC.

⁷⁴⁹ De ahí la confusión constante entre una y otra. En parecido sentido, ver: LUMIA, GIUSEPPE; *L'equità...*, cit. Pág. 719, donde considera que la: "... *equità interpretativa, ... in realtà non è né una particolare specie di equità che possa essere come tale distinta dal giudizio giuridico in generale così come il giudizio di equità si distingue dal giudizio di (stretto) diritto, né una particolare forma di interpretazione, dato che sempre nell' interpretazione interviene, con maggiore o minore rilevanza, un giudizio di valore.*".

⁷⁵⁰ MARIONI; *L'equità e la sua funzione nei giudizi*, en, "Filangieri", 1914, págs. 481 y ss, cit. Pág. 487.

⁷⁵¹ MAGGIORE; *L'equità e il suo valore nel diritto*, cit. Págs. 278 y ss.

⁷⁵² GORETTI, CESARE; *Il valore delle massime...*, cit. Págs. 309-10.

⁷⁵³ GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, cit. Págs. 28-29. Considera que en las hipótesis de laguna legislativa: "... *il ruolo svolto dall' equità non è tanto quello di una mera integrazione, quanto piuttosto quello della creazione ex novo di un regolamento vincolante.*".

⁷⁵⁴ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Págs. 386-87.

⁷⁵⁵ En parecido sentido, ver: VECCHIONE, RENATO; *Giudizio di equità*, cit. Págs. 626 y 630 donde considera que la equidad no puede ser entendida como una forma de colmar las lagunas del ordenamiento pues esa función debe ser desempeñada por los Principios Generales del Derecho y la analogía.

podrá darse en aquellos supuestos en los que falte totalmente la norma positiva⁷⁵⁶; y no podrá darse por cuanto, si bien en esos casos se tiene que reconocer la conveniencia de la concesión de poderes creativos al juez, esos poderes no podrán ser calificados de equitativos⁷⁵⁷, en cuanto con ellos no se pretende la resolución de un supuesto concreto sino la elaboración de una norma general o con intención de valer frente a todos *pro futuro*.

Por tanto, desde nuestro punto de vista no es aceptable la opinión de DE MARINI⁷⁵⁸ cuando considera que podría hablarse de la equidad particular como forma de integración de lagunas del ordenamiento en los supuestos en los que el propio legislador haya evitado la producción de las mismas mediante el llamamiento a la equidad integrativa. De ser ese el caso, por más de no existir ya laguna legislativa, nos encontraríamos ante una pésima técnica legislativa que procedería a habilitar el uso de la equidad integrativa no cuando la previsible multiplicidad de circunstancias fácticas lo aconsejasen sino cuando el legislador, por cualesquiera razones diferentes de la anterior (desidia, imposibilidad de actuación por falta del necesario consenso parlamentario, etc.), prefiriese no regular una consecuencia jurídica abstractamente aplicable a todos los supuestos posibles.

c.3. La equidad como fuente de Derecho.

Como conclusión a todo lo hasta aquí dicho, podemos afirmar que, en la sistemática de los actuales ordenamientos jurídicos de tipo continental, el otorgamiento de poderes equitativos a los jueces en ningún caso puede dar lugar a la formación de nuevas normas jurídicas.

⁷⁵⁶ En parecido sentido, ver: DONATI, BENVENUTO; *Sul principio d' equità*, en, "Annali Perugia", III, 1913, cit. Págs. 353 y ss; DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 163.

⁷⁵⁷ De donde se deduce que si bien todo poder equitativo supone poder creativo; no todo poder creativo (p. ej., normas de carácter general) es poder equitativo. Se confirma también con ello la teoría anteriormente expuesta según la cual todo juicio jurisdiccional (de Derecho o de equidad) supone, al mismo tiempo, aplicación y creación del Derecho.

Cuando el Derecho positivo evoluciona y se adapta constantemente a las nuevas necesidades y sentimientos populares, la oposición entre éste y la equidad no puede darse ya a nivel de las reglas generales, sino sólo respecto de la aplicación particularizada de las mismas a la resolución de un concreto supuesto conflictivo. Si, por el contrario, la evolución del Derecho no corre paralela a las nuevas expectativas de la sociedad a la que el mismo sirve, la oposición entre éste y la equidad no se dará ya a nivel concreto sino abstracto. En el primer supuesto la equidad se presenta como un criterio de justicia del caso concreto⁷⁵⁹ (equidad particular); en el segundo, como un complejo de criterios y principios enfrentados a los que propugna el Derecho positivo en un momento y lugar determinados (equidad general).

En nuestro actual ordenamiento, por tanto, sólo puede hablarse de la equidad contemplada en su sentido aristotélico; de la equidad como justicia del caso concreto tendente a evitar una rígida aplicación del Derecho. Por tanto, en el contexto que a nuestro estudio interesa, la equidad no puede ser entendida como un conjunto de reglas o máximas objetivas válidas fuera de la situación concreta enjuiciada y contrapuestas a aquellas otras contenidas en las normas positivas. Cuando nos referimos a la equidad, estamos entendiendo con tal expresión la llamada que el legislador hace a un criterio de juicio subjetivo del juez⁷⁶⁰.

Sentado esto, estamos ya en posición de poder afirmar que la equidad y el Derecho positivo no constituyen dos realidades contrapuestas sino que, por el contrario, se requieren mutuamente y se entrecruzan constantemente a lo largo y ancho del juicio jurisdiccional. Desde esta perspectiva y, como ya se ha señalado con anterioridad, la esencia de la exigencia en que consiste la equidad, tendrá que encontrarse en el proceso

⁷⁵⁸ DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Págs. 164-65.

⁷⁵⁹ Ver: STS de 3 de febrero de 1993 (RJ 798/ 1993) FD 2º; STS de 12 de mayo de 1997 (RJ 4121/1997) FD 3º.

⁷⁶⁰ En parecido sentido, ver: CONDORELLI; *Equità e diritto*, en, "Annali Catania", 1934, cit. Pág. 248; DENTI, VITTORIO; *Contributo allo studio...*, cit. Págs. 25 y ss; DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 177; CARNELUTTI, FRANCESCO; *Diritto e Processo*, cit. Pág. 138. Considera que: "Pertanto, quando si contrappone l' equità alla legalità non ci si può non riferire a un criterio o, più esattamente, a un metodo per la decisione.", opinión que luego reitera en págs. 140-141.

de formación de la misma; en la actuación del juicio de equidad como una de las dos modalidades en las que se puede presentar el juicio jurisdiccional. Por tanto, para comprender la equidad se tiene que profundizar en el estudio del juicio de equidad, pues es de éste del que surge la particular regla de equidad y no al contrario⁷⁶¹.

El hecho de que la concreta decisión equitativa adoptada por el juez pueda apartarse de la preventivamente dispuesta por el Derecho positivo, tiene que hacernos ver que el juicio de equidad constituye un juicio autónomo de carácter valorativo. Por tanto, y como ya habíamos avanzado con anterioridad, no se puede caer en el error de intentar analizar la equidad, y su actuación, bajo los esquemas propios de la norma positiva (preexistente) y de la aplicación de ésta mediante el juicio de Derecho (de carácter eminentemente declarativo)^{762 763}. Como muy bien afirma DE MARINI⁷⁶⁴ “... *il giudizio di equità., afferma cioè un dover essere sentito immediatamente dalla coscienza e non riferito a norme preesistenti;...*”.

⁷⁶¹ En parecido sentido, ver: GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, cit. Pág. 160. Considera que: “... *l' equità è esclusivamente (e non già essenzialmente) materia di funzione giurisdizionale, identificandosi l' equità con il giudizio di equità.*”. En contra, ver: VECCHIONE, RENATO; *Giudizio di equità*, cit. Pág. 628 donde considera inexistente cualquier tipo de norma de equidad que no preexista a la concreta solución del caso enjuiciado.

⁷⁶² En parecido sentido, ver: GAZZONI, FRANCESCO; *Equità e autonomia privata*, cit. Págs. 68-69. Considera que con esas concepciones: “... *non si mette bene in evidenza che il cardine intorno a cui ruota l' intera giurisdizione è il potere discrezionale del giudice e, in conseguenza, la sentenza emessa al termine del giudizio non può essere dichiarativa perchè finchè non c' è sentenza non c' è diritto, anche se ciò non significa che il rapporto non sia regolato, egualmente, dal diritto*”; RASELLI, ALESSANDRO; *Il potere discrezionale del giudice civile*, cit. Pág. 248 donde considera (si bien olvidando que tanto en el juicio de Derecho como en el juicio de equidad el juez crea y aplica Derecho) que: “*Quando due cittadini si presentano dinanzi al giudice secondo diritto, per la risoluzione di una controversia, uno dei due ha certamente ragione, ha sempre avuto giuridicamente ragione, ed il giudice dichiara e non decide chi ha il buon diritto; mentre due cittadini davanti al giudice d' equità sanno solo che uno dei due avrà giuridicamente ragione dopo la sentenza.*”; BIONDI, POMPEO; *In tema di poteri discrezionale...*, cit. Pág. 238.

⁷⁶³ Error que cometen: GORETTI, CESARE; *Il valore delle massime...*, cit. Pág. 310 al considerar la equidad como un conjunto de máximas preexistentes que conforman un ordenamiento paralelo al positivo; CALAMANDREI, PIERO; *El significado constitucional...*, cit. Págs. 76-77 y 92.

⁷⁶⁴ DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 178. En similar sentido, negando por tanto que la equidad pueda reducirse a un complejo de normas objetivas, ver: ROSELLI, FEDERICO; *Qualche riflessione sui limiti della decisione equitativa*, en, AA.VV, CENTRO STUDI GIURIDICI “MICHELE DE PIETRO”; *L' equità. Atti del convegno...*, cit. Pág. 282.

3. LOS JUICIOS DE EQUIDAD.

a) Naturaleza jurídica de los juicios de equidad.

Partimos para la indagación de la naturaleza jurídica del juicio de equidad de las siguientes premisas ya anteriormente afirmadas: a) los juicios de equidad, como los juicios de Derecho, son una de las formas en las que se puede presentar el juicio jurisdiccional; b) en los juicios de equidad los juicios de valor asumen siempre una importancia⁷⁶⁵ esencial en detrimento de los juicios lógicos e históricos; c) todo juicio de equidad forma parte de un más amplio juicio de Derecho⁷⁶⁶; d) la concreta regla de equidad surge de la decisión judicial que ponga fin al juicio de equidad y, por tanto, no preexiste al mismo.

Las anteriores ideas son las que tienen que servir de guía para la resolución de los problemas cuyo tratamiento afrontaremos en los próximos apartados.

a.1. Crítica de las posturas logicistas y eticistas sobre el juicio de equidad.

Las evidentes semejanzas que presenta la estructura de los juicios de Derecho y equidad (ambos, especies del género juicio jurisdiccional⁷⁶⁷) no pueden hacernos olvidar las diferencias existentes entre ellos. En concreto, no pueden hacernos caer en el error de estudiar el juicio de equidad bajo los esquemas propios de un juicio de Derecho, en el

⁷⁶⁵ Importancia que no forzosamente tiene que ser tanta en los juicios de Derecho. En parecido sentido, ver la opinión de: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El juicio jurisdiccional*, cit. Pág. 110 donde sostiene que tanto en el juicio de Derecho como en el juicio de equidad se dan aplicación y creación del Derecho: "Pero mientras en el juicio de Derecho predomina o debe predominar la norma general sobre la norma particular, en el juicio de equidad la segunda predomina sobre la primera. De ahí la diversidad de estructura de ambos juicios. En el primero, los juicios de valor pueden tener una gran relevancia o influir tan sólo minimamente. En el juicio de equidad, los juicios de valor influyen siempre de forma decisiva, limitándose los juicios de derecho a una norma que permite el juicio de equidad en el caso concreto."

⁷⁶⁶ Ver: Cap. II, 2., c), c.2.2. La equidad integradora.

que la consecuencia jurídica aparejada a un determinado supuesto de hecho se encuentra fijada de forma abstracta en una norma general preexistente. Consecuencia de todo ello es (como ya se ha adelantado con anterioridad y se enfatizará más adelante al tratar de la forma de la resolución en la que se contenga la decisión equitativa) que en el juicio de equidad, a diferencia del juicio de Derecho, la decisión que pone fin al mismo no declara una voluntad de ley previamente fijada por la norma positiva⁷⁶⁸.

No ha sido ésta, sin embargo, una postura unánimemente apoyada por la doctrina. Así, y como ya hemos visto, los partidarios de la absoluta equiparación de la estructura de los juicios de Derecho y equidad bajo los esquemas del silogismo judicial⁷⁶⁹, para combatir la postura por nosotros mantenida, se han visto forzados a definir la equidad como un conjunto de reglas objetivas que, preexistentes al surgimiento del conflicto concreto, conformarían la premisa mayor de los varios silogismos lógicos en los que, bajo su punto de vista, consistiría el juicio jurisdiccional⁷⁷⁰. Por nuestra parte, consideramos inaceptables tales concepciones⁷⁷¹ en atención a las razones que, ya expuestas anteriormente, resultaría ocioso reiterar en este lugar. No constituyendo la equidad un conjunto de máximas objetivas y generales, no puede pretenderse que el juez encargado de resolver un conflicto concreto en atención a criterios equitativos tenga que investigar la existencia de los mismos entre las llamadas máximas de experiencia comunes, o mediante un concienzudo muestreo de las

⁷⁶⁷ Ver: Cap. II. EL CONCEPTO DE EQUIDAD.

⁷⁶⁸ Se habla por ello de sentencias determinativas. Ver, a este respecto, la opinión de: MONTESANO, LUIGI; *Sui principî regolatori della materia nel giudizio di equità*, en, "La riforma del processo davanti al conciliatore", Foro Italiano, 1985, V, págs. 21-25, cit. Pág. 22 donde considera que en todo juicio de equidad se aplican normas preexistentes a la decisión: "... ancorché non riconducibili alle fonti descritte nell' art. 1, n° 1, preleggi...".

⁷⁶⁹ Ver, en este sentido: XIRAU, JOSÉ R.; *La funzione giurisdizionale e la equità*, cit. Págs. 842-44.

⁷⁷⁰ Tanto en los supuestos de juicios de equidad como de juicios de Derecho.

⁷⁷¹ Ver también: CALAMANDREI, PIERO; *Proceso y democracia*, cit. Pág. 80 donde afirmaba que: "... reducir la función del juez a una simple actividad de hacer silogismos significa empobrecerla, hacerla estéril, disecarla. La justicia es algo mejor: es la creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana. Es precisamente este calor vital, este sentido de continua conquista, de vigilante responsabilidad que es necesario apreciar e incrementar en el juez."

opiniones de los diversos individuos, la suma de las cuales conformaría la "conciencia social"⁷⁷².

Si la concepción logicista no consigue captar la esencia del juicio de equidad (como tampoco la del juicio de Derecho), no mejor suerte corren, bajo nuestro punto de vista⁷⁷³, las teorías eticistas⁷⁷⁴. Si bien a las mismas se tiene que reconocer el mérito de haber captado el origen subjetivo de la decisión equitativa, deben ser criticadas en cuanto, refiriendo la equidad a un principio ético de validez universal, mezclan innecesariamente los planos jurídico y moral y, en última instancia, desembocan en un replanteamiento del problema de la jerarquía de los valores⁷⁷⁵. Por otra parte y, como ya se ha expuesto con anterioridad, alguna de dichas elaboraciones doctrinales lleva a la equiparación de los conceptos de equidad y de justicia; igualación que, en vez de contribuir a la clarificación del concepto de equidad, tiende a hacer más turbios sus contornos y presenta el evidente peligro de llevar a considerar el juicio de equidad no ya como mecanismo técnico de libre y subjetiva determinación de la conciencia individual del juzgador, sino como un vehículo idóneo para la penetración en el mundo jurídico de las más diversas tendencias y concepciones morales o religiosas.

a.2. La estructura del juicio de equidad.

Sentado que, en los momentos actuales y en el marco de los ordenamientos jurídicos de tipo continental, el juicio de equidad es un juicio valorativo sobre la

⁷⁷² Ver, en sentido contrario: MONTESANO, LUIGI; *Sui principi regolatori...*, cit. Pág. 24.

⁷⁷³ En parecido sentido, ver: RICCI, EDOARDO F.; *Note sul giudizio di equità*, cit. Págs. 391-92 donde opina que: "*A vero dire, sono piuttosto scettico sulla possibilità di pensare ad un qualsivoglia giudice ex bono et aequo, soltanto perché esso deve o può pronunciare una decisione equitativa, come ad interprete dell'etica, della morale, della coscienza del suo tempo: giacché ci si deve forse attendere da tale giudice (juez de equidad) particolare onestà e particolare prudenza, ma non anche la tempra o l'attitudine speculativa del filosofo o del sociologo.*".

⁷⁷⁴ Ejemplos de tal concepción se pueden ver en: GIANNINI, A.; *L'equità*, en, "Archivio giuridico", (106), 1931, Vols. CV, págs. 177-213 y CIX, pág. 185, cit. Pág. 81 y ss; CONDORELLI; *Equità e diritto*, cit. Págs. 248 y ss.

⁷⁷⁵ Problemática que recuerda al histórico problema de la búsqueda de la *mater iustitia*. Ver a este respecto: Cap. II, I., d) El concepto de equidad en el *Decretum* de Graciano.

reglamentación de casos particulares que requiere siempre de una habilitación legal expresa o tácita (pues la norma general es la remisión al juicio de Derecho⁷⁷⁶) y, recapitulando lo ya dicho acerca de los juicios históricos, lógicos y de valor cuando estudiábamos de forma genérica la estructura del juicio jurisdiccional; estamos ya en disposición de analizar⁷⁷⁷ el mecanismo interno que lleva a la formación de la decisión en equidad. Mecanismo que, dicho sea de paso, en su esquema más simple, se dará en la génesis de toda decisión equitativa, parta ésta del juez, de un árbitro⁷⁷⁸, del legislador o de un particular⁷⁷⁹.

En primer lugar cabe decir que, muy al contrario de lo que pudiera intuitivamente pensarse, el juicio de equidad no constituye un juicio simple. La decisión equitativa, constreñida por el ámbito y extensión de la habilitación que el ordenamiento jurídico conceda a la discrecionalidad decisoria judicial, en todo caso requiere de un previo juicio por parte del juez sobre ese particular, así como de una investigación y fijación de los hechos controvertidos. El juicio de equidad constituye, por tanto, un juicio complejo⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ En parecido sentido, refiriéndose en concreto al ordenamiento italiano, ver: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 235; MANDRIOLI, CRISANTO; *La pronuncia secondo equità*, en, "Corso di Diritto processuale civile", 10ª ed., Giappichelli Editore, Turín, 1995, págs. 92-96, T. I, cit. Pág. 92.

⁷⁷⁷ Como constatación de la realidad, que no desde la perspectiva del deber ser.

⁷⁷⁸ En este sentido se tienen que interpretar las palabras de: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; Voz: *Juicio de árbitros*, en, "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", T. XIV, págs. 43-67, cit. Pág. 59. Ver también: VECCHIONE, RENATO; *Giudizio di equità*, cit. Pág. 634 donde considera que la similitud entre el juicio de equidad y el arbitraje de equidad se encuentra en el hecho de que en ambos casos el órgano decisor se encuentra liberado de la obligación de aplicar la ley a la resolución de la cuestión de fondo; sin que ello le impida, no obstante, aplicarla, de estimar que la misma proporciona la solución más justa.

⁷⁷⁹ En parecido sentido, ver: CALAMANDREI, PIERO; *Proceso y democracia*, cit. Págs. 63-64 donde consideraba que: "También en los sistemas procesales de la Europa Continental se encuentran numerosos ejemplos de <<jurisdicciones de equidad>> o de colegios arbitrales integrados por <<amigables componedores>>, los cuales determinan la justicia del caso individual, inspirándose, no en la Ley, que no los obliga, sino en el sentido de equidad que vive en su conciencia, y que les dicta la decisión más conveniente y adecuada a las circunstancias del caso particular... En todos estos casos el juez no puede limitarse a leer en el código la solución ya preparada hipotéticamente en un proceso legal, sino que debe buscar en su íntimo sentido de justicia una solución <<caso por caso>>, fabricada, por así decirlo, no en serie, sino a medida."

⁷⁸⁰ En parecido sentido se pronunciaba: CARNELUTTI, FRANCESCO; *Diritto e Processo*, cit. Pág. 140 cuando establecía que: "Per quanto ciò possa sembrare strano, il giudizio di equità è più complesso che il giudizio di diritto... essendo il giudice di equità non soltanto giudice del caso, ma anche giudice della

Centrando nuestro estudio exclusivamente en la decisión equitativa judicial cabe decir que, la primera actividad que tendrá que desarrollar el juez llamado a decidir un conflicto concreto mediante un juicio de equidad, será la de indagar tanto su competencia para pronunciar una decisión sobre el fondo del asunto controvertido, como el concreto ámbito de discrecionalidad que le permita la norma positiva habilitante. Por tanto, todo juicio de equidad se inicia mediante un preliminar juicio de Derecho que forma parte esencial del mismo.

Partiendo de esta constatación inicial podemos afirmar que el juicio de equidad, como el de Derecho (ambos, especies del género juicio jurisdiccional), se desarrolla mediante una constante sucesión y superposición de juicios lógicos, históricos y de valor mediante los cuales el juez conoce y fija los hechos controvertidos y clarifica el significado y contornos de la norma positiva⁷⁸¹. Esto no obstante, una de las principales diferencias entre uno y otro tipo de juicio radica en el hecho de que en el juicio de equidad, el juicio preliminar de Derecho no se encamina a encontrar la consecuencia jurídica genérica ideada por el legislador para dar solución al fondo del asunto debatido sino, más simplemente, a la constatación por parte del juez del ámbito y extensión de los poderes equitativos que le otorga el ordenamiento en relación a la resolución de un caso concreto.

Tras esta inicial constatación del ámbito y límites de la propia función, el juez se encuentra solo frente a los hechos concurrentes en el caso concreto. En los supuestos de equidad sustitutiva es la propia norma habilitante la que permite al juez substituir la

legge; vi è insomma, nel giudizio di equità una ricchezza di reazioni tra giudizio e legge, che manca nel giudizio di diritto; in parole povere, il giudizio finisce per dominare la legge, mentre quando il giudizio è di diritto, ne è dominato." y posteriormente, en págs. 219-20: "Il giudice di equità... è gravato da una responsabilità maggiore dall' altro... Il giudice di legalità..., la responsabilità la prende su di sé il legislatore dotando la legge giuridica di una infallibilità, della quale sempre meno si riconosce dotata perfino la legge naturale... Questo esonero di responsabilità a favore del giudice, quando decide secondo legalità, opera però solo fino a un certo punto: si può liberarlo dalla responsabilità di fronte alla legge ma non di fronte alla sua coscienza."

⁷⁸¹ Norma habilitante del pronunciamiento equitativo en el supuesto de los juicios de equidad y, reguladora de la consecuencia jurídica aplicable en los juicios de Derecho.

consecuencia jurídica prevista en la misma por su decisión equitativa⁷⁸²; en los de equidad integradora, sencillamente, el legislador se ha limitado a regular el supuesto de hecho, dejando en blanco la fijación de la consecuencia jurídica aparejada al mismo. En uno y otro caso, por tanto, la norma positiva que ha habilitado al juez para decidir en equidad no le va ya a proporcionar una solución aplicable al fondo de la cuestión debatida.

Por lo que hace referencia a la investigación sobre los hechos en el juicio de equidad, ésta no presenta grandes diferencias con la que el juez tiene que llevar a cabo en los juicios de Derecho^{783 784}. Vale por tanto, genéricamente, el parangón realizado anteriormente entre la actividad propia del juez y la del historiador.

Sin embargo de lo dicho, lo cierto es que la fijación de los hechos por parte del juez en el ámbito de los juicios de equidad presenta algunas especialidades debidas, básicamente, al mayor margen de libertad procedimental de que goza en estos supuestos⁷⁸⁵. Consideramos por ello oportuno realizar algunas puntualizaciones que, posteriormente, serán desarrolladas con mayor profusión a la hora de analizar el procedimiento propio del expediente judicial de adopción de acuerdos regulado en la norma segunda del artículo 16 de la LPH⁷⁸⁶.

⁷⁸² Ver a este respecto el ejemplo del art. 114 del CPC italiano de 1940.

⁷⁸³ Ver *supra* cuando negábamos que el juicio de equidad sea equiparable al juicio sobre los hechos pues las similitudes entre ambos son de carácter meramente negativo: no venir referido ninguno de los dos al juicio sobre la norma aplicable.

⁷⁸⁴ En parecido sentido, si bien afirmando su absoluta simetría, ver las palabras de NASI en AA.VV. *Enciclopedia del diritto*, cit. Pág. 112, donde afirma que: "... nel momento dell' accertamento dei fatti, il giudizio di equità è sostanzialmente identico al giudizio di diritto."

⁷⁸⁵ En parecido sentido se pronuncia: VECCHIONE, RENATO; *Giudizio di equità*, cit. Pág. 631; CERINO-CANOVA, AUGUSTO; *Principio di legalità e giudizio di equità*, Foro Italiano, 1985, V, págs. 25-34, cit. Págs. 29 y 33 donde reconoce una mayor libertad del juez de equidad tanto en la calificación de los hechos que estime relevantes como en la fijación de la hipótesis normativa. En contra, ver: RICCI, EDOARDO F.; *Note sul giudizio di equità*, cit. Págs. 401-03 que niega la existencia de ningún tipo de diferencia apreciable entre el mecanismo de la prueba propio de los juicios de Derecho y el de los juicios de equidad.

⁷⁸⁶ Que, avanzamos ya, no constituye un verdadero supuesto de juicio de equidad por cuanto se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria cuya resolución, por tanto (*ex art. 1818 de la LEC*), carece de fuerza de cosa juzgada.

En el proceso civil dispositivo (sea de Derecho o de equidad) la investigación de los hechos por parte del juez viene condicionada por el principio de aportación de parte⁷⁸⁷. Tratándose de un juicio de Derecho, el juez se encuentra vinculado en la apreciación de los hechos por la doble circunstancia de que éstos hayan sido afirmados por las partes y, que los mismos tengan relevancia jurídica. En los supuestos de juicio de equidad, sin embargo, los hechos no tienen que ser subsumibles en una norma que, por otra parte, no regula estos aspectos. Cobran por ello relevancia hechos que, en un juicio de Derecho, no podrían ser dignos de consideración por parte del juez por no tener la necesaria relevancia jurídica. Siendo esto así, el juicio de equidad se presenta como el mecanismo más adecuado para hacer que los aspectos más íntimos y humanos de la relación debatida confluyan en la formación de la concreta decisión judicial. De ello se deriva que, el adecuado aprovechamiento de las posibilidades que brinda el juicio de equidad pasa por la instauración en este tipo de procesos del respeto más estricto a los principios de oralidad⁷⁸⁸, inmediación y concentración de actos procesales que, si bien reconocidos por nuestra carta constitucional y nuestras diversas leyes procesales, en la práctica judicial habitual distan mucho de ser respetados.

Por lo que hace referencia a la prueba de los hechos, si bien al juez de equidad, como al de Derecho, le está vetada su iniciativa de oficio en la misma, la menor rigidez procedimental puede permitir al primero la realización de un interrogatorio libre de las partes o la formulación de aclaraciones y preguntas a las mismas que le aporten elementos de convicción psicológica que, como la razón de ciencia de sus aseveraciones, son de difícil o casi imposible obtención con el sistema actualmente

⁷⁸⁷ Ver: VACCARELLA, ROMANO; *Il difensore ed il giudizio di equità*, en, "Scritti in onore di Elio Fazzalari", Vol. terzo, Ed. Giuffrè, Milán, págs. 45-65, cit. Pág. 59 donde considera que el juez debe ceñir su conocimiento a los hechos introducidos por las partes para que éstas no se vean sorprendidas, afectando de esta forma a su derecho de defensa; NASI, en AA.VV. *Enciclopedia del diritto*, cit. Pág. 122, donde considera que permitir al juez la introducción de oficio de hechos no alegados por las partes, convertiría el juicio de equidad en un proceso de tipo inquisitorio.

⁷⁸⁸ Oralidad que puede compaginarse con el principio de escritura en alguna de las fases del procedimiento (demanda y contestación) y que, para su efectividad, requiere de una adecuada regulación de los medios utilizados para obtener constancia escrita o audiovisual de las actuaciones practicadas.

imperante en nuestra práctica judicial. Por ello, el juicio de equidad será también terreno propicio para la formación de presunciones judiciales.

Por otra parte, en un juicio de equidad, consideramos que el juez no puede quedar sometido a reglas de valoración legal de la prueba sin que ello impida aceptar que, por lo general, éste dará mayor valor a un documento público que a un testigo cuando ambos medios de prueba entren en contradicción. Por ello, consideramos que, si bien prácticamente inexistente en la práctica judicial actual, el juramento decisorio, en cuanto medio de prueba legal o tasada, carece en absoluto de aplicabilidad en la decisión de los juicios de equidad⁷⁸⁹.

Probados los hechos, al juez de equidad, aparentemente, no le resta sino emitir su decisión. Sin embargo, la circunstancia de que la actividad judicial que media entre ambos momentos no se exteriorice hasta que el mismo emite su decisión, no puede hacer olvidar que el paso de una a otra fase no es automático. Nos encontramos ahora ante la fase de la actividad jurisdiccional que, si bien se produce también en los juicios de Derecho, alcanza una importancia clave en los juicios de equidad⁷⁹⁰. Nos estamos refiriendo a la formulación de juicios de valor por parte del juez; juicios valorativos que, por otra parte, a lo largo de todo el procedimiento se mezclan y suceden con los juicios lógicos e históricos.

Como muy bien afirma DE MARINI⁷⁹¹, el hecho de que en los juicios de equidad no exista una norma positiva que prevea la consecuencia jurídica aplicable a la resolución de la cuestión de fondo debatida, no puede hacernos caer en el error de

⁷⁸⁹ En parecido sentido, ver: VARANO; VINCENZO; *Note in tema di giudizio di equità*, cit. Pág. 984 donde, si bien considera que: "... non sembra tuttavia corretto ritenere che l'attribuzione di poteri equitativi al giudice possa di per sé dispensare quest'ultimo dall'osservanza delle prove legali ... e dei limiti legali di ammissibilità di singoli mezzi di prova...", coincide con nosotros en considerar el juramento decisorio como no vinculante para el juez. En contra, ver: RICCI, EDOARDO F.; *Note sul giudizio di equità*, cit. Pág. 401; CIPRIANI, FRANCO; *Il giudizio di equità necessario*, cit. Pág. 41.

⁷⁹⁰ Pues en ellos, debido a la inexistencia de una norma que regule la consecuencia jurídica, desaparece la típica actividad interpretativa del sentido de aquélla, propia de los juicios de Derecho.

considerar que en este tipo de juicios falta el momento de la configuración por parte del juez de la hipótesis normativa⁷⁹²; hipótesis cuya formulación deberá moverse entre los límites mínimo y máximo fijados por las alegaciones de las partes.

Se comprende por tanto fácilmente que el ámbito de discrecionalidad de que goza el juez en los juicios de equidad es incomparablemente mayor que en los juicios de Derecho. En estos últimos las hipótesis normativas formuladas por el juez vienen determinadas en gran parte por los estrechos límites que le imponen las normas objetivas de Derecho. En los juicios de equidad, por el contrario, el número de las posibles hipótesis aumenta pues depende exclusivamente de la mayor o menor divergencia que presenten las peticiones de cada una de las partes, así como de la capacidad, cualificación o, incluso, capacidad de trabajo, del juez concreto llamado a resolver la cuestión litigiosa⁷⁹³.

Fijados los hechos y elaborada la hipótesis normativa no restará al juez sino hallar la decisión más adecuada para la resolución del conflicto concreto objeto del debate. Esa elección se produce no en virtud de un juicio intelectual, sino de un juicio de carácter volitivo, de un juicio de valor; juicio de valor entendido tal y como ha sido anteriormente definido: determinación de la voluntad subjetiva del individuo que, sin embargo, es sentida por el mismo como universalmente válida.

⁷⁹¹ DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 223. Opinión que comparte: MANDRIOLI, CRISANTO; *La pronuncia secondo equità*, cit. Pág. 93.

⁷⁹² Entender lo contrario nos llevaría a caer en el mismo error que han cometido aquellos autores que han pretendido equiparar los juicios de equidad con los juicios sobre los hechos. En este mismo sentido, ver las palabras de NASI en AA.VV. *Enciclopedia del diritto*, cit. Pág. 112, donde afirma que: "È ormai da ritenere superata l'idea del giudizio logicamente <<istantaneo>>, cioè a struttura non articolata e indivisibile, concezione questa che finiva per ridurre il giudizio d'equità all'unico momento del giudizio di fatto."

⁷⁹³ Se demuestra con ello una vez más que la solución a los actuales problemas de la justicia no pasa tanto por una rápida e inmediata reforma de las leyes procesales como por una toma de conciencia en el sentido de aceptar que la verdadera piedra de toque del funcionamiento de la misma es la persona del juez y, en concreto, su mayor o menor grado de formación y compromiso.

Por tanto, en el juicio de equidad el juez no sólo halla, sino que también quiere esa decisión concreta adoptada⁷⁹⁴. Por ello no puede extrañar que, en algún supuesto, la decisión judicial en equidad se base en valores jurídicos que, arraigados en la conciencia del juez, pueden coincidir con los que habría tenido que aplicar en ese mismo supuesto un juez llamado a decidir conforme a Derecho^{795 796}.

Sin embargo de todo lo dicho, la crucial importancia que asumen los juicios de valor en la conformación de la decisión judicial equitativa no puede hacernos caer en la tentación de considerar que el juicio de equidad es un juicio meramente valorativo. Como ya hemos apuntado con anterioridad, el juicio de equidad, como modalidad del juicio jurisdiccional, se configura como un juicio complejo en el que concurren: un juicio previo de Derecho sobre la concurrencia y límites del poder equitativo otorgado al juez por la norma positiva habilitante; juicios históricos sobre los hechos objeto del debate y múltiples juicios de valor que, entremezclándose con los anteriores, encaminan la voluntad judicial hacia la formulación de una hipótesis normativa y la decisión que ponga fin al proceso. El juicio de equidad se diferencia del juicio de Derecho por la circunstancia de consistir el primero en una habilitación otorgada al juez por el

⁷⁹⁴ En parecido sentido, ver las palabras de NASI en AA.VV. *Enciclopedia del diritto*, cit. Pág. 113.

⁷⁹⁵ En igual sentido, ver: CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ; *Equidad jurídico-positiva*..., cit. Pág. 6680 donde considera que en la resolución del juicio de equidad se puede aplicar la ley siempre que ésta coincida con la equidad; NASI, en AA.VV. *Enciclopedia del diritto*, cit. Págs. 117-118 y 143, donde opina que: "... il giudice può applicare la norma di diritto non tanto quando coincide con la norma d'equità, ma quando egli stesso lo voglia. In tal modo il giudizio d'equità conserva comunque intatte le sue caratteristiche di soggettività."; RICCI, EDOARDO F.; *Note sul giudizio di equità*, cit. Págs. 397-98 donde afirma que: "Si può anzi presumere che le norme di legge appaiano suscettibili di applicazione anche ex bono et aequo, perché la ricerca della soluzione più equilibrata e più equa per il maggior numero possibili di casi costituisce la prima (anche se non sempre unica) ispirazione del legislatore"; VECCHIONE, RENATO; *Giudizio di equità*, cit. Págs. 630-31 donde considera que: "... il giudice di equità non è obbligato ad applicare i principi di equità che non possono obbiettivamente essere identificati, ma è, invece, liberato dall'obbligo di applicare le norme del diritto positivo, pur mantenendo la facoltà di applicare ovi non trovi contrasto fra quelle ed il proprio subbiettivo convincimento."; CIPRIANI, FRANCO; *Il giudizio di equità necessario*, cit. Págs. 39-40. En contra, ver: MUSATTI, ALBERTO; *Profili della nuova equità*, cit. Pág. 308 donde niega la posibilidad de que el juez llamado a decidir en equidad aplique a la resolución del caso el contenido de una norma de Derecho.

⁷⁹⁶ Esta circunstancia demuestra una vez más que si bien el Derecho en su formación tiene que informarse de los ideales de justicia imperantes en una sociedad dada, una vez vigente, él mismo puede pasar a ser sentido como ideal de justicia por parte de la población.

legislador para que éste resuelva lo que estime procedente en atención a su particular y subjetivo criterio de juicio valorativo.

a.3. La jurisdiccionalidad de los juicios de equidad.

Son ya varias las ocasiones en las que hemos afirmado que los juicios de equidad constituyen, junto a los juicios de Derecho, una de las modalidades del juicio jurisdiccional. Tendremos ahora que justificar, siquiera sea someramente, la veracidad de tales afirmaciones.

A tal efecto y, sin ánimo de profundizar en el debatido concepto de Jurisdicción, tarea ésta que rebasaría con mucho el ámbito y objetivos de nuestro estudio; tendremos que adoptar una definición del mismo sobre la que apoyar nuestras afirmaciones.

Entre las diversas teorías formuladas en relación al concepto de Jurisdicción cabe destacar en primer lugar las de corte subjetivista y, entre ellas, aquéllas que definen la Jurisdicción como un método de resolución de controversias. Una tal teorización puede ser criticada de forma genérica mediante la constatación de que en la realidad existen tanto procesos sin controversia (Jurisdicción voluntaria) como controversias sin proceso.

El hecho de que la mayoría de procesos civiles, en su fase declarativa, giren en torno a una controversia no puede hacer olvidar que la existencia de excepciones a la norma denota la insuficiencia o incorrección del concepto. Como afirma SERRA DOMÍNGUEZ⁷⁹⁷, la resolución de controversias no constituye una función privativa de la Jurisdicción y ello porque: “... *no sólo la controversia es anterior al proceso, sino que además puede ser resuelta por órgano distinto al jurisdiccional, con o sin proceso.*”. Así, los supuestos de autocomposición judicial (conciliación) o extrajudicial

⁷⁹⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Jurisdicción*, cit. Pág. 25.

de conflictos, el arbitraje, o la resolución de controversias en vía administrativa constituyen todos ellos excepciones a la norma general. Por otra parte, y como señala el mismo autor, el allanamiento, entendido como presupuesto de la sentencia que se dicte, constituiría un claro ejemplo de actividad jurisdiccional sin controversia y, la sentencia absolutoria dictada en rebeldía no podría ser considerada jurisdiccional por no existir controversia ni antes, ni pendiente proceso. Por tanto, y a tenor de todo lo dicho, la existencia de controversia no puede ser entendida como rasgo definitorio del concepto de Jurisdicción.

También merecen críticas las teorías que definen la Jurisdicción como actividad aplicativa del Derecho objetivo⁷⁹⁸. La incorrección de las mismas, en sus diversas elaboraciones, salta a la vista con sólo constatar que los órganos administrativos también aplican el Derecho objetivo. Por otra parte, de acoger sus postulados, nos veríamos obligados a negar la jurisdiccionalidad de cualquier resolución que no se funde en el Derecho objetivo y, muy especialmente, de las resoluciones que se basen en la equidad.

Negadas genéricamente ambas concepciones no nos queda sino delinear someramente la que a nuestro juicio resuelve correctamente el problema. Siguiendo en este punto a SERRA DOMÍNGUEZ podemos afirmar que: a) la emisión de un juicio jurídico constituye requisito necesario pero no suficiente para poder hablar de Jurisdicción. No es requisito suficiente por cuanto el legislador, la Administración o los particulares pueden emitir también juicios de contenido jurídico; b) el concepto de Jurisdicción no puede depender de la persona u órgano que en un momento histórico

⁷⁹⁸ En cierto sentido esta es la doctrina mantenida por CALAMANDREI (CALAMANDREI, PIERO; *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, en, "Opere Giuridiche", I, Ed. Morano, Nápoles, 1965, págs. 65-93, cit. Pág. 68) cuando, en desarrollo de la teoría chiovendiana que ve en la jurisdicción una actividad de sustitución, establece que la función jurisdiccional: "... è la funzione colla quale un organo dello Stato sostituisce la propria attività all' attività altrui ... nel attuare concrete volontà di legge già nate prima del processo...: ossia, con altre parole. Essa è l' attività colla quale un organo dello Stato attua (dichiarando prima come esistenti, ed eseguendo poi forzatamente) concrete volontà di legge già nate prima del processo..., le quale non s' indirizzano ad esso organo, ma ai soggetti del rapporto giuridico sottoposto a decisione...".

dato desempeñe la función jurisdiccional; c) el juicio jurídico podrá ser calificado de jurisdiccional cuando esté dotado de la irrevocabilidad atribuida a la cosa juzgada. Así, acogemos su definición de Jurisdicción como: "... *determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica.*"⁷⁹⁹.

Sentado un concepto de Jurisdicción con el que trabajar, tendremos que comprobar ahora si realmente los juicios de equidad pueden encontrar acogida en el seno de dicha definición.

El primer problema se plantea desde el momento en el que la ideal tripartición racionalista de las funciones del Estado (función legislativa, función ejecutiva y función jurisdiccional) no se corresponde con una atribución exclusiva y excluyente de cada una de ellas a un órgano estatal determinado. Como veíamos con anterioridad, ello ha generado un constante debate acerca de las funciones propias del legislador, el juez y la Administración que, en último término y en relación al tema objeto de nuestro estudio, ha derivado en una enconada discusión entre monistas y dualistas en relación al problema de si la actividad jurisdiccional supone mera aplicación del Derecho o también implica creación del mismo⁸⁰⁰. Sea como fuere, lo que resulta evidente es que el criterio

⁷⁹⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Jurisdicción*, cit. Pág. 50.

⁸⁰⁰ Como ya hemos afirmado anteriormente, a nuestro entender, la función jurisdiccional implica, en todo caso, aplicación y creación del Derecho en el caso concreto. Entender la actividad jurisdiccional como meramente aplicativa del Derecho, por más de desconocer el carácter innovativo de la función judicial incluso en el ámbito de los juicios de Derecho, derivaría irremisiblemente en la negación del carácter jurisdiccional de los juicios de equidad. En parecido sentido se pronuncian: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El juicio jurisdiccional*, cit. Pág. 109; DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Págs. 258-61 donde considera que: "*è errato contrapporre come concetti in un medesimo atto inconciliabili l'applicazione del diritto e la sua creazione e ricondurre alla prima il giudizio di diritto ed alla seconda il giudizio di equità. Giudizio di diritto e giudizio di equità sono entrambi al tempo stesso applicazione e creazione del diritto: applicazione in riferimento alla norma generale che prevede il giudizio stesso, creazione in riferimento alla norma concreta che regola il fatto. Varia invece nei due casi la posizione del giudice relativamente al contenuto della norma concreta: questo nel giudizio di diritto è astrattamente previsto dalla norma generale, mentre non lo è nel giudizio di equità.*". En contra, ver: SEGNI; *Giurisdizione*, en, "Novissimo Digesto Italiano", T. VII, cit. Pág. 991 donde considera que de aceptarse la posibilidad de creación del Derecho por parte del juez, éste aunaría dos funciones diversas: una jurisdiccional, en cuanto aplicase el Derecho positivo y una no jurisdiccional, en cuanto creador el mismo del Derecho; FAZZALARI, ELIO; *La giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*, Ed. Cedam, Padua, 1953, cit. Pág. 140 donde considera que el juez, ni tan siquiera en los supuestos en los que

de la distribución orgánica no resulta válido para diferenciar entre las tres funciones estatales.

De lo dicho hasta el momento se deriva que, si bien la distinción entre las funciones legislativa y jurisdiccional resulta relativamente sencilla y es, hasta cierto punto, pacífica en doctrina, no acontece lo mismo cuando de lo que se trata es de diferenciar entre Jurisdicción y Administración.

Para la correcta resolución del primero de los problemas apuntados el criterio de diferenciación más idóneo consistirá en atender al carácter general o particular de las resoluciones o pronunciamientos. Así, nos encontraremos ante una función legislativa cuando lo que se produzcan sean normas de tipo abstracto y general; por el contrario, hablaremos de función jurisdiccional en los supuestos en los que el contenido del pronunciamiento sea de carácter particular y concreto⁸⁰¹. Por ello, cuando un órgano legislativo dicte una resolución sobre un caso concreto o un órgano jurisdiccional realice un pronunciamiento de carácter general, ni el primero estará desarrollando una función legislativa, ni el segundo una de tipo jurisdiccional. Desde este punto de vista, los juicios de equidad, por versar sobre la resolución de conflictos particularizados y concretos, serían, sin lugar a dudas, de carácter jurisdiccional⁸⁰², independientemente del órgano estatal llamado a resolverlos.

pronuncia una decisión conforme a la equidad, crea Derecho sino que se limita a aplicar aquél ya existente en la sociedad.

⁸⁰¹ En parecido sentido se pronuncia: CARNELUTTI, FRANCESCO; *Diritto e Processo*, cit. Pág. 19, si bien acaba concluyendo posteriormente que, tras la aparición de tribunales constitucionales que actúan como legislador negativo, "... la distinzione della giurisdizione dalla legislazione non si può più fondare sul carattere specifico o generico, concreto o astratto, del comando." (cit. Pág. 23) y, en pág. 92, que es la colaboración entre el juez y las partes lo que constituye el *quid novi* de la jurisdicción en relación a la legislación.

⁸⁰² En parecido sentido, ver: GORETTI, CESARE; *Il valore delle massime...*, cit. Pág. 311; DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità* ..., cit. Pág. 254 donde considera que: "... è chiaro che non può essere legislativa l'attività con cui il giudice di equità risolve una concreta e già sorta controversia determinando la regolamentazione della situazione particolare."; ARAGONESES ALONSO, PEDRO; *Notas sobre la <<decisión en equidad>> del artículo 16 de la Ley de 21 de julio de 1960, RDProc. Nº 2, 1964*, págs. 215-29, cit. Pág. 227 donde establece que: "... es claro que no puede ser legislativa una actividad por la cual el juez resuelve una concreta y cierta controversia sobre un hecho pasado, satisfaciendo una pretensión formulada por un sujeto frente a otro sujeto distinto de aquél."; BARONA VILAR, SILVIA; *Adopción de acuerdos por vía de equidad en el régimen de propiedad horizontal*,

Mayores dificultades ofrece sin embargo la delimitación de los contornos propios de las funciones administrativas y jurisdiccionales. La solución tradicionalmente dada al problema por la doctrina administrativista pasa por entender que el criterio de distinción entre ambas funciones se encuentra en la nota de independencia que caracteriza al poder judicial⁸⁰³. Sin embargo, tal criterio no puede ser acogido pues, como puntualiza SERRA DOMÍNGUEZ⁸⁰⁴, el desarrollo que se realiza de este postulado inicial lleva a la inexacta y peligrosa conclusión de que las normas procesales tienen carácter administrativo y no jurisdiccional, "... por lo que el Derecho procesal es una simple rama del Derecho administrativo, quedando borrada toda distinción cualitativa entre Administración y Jurisdicción.". Tampoco consideramos acertadas las teorías según las cuales la diferencia entre una y otra se tiene que encontrar en circunstancias externas tales como la mayor o menor duración del procedimiento (jurisdiccional el primero; administrativo el segundo) o la existencia o inexistencia del principio de contradictorio (jurisdiccional el primero; administrativo el segundo) y ello porque en los dos ámbitos se pueden encontrar abundantes ejemplos que desmontan por su base esta teoría^{805 806}.

RGD, N° 5, 1986, págs. 4891-4921, cit. Pág. 4896. En contra, ver, entre otros: CALAMANDREI, PIERO; *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padua, 1943, cit. Pág. 27 y CALAMANDREI, PIERO; *Limites entre jurisdicción y administración*, en, "El proceso civil", Trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1946, cit. Pág. 43 donde sostenía que al darse en esos supuestos creación de la ley por parte del juez, no podría otorgárseles carácter jurisdiccional. Sin embargo, en CALAMANDREI, PIERO; *El significado constitucional...*, cit. Pág. 103 corrige su postura y define las jurisdicciones de equidad como "... el medio que el legislador emplea para canalizar el derecho nuevo que aparece."

⁸⁰³ En parecido sentido, pero en el ámbito de la doctrina procesalista, ver: CALAMANDREI, PIERO; *Il giudice e lo storico*, cit. Pág. 408 donde, refiriéndose a sistemas procesales como el vigente en la desaparecida Unión Soviética, consideraba que: "La teoria del <<diritto libero>>, che trova in questi ordenamenti il suo trionfo pratico, porta necessariamente all' abolizione di ogni barriera tra giustizia e politica, tra giurisdizione e amministrazione, tra magistratura e polizia: la inamovibilità dei giudici perde, in queste ordinamenti, ogni ragion d' essere; imparzialità e indipendenza dei giudici diventano qui frasi vuote di senso."

⁸⁰⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Jurisdicción*, cit. Págs. 56 y 58.

⁸⁰⁵ En parecido sentido, ver: SEGNI; *Giurisdizione*, cit. Pág. 988.

⁸⁰⁶ Un buen ejemplo de la invalidez de las teorías que sostienen el carácter administrativo de un procedimiento sin contradictorio puede verse en un proceso de indiscutible carácter jurisdiccional como es el proceso monitorio. La introducción del mismo en España ha sido insistentemente reclamada por nuestra doctrina y, finalmente, se ha conseguido su regulación, por parte del legislador, en el nuevo Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. En este proceso especial, concretamente, cuando no se formula por el deudor una oposición al mandato de pago que ha sido dictado en su contra, se emite posteriormente por el juez una resolución de carácter firme, que produce plenos efectos de cosa juzgada y que, por consiguiente, permite abrir, sin más, los cauces de la ejecución forzosa. Como señala CORREA

Si bien el criterio de la cosa juzgada constituye un elemento más en razón del cual distinguir las funciones jurisdiccionales de las legislativas⁸⁰⁷, es precisamente en la resolución del problema de los límites propios de la Jurisdicción y la Administración en el que el mismo desempeña un papel fundamental. No en vano es frente a esta distinción ante la que las diversas teorías sobre la Jurisdicción encuentran el escollo más importante. Ambas funciones, la jurisdiccional y la administrativa, a diferencia de la legislativa, están haciendo referencia a una actuación concreta del Estado⁸⁰⁸. Por tanto, el criterio válido de distinción entre ellas será el de la revocabilidad o irrevocabilidad de la decisión final o del acto de tramitación directamente ligado a la misma⁸⁰⁹. En el

DELCASSO, JUAN PABLO; *El proceso monitorio*, Barcelona, Ed. Bosch, 1998, cit. Pág. 313: "... la explicación al carácter jurisdiccional del proceso monitorio finalizado inaudita altera parte ha de verse..., en el hecho que, al igual que en el proceso contumacial, es argumento indirecto la certeza... la falta de reacción contra la afirmación." o, como afirma también CARNELUTTI (citado en la pág. 314 de la obra anteriormente mencionada): "... hay cognición cuando el juez declara, no cuando conoce", por lo que, aunque el medio ordinario para declarar sea conocer, "... al menos excepcionalmente se puede declarar sin conocer."

⁸⁰⁷ A este respecto, ver la opinión de BETTI, EMILIO; *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati di alimenti*, Camerino, 1921, cit. Pág. 53 que negaba la jurisdiccionalidad de los juicios de equidad pues, a su entender, al no ser declarada una norma legal por parte del juez, las partes, de común acuerdo, podrían solicitar al juez un nuevo pronunciamiento, esta vez conforme a la ley positiva, que sustituyese a la decisión equitativa anterior.

⁸⁰⁸ En contra, ver la opinión de CARNELUTTI, FRANCESCO; *Diritto e Processo*, cit. Págs. 30-31, que entiende que el elemento común existe, no entre Administración y Jurisdicción, sino entre Legislación y Jurisdicción. Así, bajo su punto de vista, "*L' amministrazione è ... quella forma o quel metodo di produzione del diritto, che comprende oltre il campo del diritto pubblico anche il campo del diritto privato; mentre legislazione e giurisdizione riguardano esclusivamente il diritto pubblico, la amministrazione si estende al diritto privato.*"

⁸⁰⁹ En parecido sentido, aunque aceptando con matizaciones los postulados básicos de las doctrinas que definen la Jurisdicción en relación a la existencia de controversia (ver nota 63 pág. 255) y negando la absoluta esencialidad del principio de cosa juzgada en la definición del concepto de jurisdicción (cit. Pág. 256 donde considera que: "... è quanto meno discutibile individuare nell' effetto di cosa giudicata la caratteristica specifica ed assoluta dell' attività giurisdizionale, ... (perchè) ..., può darsi che vi sia giurisdizione senza giudicato ma non che vi sia giudicato senza giurisdizione."), ver: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 255 donde considera que: "*È sufficiente tener presenti l' essenza, la forma e gli effetti del giudizio di equità per escludere che si tratti di attività amministrativa: né l' imparziale regolamentazione concreta di un rapporto controverso tra soggetti privati, né la sentenza, né in particolare modo la cosa giudicata sono certamente caratteristiche dell' attività amministrativa.*"; ARAGONESES ALONSO, PEDRO; *Notas sobre la <<decisión en equidad>>...*, cit. Págs. 227-28. Ver también: BARONA VILAR, SILVIA; *Adopción de acuerdos...*, cit. Págs. 4896-97 donde considera que los juicios de equidad no tienen naturaleza administrativa en cuanto: "*Es suficiente tener presente la esencia, la forma y los efectos del juicio de equidad, para excluir que se trata de una actividad administrativa. El juicio de equidad es jurisdiccional, ni más ni menos que el juicio de derecho, porque en eso se manifiesta la realización del Ordenamiento jurídico.*"

primer caso nos encontraremos ante un acto jurisdiccional, mientras que en el segundo nos hallaremos ante una actividad de carácter administrativo^{810 811}.

Superada la radicalidad de los postulados positivistas decimonónicos y abandonada definitivamente la doctrina del silogismo judicial, resulta a todas luces evidente la inexactitud de las teorías que ven el elemento esencial de la cosa juzgada en la declaración irrevocable de una preexistente voluntad de ley sustancial aplicada a la resolución del caso concreto. A nuestro modo de ver, el elemento esencial de la cosa juzgada no es sino la determinación irrevocable de una situación, la cual puede realizarse tanto en atención a una norma sustancial preexistente (juicios de Derecho), como en base a una reglamentación concreta que, si bien no contenida en una norma positiva predeterminada, sí que es pronunciada atendiendo a formas previstas y reguladas por el propio ordenamiento jurídico (juicios de equidad)⁸¹². Por tanto, la resolución que ponga fin a un juicio de equidad, respecto a las materias objeto de enjuiciamiento, produce cosa juzgada y, en consecuencia, los juicios de equidad tienen carácter jurisdiccional.

Del estudio de la estructura del juicio de equidad y del hecho de destacar el papel vital que en el mismo cumplen los juicios de valor se tienen que derivar necesariamente ciertas conclusiones.

⁸¹⁰ Prueba del acierto de tal postura en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico la constituye el hecho de que exista un proceso jurisdiccional administrativo al que se encuentran sometidos los actos administrativos. Por otra parte, es en este sentido en el que se tiene que entender la afirmación según la cual las decisiones del juez en el transcurso de la elaboración del sumario en el proceso penal son de carácter administrativo.

⁸¹¹ Tampoco puede oponerse a esta concepción la existencia en nuestro ordenamiento del recurso extraordinario de revisión en cuanto el mismo (ex art. 1251 CC) presupone la existencia de cosa juzgada y no se encamina a examinar la corrección de la resolución recaída sino sólo a la verificación de la corrección del *iter* seguido para llegar a la misma.

⁸¹² En parecido sentido, ver las interesantes palabras de: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 256 cuando considera que: "*Senonché non necessariamente la realizzazione dell'ordinamento e la tutela degli interessi si raggiungono con un giudizio che accerti la lesione di una specifica norma sostanziale e, come si suol dire, ne applichi la sanzione; si può anche avere un giudizio che, prescindendo dall'accertamento di specifiche norme sostanziali, offra una regolamentazione a posteriori della situazione in base a quanto ritenuto più giusto dalla coscienza del giudice.*"

La primera de ellas es la subjetividad del juicio equitativo. Si bien el juicio previo de Derecho y el juicio sobre los hechos pueden, en esencia, realizarse en atención a normas o criterios dotados de cierta objetividad⁸¹³; el momento esencial del juicio de equidad, la elección de la solución apropiada al caso concreto, es de naturaleza puramente valorativa o volitiva. Por tanto, y en atención a la definición anteriormente propuesta de los juicios de valor, la actividad desarrollada por el juez en ese instante es de corte eminentemente subjetivo, por bien que esa valoración se presente a la conciencia individual del juez como universalmente válida.

La segunda es que, al no existir en los supuestos de remisión al juicio de equidad una hipótesis normativa genérica previamente establecida por el legislador para dar solución al conflicto enjuiciado, el juicio sobre los hechos adquiere una importancia crucial. Por este motivo, al depender la decisión concreta, en gran medida, del juicio valorativo del juez, el exacto conocimiento de los hechos objeto del debate se hace, si cabe, más necesario que en el juicio de Derecho. Aspectos fácticos que en un juicio de Derecho carecerían de valor por falta de la necesaria relevancia jurídica⁸¹⁴, pueden llegar a adquirir una influencia notoria en el ánimo del juez llamado a decidir en equidad⁸¹⁵. Por esta precisa razón históricamente se ha ligado la equidad a conceptos como los de indulgencia, tolerancia o humanidad; características todas ellas que si bien pueden vincularse al concepto de equidad no constituyen, sin embargo, elementos constitutivos del mismo.

La tercera, la cual trae causa directa de las anteriores, es que los juicios valorativos no son susceptibles de un análisis lógico y, por tanto, se resisten a cualquier intento de predicción u objetivación. Por ello, si bien la decisión en equidad podrá ser

⁸¹³ Y, por tanto, susceptibles de control.

⁸¹⁴ Recordemos el debate abierto en torno a las teorías de la individualización y de la substanciación.

⁸¹⁵ Influencia que, por otra parte, y por la propia naturaleza de las cosas, creemos que puede darse también en el juez de Derecho. Éste, sin embargo, las más de las veces, procederá a disimular las verdaderas razones de su decisión cuando las mismas encuentren su causa en juicios valorativos personales que le resultarían difícilmente justificables. Aparece en esos casos la viciosa práctica mediante la cual los jueces, con la intención de ocultar las verdaderas razones de su decisión, proceden a falsear el relato fáctico de la contienda.

impugnada en lo que hace referencia al juicio previo de Derecho o, incluso, en relación a la valoración de los hechos o de la prueba por parte del juez; los juicios valorativos, por su propia naturaleza, se resisten a ser revisados⁸¹⁶. Como apuntan algunos autores, sobre ellos lo máximo que se puede hacer es opinar o substituirlos por otros pronunciados por un órgano superior⁸¹⁷, pero no revisar su íntima esencia. Por esta circunstancia, la utilización por parte de los jueces de los juicios valorativos (que, por otra parte, también aparecen en los juicios de Derecho) y la importancia clave que asumen éstos en los juicios de equidad, han generado históricamente reticencias a la aceptación de este tipo de jurisdicciones.

Como ya hemos puntualizado anteriormente, cabe decir que, no obstante la importancia que los juicios de valor asumen en el juicio de equidad, tal circunstancia no puede llevar a confundir ni el juicio de equidad (juicio complejo) con los juicios de valor, ni la equidad con el valor Derecho. Entender lo contrario supondría un retorno al punto de partida; esto es, volver a considerar la equidad como principio universal al cual debe adecuarse el Derecho. En definitiva, supondría una vez más definir la equidad en la función que históricamente desempeñó la equidad general. Por tanto, a nuestro modo de ver, se puede concluir diciendo que si bien es cierto que en todo juicio de equidad hay implicados juicios de valor, no en todos los supuestos en los que nos encontremos ante

⁸¹⁶ En parecido sentido, ver: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Págs. 232-33 y 243 donde, si bien niega absolutamente la posibilidad de apelación de las decisiones de equidad sustitutiva, acepta el control del juicio preliminar de Derecho y del juicio sobre los hechos realizado por el juez en los juicios de equidad integradora. Ver también: St. APO (Sec. 4ª) de 28 de noviembre de 1998 que, en su FD 3º, en referencia al expediente judicial de adopción de acuerdos comunitarios en equidad, considera que: “*Este tipo de resoluciones no son ontológicamente susceptibles de revisión en vía de recurso. Así lo tiene establecido nuestro Tribunal Supremo en materia de arbitraje de equidad (SS de 1 de julio de 1985, 15 de diciembre de 1987 y 3 de enero de 1988, entre otras), doctrina aplicable analógicamente al supuesto de debate.*”.

⁸¹⁷ Y ello por la sencilla razón de que si bien los juicios de valor son subjetivos, también es cierto que los mismos alcanzan una cierta uniformidad en un tiempo y lugar determinados por virtud de la condición social del ser humano. Desde este punto de vista, por tanto, no vemos inconveniente en acertar la posibilidad de sustitución de un juicio valorativo por otro perteneciente a un órgano superior cuando el primero se aparte claramente de las tendencias vigentes en esa sociedad en un momento dado o cuando el mismo sea claramente equivocado o irracional. Ver también la opinión de: DENTI, VITTORIO; *Contributo allo studio...*, cit. Pág. 65. Considera que: “*l' inappellabilità della sentenza pronunciata secondo equità non risponde ad una necessità logica, potendosi benissimo concepire una revisione fondata su una valutazione equitativa compiuta da un organo superiore...*”.

un juicio valorativo se podrá hablar de equidad⁸¹⁸. La formulación de juicios de valor no es exclusiva de los juicios de equidad sino que es consustancial a la naturaleza humana; los juicios de valor aparecen en toda actividad decisoria y, por tanto, también en el transcurso de la función propia del juez que deba pronunciarse en Derecho, en la del legislador, en la del árbitro o en la de cualquier particular que deba optar ante una alternativa. El juicio de equidad no es pues más que una de las dos formas (excepcional, eso sí) en las que se puede presentar el juicio jurisdiccional; una habilitación legislativa para que el juez resuelva un conflicto concreto en atención a su criterio valorativo particular.

Por nuestra parte y como colofón a este apartado, reconocemos que los juicios de equidad constituyen una verdadera arma de doble filo que puede ser muy provechosa si es utilizada correctamente o, por el contrario, convertirse en el vehículo apropiado para generar las mayores injusticias⁸¹⁹. Sea como fuere, el hecho evidente es que esa

⁸¹⁸ Este mismo paralelismo se puede trazar respecto al binomio equidad-discrecionalidad. Puntualizaremos aquí tan sólo que, a nuestro modo de ver, los poderes discrecionales concedidos por el ordenamiento jurídico al juez llamado a resolver en equidad se diferencian del resto de poderes discrecionales en el hecho de que los mismos se destinan a la búsqueda de una decisión apropiada para la resolución de un conflicto concreto que se presenta a su consideración; conflicto que no se encuentra compuesto de forma objetiva sino que dicha composición es formulada por el propio juez con plena autonomía.

⁸¹⁹ De ahí las cautelas que tanto los ordenamientos jurídicos como gran parte de la doctrina adoptan a la hora de permitir al juez pronunciarse en equidad. A este respecto resulta interesante la enumeración de concretos límites que realiza LUMIA, GIUSEPPE; *L'equità*, cit. Págs. 722-23. Según él, y atendiendo a la normativa propia del Derecho italiano, un primer límite es el constituido por la naturaleza (materias dispositivas) y valor (límite de la cuantía litigiosa) de las cuestiones que la ley permite resolver en equidad; segundo límite lo constituye la necesaria habilitación legislativa; tercero, el respeto a los principios básicos de la norma constitucional; cuarto, el sometimiento del juez al conocimiento y resolución de los hechos y pruebas propuestos por las partes; quinto, la imposibilidad de que el juez dé a los hechos una definición jurídica diversa de aquélla que resulte de su conformidad con la norma jurídica; sexto, la necesaria adecuación de los juicios de valor y de la decisión judicial a los límites de racionalidad y la normalidad en una época y sociedad determinadas porque: "*L'atto di valorizzazione non è, quindi, l'atto di un individuo isolato, sequestrato nella sua empirica limitatezza, ma dell'uomo che vive storicamente in comunità coi suoi simili e ne divide aspirazioni e speranze, e che è portatore, anche sul piano normativo, dell'esigenza di universalità che è propria della ragione.*"; RICCI, EDOARDO F.; *Note sul giudizio di equità*, cit. Págs. 390-91 donde, si bien reconociendo lo genérico del mismo, ve un límite a la actuación del juez llamado a decidir conforme a equidad en el orden público; CIPRIANI, FRANCO; *Il giudizio di equità necessario*, cit. Pág. 40 que ve el límite genérico en el hecho de que la decisión equitativa no puede darse *contra legem* y, mucho menos, en contra de los principios básicos constitucionales; CALAMANDREI, PIERO; *Proceso y democracia*, cit. Pág. 67 donde refiriéndose a la decisión equitativa, considera que: "*Esta es la justicia del caso particular, que tiene el mérito, si el juez*

· peligrosidad no es consustancial a las jurisdicciones de equidad⁸²⁰ sino que existirá en cualquier sistema judicial que sea incapaz de regular acertadamente la formación, acceso y permanencia de Jueces y Magistrados en el organigrama jurisdiccional. A este respecto, resultan de la mayor actualidad las palabras de CARNELUTTI⁸²¹ cuando, refiriéndose al problema de la elección de la persona llamada a juzgar, decía: “*Poiché un uomo che non sia parte non esiste, la soluzione sta nel trovare chi sia parte il meno possibile.*”.

b) El reconocimiento de la equidad y de los juicios de equidad en el ordenamiento jurídico español.

b.1. Antecedentes históricos.

Fijados como han sido los conceptos de equidad y juicio de equidad, no resta sino analizar los diversos ejemplos que de los mismos se han dado en nuestra tradición legislativa. Se constatará con ello que el supuesto regulado por la norma segunda del artículo 16 de la LPH⁸²², lejos de constituir el resultado de un capricho del legislador de 1960, supone la continuación de una tradicional concepción de la función, a la vez,

*sabe ser fiel intérprete de la sociedad en que vive, de convenir perfectamente a las concretas circunstancias del caso particular, sin dejar márgenes ni intersticios. Pero es una justicia aleatoria. Falta no sólo la certeza sino también la probabilidad del Derecho; no existe garantía de un tratamiento igual de los casos similares, porque cada caso es considerado un *unicum*, que no puede tener similares; y, por tanto, solamente a *posteriori*, después de la sentencia, se conocen los derechos y los deberes de cada uno, así como lo que puede considerarse como lícito o ilícito. La persona se encuentra a merced del juez.”.*

⁸²⁰ En contra, ver: RICCI, EDOARDO F.; *Note sul giudizio di equità*, cit. Pág. 394 donde opina que: “*Si deve anzi avere chiarissimo il principio in virtù del quale, ad omnia del suo nome, il giudizio ex bono et aequo ha in sé almeno una certa iniquità di partenza: proprio per la mancanza di un sistema di regole riconoscibili a priori, a prescindere da ciò che il giudice può dichiarare e da ciò che può avvenire nel ambito del processo, vengono meno i parametri, in base ai quali le parti avrebbero potuto ragionevolmente determinarsi nella amministrazione e gestione stragiudiziale del rapporto controverso.*”.

⁸²¹ CARNELUTTI, FRANCESCO; *Diritto e Processo*, cit. Pág. 73.

⁸²² Que, si bien obliga a adoptar una decisión de fondo basada en la equidad, avanzamos ya, no constituye un verdadero juicio de equidad tal y como ha sido definido éste por nosotros.

creadora y aplicadora del Derecho por parte del poder jurisdiccional que, sólo en momentos históricos determinados pretendió ser combatida, bien por el poder regio, bien por el legislador positivista⁸²³.

b.1.1. Antecedentes remotos.

Como precedente remoto, ya el *Concilium Toletanum IV*, que constituía la Ley 3ª del título preliminar de la *Lex Visigothorum*, exhortaba al Rey a decidir las causas atendiendo más a la *pietas* que al rigor de la *lex scripta*.

En el período de la Reconquista el fraccionamiento de los reinos cristianos peninsulares hacía inidóneo el recurso a la tradición legislativa visigótica para satisfacer las nuevas necesidades jurídicas. La inexistencia de un poder político unificado y la insuficiencia del Derecho consuetudinario para hacer frente a la nueva situación hizo que en esa época el poder creador de los jueces, la equidad, alcanzase la categoría de fuente principal de creación jurídica. Las *fazañas* o *albedríos* castellanos representaban el reconocimiento de la facultad judicial para dictar resoluciones *ex aequo et bono*⁸²⁴; resoluciones basadas, por tanto, en la conciencia subjetiva del juzgador y no en las leyes o la costumbre.

Esa situación, sin embargo, sólo podía mantenerse entretanto el poder regio no alcanzase una cierta consolidación. Tal es lo que aconteció bajo el reinado de Alfonso X el cual, investido ya del poder suficiente, negó valor de fuente creadora del Derecho a las *fazañas* y obligó a los alcaldes a juzgar en atención a lo dispuesto por las leyes o los

⁸²³ En parecido sentido se pronuncia: BALLESTEROS, PIO; *La idea de equidad...*, cit. Págs. 133-34 donde realiza una interesante exégesis de los diversos escritos literarios que demuestran la importancia de la equidad en el sentimiento popular.

⁸²⁴ En este sentido, ver la opinión de: MARICHALAR Y MANRIQUE; *Historia de la Legislación y Recitaciones del Derecho civil de España*, Madrid, 1862, T. II, págs. 221 y ss, (citado por: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Pág. 291). En contra, ver: MARTÍNEZ MARINA; *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y*

fueros. Por esa razón, son pocos los ejemplos de reconocimiento de la equidad que se pueden encontrar en las fuentes locales pertenecientes a aquella época⁸²⁵. De entre ellos destacan especialmente diversos supuestos reconocidos en los ordenamientos pertenecientes a la Corona de Aragón⁸²⁶. En ellos se concedió a la equidad el status de fuente especial del Derecho. Así, por ejemplo, la institución del Justicia de Aragón se encontraba estrechamente ligada a la aplicación de la equidad. Ésta, también fue reconocida en diversos textos escritos como: los Fueros de Aragón de 1247, en los que la equidad es elevada a la categoría de fuente supletoria del Derecho; las *Costums* de Valencia, en las cuales se decía que: "*Ubi dictae consuetudines non poterunt abundare, ad naturalem relationem et aequitatem judicantes possunt licere properare*"; los *Usatges* de Barcelona⁸²⁷; la Constitución de las Cortes Catalanas de 1251; el Capítulo de las Cortes Catalanas de 1409⁸²⁸ y la Constitución del año 1599⁸²⁹.

Finalmente, en las Leyes de Partidas, si bien la equidad sólo es nombrada explícitamente una vez⁸³⁰, el reconocimiento del poder creador de los jueces se hace palpable cuando a los mismos se refiere como: "*hombres buenos que son puestos para fazer derecho*"⁸³¹.

Castilla, 2ª ed., Madrid, 1834, T. I, Lib. IV (especialmente nº 50-51) págs. 163-66, (citado por: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Pág. 290).

⁸²⁵ En parecido sentido, ver: WOHLHAUPTER; *La importancia de la equidad...*, cit. Pág. 108 donde consideraba que: "... un Derecho consuetudinario vivo como lo es en su mayor parte el Derecho foral no necesita del correctivo de la equidad, porque por su misma naturaleza es mucho más libre en su desarrollo."

⁸²⁶ Sobre la importancia que en ellos alcanzó la equidad, ver: BALLESTEROS, PIO; *La idea de equidad...*, cit. Págs. 134 y 136.

⁸²⁷ Se citan a este respecto los Usatges 88 y 139. Ver, para mayor detalle: BROCA, GUILLERMO DE; *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil, y exposición de las Instituciones del Derecho civil de dicho territorio en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia*, Vol. I, Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1918, cit. Pág. 168.

⁸²⁸ En el cual se preveía que, a falta de Usatges, constituciones y capítulos de Cortes, usos, costumbres, privilegios, inmunidades y libertades de los pueblos y particulares y Derecho común, debía hacerse justicia según "*equitat i bona raho*".

⁸²⁹ Que, siguiendo la línea ya emprendida con anterioridad, convirtió la equidad discrecional en equidad reglada, prohibiendo la resolución de las causas en su virtud a no ser que fuese regulada y conforme con las reglas del Derecho común y las doctrina de los doctores.

⁸³⁰ Ley 28, Tit. XI, Partida IV.

⁸³¹ Ley I, Tit. IV, Partida III.

b.1.2. De la codificación al momento actual.

Si, como hemos visto, históricamente el papel atribuido a la equidad menguaba en los momentos en los que se fortalecía el poder regio; los intentos de negación del poder creador de Derecho por parte de los jueces (y, por tanto, de la equidad) alcanzan su máxima expresión con el advenimiento, ya en el siglo XIX, de los fenómenos codificadores europeos, hijos del racionalismo iluminista preponderante desde el XVIII.

Como no podía ser de otra manera, la codificación civil española siguió una vez más los pasos de su modelo francés. Así, por más de no reconocer en un precepto de carácter general la posible utilización de criterios de equidad por parte de los jueces en la resolución de los pleitos, se ratificó la tendencia restrictiva de la misma que se había ya ido apuntando en momentos anteriores⁸³².

Los artículos 12 y 13 del proyecto de Código civil de 1851 se limitaron respectivamente a establecer que: *“El juez que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad.”* y que: *“Se prohíbe a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general y reglamentaria”*. Aunque la equidad no era explícitamente reconocida en el texto articulado, atendiendo a las palabras que GARCÍA GOYENA⁸³³ dedica a este tema en sus *Concordancias*, no puede negarse que el proyecto, pese a su textualidad, reconocía a los jueces funciones no sólo aplicativas sino también creativas del Derecho.

⁸³² Ejemplos de esa tendencia a proclamar el predominio absoluto de la ley y a otorgar en exclusiva las facultades interpretativas al legislador los encontramos en: Lib. II, Tit. I, de la ley 11 del *Liber Iudiciorum*; leyes 14 y 19 de la Partida I, Tit. I y ley 2 de la Partida III, Tit. XXII; ley 3ª, Tit. II, Lib. III de la Novísima Recopilación o el artículo 131 de la Constitución de 1812.

⁸³³ GARCÍA GOYENA; *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. I, Madrid, 1852, cit. Pág. 25 donde establecía que: *“... las leyes no pueden prever todos los casos ni conviene hacer nuevas para todos, y menos con precipitación. La religión y conciencia ilustrada del juez deben suplir en los casos dudosos la imposibilidad del legislador para preveerlos. Es una puerilidad o locura pretender que el juez tenga un texto claro y preciso para aplicarlo a cada caso; la legislación sería un caos y después de todo no resultaría sino la iniquidad en gran número de sentencias y, lo que es todavía peor, la imposibilidad de administrar justicia... La equidad, tan recomendada en Derecho, no es otra cosa que la razón o justicia natural, y ésta debe ser el suplemento de las leyes expresas.”*

Por su parte, el vigente Código civil, aprobado en 1889, mantuvo en su artículo 6. 1º lo que disponía el artículo 12 del *non nato* proyecto de 1851, además de regular en sus artículos 5 y 6. 2º disposiciones que, referentes a las fuentes del Derecho, estaban tintadas de claras tonalidades positivistas⁸³⁴. Precisamente esta situación legislativa era la que obligó a la doctrina partidaria de entender aceptada la equidad en nuestro ordenamiento civil a la ya anteriormente criticada construcción de ver una referencia implícita a la misma en los preceptos destinados a regular los Principios Generales del Derecho⁸³⁵.

No obstante la no mención explícita de la equidad en la originaria redacción del Título Preliminar del Código civil, sí que se contenían, desperdigadas a lo largo de su articulado, dos menciones expresas a la misma. Así, por ejemplo⁸³⁶: el artículo 1154⁸³⁷ reconoce a los jueces, en ciertos supuestos, la facultad de modificar equitativamente el monto de la cláusula penal contenida en un contrato⁸³⁸; el artículo 1690⁸³⁹, en sede de contratos de sociedad, autoriza a los socios a impugnar el reparto de pérdidas o ganancias cuando, habiendo sido atribuida esta función a un tercero, éste haya faltado a la equidad. Ambos artículos, a nuestro modo de ver, constituyen ejemplos de

⁸³⁴ Postura ésta criticada por: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Pág. 299 que, no obstante la literalidad de ambos preceptos, consideraba que: "... aunque nuestro Código civil..., no haga referencias a la función que la idea de justicia ha de cumplir en la elaboración del Derecho positivo, ya encarnada dicha idea en sus más altos principios directivos (principios del Derecho natural), ya en su más concreta aplicación y desarrollo con vista a las circunstancias del caso concreto (equidad), no cabe duda que hay que considerar en nuestro Derecho incorporados estos fundamentales elementos al conjunto de procedimientos integrantes de la aplicación y elaboración de las normas, incumbiendo... a la equidad su función propia de corrección, adaptación y moderación."

⁸³⁵ En este sentido se pronunciaba, entre otros: DE CASTRO; *Derecho civil de España*, 2ª ed., T. I, cit. Pág. 426.

⁸³⁶ Al respecto de los artículos 1154 y 1690 del CC, CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Pág. 253 ha mantenido que en ellos el CC no está tratando la equidad como un principio o ideal general sino como: "... normas de conducta o de juicio muy particularizadas."

⁸³⁷ Dispone éste que: "El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."

⁸³⁸ Sobre él SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El juicio jurisdiccional*, cit. Pág. 85 ha dicho que no supone sino el reconocimiento por parte del legislador de que la facultad otorgada al juez por este precepto excede los límites que el respeto a la legalidad le impone y que, en consecuencia, ha optado por remitirse: "... a criterios de equidad más que de legalidad."

⁸³⁹ Dispone el mismo que: "Si los socios se han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá ser impugnada la designación hecha por él cuando evidentemente haya faltado a la equidad."

reconocimiento legislativo de la equidad en su función integradora⁸⁴⁰, si bien no pueden ser calificados como juicios de equidad en sentido técnico.

Por bien que algunos autores⁸⁴¹ hayan pretendido encontrar remisiones tácitas a la equidad en otros muchos preceptos del Código civil, consideramos que las mismas no suponen habilitaciones al uso de ésta. A nuestro entender, conceptos como los de "*justa causa*" (arts. 44. 1º, 58, 85 ó 1901), "*motivo grave*" (art. 184), "*buena fe*" (arts. 69, 70, ó 1258) o "*diligencia del buen padre de familia*" (arts. 1104. 2º, 1555 ó 1889, entre otros), lejos de constituir supuestos de reconocimiento de la equidad, están haciendo referencia a conceptos elásticos no equiparables, por tanto, a aquélla⁸⁴².

Con posterioridad a la promulgación del Código civil muchas han sido las normas que, en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, y siguiendo la corriente de progresiva aceptación de la equidad en las legislaciones europeas de tipo continental, han reconocido a los jueces facultades equitativas. A este respecto y, al margen de la LPH de 1960, pueden citarse, siquiera sea someramente, los siguientes ejemplos: Real orden de 23 de julio de 1902 sobre la administración de justicia en Fernando Poo⁸⁴³; Ley de Usura de 23 de julio de 1908 que permite el uso de la equidad para determinar el carácter usurario de los préstamos; Decreto de 29 de diciembre de 1931 de

⁸⁴⁰ Por lo demás, ambos supuestos presentan semejanzas con los que regulados por los artículos 1226, 1374, 1450 y 1467 del Codice Civile Italiano, son calificados por LUMIA como supuestos de equidad integradora. Ver: LUMIA, GIUSEPPE; *L'equità...*, cit. Pág. 117; CIPRIANI, FRANCO; *Il giudizio di equità necessario*, cit. Págs. 35-36 donde establece que esos preceptos de la legislación civil italiana no constituyen ejemplos de juicio de equidad en el sentido técnico del término. Al respecto del art. 1226, ver: MUSATTI, ALBERTO; *Profili della nuova equità*, cit. Pág. 311.

⁸⁴¹ En este sentido ver, entre otros, la opinión de: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Págs. 300-301.

⁸⁴² Ver, en parecido sentido: CALAMANDREI, PIERO; *Limiti fra giurisdizione...*, cit. Págs. 83-84 donde considera que esos conceptos no suponen el reconocimiento de la existencia de un verdadero poder de decisión discrecional en manos de los jueces, porque: "*Questa sua facoltà inesattamente chiamata discrezionalità, non conduce alla formazione di nuove volontà giuridiche, rilasciata all'arbitrio del giudice; ma è uno strumento logico messo a disposizione dell'interprete della tecnica legislativa, per dargli modo di dichiarare con maggiore esattezza se dal diritto oggettivo è nata o non è nata nel rapporto controverso una certa volontà giuridica.*"

⁸⁴³ Su art. 10 establecía que: "*Cuando se presente alguna cuestión sobre la que no estuviese legislado la resolverá el juez con arreglo a la costumbre del lugar, a los principios generales del Derecho y a la equidad.*"

Arrendamientos urbanos⁸⁴⁴; Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935⁸⁴⁵; Ley de 26 de octubre de 1939 derogatoria de la Ley republicana del divorcio⁸⁴⁶; Ley de 22 de diciembre de 1953 sobre Arbitrajes en derecho Privado⁸⁴⁷ y la actualmente vigente de 5 de diciembre de 1988 que, a diferencia de su predecesora, consagra el arbitraje de equidad como prioritario en defecto de declaración de voluntad de las partes en sentido contrario; la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974⁸⁴⁸, que remitía a los Jueces de Paz a la equidad para el fallo de asuntos civiles de su competencia.

b.2. El artículo 3 del CC tras la reforma de 1974.

Como hemos visto, el Título Preliminar del CC, en su redacción de 1889, no hizo referencia expresa⁸⁴⁹ a la equidad entre los artículos destinados a regular genéricamente el sistema de fuentes vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Sin

⁸⁴⁴ Su art. 16 permitía la alteración de las causas de lanzamiento en los juicios de desahucio en atención a criterios equitativos.

⁸⁴⁵ Su art. 43. 1º, refiriéndose a la revisión del reparto de los frutos en el contrato de aparcería, autorizaba al juez a utilizar criterios equitativos.

⁸⁴⁶ Su art. 3. 5º establecía que: "El Tribunal, en su sentencia, procurará alcanzar la equidad con las disposiciones legales, apreciando en conciencia y según su prudente arbitrio la singularidad de cada caso."

⁸⁴⁷ En la cual el arbitraje de equidad se establecía como defectivo del arbitraje de Derecho.

⁸⁴⁸ Su Base X, art. 50.3 establecía que: "En los asuntos civiles fallarán según su leal saber y entender, previa celebración de un juicio público no sujeto a más formalidades que las que garanticen la igualdad de las partes, con su audiencia y práctica de pruebas. Sus sentencias serán apelables ante el Juez de Distrito por defectos formales, por indefensión o por quebrantar la equidad y con arreglo a ésta se fallará en segunda instancia."

⁸⁴⁹ En este sentido se pronuncia: CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ; *Equidad jurídico-positiva*:..., cit. Pág. 6676 cuando, tratando la reforma de 1974, reconoce, como nosotros, que la misma no hizo sino positivizar una realidad hasta ese momento carente de regulación y considera que: "... el nuevo texto articulado del título preliminar del Código civil respetó la tradición jurídica y legal que a este respecto habían expresado las Partidas (Partida IV. T. XI, L. 28), Fueros de Aragón (1247), el Proemio de los Costums de Valencia, los Usages de Cataluña, la práctica judicial de albedríos castellanos, el Justicia Mayor de Aragón, etc., e hizo, además, explícita la dicción que sólo de modo tácito había recogido el legislador de 1889". En contra del tácito reconocimiento genérico de la equidad en el CC de 1889, ver: STS de 19 de febrero de 1959 (RJ 486/1959) Cdo. 4º donde opinaba que: "... el legislador patrio cuando desea que el juez se desvincule de las normas rígidas de sus textos para dar paso a decisiones encauzadas en tales principios superiores (se refiere a la equidad y los Principios Generales del Derecho como si de una misma cosa se tratase), así se manifiesta sin ambages, autorizándolo, cual prueban con más o menos amplitud los artículos 44, 1103, 1690 entre otros;...".

embargo, las críticas de la doctrina y la imposibilidad de seguir manteniendo la ley positiva de espaldas a la realidad iban a dar su fruto: la reforma del Título Preliminar de dicha norma por Decreto de 31 de mayo de 1974⁸⁵⁰.

El actual artículo 3.2 del CC⁸⁵¹, por primera vez en nuestro Derecho, menciona expresamente la equidad entre los preceptos reguladores de la forma de aplicación de las normas jurídicas. Por otra parte, la redacción dada a este artículo por el Decreto de reforma no hace sino acatar lo dispuesto por la Base 2ª, número 2 de la Ley de 1973, según la cual: *“Dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica la equidad presidirá la aplicación de las normas, pero en ella sólo podrán fundamentar sus resoluciones los Tribunales cuando la Ley expresamente lo permita.”*

En la nueva redacción dada al Título Preliminar, la equidad queda ubicada sistemáticamente entre los medios de interpretación tradicionales (a los cuales se refiere el CC en su artículo 3.1) y la regulación de la analogía, que queda contenida en el artículo 4.1 del CC en su nueva redacción. Sea como fuere y sin perjuicio de la crítica a la que vamos a someter dicha reforma, a la misma se le tienen que reconocer dos aciertos: a) por primera vez desde la época de la codificación la equidad es nombrada de forma expresa en los artículos introductorios de la ley civil fundamental, negando con ello la razón a aquéllos que habían pretendido relacionarla con los Principios Generales del Derecho; b) se confirma, tanto que la equidad y la analogía constituyen dos métodos diferenciados de integración del ordenamiento jurídico⁸⁵², como que la equidad no es un medio de interpretación; al menos, no uno de los tradicionales.

Sin embargo de estos dos aciertos, el resto de los términos de la reforma no pueden sino suscitar comentarios de carácter crítico. La redacción del artículo 3.2 se refiere a la equidad en dos modalidades diferenciadas: a) como criterio que: *“... habrá*

⁸⁵⁰ El cual cumplía de esta manera con lo dispuesto por la Ley de 17 de marzo de 1973.

⁸⁵¹ Artículo 3.2 CC: *“La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.”*

de ponderarse en la aplicación de las normas,...”, sin constituir, sin embargo, un medio de interpretación de los considerados tradicionales; b) como criterio único en el que basar una decisión judicial, siempre que tal circunstancia sea expresamente consentida por una norma positiva. Tal bipartición, no se alcanza a comprender si del concepto de equidad, o de las funciones atribuidas a la misma, genera un confusionismo innecesario que denota la poca claridad de ideas con la que trabajaba el reformador. Por bien que tanto la Exposición de Motivos del Decreto de reforma de 1974⁸⁵³ como diversos autores hayan sostenido que la primera proposición del artículo viene referida a la equidad interpretativa y la segunda a la sustitutiva e integradora⁸⁵⁴; a nuestro modo de ver, esa escisión no constituye sino un claro residuo de las prevenciones o desconfianzas que, respecto al reconocimiento de poderes equitativos a los jueces, había mostrado el codificador positivista de finales del pasado siglo.

Cabe decir que el objeto de nuestras críticas no lo constituye la segunda proposición de la norma contenida en el artículo 3.2. Reconocer que: “... *las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella* (la equidad) *cuando la ley expresamente lo permita*.” no hace sino confirmar todo lo que hemos afirmado a lo largo de este trabajo. Esto es, en los modernos ordenamientos jurídicos de tipo continental⁸⁵⁵ el reconocimiento de una habilitación al juez para decidir un supuesto concreto enjuiciado en atención a sus subjetivos y equitativos criterios

⁸⁵² Ver a este respecto: Cap II., 2., c.2.4. La equidad y las lagunas del ordenamiento jurídico.

⁸⁵³ El cual, al referirse a la equidad, establece que: “... *no aparece invocada como fuente del Derecho; le incumbe el cometido más modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con otros... Queda exceptuada la hipótesis de que la ley permita expresamente fundar las resoluciones sólo en equidad; mas para ello se requiere la existencia de una norma concretamente atributiva de tal valor a la equidad, bien distinto del que en términos generales le viene reconocido con alcance únicamente interpretativo*.”

⁸⁵⁴ En este sentido se pronuncian, entre otros: ENTRENA KLETT, CARLOS MARÍA; *La equidad y el arte de juzgar*, 2ª ed. (Corregida y revisada), Ed. Aranzadi, 1990, cit. Pág. 22; FERNÁNDEZ COSTALES, JAVIER; *las urbanizaciones y la propiedad horizontal*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 234

⁸⁵⁵ En el ordenamiento italiano el art. 113 del CPC de 1940 establece que: “*Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme di diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità*.”

valorativos requiere, en todo caso, de una habilitación legal expresa⁸⁵⁶. Haber establecido lo contrario hubiese supuesto reconocer una permisión por parte del ordenamiento a que los jueces hicieran uso de la equidad tal y como ha sido descrita al referirnos a los históricos ejemplos de la equidad general⁸⁵⁷.

Por tanto, a nuestro modo de ver, la crítica fundamental⁸⁵⁸ que merece el artículo 3.2 del CC tiene que recaer, forzosamente, en la primera proposición del mismo, en cuanto en ella pervive una concepción de la equidad más propia del positivismo decimonónico que del momento actual. La textualidad de este precepto ("*La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas,...*") es un reflejo de la concepción según la cual no es sostenible la existencia de un juicio de equidad autónomo y paralelo al juicio de Derecho⁸⁵⁹. Parte, por tanto, de la consideración de la equidad como un criterio cuya única virtualidad tiene que ser la de informar la resolución concreta adoptada en un juicio de Derecho. En consecuencia, lo que realmente está afirmando el artículo 3.2 del CC es la existencia de un solo tipo de juicio jurisdiccional (el juicio de Derecho) el cual, a su vez, podría ser de dos clases: a) puro o de estricto Derecho positivo; b) equitativo⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶ Ver, a este respecto: ENTRENA KLETT, CARLOS MARÍA; *La equidad...*, cit. Pág. 23. Ver también: STS de 27 de marzo de 1985; STS de 10 de octubre de 1986; STS de 6 de octubre de 1987 (RJ 6720/1987) Cdo. 3º; STS de 10 de febrero de 1988 (RJ 773/1988) Cdo. 2º; St. APC de 20 de abril de 1993 (AC 845/1993) FD 1º; St. APV de 13 de noviembre de 1991 (Sec. 6º) (RGD 1991. Págs. 4376-83) FD 8º.

⁸⁵⁷ Esto mismo es lo que ya mantenían las STS de 14 y 23 de febrero de 1976 y que, posteriormente, explicaba la STS de 8 de marzo de 1982 en estos términos: "... Para que las resoluciones de los Tribunales puedan descansar de manera exclusiva en la equidad se exige que la ley expresamente lo permita, previsión legal justificada porque en la aplicación de la equidad hay un matiz de creación jurídica superior a la mera aplicación de una norma vigente, y por ello la ley ha de mandarlo expresamente, concediendo al juez el poder de discrecionalidad o facultad de decidir según equidad (términos los de equidad y discrecionalidad que, como ya hemos dicho, no consideramos intercambiables), evitando así los peligros que podrían derivarse en la interpretación de la ley por una excesiva inclinación a esta cláusula general de equidad que podría llegar, de no adoptar cautelas legislativas para prevenir aquéllos, a la creación de un derecho alternativo con el directamente derivado de la ley...". Se adhieren a esta línea interpretativa: STS de 25 de febrero de 1984 (RJ 809/1984); STS de 19 de abril de 1985 (RJ 1804/1985); STS 10 de julio de 1995 (RJ 5554/1995) FD 7º.

⁸⁵⁸ Ver: Cap. II, 2., c.2.3. La equidad interpretativa.

⁸⁵⁹ Como hemos visto, para nosotros, el juicio de equidad es, como el de Derecho, una de las dos modalidades posibles del juicio jurisdiccional.

⁸⁶⁰ Esa es la opinión que se adivina también en las palabras de: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La idea de la equidad...*, cit. Págs. 396-98.

La incorrección de estas ideas salta a la vista y no es sino la consecuencia de un erróneo entendimiento de la naturaleza del juicio de Derecho y de la función propia de la equidad. La equidad interpretativa (art. 3. 2, 1ª proposición, del CC), así entendida, se manifestaría como un medio para corregir los eventuales efectos injustos que la interpretación rígida y literal⁸⁶¹ de una norma pudiera tener en la resolución de un caso concreto⁸⁶². Por tanto, la equidad interpretativa, a diferencia de la sustitutiva o la integrativa (art. 3. 2, 2ª proposición, del CC), tendría como presupuesto aplicativo no ya la inidoneidad de la norma general para prever *a priori* todos los posibles conflictos jurídicos que puedan surgir, sino la mitigación de los efectos perniciosos de una interpretación rigurosa de la norma positiva. Como muy bien expone DE MARINI, esta errónea concepción parte de la premisa según la cual: “... normalmente l' indagine sul significato della norma, condotto col metodo logico deduttivo, possa portare ad un' unica necessaria conclusione (l' interpretazione vera e propria) e solo eccezionalmente il giudice di diritto spinto dall' equità e in vista del risultato concreto conseguibili preferisca accogliere una diversa e (si sottintende) meno rigorosa interpretazione; di qui la contrapposizione tra interpretazione legale ed equitativa.”⁸⁶³.

En conclusión, y atendiendo a todo lo que hemos venido manteniendo a lo largo de este trabajo, sólo podríamos aceptar la existencia de esa especial equidad interpretativa de la que nos habla el artículo 3. 2, 1ª proposición, del CC, si mediante la referencia a la misma lo que realmente se pretendiese fuera poner de manifiesto que el

⁸⁶¹ Métodos éstos de interpretación tradicional que, por ello, son regulados en un precepto diferente (art. 3.1 CC).

⁸⁶² En este sentido, ver: STS de 10 de diciembre de 1979, según la cual: “Con el precepto del párr. 2º del art. 3º CC el legislador ha querido evitar la injusticia a que se puede llegar en determinados casos, por la rígida literal aplicación de los preceptos legales, permitiendo en su concepto adaptar el precepto legal concreto a la realidad humana del caso que se contemple, habida cuenta de las particularidades...”; STS de 15 de julio de 1985 que considera que: “Lo que el párr. 2º del art. 3 CC veda es el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones, a menos que así esté expresamente autorizado, pero en modo alguno la equitativa ponderación con que se ha de hacer la aplicación de las normas...”; STS de 3 de febrero de 1986 (RJ 410/1986) Cdo. 6º; STS de 3 de noviembre de 1987, que reproduce las consideraciones de las dos anteriores; St. APB de 24 de octubre de 1989 (Sec. 14ª) (RGD 1990. Págs. 2663-65) FD 3º donde, entre un extenso elenco de consideraciones afirma que: “...un supuesto doctrinalmente aceptado de aplicación de la equidad es la inadecuación entre un caso concreto y la regla que lo regula...”; St. APV de 4 de febrero de 1994 (Sec. 8ª) (AC 1102/1994) FD 1º.

⁸⁶³ DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Pág. 277.

juez, también en los juicios de Derecho, goza de la autonomía propia de su subjetividad valorativa. Por desgracia, no creemos que fuera esa la intención del redactor del precepto pues, de serlo, hubiera tenido que hablar de juicios de valor y no de equidad ya que, a nuestro modo de ver: si bien todo juicio equitativo implica la utilización de juicios de valor, no en todo juicio de valor se encuentra implicada la equidad.

b.3. En concreto; el reconocimiento de la equidad en la Ley de propiedad horizontal de 1960.

La mención a la equidad en el artículo 16, norma 2ª, de la LPH de 1960 generó inicialmente entre la doctrina española un cierto desconcierto. No podía ser de otra manera; tras la codificación civil decimonónica, tintada de claros caracteres positivistas, una ley especial introducía, aparentemente⁸⁶⁴, en nuestro ordenamiento unos procesos en los cuales el parámetro decisional al que debía atenerse el juez no era ya la ley objetiva, sino la equidad. Básicamente las novedades eran dos: a) el otorgamiento a los jueces de facultades decisorias equitativas por parte de una ley especial cuando ninguna norma del CC reconocía, expresa y genéricamente, el papel de la equidad en nuestro sistema de fuentes; b) atribuir al juez, y no ya sólo al árbitro, como era tradicional, la capacidad de decidir en atención a la equidad.

Como hemos visto, la primera de las cuestiones, con mayor o menor fortuna, ha sido definitivamente zanjada tras la reforma del Título Preliminar del CC que, dando nueva redacción al artículo 3.2, ha aceptado la equidad en su aplicación judicial y ha asignado a la misma dos papeles diversos. Se acalla de esta forma la voz de aquéllos que, alegando el ataque directo al principio de legalidad que esa previsión legislativa

⁸⁶⁴ Decimos aparentemente por cuanto, como se verá, las remisiones a lo dispuesto por la norma segunda del artículo 16 que la norma tercera del artículo 16 y la Disposición Transitoria primera, segundo párrafo, establecen, lo son tan sólo al procedimiento establecido por esa norma; no, sin embargo, al hecho que la decisión sobre el fondo tenga que serlo en equidad.

suponía, propugnaron la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida de la misma⁸⁶⁵. Se priva también de argumentos a los que, ante la situación de esa norma⁸⁶⁶ entre 1960 y 1974, pretendieron ver un precedente⁸⁶⁷ de la misma en el texto del artículo 398 del CC⁸⁶⁸, situado éste entre los referentes a las comunidades ordinarias de bienes⁸⁶⁹.

No obstante, la reforma del Título Preliminar no ha bastado para disipar todas las dudas que la positivización de la equidad en la LPH de 1960 había generado en doctrina⁸⁷⁰ y jurisprudencia. Éstas, acostumbradas a trabajar en el marco de un sistema

⁸⁶⁵ Inconstitucionalidad que (desde el momento en el que, como nosotros, se vea en las jurisdicciones de equidad, como en las de Derecho, un supuesto de juicio jurisdiccional perfectamente encuadrable en el artículo 24 de la CE de 1978) no tiene sentido mantener en atención a esos argumentos. En parecido sentido se pronunciaba en Italia: GRASSO, EDUARDO; *Giudizio d' equità*, cit. Pág. 471 donde consideraba que: "Il giudizio equitativo, non meno che il giudizio legalitario, appartiene al sistema della tutela giurisdizionale ... art. 24 della Costituzione (precepto prácticamente idéntico al 24 de nuestro texto constitucional), ... Così intesa la giurisdizione d' equità, non ha ragion d' essere il dubbio, talora prospettato, sulla sua legittimità costituzionale che sarebbe fondato soltanto se essa se contraponesse, come un aliud, alla giurisdizione secondo diritto consagrada dall' art. 24 Cost."

⁸⁶⁶ Nos referimos concretamente al artículo 16, norma 2ª, de la LPH, si bien esa misma opinión se mantenía respecto de la previsión contenida en la norma 3ª del artículo 16.

⁸⁶⁷ En este sentido se pronuncian, entre otros: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed., cit. Pág. 156; MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 42; GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ, MANUEL M; *Posibilidad de apelación de sentencias dictadas en equidad (regla 2ª, artículo 16, LPH de 21 de julio de 1960)*, RGD, 1974, págs. 429-442, cit. Pág. 433 (nota 11). Ver también: St. ATBI de 22 de mayo de 1979 donde se considera que: "Acotado el proceso de equidad legalmente para dos supuestos concretos (erróneamente, considera que tanto el procedimiento del 16.2 como el proceso del 16.3 son contenciosos y con resolución sobre el fondo en equidad), y siendo, en principio, general la competencia del juez de distrito -norma cinco- el proceso para el que éste es competente y que mayores garantías presenta es el de cognición; y de esta forma, y en la actualidad con el apoyo que supone la interpretación de las normas con arreglo a la <<realidad social>> -art. 3.1 CC- se halla una solución a un problema ya planteado por el párrafo tercero del art. 398 del CC y que fue resuelto por la doctrina mayoritaria estimando que se debería seguir el trámite incidental, por lo que, salvando la distinta naturaleza del condominio común y la propiedad horizontal el proceso de equidad cubre una necesidad que se había dejado sentir en la aplicación del art. 398." En contra: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 1041-43 donde critica abiertamente a BATLLE y considera que: "Se trata, ..., de un concepto que se emplea por primera vez en el párrafo que estamos comentando, al menos respecto de la Propiedad Horizontal."

⁸⁶⁸ Concretamente en su párrafo 3º el cual, ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo prevé que: "Si no resultare mayoría, o el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un administrador."

⁸⁶⁹ Recordemos lo dicho en el sentido de negar cualquier intento de definición de la propiedad horizontal como supuesto especial de comunidad ordinaria de bienes de tipo romano.

⁸⁷⁰ Buen ejemplo de esta tendencia la podemos encontrar en la opinión de: GIMENO SENDRA, VICENTE; *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Colex, 1996, cit. Págs. 44-45 donde considera que: "Es cierto que dicha genérica función de aplicación del Derecho, que se cohonesta con el sentido etimológico del concepto de Jurisdicción (<<ius dicere>>), no es privativa del Poder Judicial, toda vez que también en el arbitraje suelen resolverse las controversias a través de la aplicación del derecho,

civil codificado en el que, al menos formalmente, se negaba todo papel creador a los jueces, han encontrado serias dificultades, tanto a la hora de aceptar la posible existencia de verdaderos juicios de equidad en la LPH⁸⁷¹, como a la de reconocer las diferencias estructurales que los mismos presentan en relación a los juicios de Derecho. En definitiva, aún hoy en día la problemática generada por la aceptación legislativa de la posible existencia de unas jurisdicciones de equidad⁸⁷² no se encuentra tanto en el mero hecho de su existencia como en la necesaria y siempre difícil adaptación de los esquemas mentales de unos juristas que, formados en una tradición positivista asentada sobre la primacía absoluta de la ley escrita y el falso mito del silogismo judicial, han intentado en todo momento diseccionar el juicio de equidad bajo los esquemas propios del juicio de Derecho.

No acaban aquí las dudas. Ha sido opinión corriente entre buena parte de la doctrina y jurisprudencia⁸⁷³ española la de considerar, por el juego de las remisiones que establece la LPH, que en los casos contemplados en la norma tercera del artículo 16 y la Disposición Transitoria primera de la LPH, el juez llamado a conocer debería hacerlo no sólo por los trámites procedimentales establecidos por la norma segunda del artículo 16,

pero, si bien son perfectamente lícitos los laudos <<en equidad>>, esta posibilidad ha de ser desterrada en la Jurisdicción ya que, como consecuencia de la sumisión del Juez a la Ley y al derecho, todos los conflictos necesariamente han de ser resueltos por la jurisdicción mediante la aplicación del Derecho. [...] De aquí que cabe hoy mantener serias dudas acerca de la constitucionalidad de los <<juicios de equidad>>, del art. 16 de la Ley de Propiedad Horizontal."

⁸⁷¹ Nosotros, como se verá, coincidimos en negar la existencia de verdaderos juicios de equidad en la LPH pero, no en atención a los argumentos sostenidos por la doctrina mayoritaria sino, por el contrario, debido a que el supuesto juicio de equidad regulado en la norma segunda, párrafo 5º de la LPH de 1960, no se encuentra dotado de las características propias de los juicios de equidad tal y como éstas han sido enunciadas por nosotros en, Cap. II, 3., a.3. **La jurisdiccionalidad de los juicios de equidad**, donde opinaba que: "... la resolución que ponga fin a un juicio de equidad, respecto a las materias objeto de enjuiciamiento, produce cosa juzgada y, en consecuencia, ... los juicios de equidad tienen carácter jurisdiccional."

⁸⁷² Ex artículo 3.2 del CC surgido de la reforma de 1974.

⁸⁷³ Ver: STS 31 diciembre 1996, (AC 420/1996) FD 1º; St. ATV de 6 de abril de 1974 (RGD 1975. Págs. 260-61) Cdo. 1º; St APM de 30 de noviembre de 1992 (Sec. 10ª) (RGD 1993. Págs. 3751-56) FD 1º donde considera que la resolución que ponga fin al procedimiento de adaptación de estatutos es también en equidad, es más, por "laudo de equidad" judicial.

sino que también la decisión sobre el fondo de las cuestiones tratadas en estos supuestos tenía que pronunciarse en atención a criterios equitativos y no de estricto Derecho⁸⁷⁴.

Varios son los argumentos que pueden ser utilizados para negar la veracidad de tales afirmaciones.

En primer lugar, y atendiendo a la redacción de ambas normas (artículo 16, norma 3ª, y Disposición Transitoria Primera), cabe decir que la intención del legislador era la de remitir sólo al procedimiento especial regulado en la norma segunda. Ello es así por cuanto: a) la norma tercera del artículo 16 de la LPH establece explícitamente que la resolución de los asuntos tramitables por esta vía se llevará a cabo “..., por los trámites establecidos en el número 2º de este mismo artículo.”; b) La Disposición

⁸⁷⁴ En este sentido ver, entre otros: ARAGONESES ALONSO, PEDRO; *Notas sobre la <<decisión en equidad>>...* cit. Págs. 216 y ss, donde no distingue entre la norma tercera y la norma segunda del artículo 16 de la LPH en cuanto al carácter de la decisión sobre el fondo; GIMENO SENDRA, VICENTE; *Introducción al Derecho Procesal*, cit. Págs. 44-45; MORENO CATENA, VÍCTOR, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y GIMENO SENDRA, VICENTE; *Los procedimientos de la Ley de Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 362; SANTOS BRIZ, JAIME; *La propiedad horizontal o de casas...*, cit. Pág. 318, donde considera que la decisión que ponga fin al procedimiento de las normas segunda y tercera debe ser, en ambos casos, en equidad; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *Examen del artículo 16...*, cit. Pág. 790; SALINAS VERDEGUER, EDUARDO; *Aspectos procesales...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Págs. 169 y 187; RODRÍGUEZ Y GONZÁLEZ DEL REAL, CONCEPCIÓN; *Aspectos procesales más importantes de la propiedad horizontal: el art. 16 de la LPH*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 286; LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 25; MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 31 donde opina que el: “... juicio de equidad ... es aplicable a tres supuestos delimitados por la Ley: la sustitución de la voluntad mayoritaria no conseguida en junta; la impugnación de los acuerdos adoptados por la mayoría que resulten gravemente perjudiciales para una minoría cualificada y la adaptación de los estatutos a la nueva Ley.” y págs. 38 y 40; MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Págs. 18 y 75; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, GARRIDO CERDÁ, EMILIO y SOTO BISQUERT, ANTONIO; *Modalidades en la constitución...*, cit. Pág. 235 donde consideran, respecto de la norma tercera del artículo 16 de la LPH, que la decisión de fondo en este supuesto es también en equidad; PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 221 (nota 71) donde considera que en ambos casos la decisión sobre el fondo es, como en el supuesto regulado en la norma segunda del artículo 16, en equidad; PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Pág. 176; TOMÉ PAULE, J.; *Régimen procesal de la propiedad Horizontal*, cit. Pág. 88; ARROYO LÓPEZ-SORO, JOSÉ; *Propiedad horizontal...*, cit. Págs. 470-71. Ver también: St. APO (Sec. 4ª) de 28 de noviembre de 1998 FD 3º.

Transitoria 1ª, 2º párrafo, por su parte, establece explícitamente que la adaptación de estatutos prevenida en esa norma se llevará a cabo: “... por el procedimiento señalado en el número 2º del artículo 16.”.

Atendiendo, no ya a la textualidad de los preceptos, sino a la voluntad auténtica del legislador, se llega a la misma conclusión. BATLLE VÁZQUEZ, uno de los principales inspiradores del texto de la Ley de propiedad horizontal, consideraba en su discurso de presentación del Proyecto de Ley a las Cortes que: “... *se advertía que había ocasiones en que la doble mayoría de cuotas y personas no se podía lograr porque la mayor parte de los pisos, por ejemplo, estuviesen en poder de una persona y frente a él hubiera cuatro o cinco o más propietarios con mayoría personal pero minoría de cuota...*(supuesto para el cual se decidió deferir) ... *la solución al juez, en juicio de equidad, para resolver el escollo.*”. Por tanto, en la intención del legislador estaba el establecimiento de un “juicio⁸⁷⁵ de equidad”, sólo para los supuestos contemplados en la norma segunda del artículo 16 de la LPH.

Por otra parte, en la norma segunda del artículo 16 de la LPH el juez es llamado a decidir en equidad sobre la necesidad, o no, de adoptar un acuerdo de los que, requiriendo mayoría para su aprobación, no pudieron ser aprobados en ninguna de las dos posibles convocatorias de junta establecidas por la misma norma segunda del artículo 16. En este supuesto concreto la razón de ser del establecimiento de la obligatoriedad de resolver el fondo del asunto en equidad y no en Derecho se tiene que encontrar en razones materiales o de fondo. Esto es, la infinita diversidad de asuntos que pueden ser objeto de aprobación mediante la adopción de un acuerdo mayoritario⁸⁷⁶ desaconsejaba la adopción de un criterio de resolución estrictamente jurídico-positivo. El legislador de 1960 era consciente de la imposibilidad de prever legislativamente la

⁸⁷⁵ Ya veremos más adelante que, en nuestra opinión, no se trata (art. 16, norma 2ª) de un verdadero juicio de equidad por cuanto constituye un supuesto de expediente de jurisdicción voluntaria.

⁸⁷⁶ Recordemos que la ley, si bien tasa los asuntos que deben ser objeto de un acuerdo aprobado por unanimidad, a la hora de acotar el ámbito propio de los que deben ser objeto de aprobación mayoritaria se limita a establecer un criterio puramente negativo: “*Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría...*” (ex art. 16, norma 2ª, primer párrafo).

solución adecuada para resolver todos y cada uno de los supuestos que, día a día, se encarga de ofrecer la rica realidad cotidiana de la vida de las comunidades de propietarios. Por el contrario, en los supuestos regulados por la norma tercera de ese mismo artículo y la Disposición Transitoria Primera, si bien subsistía la necesidad de establecer un procedimiento rápido para la resolución de los asuntos tratados en ambos supuestos⁸⁷⁷, el objeto de los mismos (la declaración de la perjudicialidad de un acuerdo adoptado, en el primer caso; la adaptación a las exigencias de la LPH de unos estatutos redactados con anterioridad a la promulgación de la misma, en el segundo) aconsejaba una resolución de fondo adoptada en Derecho. Tanto la perjudicialidad del acuerdo como la posible ilegalidad sobrevenida⁸⁷⁸ de unos estatutos sólo pueden ser correctamente decididas por el juez atendiendo, en gran medida, al texto articulado de la vigente LPH. Si bien lo dicho resulta evidente en el supuesto de adaptación de estatutos a la LPH⁸⁷⁹, podría argumentarse que no lo es tanto en el caso de la norma tercera del artículo 16⁸⁸⁰. A nuestro entender el concepto de perjuicio⁸⁸¹ (barajado en diversas

⁸⁷⁷ Necesidad de celeridad que, por otra parte, también se hacía sentir en el supuesto de la norma segunda (en parecido sentido, ver: BARONA VILAR, SILVIA; *Adopción de acuerdos* ..., cit. Pág. 4892) y, de ahí, la instauración de ese procedimiento especialmente rápido establecido para los tres supuestos objeto de estudio.

⁸⁷⁸ En contra, ver: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial*..., cit. Págs. 117-29 donde, si bien considera que en este supuesto la decisión sobre el fondo es también en equidad, al-final, en pág. 126, realiza una argumentación que reconoce la corrección de nuestra afirmación, cuando opina que: "*Un examen comparativo de la adaptación de los estatutos a la nueva Ley, con los otros dos casos a los que también se aplica el juicio de equidad permite concluir que los móviles que deben guiar al juez, en el supuesto de que se vea precisado a sustituir la voluntad mayoritaria no conseguida, a pesar de haberse llevado a cabo la doble convocatoria a que se refiere la norma 2ª del art. 16, o en la hipótesis de impugnación de acuerdos gravemente perjudiciales, deben ser el sentido común, la conveniencia de la comunidad, es decir, motivos extrajurídicos, de equidad; en el caso que nos ocupa, el juez adoptará su resolución ateniéndose estrictamente a las normas legales, con lo que el arbitrio judicial queda sustancialmente limitado.*".

⁸⁷⁹ Ver también: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal*..., 3ª ed., cit. Pág. 1094 donde critica la remisión que se opera en este caso al procedimiento regulado en la norma segunda en atención a los siguientes motivos: "1º. *Que en estos casos no puede haber contradictores* (como veremos *infra*, en, Cap. III,1., a) El concepto de jurisdicción voluntaria, en nuestra opinión, el concepto de "contradictor" empleado por el legislador debe ser revisado), o al menos, no podrá haberlos en el verdadero y exacto significado de tal palabra. Se tratará, por tanto, más bien de <<morosos>> en el cumplimiento de las disposiciones legales. 2º. *Que no vemos en verdad razón alguna para que haya de citarse en comparecencia a los contradictores, en cuento en realidad ni éstos existen, ni nada podrían alegar para justificar su dilación.*".

⁸⁸⁰ Posiblemente por ello MORENO CATENA, VÍCTOR, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y GIMENO SENDRA, VICENTE; *Los procedimientos de la Ley de Propiedad Horizontal*, Lec.15, en, "Procesos Civiles Especiales", Ed. Colex, Madrid, 1996, págs. 261-287, cit. Págs. 268-69 consideran, en

ocasiones en nuestro ordenamiento jurídico⁸⁸²) es de naturaleza eminentemente jurídica y constituye un caso claro de concepto jurídico indeterminado.

relación a la Disposición Transitoria Primera que: "...la remisión de la disposición transitoria primera a las normas procedimentales del artículo 16. 2º tampoco puede alcanzar al contenido de la sentencia, entendido como <<fallo de equidad>>, pues, tratándose de un procedimiento de adaptación de los estatutos a la LPH, el juez ha de limitar su actividad a constatar si la norma estatutaria ha infringido o no una norma imperativa, en cuyo caso limitará su función a la aplicación del derecho objetivo, sin que le quepa margen de creación judicial del derecho, que le permita invocar a la equidad.", callando, sin embargo, respecto a ese mismo problema en relación al ámbito de la remisión que la norma tercera del artículo 16 realiza a la norma segunda; HERCE QUEMADA, VICENTE; ¿Es procedente el recurso de apelación contra la resolución "de equidad" dictada en el proceso de la norma 2ª párrafo tercero del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal?, RDProc. Nº IV, 1964, págs. 153-55, cit. Pág. 153, donde, al respecto de las normas 2ª y 3ª del artículo 16 de la LPH considera que: "Los dos procesos mencionados tienen como nota común el que la tramitación (procedimiento en sentido estricto) es la misma en uno y otro caso. En todo lo demás difieren: naturaleza jurídica; objeto; resolución y efectos de la misma, y recurso posible contra ella.". Ver también: St. APA (Sec. 5ª) de 30 de noviembre de 1993 (CD 1993) FD 2º donde, aparte de considerar que la Disposición Trans. sólo vale para la modificación de estatutos otorgados con anterioridad a la promulgación de la LPH, parece entender que la remisión a lo dispuesto por la norma segunda del artículo 16 es puramente procedimental. En contra, ver: PERÉ RALUY, JOSÉ; *El procedimiento especial sumario de la LPH*, RGD, Nº 217-18, 1962, págs. 905-20, cit. Pág. 917, donde considera que: "El procedimiento para la impugnación de acuerdos gravemente perjudiciales debe resolverse también con arreglo al criterio de equidad; téngase en cuenta al efecto que no es la ilegalidad o el carácter antiestatutario del acuerdo el fundamento único de la impugnación, y que ésta puede basarse en la violación por el acuerdo no ya de normas de Derecho positivo, sino de superiores principios de justicia o de equidad o en la noción del abuso de derecho... En cambio, los criterios de equidad jugarán un mínimo papel, aunque no pueda decirse que deba prescindirse totalmente de los mismos en el procedimiento para la adaptación de los estatutos antiguos a las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que los preceptos de esta ley son los que habrán de servir de fundamentación básica de la resolución en estos supuestos."; PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Págs. 139-41 donde opina que: "Nada se dice en la norma transcrita acerca de los elementos de juicio que el juez debe tener en cuenta para formular su decisión, ni si ésta ha de ajustarse a derecho estricto o ser una simple resolución de equidad,...; en realidad no se trata aquí de un control estricto de legalidad de los acuerdos... [...] ..., el hecho de que sea el grave perjuicio del grupo minoritario, y no la ilegalidad o carácter antiestatutario del acuerdo, el factor determinante de la suspensión o revocación del acuerdo, no autoriza al juez a determinarse en sus decisiones por criterios excesivamente <<sentimentales>>, ...; la noción del abuso del derecho es la que principalmente deberá tener en cuenta el juez para dictar su resolución,..." y PERÉ RALUY, JOSÉ; *El procedimiento especial sumario de la LPH*, cit. Pág. 909. Ver también: STS de 8 de julio de 1985 (RJ 3646/1985) Cdo. 7º donde considera que la decisión sobre el fondo del proceso regulado en la norma tercera es en equidad.

⁸⁸¹ Y también la fijación de la entidad del mismo. Ver: MORENO CATENA, VÍCTOR, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y GIMENO SENDRA, VICENTE; *Los procedimientos de la Ley de Propiedad Horizontal...*, cit. Pág. 275 donde consideran que se tiene que tratar de un perjuicio grave y valorable económicamente.

⁸⁸² Véase, por ejemplo, en el ámbito procesal, la noción de no producción de "perjuicio irreparable" que se configura como requisito necesario para la concesión de la ejecución provisional de una sentencia. Para mayor profundización en el estudio del concepto de perjuicio irreparable, ver: CABALLOL I ANGELATS, LLUÍS; *La ejecución provisional en el proceso civil*. Ed. Bosch, Barcelona, 1993, cit. Págs. 164-97.

Finalmente, si no se considerasen de suficiente peso los tres criterios apuntados, cabría acogerse a un cuarto argumento que estimamos definitivo. Como ya se ha puesto de manifiesto al analizar los diversos tipos de equidad particular, la equidad integradora⁸⁸³ requiere para su posible utilización de una habilitación expresa de la misma por parte de la ley; habilitación expresa que, por otra parte, sólo se contiene en la norma segunda del artículo 16. Si este argumento resulta válido en todo caso⁸⁸⁴, con más razón lo es desde el momento en que, tras la reforma del Título Preliminar del CC en 1974, el artículo 3.2 del mismo, en su nueva redacción, se ha hecho eco de esta orientación doctrinal.

Por todo lo dicho, debemos concluir este apartado afirmando que el único supuesto contemplado en la LPH en el que se hace referencia a una decisión de fondo en equidad es el regulado en el párrafo 5º de la norma segunda del artículo 16⁸⁸⁵. Siendo

⁸⁸³ Que, como veremos *infra*, es el tipo de equidad al que se está refiriendo la norma segunda del artículo 16.

⁸⁸⁴ Ver: Cap. II, 3., b) El reconocimiento de la equidad y de los juicios de equidad en el ordenamiento jurídico español.

⁸⁸⁵ En parecido sentido se expresa: IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, MIGUEL; *IV Resoluciones de los juzgados de Madrid. Cuestiones procesales en torno al juicio de equidad...*, cit. Pág. 165. Por otra parte, parece ser ésta la opinión recogida en la PROPOSICIÓN DE LEY 122/000062, cuando en el párrafo segundo del nuevo artículo 22 establece que: "Salvo el (en singular) procedimiento especial de equidad previsto en el artículo 16 de esta Ley, las demás acciones basadas en los derechos y obligaciones que esta Ley reconoce se tramitarán por el procedimiento de juicio verbal, cualquiera que fuere la cuantía litigiosa.". Por su parte, la Proposición de Ley 122/000218 brinda nuevos argumentos a favor de la postura que mantenemos cuando, aparte de suprimir el procedimiento de adaptación de estatutos a la normativa de la LPH (por tratarse de una previsión transitoria hoy ya innecesaria), en el apartado c) de la norma 1ª del art. 18 (al que da redacción el art. 12º de la Proposición de Ley comentada), hace referencia a la impugnación de acuerdos que resulten gravemente perjudiciales para "algún comunero" (recogiendo en esta previsión, si bien con modificaciones en cuanto a la legitimación, el contenido de la norma 3ª del art. 16 de la LPH de 1960), sin proceder a efectuar ninguna remisión ni mencionar, en ningún momento, la equidad como criterio en el que basar la resolución sobre el fondo. Sin embargo, la nueva normativa introduce una nueva remisión al procedimiento de equidad para los supuestos en los que, no siendo posible por ninguno de los demás medios arbitrados, sea el juez el que deba proveer el cargo de presidente. En este último supuesto, nos encontraremos ante una actividad de jurisdicción voluntaria similar al nombramiento de tutor o al nombramiento de árbitros por parte del juez y, consideramos que, por desarrollar el juez una actividad similar a la que realiza cuando adopta acuerdos comunitarios, no debe haber inconveniente en aceptar que, en estos casos, la remisión no es puramente procedimental sino también en cuanto a la decisión sobre el fondo en equidad. En contra, ver: TOMÉ PAULE, J.; *Régimen procesal de la propiedad Horizontal*, RDProc., 1965, págs. 71-154, cit. Págs. 88 y 92-93, donde establece que: "Modalidad interesante en nuestro Derecho supone la resolución en equidad a la que se refiere el párrafo 3º (hoy 5º) de la norma segunda que comentamos, modo de resolver que hay que estimar aplicable no sólo a la formación forzosa de acuerdos, sino también a los otros dos supuestos que se

esto así, el objeto de nuestro estudio tiene que quedar forzosamente circunscrito a la resolución de la problemática propia del mismo y, en concreto a: a) la fijación de su naturaleza jurídica con el fin de ver si se trata de un verdadero juicio de equidad tal y como ha sido éste definido por nosotros; b) el estudio del procedimiento establecido para su resolución⁸⁸⁶.

ventilan por el mismo procedimiento, es decir, a la impugnación de acuerdos gravemente perjudiciales por el trámite sumario y a la adaptación forzosa de los estatutos a la ley."

⁸⁸⁶ Procedimiento el cual, por otra parte, con algunas especialidades que oportunamente se apuntarán (aunque excedan del objeto de este estudio), será también aplicable al proceso contencioso regulado en la norma tercera del artículo 16 (solucion esta ilógica por cuanto supone la extensión de un procedimiento de jurisdicción voluntaria para la tramitación de un proceso de tipo contencioso) y al de jurisdicción voluntaria que se regula en la Disposición Transitoria Primera de la LPH de 1960.

CAPÍTULO TERCERO

NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS COMUNITARIOS.

Hemos sentado ya que: a) los juicios de equidad son juicios jurisdiccionales de tipo contencioso; b) el supuesto contemplado en la norma segunda del artículo 16 de la LPH es el único en que el juez debe resolver sobre el fondo atendiendo a criterios de equidad y no en Derecho. Partiendo de estas premisas, tendremos que pronunciarnos ahora sobre la naturaleza jurídica del proceso contenido en la norma segunda del artículo 16. Para ello tendremos que analizar: en primer lugar, si se trata de un proceso jurisdiccional de tipo contencioso⁸⁸⁷ o bien de un expediente de jurisdicción voluntaria y; en segundo lugar, e independientemente de la respuesta que se dé a este primer interrogante, el tipo de equidad particular al que se está remitiendo la norma objeto de estudio.

1. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y NO CONTENCIOSA.

Afirmada genéricamente la jurisdiccionalidad de los juicios de equidad⁸⁸⁸, tenemos que analizar ahora y, ya concretamente en relación al supuesto regulado en la norma segunda del artículo 16 de la LPH, la naturaleza de jurisdicción contenciosa o voluntaria del mismo. La razón es obvia; de tratarse de un expediente de jurisdicción voluntaria, aunque la decisión sobre el fondo del asunto se tenga que basar en la equidad, no nos encontraríamos ante un juicio de equidad en sentido estricto.

Recapitulando lo ya dicho en anteriores apartados y con el fin de solucionar el problema ahora abordado, tenemos que partir de las siguientes afirmaciones: a) los

⁸⁸⁷ En cuyo caso nos encontraríamos ante un juicio de equidad en sentido propio.

juicios de equidad, como los juicios de Derecho, son una de las dos modalidades en las que se puede presentar el juicio jurisdiccional; b) la estructura de ambos tipos de juicio presenta semejanzas y la diferencia fundamental entre ellos radica en que en los juicios de equidad, por voluntad del legislador, los juicios de valor del juez adquieren siempre una importancia crucial, mientras que en los de Derecho pueden, o no, adquirirla; c) en los juicios de Derecho, a diferencia de los de equidad, la norma positiva regula anticipadamente y de forma abstracta la consecuencia jurídica aplicable al supuesto de hecho; d) consecuencia de todo ello es que la estructura del procedimiento del juicio de equidad (con el fin de facilitar al juez el adecuado uso de sus poderes equitativos y la mayor aproximación posible al conocimiento de los elementos más humanos de la relación litigiosa que se presenta a su presencia⁸⁸⁹) tiene que ser, forzosamente, menos rígida o formalista que la del juicio de Derecho.

Precisamente esta mayor libertad procedimental⁸⁹⁰, connatural a los juicios de equidad en sentido estricto, es la que ha generado en cierto sector doctrinal, y en el legislador de 1960, la opinión de que los juicios de equidad⁸⁹¹ pertenecen a la llamada jurisdicción voluntaria⁸⁹² y, en último término, por tanto, la negación de su carácter jurisdiccional⁸⁹³.

⁸⁸⁸ Ver: Cap. II, 3., a.3. La jurisdiccionalidad de los juicios de equidad.

⁸⁸⁹ Ver: Cap. II, 3., a.2. La estructura del juicio de equidad.

⁸⁹⁰ A la que nos hemos referido al tratar de la estructura de los juicios de equidad.

⁸⁹¹ En general y, por tanto, también en el supuesto contemplado en la norma segunda del artículo 16.

⁸⁹² BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed., cit. Pág. 157 donde, aparte de otros argumentos para apoyar su postura, considera que: "... en caso de duda es mucho mejor adoptar la solución más sencilla y más en consonancia con la agilidad que hay que dar a las cuestiones corrientes que provoca el régimen de propiedad por pisos."; ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 527; FUENTES LOJO, JUAN V.; *Suma de la propiedad por apartamentos*, 3ª ed., cit. Pág. 1076.

⁸⁹³ En este sentido se puede entender la opinión de: PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 22 (nota 8); PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Pág. 138 y PERÉ RALUY, JOSÉ; *El procedimiento especial sumario de la LPH*, cit. Págs. 912-13 al calificar a los juicios de equidad de la LPH como un procedimiento especial sumario y establecer que: "Sin embargo, teniendo en cuenta que, cuando menos, en el caso de aplicación del procedimiento para suplir acuerdos y para acomodación de estatutos, no cabe hablar propiamente de ejercicio de una pretensión frente a una parte concreta determinada, que, por lo general, el procedimiento tiene una función preventiva, encaminada a la tutela de intereses que se hallan en conflicto potencial con otro, que la función que se recaba del juez es la propia de lo que, con acierto, se ha llamado administración del Derecho privado, la afinidad de los supuestos de aplicación del mismo a

En consecuencia, nuestro estudio se tiene que encaminar a discernir si realmente el artículo 16.2 contiene la regulación de un expediente de jurisdicción voluntaria. Para ello, en primer lugar, tendremos que establecer, siquiera sea de forma sumaria, la definición de lo que por tal haya de entenderse.

a) El concepto de jurisdicción voluntaria.

Los problemas que encierra la fijación de los contornos propios de la jurisdicción voluntaria son muchos y de muy diversa índole: terminológicos⁸⁹⁴; sistemáticos, en cuanto es el propio legislador el que engloba bajo esa denominación supuestos de lo más heterogéneo⁸⁹⁵; y, de fijación de sus límites en relación a la Administración y la Jurisdicción contenciosa. No es por ello extraño encontrar definiciones doctrinales de la misma que, bien proclaman su carácter Administrativo⁸⁹⁶,

*actividades consideradas como de jurisdicción voluntaria y la misma ordenación del procedimiento, que ofrece en su rudimentaria estructura afinidad suma con el de jurisdicción voluntaria al hallarse desprovisto de todo formalismo e incluso de la contraposición de partes – empleado este vocablo en el riguroso sentido en que se emplea con referencia al proceso contencioso –, cabe afirmar que se trata de un procedimiento que, aunque quizá no pueda considerarse típico de jurisdicción voluntaria, ofrece grandes afinidades con ella y al que en lo sustancial habrá que aplicar el tratamiento propio de la misma.”. Negando que se trate de un proceso sumario, ver: TOMÉ PAULE, J.; *Régimen procesal de la propiedad Horizontal*, cit. Págs. 77 y 81 donde considera que: “... se crea un procedimiento especial que ha sido llamado <<procedimiento especial y sumario de la Ley de Propiedad Horizontal>>, nombre al que no habría nada que objetar si se le privase de ese calificativo de sumario, que en la mayoría de los supuestos a que se aplica no tiene. [...] Se regula aquí (norma segunda del artículo 16 de la LPH) un procedimiento especial que puede ser definido como un <<proceso plenario de cognición especial por razones materiales y procesales, y de efectos constitutivos, ...”.*

⁸⁹⁴ Así, por ejemplo, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*, en, “Studi in onore di Enrico Redenti”, Ed. Giuffrè, Milán, 1951, págs. 3-55, cit. Pág. 6, llegó a decir que la jurisdicción voluntaria no es ni jurisdicción ni es voluntaria.

⁸⁹⁵ Ver: Libro III de la LEC. Ver también: ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; *Premisas para determinar...*, cit. Pág. 9; ÁLVAREZ CASTELLANOS REAL; *El proceso de jurisdicción voluntaria*, RDProc., 1945, nº 3, págs. 331 y ss, cit. Pág. 340 donde considera que en la jurisdicción voluntaria: “... se ha integrado un número considerable de negocios de la naturaleza y las finalidades más diversas, que hacen imposible agruparlos bajo un punto de vista general sistematizador.”.

⁸⁹⁶ Entre otros, ver: CHIOVENDA, GIUSEPPE; *Principios de derecho procesal civil*, Trad. Casais, Ed. Reus, Madrid, 1977, T.I, cit. Pág. 365; SEGNI; *Giurisdizione*, cit. Pág. 988. En contra, ver la fundamental aportación de: ALLORIO; ENRICO; *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, Rivista Trimestrale di diritto di procedura civile, 1948, págs. 487-529.

bien su carácter jurisdiccional⁸⁹⁷, bien un carácter mixto que aúna características de ambas^{898 899}.

Nuestra LEC, siguiendo en esto la tradición que derivaba del Derecho común, divide la regulación de la jurisdicción en dos grandes ramas: la jurisdicción contenciosa, a la que dedica el Libro II; y la voluntaria, a la que destina el Libro III. Por su parte, el Libro I se refiere a las "Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria". La propia estructura de la Ley pone de manifiesto que, bajo el punto de vista del legislador decimonónico, el hecho diferencial entre ambas jurisdicciones se

⁸⁹⁷ Por todos, ver: DE MARINI, CARLO MARIA; *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, Rivista di diritto processuale, 1954, I; MICHELI, GIAN ANTONIO; *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, Rivista di diritto processuale, 1957, I, págs. 526-554; CARNELUTTI, FRANCESCO; *Diritto e Processo*, cit. Págs. 62-65 donde considera que: "*Che, pertanto, la giurisdizione volontaria sia veramente giurisdizione risulta così dal fine come dal mezzo: dal fine perché essa costituisce, come la giurisdizione contenziosa, un rimedio contro la disobbedienza, per quanto in potenza anzi che in atto; dal mezzo perché la reazione si compie mediante l' accertamento, del quale già sappiamo che consiste in una scelta ufficiale sostituita alla scelta del privato; e precisamente in una scelta fatta super partes, e perciò imparziale, affidata ad un organo, qual' è il giudice, che opera non nel interesse ma con la collaborazione delle parti, per garantire l' ordine, necessario alla salvezza dell' individuo come della società.*" para más adelante concluir (Pág. 395) que la característica diferencial de la jurisdicción voluntaria respecto de la contenciosa se tiene que encontrar en la inexistencia, en la primera de ellas, de contención entre partes, pues: "*...la unilateralità della azione non è affatto un carattere essenziale del processo volontario; ma qui la bilateralità... è dovuta a uno sdoppiamento... di una medesima parte in senso materiale...*".

⁸⁹⁸ En este sentido, ver: FAZZALARI, ELIO; *La giurisdizione volontaria...*, cit.

⁸⁹⁹ Ver la opinión de: ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; *Premisas para determinar...*, cit. Págs. 41-42 donde considera que: "*El número y diversidad de las teorías ideadas para explicar la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, revela que ninguna de ellas, ni siquiera la de que en la actualidad parece reunir más sufragios, o sea la administrativista, posee la solidez indispensable.*"; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO; *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Ed. Civitas, Col. Monografías, Madrid, 1978, cit. Págs. 40-41 donde mantiene que el hecho de que existan estas tres grandes corrientes denota que: "*En efecto, este planteamiento responde a un afán de deslindar las tres funciones tradicionales del Estado (legislación, administración y jurisdicción), ahondando en las diferencias específicas entre ellas. El estudio del concepto de jurisdicción por la ciencia procesal, pilar fundamental de esta disciplina, siempre se ha hecho en parangón con la administración. De aquí que en materia de jurisdicción voluntaria se recrudezca la polémica en torno al tema, pues efectivamente, planteado así, la línea que delimita uno y otro sector es sumamente imprecisa y, desde el punto de vista de la política legislativa, diría que convencional. A mi entender, la calificación de los actos incluidos en el Libro III de la LEC como jurisdiccionales o administrativos es un problema virtualmente insoluble con tal punto de partida. Los criterios que en abstracto se utilizan para discernir el tema (ausencia de controversia, existencia de meros interesados, alcance de la cosa juzgada, relativa libertad de formas, etc.) se difuminan luego en cada caso concreto, de tal manera que dejan de ser útiles como criterios distintivos y se convierten en elementos de juicio que en mayor o menor grado están presentes en actuaciones jurisdiccionales y administrativas. [...] Por ello, estimo que en este tema interesa mucho más*

encuentra en la existencia o inexistencia de contradicción entre partes⁹⁰⁰. Prueba de ello se encuentra en el juego que ofrece la redacción de los artículos 1811 y 1817 de ese cuerpo legal. El primero de ellos define la jurisdicción voluntaria estableciendo que: “Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.”. En consecuencia, y atendiendo a esa definición, el artículo 1817 establece que: “Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieran, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía.”.

Sin embargo de lo dicho, en la actualidad buena parte de la doctrina procesal coincide en entender que ni la existencia de conflicto de intereses constituye la nota esencial del proceso contencioso, ni su ausencia la característica definitoria de la

fijarse en las características que ofrece la actuación jurisdiccional cuando de <<jurisdicción voluntaria>> se trata.”.

⁹⁰⁰ En este sentido, ver: GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedimientos de jurisdicción voluntaria*, en, “Cuadernos de Derecho Judicial. Jurisdicción voluntaria”, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 17-56, cit. Pág. 23, opinión que reitera en pág. 24 donde considera que: “A nuestro juicio, la jurisdicción voluntaria desempeña una pluralidad de funciones dirigidas al desenvolvimiento y desarrollo de las relaciones jurídicas privadas mediante un procedimiento no contradictorio. La ausencia de juicio contradictorio sería, pues, la nota diferencial de la jurisdicción voluntaria frente a la contenciosa.”; GIMENO GAMARRA, RAFAEL; *Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria*, ADC, 1963, enero-junio, cit. Págs. 5 y ss; ARAGONESES ALONSO, PEDRO; *Notas sobre la <<decisión en equidad>>...*, cit. Págs. 228-229. Considera los juicios de equidad de la LPH (nosotros, por el contrario, consideramos que la decisión en equidad sólo se da en la norma segunda del artículo 16) de carácter contencioso, si bien no por entender que produzcan el efecto de cosa juzgada sino porque: “... en último término el criterio diferencial (entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria) hay que buscarle en la existencia o inexistencia de partes contrapuestas, y por ello ha de concluirse afirmando que los dos supuestos contemplados en los párrafos segundo y tercero del artículo 16 son dos casos típicos de acción jurisdiccional contenciosa o procesal en sentido propio...”; TOMÉ PAULE, J.; *Régimen procesal de la propiedad Horizontal*, cit. Pág. 81; IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, MIGUEL; *IV Resoluciones de los juzgados de Madrid. Cuestiones procesales en torno al juicio de equidad...*, cit. Pág. 165; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO; *Sobre el concepto y delimitación del Derecho Procesal Civil*, RDPProc., N° 4, 1947, págs. 549-79, cit. Pág. 363, estos tres últimos consideran de naturaleza contenciosa a los juicios de equidad del artículo 16 basándose en el dato diferencial de la contenciosidad.

llamada jurisdicción voluntaria⁹⁰¹. La razón es clara, entre los heterogéneos supuestos de jurisdicción voluntaria, existen actos en los que la oposición se encuentra implícita (se supone por el mero hecho de acudir ante el juez)⁹⁰². Asimismo, en el ámbito del proceso contencioso existen casos en los que no se produce una verdadera contienda entre partes, bien por existir un interés único (supuesto corriente entre los procesos de estado), bien por inexistencia real de contienda (estamos pensando en situaciones como, por ejemplo, el allanamiento o la rebeldía)⁹⁰³.

A nuestro modo de ver y atendiendo a la definición de jurisdicción que hemos acogido anteriormente, la jurisdicción voluntaria no puede ser considerada de carácter

⁹⁰¹ En este sentido, ver: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial* ..., cit. Págs. 50-51 donde opina que: "... la ausencia o concurrencia de contienda o contradicción, por sí sola, no supone un criterio distintivo válido, delimitador de la jurisdicción voluntaria respecto de la jurisdicción en sentido propio. [...] La mayoría de los procesalistas modernos entienden que el concepto de jurisdicción voluntaria ha de integrarse haciendo referencia al fin de los actos.". En contra, ver: STS de 1 de marzo de 1985 (RJ 1101/1985) Cdo. 2°.

⁹⁰² En parecido sentido, ver: St. APZ de 7 de abril de 1998 (Sec. 4ª) (CD 98CP155) FD 5º donde, en relación a un expediente de fijación del régimen de visitas al hijo, establece que: "La mencionada Disposición Transitoria del año 1981 remite a la tramitación de jurisdicción voluntaria para resolver las <<controversias>> que surjan entre las partes con ocasión del ejercicio de la patria potestad, por lo que supondría un absurdo entender que de existir oposición ha de terminar el expediente sin resolución, pues la existencia de una contravención implica de por sí la idea de posiciones enfrentadas u opuestas."; St. APSE de 13 de junio de 1994 (CD 1994) FD 3º; St. APTE de 19 de noviembre de 1994 (CD 1994) FD 5º.

⁹⁰³ En parecido sentido, ver: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, en, "Estudios de Derecho Procesal", Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 619-642, cit. Págs. 635-36 donde, abordando el problema de las sentencias constitutivas y su similitud con los actos de jurisdicción voluntaria constitutivos, considera que: "..., si el acuerdo de las partes puede influir en la resolución judicial o hacer innecesaria la actuación de los tribunales, ello no es debido a que la jurisdicción esté establecida únicamente para la resolución de controversias, ..., sino tan sólo porque normalmente el Derecho atribuye al acuerdo de las partes pleno valor jurídico... Los procesos para la resolución de controversias, si no son los únicos, sí son los más frecuentes en el ámbito jurisdiccional. De ahí que nuestra estructura mental se adapte instintivamente a ellos, rechazando como no jurisdiccionales las peticiones que no envuelvan una controversia real. [...] Poco importa que en la realidad exista o no controversia. Realmente es tan sólo la posibilidad de que surja la controversia. Cuando la controversia es posible, se abre el cauce jurisdiccional para su resolución,... La existencia real de una controversia se supone por el mero hecho de acudir a los tribunales de justicia, y ello ocurre tanto en las sentencias constitutivas como en las merodeclarativas o de condena. Sólo a través del proceso se conocerá si efectivamente existe o no controversia, determinando ésta en ciertos casos el contenido de la sentencia."; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO; *La jurisdicción voluntaria*..., cit. Pág. 43; GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *Relaciones entre jurisdicción voluntaria* ..., cit. Págs. 18-19; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; *Premisas para determinar*..., cit. Pág. 15 y nota 15 en esa misma página.

jurisdiccional, sino administrativo⁹⁰⁴. La razón es evidente; la doctrina y jurisprudencia españolas, de forma mayoritaria y pese a la incorrecta redacción del artículo 1818 de la LEC, coinciden en negar la producción del efecto de cosa juzgada material a las resoluciones definitivas emanadas por los jueces en los expedientes de jurisdicción voluntaria⁹⁰⁵.

Ante ese dato, los partidarios de entender la jurisdicción voluntaria como un supuesto de verdadera jurisdicción, se ven obligados a relegar la cosa juzgada tan sólo a la categoría de característica distintiva de la jurisdicción contenciosa y, por tanto, a encontrar un nuevo elemento definidor de la jurisdicción en sus facetas tanto contenciosa como voluntaria. Ese elemento común ha pretendido verse en la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto a través de un órgano estatal imparcial como es

⁹⁰⁴ En igual sentido, ver: CALAMANDREI, PIERO; *Limiti fra giurisdizione...*, cit. Págs. 90-91 y CALAMANDREI, PIERO; *Linee fondamentale del processo civile inquisitorio*, en, "Opere Giuridiche", I, Ed. Morano, Nápoles, 1965, págs. 145-76, cit. Págs. 155-56; SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, cit.; GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *Relaciones entre jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 19 donde considera que: "La jurisdicción voluntaria no sería actividad jurisdiccional sino administrativa... En la jurisdicción voluntaria el juez obra siempre a base de preceptos dirigidos a él por la Ley, que le impone tomar parte en la constitución o desarrollo de relaciones jurídicas que tienen lugar entre particulares,... la actividad del juez tiene siempre en el ejercicio de esta jurisdicción un carácter de necesidad (en contraposición con la actividad propiamente jurisdiccional que es siempre un medio subsidiario de actuación del derecho), en cuanto ciertas relaciones de la vida privada no pueden surgir y perfeccionarse sino con la cooperación de esta actividad". Ver también: St. APTE de 19 de noviembre de 1994 (CD 1994) FD 2º donde, en referencia a los expedientes de dominio, considera que por realizarse en ellos una actividad de naturaleza administrativa que, sin embargo, se encomienda a un juez, se trata de supuestos de jurisdicción voluntaria.

⁹⁰⁵ Por todos, ver: CARRERAS LLANSANA, JORGE; *Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria*, en, "Estudios de Derecho Procesal" Fenech/ Carreras, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, págs. 665-84, cit. Págs. 681-82 donde considera que: "Para que exista cosa juzgada en sentido material, es indispensable, por definición, que se haya juzgado, es decir, que exista verdadero y propio juicio sobre una cuestión entre partes..., si falta ... esta imperatividad que es sólo propia de la sentencia dictada en el proceso contencioso, no cabe afirmar que exista propiamente ni juicio ni cosa juzgada. Por esto resultaría imposible, a nuestro entender, alegar la excepción de cosa juzgada en un proceso contencioso fundándola en la existencia y terminación de un acto de jurisdicción voluntaria, ya que incluso desde el punto de vista del Derecho positivo no se nos alcanza cómo se invocaría y aplicaría el artículo 1252 del Código civil, que exige la existencia de unas determinadas identidades entre el primer juicio, en el que la cosa se juzgó, y el segundo en que la excepción se opone."; MORENO CATENA, VÍCTOR, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y GIMENO SENDRA, VICENTE; *Los procedimientos de la Ley de Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 263 donde, al respecto del proceso contenido en la norma segunda del artículo 16 de la LPH, consideran que se trata de un proceso de carácter contencioso no sólo por la existencia de contradicción sino también por la producción de efectos de cosa juzgada material. Ver

el juez⁹⁰⁶. Por nuestra parte y, como ya hemos afirmado con anterioridad, no creemos que resulte válido un criterio de distinción basado en el órgano al que se atribuya el conocimiento de un cierto tipo de cuestiones pues además, en el caso concreto de la jurisdicción voluntaria, han sido en gran parte motivos de mera conveniencia legislativa los que han propiciado su atribución a órganos judiciales⁹⁰⁷. Como pone de manifiesto SERRA DOMÍNGUEZ⁹⁰⁸, siguiendo en este punto el pensamiento de ALLORIO⁹⁰⁹, la doctrina de la imparcialidad resulta incorrecta por cuanto: “*si la Administración debe ser parcial, los órganos de la Administración deben ser imparciales; la parcialidad no afecta tanto a los órganos cuanto a los fines de la Administración, y en este sentido*”

también: STS de 29 de mayo de 1981 (RJ 2145/1981) Cdo. 3º; Aut. ATB de 10 de diciembre de 1968 (RGD 1969. Pág. 212) Cdo. 1º.

⁹⁰⁶ Esta es la opinión de: DE MARINI, CARLO MARIA; *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, cit. Pág. 290; MICHELI, GIAN ANTONIO; *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, cit. Págs. 526-54.

⁹⁰⁷ En parecido sentido se pronuncia: CALAMANDREI, PIERO; *Limiti fra giurisdizione...*, cit. Págs. 90-91; MUÑOZ ROJAS, TOMÁS; *Sobre la jurisdicción voluntaria*, AC 1990 -3, XXXIX, cit. Pág. 5, donde considera que: “*La asignación de la jurisdicción voluntaria a los órganos judiciales responde a variables, relativas y coyunturales motivaciones de conveniencia y política legislativas, y por tanto, en nada se alteraría la índole de aquellos procedimientos por el hecho de que se extraigan de las atribuciones y del conocimiento de dichos sujetos y se confieran a otros órganos, autoridades o agentes no judiciales...*”; SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, cit. Pág. 628 donde considera que: “*..., todo criterio que parta de la consideración del órgano forzosamente debe conducir a resultados no satisfactorios..., la imparcialidad del juez, motivo determinante de la asignación de la jurisdicción voluntaria, ... ha inducido a afirmar el carácter jurisdiccional de ésta, olvidando que el juez es órgano jurisdiccional por su función, pero al propio tiempo administrativo por su nombramiento.*”; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; *Premisas para determinar...*, cit. Págs. 16 y 17 donde critica las tesis jurisdiccionalistas sobre la jurisdicción voluntaria por entender que: “*..., desde el momento en que los procedimientos de la voluntaria se encomiendan a la judicatura, o en la porción que se les atribuya, se convierten ipso facto en jurisdiccionales, opinión ésta que no resiste la crítica, porque conforme a ella, un mismo acto variaría de naturaleza según el órgano que de él conozca.*” Especial resulta la postura de: RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Págs. 38 y 41 pues, si bien en primer lugar reconoce que son criterios de política legislativa los que en muchos casos han desencadenado la atribución del conocimiento de un asunto de jurisdicción voluntaria a órganos judiciales, al decir que: “*... nos hallamos ante un tipo de actuaciones cuya inclusión en uno u otro texto legal y cuyo desarrollo jurídico depende casi exclusivamente del criterio de política legislativa. [...] En fin, las mismas razones de política legislativa deben llevar hoy en día a sustraer a los jueces la necesidad de intervención en actuaciones para las cuales el desarrollo jurídico-social ha proporcionado nuevos órganos específicos.*”, acaba concluyendo (pág. 41) que: “*Se ha dicho que el elemento personal por sí sólo sería insuficiente para la calificación jurídica de un acto. Lo cierto es que en estas actuaciones el único elemento distintivo de su naturaleza jurídica lo constituye la figura del Juez. Desde luego, por más que quiera restarse importancia al dato, lo cierto es que la intervención del Juez es plenamente decisiva para la calificación del negocio como jurisdiccional.*”

⁹⁰⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, cit. Pág. 628.

también la Administración de justicia es parcial, aunque sus órganos deban ser imparciales,..."⁹¹⁰. Por otra parte, la artificialidad propia de los actos de jurisdicción voluntaria, y concretamente de los constitutivos⁹¹¹, los aparta de los caracteres propios de la jurisdicción. Ésta no se configura como una función estatal sino que, muy al contrario de lo que pudiera parecer en la situación positiva actual, constituye una institución natural que históricamente aparece antes que la legislación. Por el contrario, los actos de jurisdicción voluntaria y, concretamente los de naturaleza constitutiva, no pueden subsistir como actos dotados de trascendencia jurídica sin la existencia del aparato estatal⁹¹².

b) Diversas clasificaciones de los expedientes de jurisdicción voluntaria.

Como hemos visto, y en gran medida por influencia de la doctrina italiana, se llegó por parte de gran número de nuestros autores a definir la jurisdicción voluntaria como una actividad estatal dirigida únicamente a la constitución, desarrollo y modificación de relaciones jurídicas. Sin embargo, en los últimos tiempos, y en atención a la heterogeneidad de los actos de jurisdicción voluntaria contenidos tanto en el Título III de la LEC como fuera de él, los autores se han visto obligados a revisar esos

⁹⁰⁹ ALLORIO, ENRICO; *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, Rivista di diritto civile, Vol. I, 1957, págs. 1-67.

⁹¹⁰ En contra, ver: FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR; *Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa (el art. 1817 de la LEC y la problemática actual)*, ADC, 1991, cit. Pág. 943 donde opina que: "...quizá, en presencia de la fenomenología sin bautismo que se anuncia, deberíamos recordar una de las notas de la Jurisdicción, que quizá por ser clásica y estructural, estamos omitiendo de valorar debidamente: la de la independencia de quienes ponen en práctica la jurisdicción, de los jueces, tanto en abstracto y con respecto a sus <<superiores>> como en concreto, de imparcialidad;...".

⁹¹¹ Que, como veremos, son los únicos que verdaderamente merecen ser atribuidos al conocimiento de un órgano judicial.

⁹¹² En igual sentido, ver: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, cit. Pág. 638; MUÑOZ ROJAS, TOMÁS; *Sobre la jurisdicción voluntaria*, cit. Pág. 8, donde opina que en la jurisdicción voluntaria: "... no se trata de convertir en público lo que es privado sino en dotar al acto, negocio, documento o estado del carácter y de la eficiencia que no tendría si el órgano público documentador, fedatario, director, etc., estuviera ausente en el procedimiento"; GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1989, cit. Pág. 68 donde considera que: "... siendo los actos de Jurisdicción voluntaria una creación artificial del Estado, su fuente primordial y prácticamente exclusiva es la Ley, que puede ser completada por los usos forenses y la jurisprudencia."

planteamientos iniciales atendiendo a la pluralidad de funciones que la misma cumple en nuestro Derecho.

Por nuestra parte consideramos que, independientemente de la clasificación que de los mismos se haga, el error doctrinal a la hora de analizar la naturaleza de la jurisdicción voluntaria parte precisamente del intento de englobar en un concepto unitario⁹¹³ actuaciones cuyo único rasgo común se reduce a que, sólo por razones de conveniencia⁹¹⁴, el legislador ha considerado que debían ser atribuidas al conocimiento de un órgano judicial. Adelantamos ya que, a nuestro modo de ver, del amplio elenco de procedimientos de jurisdicción voluntaria regulados en nuestro Derecho, los únicos que

⁹¹³ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; *Premisas para determinar...*, cit. Págs. 44-45 donde critica la doctrina (apoyada, entre otros, por: MUÑOZ ROJAS, TOMÁS; *Sobre la jurisdicción voluntaria*, cit. Pág. 5 cuando, aparte de otras funciones, considera que: "La actuación de los órganos públicos, judiciales o no, en los expedientes de jurisdicción voluntaria estriba en innovar, desarrollar, modificar o extinguir, sin contradicción u oposición actual (aunque sí potencial), determinadas relaciones o situaciones jurídicas sustantivas.") que: "atribuye a la jurisdicción voluntaria una finalidad constitutiva de estados jurídicos nuevos." pues: "... a ella cabe oponer cuatro fundamentales objeciones: a) que la finalidad constitutiva se manifiesta tanto en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa..., y los distinguos que con tal motivo se han intentado implantar entre ellas son demasiado sutiles como para constituir una buena línea demarcatoria; b) que por lo menos en el campo del proceso contencioso, el concepto de acción constitutiva no es unánimemente aceptado ni entendido de igual modo; c) que no todas las peticiones deducidas en vía de jurisdicción voluntaria son constitutivas, sino que hay en ella no pocas declarativas y aun algunas, si no de condena, por lo menos ejecutivas, y d) que la constitución de estados jurídicos desborda los límites de ambas jurisdicciones, sobre todo en el ámbito de la actividad contractual, y no puede, por tanto, erigirse en característica privativa y diferencial de una de ellas."

⁹¹⁴ A este respecto, ver: GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *Relaciones entre jurisdicción voluntaria...*, cit. Págs. 25-29 donde pone de manifiesto el peligro de la excesiva ampliación solapada del ámbito de la jurisdicción voluntaria a costa de la contenciosa y dice: "Nuevamente y, en este caso el legislador español, habría vuelto a poner sobre el tapete el mismo problema, la excesiva ampliación del ámbito de la jurisdicción voluntaria a costa del proceso (contencioso), so pretexto de la necesidad de simplificar el proceso aquejado de un excesivo formalismo." En este sentido cita el ejemplo seguido recientemente en la redacción de diversas leyes, entre las que cita: Disp. Transit. 10ª de la Ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Disp. Adic. 1ª de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor. Y acaba concluyendo, opinión ésta que, como veremos, resulta aplicable al supuesto contenido en la norma segunda del art. 16 LPH y a la remisión procedimental que al mismo realiza la norma tercera de ese mismo artículo para un proceso de tipo contencioso como es el contenido en ella: "Motivo de aquellas reformas legislativas, ha sido la necesidad de eliminar la rigidez del procedimiento contencioso y de agilizar sus trámites, pero la aplicación del procedimiento de jurisdicción voluntaria a las cuestiones contenciosas es sumamente peligrosa, como productor de una grave inseguridad jurídica, al desaparecer la garantía del derecho de las partes, la vigencia de los principios de contradicción y de igualdad, e incluso, en buena parte, del dispositivo."; FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR; *Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria...*, cit. Págs. 941-959.

realmente merecen ser atribuidos al conocimiento judicial son aquéllos de naturaleza constitutiva⁹¹⁵.

Llegados a este punto y como paso previo a la calificación de la naturaleza jurídica del proceso contenido en la norma segunda del artículo 16 de la LPH, tendremos que analizar ahora las diversas categorías en las que la doctrina ha clasificado los actos de jurisdicción voluntaria regulados en nuestro ordenamiento. La razón es

⁹¹⁵ En igual sentido, ver: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, cit. Pág. 627 donde considera, refiriéndose a la doctrina de SATTI y DE MARINI, que: “El gran mérito de esta teoría es haber centrado la atención en las formas constitutivas de la jurisdicción voluntaria en aquellos supuestos en que sólo mediante la actuación del juez pueden producirse determinados efectos jurídicos..., mientras en los supuestos de simple homologación o de documentación resulta en principio indiferente que la actividad sea realizada por el juez o por otro funcionario público...; existen hipótesis en que normalmente la simple voluntad de los particulares es irrelevante para la obtención del efecto jurídico... Es indispensable que la ineficacia de la voluntad particular sea suplida mediante la intervención de un órgano que ofrezca plenas garantías. Y tradicionalmente dicho órgano ha sido el juez, estimándose inconveniente atribuir tal misión a un órgano administrativo. [...] Si de iure condendo merece nuestra aprobación la reducción a los actos constitutivos del extenso panorama de la jurisdicción voluntaria, entendemos que no basta que dichos actos sean confiados al juez para que adquieran carácter contencioso (y, por tanto, jurisdiccional bajo la concepción de esos autores italianos). Han sido simplemente motivos de política legislativa los que han movido al legislador a confiar al juez los actos de jurisdicción voluntaria, sin que exista razón sustancial para ello. Podrían perfectamente suprimirse los actos de jurisdicción voluntaria o confiarse a órgano distinto del judicial sin que sufriera con ello la esencia de la jurisdicción por muy nefastos que fueran los resultados en el total cuadro del ordenamiento jurídico. Es más, mientras la atribución a los órganos administrativos de la resolución de los procesos contenciosos automáticamente los convertiría en órganos jurisdiccionales, en todo o en parte, sin que variara en absoluto la naturaleza jurisdiccional de tales resoluciones, la atribución a órganos judiciales de los actos de jurisdicción voluntaria repugna en forma tal a su verdadera función, que tanto doctrinal como prácticamente tales actos son reducidos a un simple apéndice de la función judicial.”. Ver también, en parecido sentido: GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 68 y pág. 64 donde coincide con nosotros a la hora de atribuir necesariamente al conocimiento judicial tan sólo los actos de jurisdicción voluntaria de tipo constitutivo cuando establece que: “Separados así, es clara la necesidad de excluir de la competencia judicial los actos de documentación y los de mera presencia, ejercicio judicial de funciones típicamente notariales. Más delicada es la atribución de los actos de homologación que los autores de *Derecho Notarial* reivindican en su totalidad para el notariado, si no como competencia exclusiva, al menos en concurrencia con la competencia judicial... La atribución a los Jueces de los actos constitutivos, de las medidas ejecutivas y cautelares, no se discute.”; Por su parte PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO; *Sobre el concepto...*, cit. Pág. 564 considera que: “Efectivamente, no todos los negocios de jurisdicción voluntaria pueden despacharse con la facilidad de un asunto burocrático, por cualquier empleado administrativo; antes bien, hay algunos que suponen juicios y valoraciones de gran hondura y trascendencia, y éstos sólo al órgano judicial independiente deben encomendarse.”; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 42 donde, citando a SERRA DOMÍNGUEZ, se deduce que reconoce que en la mayoría de supuestos de jurisdicción voluntaria civiles de carácter necesario el acto es constitutivo pues: “La necesidad de alguna actuación en negocios de comercio no supone necesariamente el carácter constitutivo del acto, como ocurre en la mayor parte de los actos de jurisdicción voluntaria civiles.”.

clara, de tratarse el supuesto estudiado de un caso de jurisdicción voluntaria y, atendiendo a lo dicho anteriormente, la inclusión del mismo en uno u otro grupo tendrá efectos determinantes a la hora de atribuir su conocimiento y decisión a uno u otro órgano estatal.

Sin más preámbulos procedemos, pues, a analizar las clasificaciones más importantes que de los mismos ha realizado la doctrina española atendiendo al contenido de nuestro derecho positivo. Dos son los criterios que a este respecto se pueden seguir: a) clasificarlos en atención a la naturaleza de la relación jurídica que constituye el objeto del concreto acto de jurisdicción voluntaria; b) distinguir atendiendo a la naturaleza o fin del propio acto⁹¹⁶.

En el primer grupo puede ser incluida la clasificación que realiza RAMOS MÉNDEZ. Según este autor se debe distinguir entre: a) actos realizados en función de otras instituciones procesales; b) actos llevados a cabo en negocios civiles (atinentes al Derecho de personas, de cosas, de familia, ...); c) actos en negocios de comercio.

ALCALÁ ZAMORA consideraba que debían ser diferenciados tres diversos grupos de procedimientos: *"a) los que de manera preventiva, preparatoria o cautelar enlazan con eventualidades procesales, aunque el proceso no llegue en definitiva a surgir; b) los que al margen de toda perspectiva o propósito procesal, tienen por objeto rodear de mayores garantías la tramitación de expedientes en que la autorización, la homologación o la dación de fe judiciales (no jurisdiccionales) se reputen por el legislador indispensables, o, por lo menos, preferibles a las emanadas de funcionarios de otros órdenes, y; c) aquellos en que, no sólo sin la menor dificultad, sino también con las máximas ventajas, el juzgador puede y debe ser sustituido por notarios, registradores del estado civil o de la propiedad, corredores de comercio, etc."*⁹¹⁷.

⁹¹⁶ En este sentido, ver: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial ...*, cit. Págs. 50-51.

⁹¹⁷ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; *Premisas para determinar...*, cit. Pág. 13.

Por nuestra parte, consideramos que un estudio sistemático de la materia debiera fundarse en la correcta fijación de la naturaleza del acto; por bien que la enorme dispersión normativa y la abundancia de procedimientos de jurisdicción voluntaria que podríamos llamar “innominados” dificulten en gran medida tal tarea.

De este parecer es GONZÁLEZ POVEDA⁹¹⁸. Según el autor los expedientes de jurisdicción voluntaria pueden clasificarse como sigue: a) actos constitutivos, entendiendo por tales aquellos cuya finalidad es, “..., *previa comprobación de la existencia del presupuesto de hecho de la norma, la creación, modificación o extinción de un derecho o estado, o la creación de un presupuesto o condición del cambio jurídico*”; b) actos de homologación, consistentes en la comprobación de hechos y de la existencia del derecho del que dichos hechos constituyen presupuesto; c) actos de documentación y de presencia, cuya función es la de dejar constancia documental de ciertos actos o hechos, desarrollando así una función específicamente notarial; d) actos de ejecución, con los cuales se pretende directa y primordialmente la efectividad de un derecho; e) actos cautelares, los cuales si bien constituyen realmente actos constitutivos en cuanto se encaminan a producir un cambio jurídico, la creación de una garantía, adquieren esta nota característica debido al carácter accesorio que tienen respecto al interés que aseguran.

Por su parte, SERRA DOMÍNGUEZ⁹¹⁹ considera que el amplio elenco de supuestos de jurisdicción voluntaria reconocidos en nuestro ordenamiento civil puede ser sistematizado como sigue: a) actos constitutivos, los cuales pueden ser, a su vez, de naturaleza necesaria o simplemente supletoria (supuestos en los que con la tramitación del expediente tan sólo se pretende suplir una actuación que normalmente hubieran

⁹¹⁸ GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Págs. 105-106.

⁹¹⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, cit. Págs. 633-35.

podido realizar los interesados privadamente); b) actos homologadores; c) actos de mera documentación; d) actos de simple presencia⁹²⁰.

No nos quedará ahora sino pronunciarnos acerca de la naturaleza de proceso contencioso o de expediente de jurisdicción voluntaria de la regulación contenida en la norma segunda del artículo 16 de la LPH y, de decantarnos por la segunda solución, determinar exactamente el tipo de expediente de jurisdicción voluntaria al que pertenezca.

2. LA ADOPCIÓN JUDICIAL DE ACUERDOS COMUNITARIOS COMO EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA CONSTITUTIVA SUPLETORIA.

Tendremos ahora que analizar la naturaleza jurídica del procedimiento contenido en la norma segunda del artículo 16 de la LPH.

Como se ha ido viendo a lo largo de las páginas precedentes, la carencia absoluta de técnica legislativa en la redacción de la LPH y, en concreto, en la del artículo 16 de la misma, ha suscitado importantísimas dudas interpretativas tanto entre la doctrina como entre la jurisprudencia. A nuestro modo de ver y, en relación al tema ahora abordado⁹²¹, la causa de las mismas se tiene que encontrar en la discrepancia existente entre los

⁹²⁰ Al respecto de su clasificación RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Págs. 47-48 comenta que la misma: "no excluye las demás funciones jurisdiccionales en cada caso, por lo que, como todas las demás clasificaciones en materia de jurisdicción voluntaria, resulta relativa. En cualquier caso, ya se ha señalado que ello deriva de la heterogeneidad de las actuaciones contenidas en el Libro III de la LEC, que hace fracasar cualquier intento de sistematización por riguroso que sea. [...] Por mi parte, estimo preferible adoptar... un criterio meramente enunciativo, en base a los sectores jurídicos o materias a que se refieren estas actuaciones."

⁹²¹ Así como también del ya tratado problema que representa la remisión procedimental que la norma tercera del artículo 16 y la Disp. Transit. 1ª realizan a lo dispuesto en la norma segunda; remisión ésta que ha sido erróneamente interpretada por gran parte de la doctrina como comprensiva de una resolución en equidad sobre el fondo, también en esos dos supuestos.

objetivos buscados por el legislador con la instauración de este procedimiento equitativo y los resultados realmente obtenidos.

Nos explicamos. El legislador de 1960 (como, por otra parte, se desprende tanto del articulado de la Ley como de lo dispuesto en su Exposición de Motivos) se propuso la regulación del fenómeno de la propiedad horizontal desde una perspectiva fuertemente influida por concepciones de tipo social que, para su adecuada consecución, requerían de una intervención activa del Estado como garante último del funcionamiento ágil de este especial régimen inmobiliario. Desde esta perspectiva, forzosamente, uno de los asuntos en los que más se tenía que hacer notar la preocupación del legislador era en la regulación del régimen orgánico y de administración de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal y, en concreto, en la redacción de los preceptos referentes al régimen de acuerdos comunitarios atribuidos a la aprobación de la junta. El sistema de adopción de acuerdos, informado por esa concepción de corte social, había pues de aunar dos rasgos básicos: a) que la regulación del mismo no pudiese tener como consecuencia práctica el bloqueo de la vida comunitaria; b) la protección de las minorías mediante el establecimiento de unos procedimientos de impugnación ágiles y simples.

Si los objetivos claramente eran estos, la realidad, sin embargo, ha resultado ser muy otra. Respecto de la primera de las cuestiones, y como se verá con más claridad al abordar el problema de la unanimidad (de la que habla la norma 1ª del art. 16⁹²²) en relación con la norma segunda del artículo 16⁹²³, el fracaso puede resultar rotundo si no se procede a interpretar restrictivamente el ámbito reservado a este tipo de acuerdos⁹²⁴.

⁹²² Y a la que hace referencia la norma 1ª del art. 17, al que da redacción el art. 11º de la Proposición de Ley 122/000218.

⁹²³ Problema que, por otra parte, se da también en su relación con las normas tercera y cuarta de ese mismo artículo.

⁹²⁴ Esta es sin embargo la línea que ya emprendió la Ley de reforma 3/1990, de 21 de junio, al dar nueva redacción al párrafo primero de la norma primera del artículo 16, permitiendo la adopción de cierto tipo de acuerdos por mayoría de 3/5 de los propietarios, que representasen además las 3/5 partes de las cuotas de participación; línea ésta que ha encontrado eco en los diversos proyectos de reforma parcial de la LPH que agudizan esta línea de relajación del requisito de la unanimidad con el fin evidente de combatir los

En relación con la segunda de ellas, el balance resulta igualmente negativo en atención a diversas razones: a) la remisión puramente procedimental (con intención de mera agilización y simplificación) a lo dispuesto por la norma segunda del artículo 16, que operan tanto la norma tercera de ese mismo artículo como la Disp. Transit. 1ª, aparte de suponer una inadmisibile extensión de un procedimiento de jurisdicción voluntaria a uno de naturaleza contenciosa como es el contenido en la norma tercera, ha derivado en una incorrecta interpretación de gran parte de la doctrina y los Tribunales en el sentido de entender que en esos dos supuestos la resolución sobre el fondo tiene que ser también en equidad; b) la regulación de un expediente de jurisdicción voluntaria en la norma segunda, no en atención a la naturaleza de la función cuyo desempeño se atribuye al juez en ese supuesto sino, muy al contrario, bien por primar en la mente del legislador la intención de agilización del procedimiento sobre la correcta técnica legislativa, bien por basar la diferenciación entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa en la existencia o inexistencia de controversia entre partes, bien por entender que a los juicios en equidad es connatural una mayor libertad procedimental que, incorrectamente interpretada, le llevó a considerar que los mismos, por esa sola razón, pertenecen a la llamada

abusos que la interpretación del mismo ha venido produciendo. Así, la PROPOSICIÓN DE LEY 122/000062 da nueva redacción al párrafo 1º de la norma primera del artículo 16 de la LPH y amplía las excepciones al requisito de la unanimidad al establecer que se requerirá: *"la unanimidad para la validez de los que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos. No obstante, cuando tenga por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía, o cuando se refieran al establecimiento del servicio de ascensor, así como a la creación o supresión del servicio de portería, conserjería o vigilancia bastará el voto de las tres quintas partes del total de los propietarios que a su vez representen las tres quintas partes de las cuotas de participación."*; el PROYECTO DE LEY 121/000108, [Procedente del Real Decreto-Ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación (130/000043)], Madrid 3 de abril de 1998, dispone en el párrafo 1º de su artículo 4º, con la intención de facilitar la instalación de infraestructuras de comunicaciones en los edificios, que: *"... Respecto de la comunidad de propietarios, el acuerdo en su seno habrá de ser aprobado, en junta de propietarios, por un tercio de sus integrantes que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de participación en los elementos comunes."*; la PROPOSICIÓN DE LEY 122/000063; Presentada por el Grupo Parlamentario Popular; BOCG Congreso de los Diputados, Serie B, Madrid 17 de febrero de 1997, en esta misma línea, propone la siguiente redacción para el apartado 2º del artículo 10 de la LPH: *"Cuando se adopten válidamente acuerdos para realizar innovaciones no exigibles a tenor del párrafo anterior con el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, el disidente vendrá obligado a satisfacer la parte alicuota que le corresponda en los gastos de tal innovación. En su defecto, el disidente no resultará obligado ni se modificará su cuota, incluso en el supuesto de que no pueda privársele de la mejora o ventaja."* Ver también la norma 1ª del art. 17, al que da redacción el art. 11º de la Proposición de Ley 122/000218.

jurisdicción voluntaria⁹²⁵; c) consecuencia lógica de los dos errores comentados ha sido que buena parte de la doctrina y la jurisprudencia hayan pretendido entender extensible a la norma segunda el contenido del párrafo segundo de la norma tercera de ese mismo artículo 16; extensión que, por más de no resultar necesaria⁹²⁶, de estar en lo cierto los

⁹²⁵ Confusión del legislador que se comprueba con sólo comparar las palabras que pronunciaba el padre científico de la LPH de 1960 (BATLLE VÁZQUEZ) en dos diversos pasajes de una misma página y obra. Ver: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed., cit. Pág. 157 donde, en primer lugar, considera (al no centrar la diferenciación entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa en la producción o no del efecto de cosa juzgada, sino en la existencia de contradicción entre partes) que la norma segunda, párrafo 5º de la LPH, regula un acto de jurisdicción voluntaria de los considerados constitutivos, pues: “El juez es llamado ... a cooperar en la formación del acuerdo (razón finalista) por su autoridad, pero con arreglo a su prudente y libre apreciación.” Sin embargo, en esa misma página opina que: “... en caso de duda es mucho mejor adoptar la solución más sencilla y más en consonancia con la agilidad que hay que dar a las cuestiones corrientes que provoca el régimen de la propiedad por pisos (razón meramente procedimental).” A nuestro modo de ver, o la razón de que sea jurisdicción voluntaria hay que encontrarla en la simplificación procedimental (lo cual combatimos) o en la función que desempeña el juez, pero no pueden ser las dos a un tiempo. Ver también: BRIOSO ESCOBAR, ENRIQUE LUÍS; *Los estatutos, reglamentos...*, cit. Pág. 104; PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Pág. 172 donde opina que: “... las escasas reglas procedimentales de la Ley permiten adscribir al que se ha calificado de juicio de equidad al terreno de la jurisdicción voluntaria, ya que en él no se da propiamente una pretensión contra partes determinadas, sino más bien una solicitud de intervención de la autoridad judicial, para que en función tuitiva de intereses particulares, proceda a adoptar medidas necesarias para el buen régimen de la comunidad; es decir, se trata de una función que en el fondo no difiere fundamentalmente de otras actividades de administración de Derecho privado, tales como la concesión de autorizaciones y licencias judiciales, la constitución de consejos de familia, el recurso contra el disenso paterno, etc. La similitud de este procedimiento con los de jurisdicción voluntaria, justifica la aplicación supletoria al mismo de las reglas de la LEC sobre tal clase de jurisdicción, en cuanto se adapten a la naturaleza del mismo.”

⁹²⁶ En parecido sentido, ver: BARONA VILAR, SILVIA; *Adopción de acuerdos...*, cit. Págs. 4918-21 donde, en relación al problema tratado considera vigente el principio de la doble instancia y, en consecuencia: “Por todo ello, consideramos que el párrafo 2º de la norma 3ª del artículo 16... no se aplica a la norma segunda del mismo artículo, ya que los procesos que en ambas normas se contienen son distintos, sus objetos son distintos y su finalidad también es diferente... En palabras de GÓMEZ DEL CASTILLO en uno se pretende amparar a la comunidad, mientras que en el otro se busca fundamentalmente proteger al comunero perjudicado... Además..., si el legislador hubiera querido considerar no apelable la resolución que se dicte en el juicio de equidad (en esta calificación discrepamos de la opinión de la autora) de la norma 2ª del artículo 16, proceso para suplir acuerdos, lo habría hecho expresamente, como lo hace en la norma 3ª del mismo artículo.”; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *Examen del artículo 16...*, cit. Pág. 786 donde opina que: “... contra el laudo (error pues la forma de laudo queda reservada para las resoluciones arbitrales) aquí dictado no cabe recurso alguno ni tampoco promover judicialmente acción declarativa alguna. El silencio de la Ley es absoluto en lo que a dicho extremo se refiere y por otra parte cuando el legislador de 1960 ha querido aludir al tema lo ha hecho, como puede observarse por ejemplo en la regla tercera, II de la propia Ley”, y págs. 790-91; GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ, MANUEL M; *Posibilidad de apelación*, cit. Págs. 433-42 donde, al margen de dar diversas razones en apoyo de su opinión, considera que: “Las disposiciones precedentes (se refiere a la norma segunda y tercera del art. 16) establecen dos procesos: uno para la adopción de acuerdos sociales, cuando fuese imposible la misma por sistema de mayoría (regla 2ª, artículo 16); otro para la impugnación de los citados acuerdos cuando fuesen lesivos para una parte determinada de comuneros (regla 3ª, artículo 16). Tales procesos poseen una tramitación

que tal solución pretenden⁹²⁷, no haría sino confirmar, una vez más, la pésima técnica legislativa utilizada en la elaboración de esta Ley pues, en ese caso, el procedimiento al

procedimental idéntica, por remisión de la regla posterior a la anterior, pero vienen a diferenciarse o distinguirse, en última instancia, por la referencia de la regla 3ª, en contraste con el silencio de la 2ª, a la ejecutividad e inapelabilidad de la resolución recaída y a la posterior posibilidad del proceso ordinario."; TOMÉ PAULE, J.; *Régimen procesal de la propiedad horizontal*, cit. Págs. 82, 94 y 108, donde considera que: "Este precepto (párrafo 2º de la norma 3ª), que se refiere única y exclusivamente al procedimiento que analizamos, es la base en que parte de la doctrina dominante funda su opinión de que el procedimiento especial de propiedad horizontal tiene siempre el carácter de sumario (él cree que la norma segunda del art. 16 contiene un proceso contencioso de tipo plenario). Nada más lejos de la realidad. El procedimiento se regula en el párrafo 3º de la norma segunda (actual párrafo 5º). Y en la norma tercera se declara la sumariedad, pero sólo para el supuesto a que la misma se contrae. Si el legislador hubiera querido otorgar el carácter de sumario a todos los supuestos, el párrafo transcrito no figuraría en la norma tercera, sino en la norma segunda, que es donde se regula el procedimiento. Y por ello la inapelabilidad y la posibilidad de impugnación en la vía judicial ordinaria sólo caben en la impugnación de acuerdos perjudiciales, no en la formación de acuerdos ni en la adaptación de estatutos. Se trata de un procedimiento en que la sumariedad no la determina la brevedad de su tramitación, sino la mayor o menor trascendencia de la materia litigiosa". Ver también: St APM de 30 de noviembre de 1992 (Sec. 10ª) (RGD 1993. Págs. 3751-56) FD 2º donde opina que: "... además, la decisión <<inapelable>> a que se refiere el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal es la de la regla tercera y no segunda (aunque aquélla se remita a los mismos trámites que ésta, lo que no tiene por qué suponer que la resolución de la segunda sea también inapelable, al no expresarse así en ella), ni primera de dicho artículo, siendo, en fin, cuando menos, dudosa esa imposibilidad legal de recurrir incluso en el mencionado supuesto tercero de la norma en cuestión, contraria tanto a la regla general de los artículos 376 y 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como a la especial en materia de arbitraje, que es la que tiene más analogía con el procedimiento judicial de equidad..."; Juz. 1ª Inst. nº 3 de Gijón Aut. de 23 de julio de 1997 FD 1º donde mantiene que la apelabilidad de la resolución judicial en el expediente judicial de adopción de acuerdos no deriva de la extensión de lo dispuesto en el párrafo segundo de la norma tercera del artículo 16 de la LPH de 1960. En contra, ver: Parte dispositiva del Aut. Juz. 1ª Inst. Salamanca de 26 de septiembre de 1996.

⁹²⁷ Caso claro de esta contradicción lo encontramos en: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 40 que, no obstante criticar la escisión del procedimiento que opera el legislador, entiende extensible el párrafo segundo de la norma tercera a la norma segunda y, refiriéndose a la posibilidad de sometimiento a arbitraje en estos casos, opina que: "La dificultad de aplicar la institución que nos ocupa a los dos supuestos que prevé el art. 16 en sus reglas 2ª y 3ª, no se deriva de su naturaleza jurídica ni del carácter necesario de la competencia territorial o del procedimiento; el impedimento proviene de la clase de tutela judicial que se puede obtener mediante este juicio; el Juez resuelve provisionalmente la cuestión, sin perjuicio del derecho de las partes a promover el proceso que corresponda; el auto que concluye el expediente no produce los efectos de la cosa juzgada; por el contenido de la regla 3ª, párrafo 2º del comentado art. 16; según el cual, << la decisión del Juez será ejecutiva e inapelable, sin perjuicio del derecho de las partes a promover judicialmente la acción que pudiera corresponderles >>; la decisión judicial no produce los efectos de la cosa juzgada en sentido material: no excluye un segundo proceso en el que se pueda debatir ampliamente, sin las limitaciones propias de la jurisdicción voluntaria, con contradicción efectiva, el objetivo del juicio de equidad; ni tampoco vincula al órgano jurisdiccional que, eventualmente, intervenga en un proceso declarativo; la regla 3ª, párrafo 2º del art. 16 se aplica a todos los supuestos que se sustancian en el procedimiento de equidad; ... la regla 2ª señala los trámites que rigen el juicio de equidad, cualquiera que sea su objeto; el inciso relativo a la ausencia de impugnación y a la ejecutividad del acuerdo judicial es cuestión de procedimiento que debería haberse incluido también en la norma 2ª y no en la 3ª; si el legislador no actuó así fue por una lamentable falta de sistemática; no porque tuviera la intención de

que nos estamos refiriendo no se encontraría regulado en la norma segunda, sino en parte en la norma segunda y en parte en la norma tercera, párrafo segundo^{928 929}.

regular de forma diversa los distintos supuestos fácticos encajables en el juicio de equidad; ..." y MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial* ..., cit. Págs. 99-113; RABELLA DE CARRILLO, JOSÉ ANTONIO; *La propiedad horizontal*..., cit. Pág. 16 donde sostiene que: "Siempre que se trate de impugnar un acuerdo de la Junta (se refiere a lo dispuesto por la norma tercera del artículo 16) deberá seguirse idéntico procedimiento al previsto en el apartado 2º de este artículo para la adopción judicial de acuerdos, y, además, quedará a salvo la posibilidad de plantear una auténtica reclamación judicial por quién se considere perjudicado en virtud del fallo inapelable que resolverá la impugnación."; PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos*..., cit. Pág. 176 y PERÉ RALUY, JOSÉ; *El procedimiento especial sumario de la LPH*, cit. Pág. 919 donde opina que: "Nada dice expresamente la ley con referencia a las resoluciones dictadas en el procedimiento para suplir acuerdos y en el de acomodación de estatutos; sin embargo, la naturaleza sustancialmente idéntica de los tres procedimientos y el juego de las remisiones mutuas contenidas en las normas de la ley, reguladoras de los mismos, permite afirmar el carácter inapelable de tales resoluciones."; ARROYO LÓPEZ-SORO, JOSÉ; *Propiedad horizontal*..., cit. Págs. 470-71.

⁹²⁸ Con el problema añadido de que la remisión contenida en la Disposición Transit. 1ª lo es sólo a la norma segunda. Ver, en contra, las palabras de PERÉ RALUY transcritas en la nota precedente; MORENO CATENA, VÍCTOR, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y GIMENO SENDRA, VICENTE; *Los procedimientos de la Ley de Propiedad Horizontal*..., cit. Págs. 267-68 donde consideran que, efectivamente, la remisión que opera la Disposición Transit. 1ª lo es tanto a lo dispuesto en la norma segunda como en la norma tercera.

⁹²⁹ Por ello no resulta comprensible la contradicción en la que incurre la St. APO (Sec. 4ª) de 28 de noviembre de 1998 cuando, en su FD 3º, mantiene: "El tema primordial que se plantea a la decisión de la Sala es el de la posibilidad de la revisión en esta segunda instancia de un juicio de equidad emitido por el juez "a quo". La opinión mayoritaria de la doctrina, y a juicio de este Tribunal, la mejor fundada, estima que este juicio de equidad del art. 16 de la LPH, tanto en el supuesto previsto en la norma 2ª de no poder lograrse la mayoría necesaria, como en el de la impugnación de acuerdos que se estimen gravemente perjudiciales para la minoría, de la norma 3ª, no son susceptibles de recurso alguno, salvo el de aclaración. En este sentido se pronuncian FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, FUENTES LOJO, MUÑOZ GONZÁLEZ y PERÉ RALUY, entre otros que (se) han ocupado monográficamente del tema. Los argumentos aducidos a favor de esta tesis son fundamentalmente...: A) Así se deduce de lo dispuesto en el párrafo segundo, de la norma 3ª, que establece expresamente que "La decisión del juez será ejecutiva e inapelable, sin perjuicio del derecho de las partes a promover judicialmente la acción que pudiera corresponderles". Sólo por una lamentable falta de sistemática del legislador no se consigna esta regla de un modo expreso para el supuesto del juicio de equidad de la norma 2ª, sometido al mismo procedimiento. Carece totalmente de sentido dar un tratamiento diferente al mismo "juicio de equidad", según que se dirija a la formación de acuerdos no logrados con la mayoría necesaria, o a la impugnación de acuerdos mayoritarios que se reputen gravemente perjudiciales para determinada minoría de comuneros.", lo cual supone la extensión de una norma prevista para un juicio contencioso (16.3 LPH) a un procedimiento de jurisdicción voluntaria como, sin embargo, reconoce la propia sentencia en el FD 3º, donde opina que: "Incluso resulta dudoso que este juicio de equidad sea un verdadero proceso contencioso. De ahí que la Ley, al regular este procedimiento, no hable de demanda, sino de "instancia o petición", ni de contestación, sino de "audiencia de los contradictores", y que la doctrina cuestione si la resolución que se adopte por el juez deba revestir la forma de sentencia, de auto o de laudo (con esto último discrepamos abiertamente)" y, máxime, cuando en ese mismo FD 3º acoge otro argumento que le permite apoyar la inapelabilidad (sin necesidad de forzar la interpretación extendiendo lo previsto en el párrafo segundo de la norma tercera a la norma segunda del art. 16 de la

Atendiendo a todo lo hasta aquí expuesto, nos encontramos ya en situación de afirmar que el procedimiento de adopción judicial de acuerdos (de los que requieren mayoría) que se contiene en la norma segunda del artículo 16 de la LPH es, *de lege data*, un procedimiento de jurisdicción voluntaria⁹³⁰ y, por tanto, y aunque la resolución sobre el fondo se adopte en equidad, no se trata de un verdadero juicio de equidad.

Tendremos ahora que analizar la corrección de los argumentos que llevaron al legislador a adoptar esta decisión.

El primero de ellos es el que se basa en la tradicional distinción según el cual la diferencia entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa se encuentra en la existencia o inexistencia de contienda entre partes conocidas. A nuestro modo de ver y, como se desprende de todo lo hasta aquí dicho, la razón de tal afirmación no se puede encontrar en la existencia o inexistencia de contienda entre partes en el caso concreto⁹³¹. Por bien

LPH) al mantener que las decisiones en equidad: "... *no son ontológicamente susceptibles de revisión en vía de recurso...*".

⁹³⁰ En este sentido, ver: Aut. Juz. Municipal nº 9 de Madrid, de 6 de noviembre de 1964 (RDProc, I, 1965. Págs. 161-162) Cdo. 4º donde opina, refiriéndose a lo dispuesto por la norma segunda del artículo 16 de la LPH que: "... *es procedente la promoción de expedientes de esta clase a fin de que el órgano jurisdiccional competente resuelva en equidad lo que proceda.*"; St. APO (Sec. 4ª) de 28 de noviembre de 1998 FD 3º donde opina que: "*Incluso resulta dudoso que este juicio de equidad sea un verdadero proceso contencioso. De ahí que la Ley, al regular este procedimiento, no hable de demanda, sino de "instancia o petición", ni de contestación, sino de "audiencia de contradictores", y que la doctrina cuestione si la resolución que se adopte por el Juez deba revestir la forma de sentencia, de auto o de laudo.*". En contra, ver: Aut. Juz. 1ª Inst. nº 3 Gijón de 23 de julio de 1997 FD 1º donde mantiene que: "*La primera necesidad es dejar sentada la naturaleza jurídica del proceso de referencia. En este sentido y teniendo en cuenta la existencia, o posibilidad, de contradicción y los efectos materiales de cosa juzgada que se producen con la resolución judicial. Se llega a la conclusión de que su naturaleza jurídica la sitúa dentro de las normas de la Jurisdicción Contenciosa. Con ello se quiebra la argumentación del recurrente cuyo punto de partida es acoger fuentes doctrinales que lo sitúan fuera de la Jurisdicción Contenciosa y que actualmente deben considerarse minoritarias.*".

⁹³¹ En contra, ver: ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; *Premisas para determinar ...*, cit. Págs. 47 y 51-53 donde considera que el rasgo distintivo de la jurisdicción voluntaria es triple pero el papel fundamental se lo atribuye al rasgo de la falta de contienda cuando establece que: "*Tienen..., mayor relieve..., las caracterizaciones asentadas en la falta de discusión litigiosa, en la reformabilidad de las resoluciones y en la ausencia de partes, dentro de la jurisdicción voluntaria. [...] Entonces, en sentido negativo, cabría sostener que, como regla, en la jurisdicción voluntaria el litigio está ausente, a veces latente..., pero nunca presente. Puede suceder, eso sí, que en un procedimiento de jurisdicción voluntaria se produzcan: a) incidentes contenciosos autónomos; b) discrepancia e impugnación de apreciaciones técnicas; c) oposición frente a ciertos acuerdos, y d) transformación del expediente voluntario en contencioso, al suscitarse controversia en aquél; pero ninguna de estas contingencias implica discusión*

que el tema ya ha sido resuelto anteriormente (y que será, de nuevo, abordado *infra* cuando analicemos el presupuesto habilitante de este procedimiento), basta para negar la validez del argumento el constatar que la existencia o inexistencia de contradicción no constituye característica definitoria ni de la jurisdicción voluntaria ni de la contenciosa pues en ambas se pueden encontrar ejemplos en ambos sentidos.

Menos fundamento, si cabe, se puede encontrar en el segundo de los argumentos que motivaron la solución legislativa adoptada: la necesidad de establecer para este supuesto concreto un procedimiento simplificado más cercano en sus características al de la jurisdicción voluntaria que al de la jurisdicción contenciosa^{932 933}. La razón es clara,

de una pretensión litigiosa en vía voluntaria..."; MORENO CATENA, VÍCTOR, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y GIMENO SENDRA, VICENTE; *Los procedimientos de la Ley de Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 263 donde consideran que: "..., un estudio más detenido de su objeto litigioso nos revela que, tanto la existencia (o posibilidad de existencia) de contradicción, como por los efectos materiales de la cosa juzgada que producen sus resoluciones judiciales, es justo convenir con TOMÉ PAULE en que se trata de un procedimiento, que ha de ser enmarcado dentro de las normas de la <<jurisdicción contenciosa>>"; IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, MIGUEL; *IV Resoluciones de los juzgados de Madrid. Cuestiones procesales en torno al juicio de equidad...*, cit. Pág. 165 donde, olvidando que en este caso el juez no condena a la junta a adoptar un acuerdo sino que, de estimarlo "procedente", será él mismo quien lo adopte, afirma: "..., sin duda, que el procedimiento de equidad reúne los caracteres de los plena y absolutamente contenciosos, pues en él existe una parte que acude ante el órgano jurisdiccional, solicitando una resolución de éste frente a otra parte, alegando un derecho que no le ha sido reconocido voluntariamente y para mayor claridad ejercita una auténtica acción de condena, pues lo que la actora quiere no es una declaración teórica, sino una declaración de su derecho y la posibilidad posterior de que dicho derecho se materialice en una obra, lo que de no aceptarse voluntariamente requeriría el apoyo judicial para su ejecución."; FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR; *Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 955 donde, basándose en el criterio de la contradicción entre partes, entiende, respecto del nombramiento de árbitros por falta de acuerdo de las partes (supuesto semejante al estudiado), que se trata de un verdadero proceso de naturaleza contenciosa; TOMÉ PAULE, J.; *Régimen procesal de la propiedad Horizontal*, cit.; RODRÍGUEZ Y GONZÁLEZ DEL REAL, CONCEPCIÓN; *Aspectos procesales más importantes...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 285.

⁹³² Ver, en parecido sentido, pronunciándose genéricamente sobre la incorrección de tal criterio como medio de distinción entre la jurisdicción voluntaria y contenciosa: ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; *Premisas para determinar...*, cit. Pág. 46 donde opina que: "No es posible distinguir, como algunos han intentado, jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria a base de diferencias procedimentales. La noción de procedimiento —no la de proceso— es común a los dos territorios; más aún: se manifiesta asimismo fuera del Derecho judicial e incluso en campos no jurídicos. Cabría, además, que el o los procedimientos de jurisdicción voluntaria fuesen idénticos a los seguidos en la contenciosa, o meras adaptaciones suyas; y aun en el caso de ser escasas y hasta nulas las semejanzas de unos y otros, ello no suministraría un criterio diferenciativo provechoso, puesto que discrepancias procedimentales acusadas median entre los diferentes juicios contenciosos de cualquier Código... y con mayor motivo si comparamos los de Códigos pertenecientes a diversos países o sistemas jurídicos. Dada

la simplificación procedimental es, como hemos visto *supra*⁹³⁴, connatural al mecanismo de formación de la decisión equitativa, parta ésta de un árbitro o de un juez y, en este segundo supuesto, independientemente de que se trate de un proceso contencioso o de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

A nuestro modo de ver, nos encontramos en este caso ante un expediente de jurisdicción voluntaria sin que sean, sin embargo, válidos los argumentos que movieron al legislador a optar por esta solución. El único argumento que nos permite afirmar la naturaleza jurídica de jurisdicción voluntaria del expediente contenido en la norma segunda del artículo 16 de la LPH, es la función⁹³⁵ que en este supuesto viene llamado a desempeñar el juez. En este caso, ante la imposibilidad de los propietarios para alcanzar un acuerdo por no reunir las mayorías necesarias requeridas por la Ley y, en atención a

su índole, el procedimiento suministrará, a lo sumo una pauta de diferenciación formal..., pero no esencial entre las dos jurisdicciones.”.

⁹³³ Apoyar este argumento podría derivar en extremos como el sostenido por BAUMBACH, el cual, so pretexto del excesivo formalismo procedimental, pretendió suprimir el proceso contencioso a favor de los de jurisdicción voluntaria. Ver: BAUMBACH; *Zivilprozess und Freiwillige Gerichtsbarkeit*, en, “*Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*”, 1938, cit. Págs. 583 y ss.

⁹³⁴ Ver lo dicho en: Cap. II, 3., a.2. La estructura del juicio de equidad.

⁹³⁵ En este sentido, ver: Aut. ATGC de 12 de junio de 1965 (RGD 1966. Págs. 138-39) Cdos. 1º y 2º donde establece, al respecto de la jurisdicción voluntaria que: “... parece innegable que teóricamente no cabe conceptualarla como verdadera jurisdicción en cuanto la actividad que en ella se desarrolla no es necesariamente judicial, mas no hay duda que en nuestro sistema jurídico positivo aparece atribuida, en parte, a los Tribunales de Justicia...[.] ... la diferencia entre jurisdicción contenciosa y voluntaria parece hallarse en el fin, desarrollándose ésta última como actividad del poder del Estado dirigida a la formación y no al mantenimiento del orden jurídico concreto; de ahí que las correspondientes resoluciones tienen carácter constitutivo, no declarativo, que no se obtienen, como un ilustre procesalista ha señalado, por actuación del derecho a crear un nuevo estado jurídico mediante una facultad que corresponde a un sujeto frente a otro, pues tal circunstancia no se da en estos actos de jurisdicción voluntaria.”. Ver también: St APM de 30 de noviembre de 1992 (Sec. 10ª) (RGD 1993. Págs. 3751-56) FD 3º donde considera que se trata de un procedimiento muy similar al arbitral, que se resuelve mediante “laudo judicial” y que, por ello, cabe concluir afirmando que no es un procedimiento “estrictamente jurisdiccional”. En contra, ver: ARAGONESES ALONSO, PEDRO; *Notas sobre la <<decisión en equidad>>...*, cit. Págs. 173 y 226 donde, al respecto del procedimiento contenido en el artículo 16 de la LPH considera que: “..., el que por el modo de decidir sea un proceso sumario no puede llevar a la confusión, observada en algún autor, de estimar que esta estructura es similar al arbitraje o al compromiso, o para entender que por la función que en él se realiza este procedimiento sin más debe adscribirse, en cuanto a su naturaleza, al terreno de la jurisdicción voluntaria.”. Con similares argumentos se expresan: MORENO CATENA, VÍCTOR, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y GIMENO SENDRA, VICENTE; *Los procedimientos de la Ley de Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 266 donde consideran que: “..., si tenemos en cuenta que, no obstante constituir un fallo <<en equidad>>, no nos encontramos ante un procedimiento arbitral, ni ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la forma que habrá de revestir dicha resolución es la de sentencia...”.

la posible vulneración que ello puede suponer de un "interés comunitario" que el legislador ha considerado digno de una salvaguarda especial, el juez es llamado a decidir sobre la conveniencia de su adopción y, en su caso, adoptarlo. El juez en estos supuestos no crea o declara un derecho sino que, por el contrario, se limita a completar una relación jurídica que no ha podido llegar a formarse por imposibilidad de cumplimiento de los requisitos legales requeridos para ello. Nos encontramos, por tanto, ante un acto de jurisdicción voluntaria de tipo constitutivo supletorio pues el juez se limita a suplir la falta de formación de una voluntad comunitaria que, sin embargo, de haberse formado privadamente, hubiera hecho innecesaria la actuación judicial⁹³⁶.

⁹³⁶ En parecido sentido, ver: GUASP DELGADO, JAIME; *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, cit. Pág. 1638 donde negaba carácter jurisdiccional al supuesto contenido en la norma segunda del art. 16 de la LPH al considerar que: "La idea esencial de la jurisdicción voluntaria consiste en recoger en un concepto único, todas las funciones en que un órgano de la administración de justicia actúa como administrador, pero como administrador de Derecho privado, esto es, realizando, cerca de las relaciones jurídicas de Derecho privado, cometidos que no son jurisdiccionales sino administrativos, se advertirá el íntimo parentesco existente entre las actuaciones judiciales previstas en el párrafo 3º de la regla 2ª del art. 16 de la LPH (párrafo 5º tras la reforma operada por Ley 2/1988 de 23 de febrero, BOE nº 50 de 27 de febrero), con la jurisdicción voluntaria."; MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 38 donde opina que: "La decisión que el juez debe adoptar no se fundamenta en el derecho sino en la equidad; no hay partes que articulen sus pretensiones por violación de un derecho propio frente a otro u otros sujetos; las funciones atribuidas al Juez no son jurisdiccionales, sino meramente judiciales; no nos encontramos ante un proceso sino ante un simple procedimiento." y MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial ...*, cit. Pág. 291 donde opina que: "La resolución judicial tiene carácter constitutivo; produce una alteración en la situación jurídica existente, sustituyéndola por otra diferente; cambio que los interesados no pudieron lograr por sí mismos, voluntariamente; la oposición o el desinterés de los titulares justifica la intervención judicial, la inmisión en el ámbito propio de la autonomía de la voluntad; el acuerdo judicial tendrá la misma efectividad que una decisión colectiva mayoritaria;...". Ver también: Aut. Juz. 1ª Inst. Salamanca de 26 de septiembre de 1996, FD 1º donde considera que en este expediente: "Lo que se pide al Juez en definitiva será que supla una u otra de las mayorías (de propietarios o de cuotas, o ambas); pero nunca que supla a la propia Junta y a los mecanismos legales para adoptar acuerdos sin antes saber si se pueden o no obtener por los cauces ordinarios."; Aut. Juz. Distrito de Blanes de 19 de diciembre de 1989, FD 2º donde establece que: "...; solamente cuando en segunda convocatoria no se logra en su caso el quórum de mayoría de propietarios y de cuotas presentes; se podrá acudir al mecanismo judicial previsto para que el Juez supla alguna de estas mayorías o ambas; pero nunca y en ningún caso para que directamente el juez más que suplir una ausencia de mayoría supla a la propia Junta y a los propios mecanismos legales; no se puede pretender que el Juzgado cree per se mayorías sin saber si se pueden o no obtener por los cauces ordinarios; no es éste el papel que el legislador concede al Juez. Item, cuando aparece meridianamente claro que los demandantes no hicieron uso de sus cuotas de propietarios y participación, en la reseñada Junta, siendo absolutamente improcedente y fuera de lugar pretender que la gestión de la Comunidad sea suplida por el Juez saltándose los cauces legales.".

Precisamente, por pertenecer el acto ahora estudiado a esta categoría, son muchos los autores que han pretendido ver en él un proceso de jurisdicción contenciosa de tipo constitutivo⁹³⁷. Por nuestra parte, y en atención a todos los argumentos hasta aquí expuestos, consideramos errónea dicha concepción pues, aunque las similitudes son grandes, a poco que se profundice en el estudio de ambos supuestos, se aprecia claramente la diferencia entre uno y otro. A este respecto, resultan en extremo aclaratorias las opiniones de SERRA DOMÍNGUEZ, GONZÁLEZ POVEDA o CARRERAS LLANSANA.

Según el primero de dichos autores es sólo respecto de los actos de jurisdicción voluntaria de tipo constitutivo, por la semejanza que presentan con las sentencias constitutivas necesarias, donde se pueden generar dudas referentes a su posible jurisdiccionalidad. No obstante, constatado este extremo, concluye que: *"La jurisdicción se ejercita en la sentencia prescindiendo de su contenido. La especialidad de las sentencias constitutivas necesarias no depende de la jurisdicción, sino del contenido del derecho, no susceptible de disposición... Sin que tampoco pueda afirmarse la identidad de carácter necesario en determinadas sentencias constitutivas y en los actos de jurisdicción voluntaria constitutivos. En el primer caso, el acuerdo de las partes, de existir, es irrelevante jurídicamente. En el segundo caso, el acuerdo no puede llegar a producirse por defecto de voluntad de una persona (menor, incapaz...)"*⁹³⁸.

Por su parte, GONZÁLEZ POVEDA opina que: *"Respecto a la naturaleza de los actos constitutivos nos inclinamos al parecer de ALLORIO. La declaración del*

⁹³⁷ Ver, por todos: SANTOS BRIZ, JAIME; *La propiedad horizontal o de casas ...*, cit. Pág. 318 donde considera que se trata de unos: *"... procedimiento(s), en realidad contencioso(s)..."*; BARONA VILAR, SILVIA; *Adopción de acuerdos...*, cit. Pág. 4898; GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ, MANUEL M.; *Posibilidad de apelación...*, cit. Pág. 436 donde considera que, tanto el proceso contenido en la norma segunda como en la tercera constituyen ejemplos de procesos contenciosos especiales de tipo declarativo; TOMÉ PAULE, J.; *Régimen procesal de la propiedad Horizontal*, cit. Pág. 82 y ss, donde lo ve como un proceso contencioso especial y plenario. Ver también: St. APTF de 19 de julio de 1994 (CD 1994) FD 2º donde parece considerar que la norma segunda y tercera del artículo 16 de la LPH regulan sendos procesos de naturaleza contenciosa.

⁹³⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, cit. Págs. 634-38.

*órgano jurisdiccional en el acto de Jurisdicción voluntaria no es equiparable a la declaración que se efectúa en el proceso (contencioso). Carece de la eficacia de la cosa juzgada en cuanto su objeto no es establecer la norma reguladora de la situación o relación entre partes, de donde, la posibilidad, en todo caso, de que la resolución de la Jurisdicción voluntaria pueda ser dejada sin efecto en un proceso ulterior*⁹³⁹.⁹⁴⁰

Por último, CARRERAS⁹⁴¹, tras establecer dos diversas posibles clasificaciones de los actos de jurisdicción voluntaria, considera que: “*Tampoco puede parangonarse el efecto jurídico material (de las resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria) con el producido por las sentencias constitutivas.*”.

Por todo lo dicho, podemos dar por finalizado este apartado. No constituyendo la jurisdicción voluntaria, pese a su nombre, un verdadero supuesto de jurisdicción y, habiendo afirmado nosotros el carácter jurisdiccional de los juicios de equidad, en cuanto productores del efecto típico de ésta (la cosa juzgada formal y material); el

⁹³⁹ Y, añadimos nosotros, que esa precisamente es la razón por la que no resulta necesario entender extensible al procedimiento regulado en la norma segunda del artículo 16 lo dispuesto por el párrafo segundo de la norma tercera de ese mismo artículo.

⁹⁴⁰ GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 64.

⁹⁴¹ CARRERAS LLANSANA, JORGE; *Eficacia de las resoluciones...*, cit. Pág. 679. Ver también, en parecido sentido: MUÑOZ ROJAS, TOMÁS; *Sobre la jurisdicción voluntaria*, cit. Pág. 7, donde opina que: “... solamente en sentido impropio y positivo es posible aplicar el efecto de cosa juzgada a la resolución declarativa y finalizadora del expediente (de jurisdicción voluntaria). Tanto el demandante de aquel proceso como el solicitante del procedimiento de jurisdicción voluntaria pretenden una resolución que reconozca o constituya, según hemos afirmado, una relación jurídica preexistente.”; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 44 donde considera que: “En primer lugar debe tenerse en cuenta el alcance de estos actos (de jurisdicción voluntaria). Por lo general se reducen a dejar constancia de una determinada situación, de un determinado evento, o a conseguir la realización de un acto que tiene unas determinadas consecuencias jurídicas... La diligencia cumple su finalidad exclusivamente con eso, es decir, en función del ámbito limitado para el que está prevista y dentro de ese ámbito es irrepetible, si no varían las circunstancias. No puede pues pretenderse atribuir a estas diligencias una trascendencia que no tienen. Dentro de su propia idiosincrasia, estos actos de jurisdicción voluntaria se perpetúan en el tiempo con el mismo alcance que otra resolución jurisdiccional. [...]..., también se debe tener presente que el contenido de la resolución jurisdiccional en estas diligencias es limitado, responde tan solo a una cognitio sumaria del órgano jurisdiccional, que se mueve en el ámbito restringido para el que está prevista la diligencia. Por ello el alcance de la resolución judicial es también limitado. Nos hallamos en definitiva ante un problema de límites de la cosa juzgada. De aquí la posibilidad de un juicio posterior, cuyo contenido será sin duda completamente distinto del del acto de jurisdicción voluntaria.”.

procedimiento de equidad regulado en la norma segunda del artículo 16 de la LPH de 1960 no pueden ser considerado un verdadero juicio de equidad en sentido técnico.

3. NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN EQUITATIVA.

Hemos afirmado en los apartados anteriores que el procedimiento regulado en la norma segunda del artículo 16 de la LPH, si bien, por tratarse de un expediente de jurisdicción voluntaria, no constituye un verdadero juicio de equidad en sentido técnico, es el único que en esa Ley impone que la resolución judicial sobre el fondo, necesariamente, tiene que ser en equidad y no en Derecho. Sentado esto, e independientemente del procedimiento utilizado para llegar a la resolución que ponga término al expediente, la estructura formativa de la decisión equitativa tendrá que ser forzosamente idéntica a la descrita para aquéllos anteriormente. Por ello, tendremos que analizar ahora el tipo concreto de equidad al que se está remitiendo la norma habilitante de esta decisión judicial equitativa; la norma segunda del artículo 16 de la LPH.

Habíamos establecido que hoy en día y en el ámbito de los ordenamientos jurídicos de tipo continental, sistemas éstos en constante evolución y adaptación, era imposible encontrar un supuesto de reconocimiento de la equidad general. En esos ordenamientos, entre los que se encuentra el español, la equidad judicial es reconocida en cuanto aceptada por la norma positiva y ejercida de acuerdo con los límites impuestos por ella misma.

Dejando aparte los precedentes remotos, el artículo 3.2 del nuevo Título Preliminar del CC, como hemos visto, recoge en su primera proposición el criticable reconocimiento de la equidad en su función de atemperamento del excesivo rigor que pudiera resultar de una interpretación rígida o legalista (*ex art. 3.1 CC*) de la norma positiva en su aplicación a la resolución del caso concreto. Por su parte, la segunda proposición del mismo precepto hace referencia a la equidad como forma de juicio, y se

puede entender incluida en la misma el reconocimiento genérico tanto de la equidad en su función sustitutiva como integradora.

Llegados a este punto, es evidente que la única duda posible respecto al tipo de equidad al que se está haciendo referencia en la norma segunda del artículo 16 de la LPH gira en torno a si se trata de una equidad de tipo sustitutivo o integrativo.

Atendiendo a la definición que de las mismas se ha dado anteriormente, consideramos que resulta claro que nos encontramos ante un supuesto de reconocimiento de facultades judiciales para decidir mediante la utilización de una equidad de tipo integrativo. Las razones que nos llevan a afirmar esto son: a) en los casos de equidad sustitutiva el legislador procede a regular un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, habilitando sin embargo al juez para, en ocasiones (bien a petición de las partes⁹⁴², bien de forma necesaria⁹⁴³), resolver un supuesto concreto de acuerdo con su particular criterio equitativo; b) en los supuestos de equidad integradora es el propio legislador el que, en atención a criterios de conveniencia, o por constatar la inadecuación de una regulación abstracta aplicable a toda una categoría de casos, prescinde de establecer una consecuencia jurídica genérica y habilita al juez para que sea él mismo el que la verifique en cada uno de los supuestos concretos que se sometan a su conocimiento.

El procedimiento de equidad reconocido por la norma segunda del artículo 16 de la LPH constituye, pues, un supuesto de reconocimiento de la facultad judicial para decidir en atención a criterios de equidad de tipo integrativo⁹⁴⁴. No obstante, la

⁹⁴² Ejemplo claro lo constituye el art. 114 del CPC italiano.

⁹⁴³ Constituye un ejemplo en este sentido el contenido del párrafo segundo del art. 113 del CPC italiano según el cual: "*Il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede lire due milioni.*".

⁹⁴⁴ Postura que comparte: FERNÁNDEZ COSTALES, JAVIER; *Las urbanizaciones...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 235 cuando considera que: "*No cabe duda de que la equidad a que alude la LPH es la denominada equidad propia, consagrada por el párrafo 2º del art. 3º del Código Civil; se trata de una equidad de fondo o material que permitirá al juez fundamentar su decisión*".

inapelabilidad que establece el legislador para los juicios a los que se refiere artículo 16. 3, 2º párrafo, y que, sin embargo, silencia en el artículo 16. 2, 5º párrafo, ha generado la duda de si el primer supuesto mencionado pudiera constituir un caso de equidad sustitutiva. A nuestro modo de ver, y en atención a lo dicho, tal discusión no debiera ni tan siquiera plantearse pues la decisión sobre el fondo en los juicios a los que se refiere la norma tercera⁹⁴⁵ no es en equidad. La elección del tipo de juicio equitativo ante el que nos encontremos no puede depender del mayor o menor acierto del legislador a la hora de regular los medios de impugnación de la resolución equitativa sino, única y exclusivamente, del hecho de haber, o no, previsto éste una consecuencia jurídica genérica para el supuesto de hecho contenido en la norma.

Por otra parte, en el procedimiento de equidad regulado en la LPH española, el legislador ha optado (como se verá con mayor profundidad cuando analicemos la competencia judicial para el conocimiento de este procedimiento) por configurarlo como de carácter necesario⁹⁴⁶ y no consensuado⁹⁴⁷. Esto es, el juez, en todos los asuntos

exclusivamente en ella por prevención legal expresa, lo cual demuestra que en este tipo de procesos relativos al régimen jurídico de lo edificado,..., la equidad ha sido tenida en cuenta por el legislador... decidirá el juez o tribunal por aplicación de la equidad integradora."

⁹⁴⁵ Así como en el procedimiento de adaptación de estatutos contenido en la Disp. Transit. 1ª.

⁹⁴⁶ Como en el supuesto del artículo 113. 2º párrafo del CPC italiano. En contra de tal opinión, ver: ARAGONESES ALONSO, PEDRO; *Notas sobre la <<decisión en equidad>>...*, cit. Pág. 21, donde considera, si bien para distinguirlo de los supuestos de arbitraje y partiendo de una concepción contenciosa de este procedimiento, que: "El juicio de equidad establecido en el artículo 16 de la Ley de

a los que se refiere el supuesto de hecho de la norma habilitante, deberá resolver obligatoriamente en atención a criterios de equidad y no de Derecho objetivo, sin que a la voluntad contraria de las partes le sea reconocido ningún efecto.

Propiedad Horizontal no es, desde el punto de vista estructural, un supuesto de arbitraje, no ya de carácter facultativo, sino ni siquiera de carácter forzoso, y ello porque, como ya hemos señalado en otra ocasión, el proceso se diferencia de cualquier estructura de heterocomposición en la que el órgano decisor venga designado inmediatamente por las partes porque el proceso se caracteriza por su significado subjetivo institucional: el juzgador, el juez, en cada proceso, no se designa mediata o inmediata por las partes para cada supuesto, sino que está normativamente predeterminado."

⁹⁴⁷ Como sucede en nuestro Derecho con el supuesto del compromiso arbitral y, en el Ordenamiento jurídico Italiano, con los juicios de equidad regulados en el art. 114 del CPC.

CAPÍTULO CUARTO

SUJETOS DEL PROCESO

1. ÓRGANOS JURISDICCIONALES.

a) Competencia judicial.

a.1. Modelo legal.

Habíamos afirmado anteriormente que el procedimiento de equidad regulado en la LPH constituye un ejemplo de procedimiento de jurisdicción voluntaria de naturaleza constitutiva supletoria⁹⁴⁸. En este supuesto la intervención judicial se configura como necesaria en el sentido de que la obligación de que en estos casos el juez haya de decidir sobre el fondo atendiendo a criterios de equidad no depende, a diferencia de lo que sucede en el supuesto contenido en el art. 114 del CPC italiano, del acuerdo previo de los implicados en el expediente.

Así las cosas, tenemos ahora que estudiar lo que la LPH dispone respecto de la competencia judicial para el conocimiento y resolución de estos expedientes para, con posterioridad, analizar las ventajas e inconvenientes que genéricamente presenta tal modelo en comparación con otras posibles soluciones que ofrece el Derecho comparado. Una vez concluida esta tarea, nos encontraremos ya en situación de realizar un comentario crítico y una propuesta de modificación del modelo español en este punto concreto.

⁹⁴⁸ Ver: Cap. II, 3., b), b.1.2. De la codificación al momento actual.

Punto de partida obligado es lo dispuesto por la norma quinta del artículo 16 de la LPH. Según esta norma, que, no obstante la promulgación de la LOPJ en fecha 1 de julio de 1986, ha permanecido invariada incluso después de la reforma parcial de la LPH en 1988: "*Será Juez competente para conocer de las cuestiones a que se refieren los números 2º y 3º del presente artículo el municipal o comarcal del lugar donde esté sita la finca*"^{949 950}.

Por otra parte, no debemos olvidar que el supuesto contenido en la norma segunda de ese artículo constituye un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Por esta razón (y si bien el concepto y el régimen jurídico de la competencia son, en su mayor parte, comunes a la jurisdicción voluntaria y la contenciosa), la resolución que demos al problema de la competencia judicial para el conocimiento de este procedimiento no podrá olvidar las peculiaridades propias de aquélla.

a.1.1. Competencia objetiva y funcional.

Es el artículo 53 de la LEC la norma básica en cuanto a la fijación de la competencia^{951 952} de los Tribunales⁹⁵³. Según este precepto: "*Para que los Jueces y*

⁹⁴⁹ Sobre lo dispuesto por la misma con anterioridad a 1985, ver: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed., cit. Pág. 156; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *Examen del artículo 16...*, cit. Pág. 777. Ver un estudio jurisprudencial de estos aspectos en: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La comunidad de propietarios y sus órganos*, cit. Págs. 558-61 y 823-25; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; *La Ley de Propiedad Horizontal...*, 3ª ed., cit. Págs. 114-120.

⁹⁵⁰ Siendo constante la jurisprudencia que entiende que lo dispuesto por la norma 5ª no es aplicable a la impugnación de los acuerdos por unanimidad. En este sentido: STS de 30 de junio de 1986 (RJ 6773/1987) FD 3º; STS de 9 de octubre de 1987 (RJ 6773/1987) FD 3º. Por su parte, la St. APNA de 11 de junio de 1973 (RGD 1974. Págs. 472-73) Cdo. 1º considera que la competencia judicial establecida por la norma 5ª del artículo 16 se tiene que entender extensible al procedimiento de adaptación de estatutos contenido en la Disp. Transit. 1ª. Ver también en este sentido: TOMÉ PAULE, J.; *Régimen procesal de la propiedad Horizontal*, cit. Pág. 96.

⁹⁵¹ En parecido sentido, ver: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial en el proceso civil. Tratamiento procesal y jurisprudencial*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996, cit. Pág. 16, donde considera que la primera proposición hace referencia a la competencia objetiva y funcional y la segunda a la territorial.

⁹⁵² Una definición genérica de competencia la encontramos en: CARNELUTTI, FRANCESCO; *Diritto e Processo*, cit. Págs. 87-88 donde opina que la competencia: "... è pertanto il risultato di una pianificazione, come oggi usa dire, la quale mira a dare ad ogni lite come ad ogni affare il giudice

Tribunales tengan competencia se requiere: 1º Que el conocimiento del pleito o de los actos en que intervengan esté atribuido por la ley a la autoridad que ejerzan. 2º Que les corresponda el conocimiento del pleito o acción con preferencia a los demás Jueces o Tribunales de su mismo grado.”.

En el ámbito propio de la competencia y, concretamente, en referencia al criterio de atribución jerárquica del conocimiento de los procesos y actos de jurisdicción voluntaria, puede distinguirse entre la competencia objetiva y la funcional. Mediante ellas se delimita el oficio del órgano jurisdiccional, fijando los supuestos en los que goza de la autoridad necesaria para que su juicio se imponga a los justiciables⁹⁵⁴. La primera de ellas es aquélla por la que se distribuyen los asuntos, en primera instancia, entre los órganos jurisdiccionales que pueden conocer de ellos. Esta atribución puede, a su vez, realizarse en atención a un criterio general (cuantitativo), o bien, especial (la materia u objeto del procedimiento); teniendo en cuenta que de existir una norma que otorgue la competencia objetiva en atención al criterio material, no resultará ya preciso recurrir a la cuantía⁹⁵⁵. Por su parte, hablar de competencia funcional supone referirse al criterio de atribución competencial que, teniendo en cuenta la organización jerárquica de

idoneo, cioè quello il quale si trova nella posizione più favorevole per comporre la lite o per definire l' affare secondo giustizia. Nella realtà degli ordenamenti vigenti tale pianificazione tradisce le sue origini empiriche e risponde per molti lati più alle tradizioni che ad esigenze razionali.”.

⁹⁵³ Respecto de los límites de la jurisdicción, el artículo 9 de la LOPJ establece que: “1º Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra ley. 2º Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.”.

⁹⁵⁴ En este sentido, ver: CARRERAS LLANSANA, JORGE; *Las fronteras del juez*, cit. Pág. 113 donde opina que: “La competencia vertical, singularmente la objetiva, y en menor grado la funcional, nos indica en qué caso tiene un órgano jurisdiccional la autoridad precisa para que su juicio se imponga como regla a los justiciables; dentro de los diversos grados de órganos en la escala jerárquica, tal competencia vertical discierne qué órganos tendrán autoridad para decidir con exclusión de toda intervención jerárquica superior.”; PELÁEZ DEL ROSAL, MANUEL; *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*, Barcelona, 1974, cit. Pág. 56, donde opina que: “Las reglas de competencia objetiva han sido instituidas directamente en interés público, son inderogables y limitan el oficio del órgano en cuanto al ejercicio válido de la autoridad, oficio o función que viene impuesto por el ordenamiento e indica en qué caso tiene un órgano jurisdiccional la autoridad precisa para que su juicio se imponga como regla a los justiciables.”.

⁹⁵⁵ En parecido sentido, ver: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Pág. 17; CORTÉS GIRÓ, VICENTE; en, “Comentario a la ST ATV de 17 de noviembre de 1961 (RGD 1962. Págs. 352-54)”, considera que: “... hemos defendido y seguiremos defendiendo la necesidad de apartarse

los Tribunales, atribuye a cada órgano jurisdiccional determinadas funciones, instancias o actos.

Ante la pervivencia del texto original de la norma quinta del artículo 16, incluso tras la promulgación de la LOPJ de 1985, tendremos que vislumbrar ahora la atribución que de esos dos tipos de competencia realizaba dicha norma antes y después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica.

Con anterioridad a 1985, la inexistencia de un criterio genérico de atribución de la competencia objetiva en los procedimientos de jurisdicción voluntaria hizo vacilar a la doctrina. La generalidad de los autores consideraron que la solución, en aquellos procedimientos en los que no se estableciese expresamente otra cosa, pasaba por entender que la misma se atribuía a los Juzgados de Primera Instancia⁹⁵⁶. Para apoyar tal argumentación se citaba lo dispuesto por el artículo 270 de la LOPJ de 1870 y, en ocasiones, se pretendía ver en el artículo 2109 de la LEC (relativo a los actos en negocios de comercio) una norma genérica aplicable a todos los actos de jurisdicción voluntaria.

No era éste, sin embargo, el caso del procedimiento ahora estudiado. En éste, una norma, como era la contenida en el apartado quinto del artículo 16 de la LPH, atribuía expresamente la competencia a los juzgados municipales o comarcales del lugar donde estuviere sita la finca.

El panorama de la competencia objetiva en los actos de jurisdicción voluntaria, sin embargo, tenía que cambiar drásticamente tras la promulgación de la LOPJ de 1985. En primer lugar, en ésta, se contenían dos preceptos que abordaban expresamente el problema en relación a la jurisdicción voluntaria. En segundo término, su contenido

del criterio de competencia por razón de la cuantía en todos los casos de propiedad horizontal, y conceder su conocimiento exclusivo a la Justicia Municipal, ...".

confirmaba la opinión doctrinal comentada anteriormente. El apartado 2º del artículo 85 de la LOPJ estableció que, en el ámbito civil, los Juzgados de Primera Instancia conocerán: *"De los actos de jurisdicción voluntaria previstos en la ley."* Por su parte, el apartado 1º del artículo 100 reconocía una excepción a la norma general al disponer que: *"Los Juzgados de Paz conocerán, en el orden civil, de la substanciación en primera instancia, fallo y ejecución de los procesos que la ley determine..."*. A este respecto resultan en extremo interesantes las consideraciones contenidas en el Fundamento de Derecho 4º de la STS de 29 de octubre de 1993 (CD 93C862) (Ponente: ALMAGRO NOSETE), donde, en referencia a un juicio de desahucio común, se establece que: *"Suprimida la <<Justicia de Distrito>> (que englobaba a los antiguos Jueces Comarcales y Municipales) cuyas funciones prácticamente se han asumido por los Jueces de Primera Instancia, son éstos hoy los únicos competentes para conocer de los juicios de desahucio, lo que ha motivado que la L 10/1992 de 30 abril haya dejado <<sin contenido>> el art. 1562,..."*.

Por todo lo dicho, y en atención a la inexistencia de una norma que establezca expresamente la competencia del Juez de Paz para el conocimiento del expediente que nos ocupa, la competencia objetiva para el conocimiento del mismo tendrá que considerarse atribuida al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde esté sita la finca. En los supuestos en que, atendiendo a lo dispuesto por el apartado primero del artículo 99 de la LOPJ⁹⁵⁷, no exista Juzgado de Primera Instancia en el municipio concreto, la competencia objetiva se tendrá que entender atribuida al Juzgado de Primera Instancia que tenga sede en la cabecera de la demarcación judicial a la que pertenezca el municipio. Por ello, opinamos que la norma quinta del mismo artículo se tiene que considerar derogada⁹⁵⁸ en lo referente a la atribución del conocimiento a los Juzgados

⁹⁵⁶ Ver, por todos: GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 81 donde apoya esta postura y cita, en igual sentido, la opinión de GÓMEZ ORBANEJA, GIMENO GAMARRA, HERCE QUEMADA y SÁEZ y LÓPEZ.

⁹⁵⁷ Art. 99.1 LOPJ: *"En cada municipio donde no exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, y con jurisdicción en el término correspondiente, habrá un Juzgado de Paz."*

⁹⁵⁸ Esta es, por otra parte, la opción por la que opta el artículo 7 del texto de la PROPOSICIÓN DE LEY 122/000062, según el cual: *"la norma quinta del artículo 16 queda sin contenido."*

municipales y comarcales pues, la imperatividad de la norma segunda del artículo 85 de la LOPJ no ofrece lugar a dudas⁹⁵⁹.

Por su parte, la regulación de la competencia funcional (a la que hace referencia, en el Orden Civil, el artículo 55 de la LEC⁹⁶⁰), al hallarse la misma directamente relacionada con la estructura jerárquica de los Tribunales, resulta, en lo esencial, idéntica a la dispuesta para la competencia objetiva⁹⁶¹. En espera de lo que se dirá oportunamente cuando abordemos el problema de la apelabilidad de la resolución dictada por el juez en el procedimiento objeto de nuestro estudio (que añade la peculiaridad de obligar, en estos casos, a que la misma sea conforme a equidad, y no en Derecho), cabe decir ahora que, a nivel general, las únicas especialidades que presentaba (con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPJ de 1985) la regulación de este tipo de competencia en el ámbito de la jurisdicción voluntaria se reducían a las contenidas en la Ley 10/1968, de 20 de junio. El número primero del artículo 1 de esa Ley atribuyó a las Audiencias Provinciales la competencia para conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por los Jueces de Primera Instancia en los actos de jurisdicción voluntaria contenidos en el Libro III de la LEC, cuando proceda, y en cualesquiera otros que se tramiten por las disposiciones generales de ese Libro⁹⁶².

⁹⁵⁹ En igual sentido, ver: SALINAS VERDAGUER, EDUARDO; *Aspectos procesales...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 173; MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 23; BARONA VILAR, SILVIA; *Adopción de acuerdos...*, cit. Pág. 4901; MORENO CATENA, VÍCTOR, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y GIMENO SENDRA, VICENTE; *Los procedimientos de la Ley de Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 264.

⁹⁶⁰ Art. 55 LEC: "Los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito, la tendrán también para las excepciones que en él se propongan, para la reconvención en los casos que proceda, para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictaren, y para la ejecución de la sentencia."

⁹⁶¹ Ver arts. 60 y 61 de la LEC que disponen: "Art. 60: la sumisión expresa o tácita a un Juzgado para la primera instancia, se entenderá hecha para la segunda al superior jerárquico del mismo a quien corresponda conocer de la apelación. Art. 61: En ningún caso podrán someterse las partes, expresa ni tácitamente, para el recurso de apelación, a Juez o Tribunal diferente de aquél a quien esté subordinado el que haya conocido en primera instancia."

⁹⁶² Se suscitaba, pues, la duda de si esa disposición alcanzaba a los actos de jurisdicción voluntaria regulados en otras leyes, como es el caso del que es objeto de nuestro estudio.

Nuevamente, como en el supuesto de la competencia objetiva, la LOPJ de 1985 ha introducido variaciones en esta materia. Según el número primero de su artículo 82 (actual número 4 tras la reforma del precepto operada por LO 7/1988, de 28 de diciembre), al desaparecer las antiguas Audiencias Territoriales: “*En el orden civil conocerán las Audiencias Provinciales de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de Primera Instancia de la provincia.*”⁹⁶³. Por otra parte, la nulidad radical que el artículo 238.1 de la LOPJ apareja a la carencia de competencia funcional supone, a la luz de lo dispuesto por el apartado 2º del artículo 240 de la LOPJ que, sin perjuicio de los recursos que procedan: “... *el Juez o Tribunal podrá, de oficio antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.*”.

Para concluir este apartado no nos queda sino reseñar que las normas atributivas de la competencia objetiva y la funcional, como en el caso de la jurisdicción contenciosa, son de naturaleza improrrogable⁹⁶⁴ y la vulneración de las mismas acarrearán la nulidad de pleno derecho de lo actuado. A este respecto, el artículo 54 de la LEC establece que: “*La jurisdicción civil podrá prorrogarse a juez o Tribunal que por razón de la materia, de la cantidad objeto del litigio y de la jerarquía que tenga en el orden judicial, pueda conocer del asunto que en él se proponga.*”. El criterio sentado por este precepto ha sido confirmado por lo dispuesto en el apartado primero del artículo 238 de la LOPJ⁹⁶⁵. En consecuencia, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la prorrogabilidad de la competencia se tiene que entender, en principio⁹⁶⁶, restringida a la competencia territorial y, por tanto, respecto de la objetiva y funcional, será de

⁹⁶³ Característica ésta que, por el carácter imperativo de la norma segunda del artículo 85 de la LOPJ, se da en todas las resoluciones de expedientes de jurisdicción voluntaria (salvo si las mismas se han atribuido al conocimiento de los Jueces de Paz, haciendo uso de lo dispuesto por el apartado primero del artículo 100 de la LOPJ).

⁹⁶⁴ Ver: St. ATV de 8 de octubre de 1969 (RGD 1969. Págs. 1176-78) Cdo. 1º.

⁹⁶⁵ Dispone este precepto que: “*Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

1º *Cuando se produzcan con manifiesta falta de competencia objetiva o funcional.*”.

⁹⁶⁶ Decimos en principio por cuanto, como se verá, existen supuestos en los que la competencia territorial se establece también con carácter improrrogable.

aplicación lo dispuesto por el artículo 74 de la LEC⁹⁶⁷, según el cual: "*En ningún caso se promoverán de oficio las cuestiones de competencia en los asuntos civiles; pero el Juez que se crea incompetente por razón de la materia, podrá abstenerse de conocer, oído el Ministerio fiscal, previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda.*". Por otra parte, cabe recalcar que, en el momento actual (y tras la desaparición de los Juzgados de Distrito y Comarcales del organigrama judicial⁹⁶⁸), por no desempeñar papel alguno la fijación de la cuantía litigiosa⁹⁶⁹ en la determinación del

⁹⁶⁷ A este respecto, ver: STS de 14 de octubre de 1985 (La Ley 1986-I, 207), donde establece que: "*La facultad deber de examinar de oficio la competencia ratione materiae impuesta por el art. 74 LEC ... trasciende a las Audiencias y al TS, al conocer de las cuestiones en virtud de los recursos de apelación o de casación ante ellos interpuestos...*"; STS de 14 de octubre de 1989 (La Ley 1990-I, 798), donde establece que: "*... en casación no se formuló el motivo del art. 1692.1º de la LEC, sin embargo el TS no puede mantenerse impasible ante la evidente infracción de las normas de orden público, como son las de procedimiento en lo tocante a la competencia judicial objetiva o por la cuantía, que se ha cometido primero por el juzgado y después por la Sala a quo al seguir los trámites improcedentes.*".

⁹⁶⁸ Ver, en parecido sentido: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 17-18 donde considera que: "*La combinación de materias y cuantías, determinantes de la clase de juicio que debe tramitarse y, a través del procedimiento, del tipo de órgano que debe conocer del mismo, presentaba cierta complejidad hace algunos años [...] La cuestión se ha simplificado, tras la conversión de los juzgados de distrito (antiguos municipales y comarcales) en juzgados de primera instancia (y de primera instancia e instrucción) o, en su caso, en juzgados de paz. En primer lugar, porque, al desaparecer los juzgados de distrito se han reducido, obviamente, las clases o tipos de juzgados y tribunales que pueden ser objetivamente competentes para conocer en primera instancia. Después porque el criterio de la cuantía, que afectaba a la determinación del juez competente para conocer de los cuatro juicios declarativos ordinarios, tiene actualmente escasa trascendencia como criterio para la atribución de la competencia objetiva (aunque la conserve para la determinación del juicio declarativo ordinario que debe tramitarse, o para permitir el acceso a la casación a partir de unas determinadas cuantías), pues únicamente determina que la competencia objetiva corresponderá al juez de paz, cuando el juicio verbal que deba tramitarse no supere la cuantía de 8000 pts. [...] Esta simplificación, operada a partir del nuevo orden jurisdiccional implantado por la L.D.P.J., no llega a dejar sin contenido a las normas de atribución de competencia objetiva, pero permite formular una regla con escasas excepciones. La regla es que la competencia objetiva para conocer en primera instancia sobre cualquier asunto corresponde a los jueces de primera instancia (art. 85.1 LOPJ). Las excepciones, las constituyen las competencias que objetivamente se atribuyen a los juzgados de paz (arts. 100.1 LOPJ y 715.1 LEC)...*"; SALINAS VERDEGUER, EDUARDO; *Aspectos procesales...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 183 donde considera que, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 16. 5º de la LPH y 85.1 LOPJ, la competencia corresponde a los jueces de primera instancia.

⁹⁶⁹ Problema aparte es (en el ámbito de los procesos contenciosos ordinarios) el que supone la transformación del procedimiento cuando la elección de éste haya sido inadecuada pero, repetimos, ello no constituye actualmente un problema de competencia. Ver, en parecido sentido: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 21-22 donde considera que: "*..., cuando el demandado impugne la cuantía, -con lo que, por lo general, no pretenderá discutir la competencia que, a partir de 8000 pts., corresponderá siempre al juez de primera instancia, sino el procedimiento-, no podrá hacer uso de la excepción del art. 533.1 de la LEC, dado que dispone de los cauces procesales específicos de los arts. 492 y ss. de la LEC y del art. 47 del D. de 21 noviembre de 1952 para dicha impugnación.*". Ver también lo dispuesto por la St. APSG de 19 de octubre de 1982 (La Ley 1983-II,

juez competente (salvo en los supuestos residuales en los que puede conocer el Juez de Paz⁹⁷⁰), no podrán plantearse este tipo de cuestiones respecto a la competencia objetiva y funcional.

a.1.2. Competencia territorial y el repartimiento de negocios.

Sentado que en el supuesto estudiado son competentes objetivamente los Juzgados de Primera Instancia, debemos ahora plantearnos cual de entre todos los de esa clase existentes en el territorio nacional es el llamado a conocer. Para realizar esta tarea el legislador acude al criterio del fuero o del territorio, en un intento de atribuir el conocimiento del asunto al juez más cercano territorialmente a los demandantes de justicia⁹⁷¹. En la concepción originaria de la LEC, este criterio atributivo de la competencia (que se configura como un mecanismo de división del trabajo informado, básicamente, por necesidades de eficiencia económica del proceso y de acercamiento de la justicia a sus destinatarios), a diferencia de los anteriormente tratados, se configuraba como absolutamente abierto al juego de la libre voluntad de las partes^{972 973}. Ésta, en

935) donde se inclina por entender sanada la falta de competencia objetiva por razón de la cuantía en aquellos casos en los que las partes no lo pongan de manifiesto, y establece: "Si el art. 32 D 21 nov. 1952 establece que el juez examinará de oficio su propia competencia objetiva por razón de la cuantía, y así lo efectúa en el proveído de 10 marz. 1982 y no aparece impugnada la cuantía en la forma prevenida en el art. 47 de dicho Decreto, es indudable que el propio juez carece de facultades para negar ahora lo que admitió como válido y legítimo al admitir a trámite la demanda."

⁹⁷⁰ Ex Art. 100. 1 LOPI.

⁹⁷¹ Ver también: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Pág. 19 donde opina que: "La competencia territorial..., no delimita el oficio del órgano jurisdiccional, sino el juez o tribunal concreto, con oficio, entre todos los jueces o tribunales del mismo tipo existentes en el territorio nacional, que deberá conocer del litigio.[...] ...se atribuye el conocimiento al juez más idóneo entre todos los que tienen el mismo oficio, ya que aquel juez une, a su autoridad para juzgar, su potestad sobre el territorio en el que mejor se pueden averiguar los acaecimientos de la relación jurídica que serán debatidos en el juicio."; CARRERAS LLANSANA, JORGE; *Las fronteras del juez*, cit. Pág. 113.

⁹⁷² Ver, en parecido sentido: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 27, 28-34, donde opina que: "Sin perjuicio de lo que se disponga para casos especiales (art. 71.1 LEC), la LEC establece reglas de competencia territorial que sólo se aplicarán en el caso de que los interesados no dispongan de otro modo su conducta (art. 62 LEC), sometiéndose a cualquier juez con competencia objetiva para conocer del asunto (art. 56 LEC). [...] Se entendió en el momento de codificar nuestro Derecho procesal que, como nada impedía que un juez sustanciara válidamente un proceso, aunque ni los sujetos ni el objeto del mismo estuvieran sometidos a su potestad, por encima de la potestad territorial, debía prevalecer la autoridad para resolver, y que ésta quedaba reforzada permitiendo que

todo caso, debía actuar de forma primaria⁹⁷⁴ (sumisión tácita y expresa de los artículos 58 y 57, respectivamente) y, sólo en caso contrario (como prueba el juego que ofrece la

los interesados pudieran atribuir la preferencia para conocer de su litigio a cualquier juez o tribunal con competencia objetiva. [...] Este modo de concebir la competencia territorial por parte del legislador de la LEC de 1855 y de la LOPJ de 1870 fue el acogido por la LEC de 1881, que se limitó a transcribir los preceptos reguladores de la competencia territorial contenidos en aquellos cuerpos legales (esencialmente, los actuales arts. 56 a 63 de la LEC reproducen las disposiciones contenidas en los arts. 2 a 5 de la LEC de 1855 y los arts. 303 a 309 de la LOPJ de 1870). [...] Entendidas así la sumisión expresa y la sumisión tácita por el legislador, el significado era necesariamente que los fueros o reglas atributivas de competencia territorial debían pasar a ser de aplicación sólo cuando la competencia no quedara inicialmente determinada por la sumisión tácita que, en realidad no era una regla de atribución de competencia, sino que sencillamente constituía inicialmente la competencia. [...] Y sólo cuando la competencia no hubiera quedado inicialmente determinada por la sumisión tácita, y, además, no se hubiera producido pacto alguno de sumisión expresa (art. 62 LEC: "fuera de los casos de sumisión expresa o tácita..."), serían de aplicación los fueros legales. [...] ...como el art. 63 regula supuestos más especiales que los del art. 62, es el art. 63 al que se debe atender en primer lugar, y sólo en el caso de que no pueda determinarse la competencia territorial en razón de la materia sobre la que versa la demanda o del juicio que debe sustanciarse, deberá acudir al art. 62, que permitirá siempre determinar la competencia en razón del fundamento de derecho material de la acción que se ejercite. [...] De todo lo expuesto, en torno al ordenamiento de los fueros en la LEC, resulta que el poder de prorrogación del fuero en la concepción del legislador de 1881 era absoluto. En primer lugar, determinadas conductas de los interesados constituyen la competencia territorial o surten fuero. Después, los fueros legales sólo deben aplicarse en defecto del fuero convencional..." y Pág. 82. Ver también la opinión de: GÓMEZ DE LA SERNA; *Motivo de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857, cit. Pág. 3 (Citado por: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Pág. 28, nota 23) donde consideraba que: "El juez elegido por la voluntad de las partes, con preferencia a otro cualquiera, debe ser el más competente, porque reúne la doble sanción de la autoridad pública y de la confianza de los litigantes. Era, pues, natural y lógico poner como primera causa de competencia la que hasta ahora se ha sobrepuesto a todas, la que tiene su fundamento en la voluntad expresa de los litigantes, la que no obliga al legislador a acudir a presunciones que le sirvan de punto de partida para su tarea."; PELÁEZ DEL ROSAL, MANUEL; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 57, 66, y 157-58; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME; *Procesos arrendaticios urbanos y comunes tras la nueva LAU de 24 de noviembre de 1994*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, cit. Págs. 51-52.

⁹⁷³ Sobre la prorrogabilidad de la jurisdicción en nuestro Derecho hasta el momento de la codificación, resulta de la mayor importancia el estudio realizado por: PELÁEZ DEL ROSAL, MANUEL; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 71 a 155.

⁹⁷⁴ En esta línea la STC 101/1984, de 8 de noviembre, consideraba que la disposición de la competencia territorial resulta compatible con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Establecía a este respecto en su FJ 4º que: "La existencia en la ley de la posibilidad de un pacto de sumisión por las partes a favor de un determinado órgano judicial, o la posibilidad opcional confiada por la ley a los acreedores para residenciar la solicitud de declaración de quiebra en un juzgado, entre varios legalmente posibles, constituyen otros tantos criterios legales preestablecidos con anterioridad al caso, y en cuanto tales forman parte de las normas competenciales que el legislador puede mantener o sustituir, pero que en cuanto estén vigentes sirven para determinar cual es el juez del caso, quién, una vez resulta determinado, entre otras normas, por éstas de carácter opcional, se convierte en el juez legal, en el juez predeterminado por la ley, de quien habla la Constitución."

redacción de los artículos 56 y 62⁹⁷⁵), sería suplida la falta de la misma por los fueros fijados legalmente en los artículos 62 y 63 de la propia Ley.

Sin embargo de lo dicho, la tendencia del legislador en los momentos actuales (y prueba de ello la podemos encontrar, entre otros muchos ejemplos, en la redacción de la norma 5ª del artículo 16 de la LPH⁹⁷⁶) ha sido la de la sustracción paulatina del poder dispositivo de las partes sobre la competencia territorial⁹⁷⁷.

⁹⁷⁵ El párrafo 1º del artículo 56, que es el primero de los contenidos en esa sección, establece que: "Será Juez competente para conocer de los pleitos a los que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase, aquél a quién los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente.". Por su parte, el párrafo 1º del artículo 62 dispone que: "Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita de que tratan los artículos anteriores se seguirán las siguientes reglas de competencia:...".

⁹⁷⁶ En igual sentido: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 62-63 donde afirma que: "En lo que se refiere a los procesos en materia de propiedad horizontal, previstos en la Ley 49/60, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal porque, aunque la competencia territorial se atribuya al juez del lugar donde está sita la finca, sin emplear fórmulas que excluyan a cualquier otro (arts. 16.5º y 19 III), la prórroga de la competencia puede entenderse que carece de razón de ser."; DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y FERNÁNDEZ LÓPEZ; *Derecho procesal civil*, T. IV, Madrid, 1992, cit. Pág. 307. Sin embargo, la Proposición de Ley 122/000218 elimina toda referencia a la competencia judicial en el art. 17 (que regula los tipos de mayoría necesarios para la adopción de acuerdos y el procedimiento judicial objeto de nuestro estudio). Acto seguido, el futuro art. 18, norma 1ª, en referencia a la impugnación de acuerdos, establece que: "Los acuerdos de la Junta de propietarios serán impugnables ante los Tribunales, de conformidad con lo establecido en la legislación procesal general, ...", mientras que el futuro art. 21, norma 3ª, al regular el procedimiento monitorio encaminado al cobro de deudas comunitarias, establece que: "La competencia territorial corresponderá exclusivamente al Juez del lugar donde se halle la finca, ...".

⁹⁷⁷ En parecido sentido, ver: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Pág. 61 donde considera que: "..., hasta hace pocos años nadie podía en duda la naturaleza dispositiva de todas las reglas de competencia territorial. [...] Pero, en estos últimos años, se ha podido observar que, al plantearse la doctrina o la jurisprudencia el tema de la naturaleza dispositiva o imperativa de la mayoría de los fueros introducidos por Leyes especiales, incluso cuando se trata de fueros que no están formulados en términos propiamente imperativos, se está imponiendo la idea de que nada justifica que la voluntad de las partes de disponer de la competencia territorial prevalezca sobre las reglas legales. [...] Avanzamos, pues, hacia un nuevo modo de concebir la competencia territorial, según el cual la naturaleza dispositiva de sus normas no es ya la regla."; PELÁEZ DEL ROSAL, MANUEL; *La competencia territorial...*, cit. Pág. 63, donde nos dice: "Históricamente, el sistema predominante de regulación de la competencia territorial ha sido el que establece la sumisión como excepción de las reglas territoriales de competencia. Pero por fortuna la historia de la competencia territorial ha sido la historia de la progresiva instauración de la autonomía de la voluntad en materia de competencia territorial... En este sentido se ha cerrado un ciclo. La autonomía de la voluntad imperante en el ordenamiento romano se convierte en el derecho común en regla excepcional, hasta que de nuevo con el liberalismo se consagra como regla preferente. En el momento presente estamos asistiendo al desarrollo de un segundo ciclo que tiende a mermar la autonomía de la voluntad en materia sumisoria."

Independientemente del orden de prelación aplicativa entre la sumisión tácita⁹⁷⁸ y expresa⁹⁷⁹ (cuestión ésta que excede del ámbito de nuestro estudio⁹⁸⁰), cabe decir que la consecuencia que lógicamente se desprendía del estudio de las mismas, a la luz de la redacción originaria de la LEC, era la de la imposibilidad de que el juez examinara de oficio su competencia territorial⁹⁸¹ (la cual sólo podían denunciar las partes mediante la utilización de los mecanismos puestos a su alcance: la inhibitoria o la declinatoria, reguladas en los arts. 72 y ss de la LEC). Sin embargo, la reforma del artículo 74 por

⁹⁷⁸ Ver, para mayor profundización: LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA; *Bases para un estudio de la competencia territorial en el proceso civil. En especial, la sumisión tácita*, Bilbao, 1986.

⁹⁷⁹ Para mayor profundización, ver: MARTÍN OSTOS; *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*, Rev. La Ley, nº 3850 de 22 de agosto de 1995, cit. Págs. 1-5.

⁹⁸⁰ Ver a este respecto lo que dispone la STS de 29 de octubre de 1993 (CD 93C862) en sus FD 5º, 7º y 8º que, en parte, transcribimos: "FD 5º: ... el art. 63 LEC ... que (recoge) los fueros territoriales especiales, específicos o concretos que la doctrina distingue de los llamados <<generales>> consignados en el art. 62 que lo precede. Proviene dichas reglas del art. 309 LOPJ 1870, que agrupó los casos dispersos y especiales que se incluían en las leyes reguladoras de los procedimientos a propósito de variados juicios en particular y de los actos de jurisdicción voluntaria concretos, pero debe tenerse en cuenta que la LEC 1855 anterior a la que actualmente rige, después de establecer en el art. 5 las reglas generales de competencia, equivalentes a las recogidas en el art. 62, ordenó en el art. 6 que dichas reglas se entendieran <<sin perjuicio>> de lo que disponía la ley para casos especiales. La Ley vigente, según cree el exégeta coetáneo a la fecha de promulgación de la misma, más autorizado en cuanto a la exteriorización de las intenciones legislativas por haber intervenido destacadamente en su preparación, no plantea las <<dudas>> a que se prestaba la Ley antigua, sobre el carácter absoluto de estas reglas especiales de competencia que, en todo caso, excluirían la sumisión expresa o tácita de las partes, respecto de los casos comprendidos desde la regla 1ª a la 9ª art. 63. En cambio, sin razones convincentes (ya que el argumento básico que emplea consistente en la redacción que encabeza el art. 63, <<fuera de los casos expresados en los artículos anteriores...>> que, en su opinión, significa compartir la función supletoria que desempeña el art. 62 respecto de los fueros convencionales -sumisión tácita o expresa-, es de orden general y afectaría a todo el contenido del precepto), el comentarista continúa con sus <<dudas>> sobre la aplicación de las demás reglas como supletorias de los fueros convencionales..., amparándose en que estos procedimientos (la sentencia trata un supuesto de desahucio común) no constituyen pleitos desde el principio, o bien son actos de jurisdicción voluntaria, teniendo presente la dificultad de promover cuestiones de competencia en estos casos... FD 6º: La promulgación de la L 10/1992 ha suscitado comentarios acerca de este problema... FD 7º: La expresión << para determinar la competencia, fuera de los casos expresados en los artículos anteriores>>, con que principia el artículo que contiene la regla de competencia controvertida, más bien sugiere (igual que la expresión <<sin perjuicio>>, antecedente de la misma), lo contrario de lo que propugnan su entendimiento en conexión íntima con el art. 62, pues éste se refiere de manera indubitada a la función supletoria que cumple, admitiendo, inequívocamente, que su aplicación está condicionada por los casos de sumisión expresa o tácita, mientras que el art. 63 se coloca al margen, independientemente (<<fuera>>) de los artículos que regulan la sumisión en sus modalidades de expresa y tácita y del art. 62 que aceptando estas modalidades establece reglas en rigor supletorias (<< ... en los artículos anteriores>>, sin referencia alguna como el artículo anterior a los casos de sumisión expresa o tácita). Esta autonomía dispositiva apoya, a juicio de esta Sala, el carácter excluyente de los fueros que recoge, en relación con los demás que se regulan". En contra de esta interpretación de la naturaleza de las normas contenidas en el art. 63 LEC, ver: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 59-60.

Ley 34/1984, de 6 de agosto, y la posterior readaptación de su texto por Ley 10/1992, de 30 de abril, en esa línea de sustracción de estas cuestiones a la autonomía de la voluntad de las partes, ha permitido interpretar que el juez, de oficio, tiene que poner de manifiesto su falta de competencia territorial en aquellos casos en los que el legislador ha tenido a bien regular la competencia territorial con carácter improrrogable⁹⁸².

Aparte de la crítica que merece esta sustracción de poder dispositivo a las partes, son varias las puntualizaciones que merecen ser señaladas a este respecto. En primer lugar, que la posibilidad de que el juez declare de oficio su falta de competencia, cuando ésta sea improrrogable, no excluye la facultad de las partes de denunciar este hecho

⁹⁸¹ En este sentido, ver: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME; *Procesos arrendaticios...*, cit. Pág. 52.

⁹⁸² A este respecto, ver la parte ya transcrita de la STS de 29 de octubre de 1993 (CD 93C862), y lo que sigue, en el propio FD 7º: *"El resultado al que se llega no sólo repugna a la lógica jurídica de la atribución competencial imperativa no dispositiva, de los casos contemplados, sino que más bien explica la razón del trato diferenciado que impone al excluir los pactos de sumisión de su ámbito, pues el análisis de los supuestos que engloba patentizan cada uno por distintas causas la necesidad jurídica de la exclusividad, ora por la presencia de un interés público en el objeto litigioso, ora por la accesoriadad inexcusable concerniente en el asunto respecto de una cuestión principal, ora, por la naturaleza sumaria del proceso y la conveniencia de no obstaculizar dentro de su propio marco limitado, la defensa del demandado, ora, finalmente, por la imposibilidad de plantearse cuestiones de competencia."* y en el FD 8º: *"Con la perspectiva actual se comprende que aun, desde la posición conceptual del liberalismo exacerbado, propio de la época, surgieran inicialmente razonables dudas sobre la consideración como subsidiarios de los fueros legales territoriales del art. 63 LEC, especialmente en lo concerniente al desahucio, y con la misma perspectiva, también ..., que nos inclinemos por la solución que estima que estos fueros (los territorialmente improrrogables) son excluyentes de cualquier otro al no permitir el juego de la sumisión ni expresa, ni tácita, dada su naturaleza de normas de ius cogens de obligada observancia y, por ello, de orden público procesal, apreciables, además, de oficio por el juzgador. No puede desconocerse, en efecto, que en nuestro tiempo se hayan sensibilizado las personas frente a las posibles cláusulas abusivas en la contratación y, en lo que concierne al alcance de los fueros convencionales que se haya restringido su extensión normativamente (L 10/1992), con fundamento en que los pactos de sumisión perjudican <<generalmente>> al contratante más débil y distorsionan las cargas competenciales de algunos órganos jurisdiccionales en razón del único e inaceptable criterio de la comodidad de una de las partes."* Ver también: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Pág. 81, donde opina que: *"..., en el sistema originario de la LEC, sólo en defecto de sumisión, es decir, sólo si el demandado impugna la competencia del juez elegido por el actor, tiene el juez que examinar y pronunciarse sobre su propia competencia territorial. [...] Pero la progresiva introducción de normas imperativas de competencia territorial ha cambiado el modo como el juez debe afrontar el tema de la competencia territorial. No es que se deba analizar siempre, de oficio, su propia competencia territorial pero, para saber si debe o no analizarla, le resulta ineludible calificar inicialmente la naturaleza de la norma de competencia territorial que sea de aplicación al caso."*, y pág. 86, donde concluye: *"Aunque solo algunas normas imperativas de competencia territorial impongan al juez, de un modo expreso, el deber de examinar su propia competencia antes de admitir la demanda a trámite..., está fuera de toda duda que tal examen debe igualmente producirse siempre que exista una norma que, bajo cualquier fórmula, imposibilite la sumisión tácita."*

mediante la utilización de los mecanismos legales más arriba mencionados. En segundo término, que la incompleta regulación contenida en el artículo 74 de la LEC tras su reforma ha suscitado la duda acerca de lo que deba hacer el juez en caso de apreciar su carencia de competencia. La laguna legal podría colmarse interpretando que en esos casos bastaría que el mismo se negase a estimar la demanda pero, tal solución, por suponer una palmaria denegación de justicia, chocaría frontalmente con la doctrina del TC acerca de la indefensión. Por tanto, en esa situación, la solución correcta pasaría por que el juez, constatada su carencia de competencia, y en atención a lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 51 de la LOPJ⁹⁸³, remitiese las actuaciones al órgano jurisdiccional que estimara competente para su conocimiento y resolución⁹⁸⁴. Ello no obstante, en ese supuesto nos podríamos enfrentar a un nuevo problema: que ese segundo juez, a su vez, se considerase de oficio incompetente. En esos supuestos de cuestión de competencia negativa, como muy bien pone de manifiesto FONT SERRA, la solución pasará por entender que: *"..., al justiciable..., no le quedará otra solución que dirigirse al superior común de aquellos, que es quién, según el art. 110 de la LEC debe decidir las cuestiones negativas de competencia. Este superior se verá obligado a habilitar un procedimiento en el que, oyendo a los interesados, sea posible el planteamiento formal de la cuestión (por la vía dispuesta en los arts. 103 y ss de la LEC). No existe otra solución, pues si, por falta de procedimiento, no pudiera plantearse y resolverse la cuestión negativa de competencia territorial, se estaría denegando el derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales."*⁹⁸⁵.

Problema aparte, como se verá más adelante, es el de las consecuencias que quepa atribuir a la carencia de competencia territorial cuando, siendo ésta configurada

⁹⁸³ Art. 51.2º LOPJ: *"En la resolución en la que se declare la falta de competencia se expresará el órgano que se considere competente."*

⁹⁸⁴ En parecido sentido, ver: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 86-87; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME; *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, Barcelona, 1992, cit. Pág. 265, donde aborda el problema comentado en el ámbito de la comparecencia del juicio de menor cuantía.

⁹⁸⁵ FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Pág. 95.

legislativamente como improrrogable, ni las partes por medio de la declinatoria o la inhibitoria, ni el juez, de oficio, hayan puesto de manifiesto la carencia de la misma.

Llegados a este punto, hay que decir que la aplicación al ámbito de la jurisdicción voluntaria del principio de prevalencia de la sumisión (tanto expresa como tácita) sobre los fueros legales ha sido, de siempre, altamente discutida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Prueba de ello la podemos encontrar en lo dispuesto por la STS de 5 de enero de 1935 (RJ 195/1935)⁹⁸⁶, la STS de 29 de octubre de 1993 (CD 93C862)⁹⁸⁷ o la St. APM de 5 de diciembre de 1995 (CD 1995)⁹⁸⁸, que declararon la imposibilidad de sumisión en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Por su parte, la Circular de la Fiscalía del TS de 13 de mayo de 1930 (RL 788/1930), reproduciendo en lo esencial lo ya dispuesto por la de 10 de junio de 1912, apoyó esta tendencia basándose en un amplio elenco de argumentaciones: a) ante la ausencia de verdaderas partes en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, si se estimase aplicable la regla de la sumisión se produciría la posibilidad de que los interesados, sin la oposición de nadie, pudieran elegir el Juzgado o Tribunal que estimaren más conveniente para la consecución de los fines por ellos perseguidos; b) en la jurisdicción voluntaria, en cuanto en ella se abordan asuntos de interés público o que afectan a personas o cosas cuya protección incumbe a la

⁹⁸⁶ STS de 5 de enero de 1935 (RJ 195/1935) Cdo 1º, donde consideraba que: "... se trata indudablemente de un acto de jurisdicción voluntaria de los definidos en el artículo 1811 de la Ley de Enjuiciamiento civil a cuyos actos es inaplicable el principio de la sumisión del artículo 56 que por sus propios términos pone de manifiesto que se refiere exclusivamente a pleitos y litigantes, esto es, a casos en que se ejerciten acciones que originen contiendas o litigios....".

⁹⁸⁷ Habíamos visto que ésta, en su FD 5º, abordaba el problema de las cuestiones de competencia en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

⁹⁸⁸ En su FD 2º considera que: "... es reiterada la corriente jurisprudencial (Sent. TS de 23 de febrero, y 4 de diciembre de 1993, 29 de enero de 1994) que proclama que la determinación de la competencia territorial se efectúa por una doble vía: la inhibitoria o declinatoria [...] En consecuencia, al no haber acudido el recurrente a dichas posibilidades ha perdido la oportunidad del planteamiento correcto de la cuestión de competencia que hoy pretende inadecuadamente hacer valer [...] Pero, es que además, si bien es cierto el argumento del apelante relativo a la prohibición de sumisión expresa o tácita en esta clase de procesos (se refiere a un supuesto de expediente de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de tutor), el juzgador de instancia cumple con pulcritud tal requisito, examinando, precisamente por ello, de oficio su propia competencia territorial para el conocimiento del pleito....".

Autoridad, se produce la intervención del Ministerio Fiscal el cual (por imposición de lo que disponía el artículo 838 de la LOPJ de 1870, que le obligaba a mantener la integridad de las atribuciones conferidas por la Ley a los Juzgados y Tribunales), no podía prestar su consentimiento a la sumisión^{989 990}; c) la literalidad del artículo 56 de la LEC impide entender extensible a la jurisdicción voluntaria lo que en él se dispone; d) el artículo 1208 de la LEC de 1855 declaró tan sólo que las actuaciones de jurisdicción voluntaria serían practicadas en los Juzgados de Primera Instancia mientras que, la LEC vigente, retomando lo dispuesto por la LOPJ de 1870 a este respecto, estableció reglas especiales para la fijación de la competencia en cada supuesto de jurisdicción voluntaria. Con ello se demostraba la intención de cambiar el sistema vigente hasta el momento.

Por nuestra parte, coincidimos con la opinión de GONZÁLEZ POVEDA, el cual, si bien atendiendo a razones diversas de las anteriormente indicadas, también considera que la norma general en el ámbito de la jurisdicción voluntaria es la de la

⁹⁸⁹ Retomando las argumentaciones de estas dos circulares y haciendo hincapié en este argumento concreto, ver: St. APGR de 26 de febrero de 1990 (Sec. 3ª) (CD 1990) FD 3º donde considera que: "... los problemas que la motivaron (se refiere a la circular de 10 de junio de 1912) no fueron otros, ..., que las posibles irregularidades cometidas en sumisiones realizadas en asuntos relativos a declaraciones de herederos, aprobación de operaciones particionales y actos de jurisdicción voluntaria, en los que, sin plantearse una verdadera contención entre partes, se solicita o precisa la intervención judicial, claramente mantuvo que para que opere como regla preferente de competencia la sumisión expresa o tácita a que se refiere el artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se precisa, como se establece en dicho precepto, de la concurrencia de dos requisitos, cuáles son los que la sumisión se realice en un <<pleito>> y por los <<litigantes>>, es decir, que cuando no existan contendientes, sino que la gestión judicial sea unipersonal o de una sola parte, como ocurre al promoverse un acto de jurisdicción voluntaria, una declaración de herederos, etc., si la sumisión por sí sola determinara la competencia, resultarían inaplicables cuantos preceptos para fijarla en estos casos establece la Ley procesal, puesto que los interesados únicos, sin el concurso de nadie, podrían escoger el Juzgado o Tribunal que les pareciera más conveniente para sus fines, por lo que, en consecuencia, concluía estimando que, puesto que el artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresamente establece <<fuera de los expresados en los artículos anteriores...>> y el 56 hablaba de pleitos y litigantes, en los supuestos de actuaciones judiciales no propiamente contenciosas, como las que enumeraba en su inicio la Circular, no podía tenerse por operante como regla competencial la de la sumisión, que no se habría realizado en un verdadero pleito ni efectuado por todos los litigantes, al haber de ser parte en ellos el Ministerio Fiscal.", para, en su FD 5º establecer que: "... la condición de parte no le puede venir atribuida al Fiscal en virtud de los preceptos del Código Civil, sino, antes al contrario, de lo establecido en su Estatuto Orgánico de 30 de diciembre de 1981, cuyo artículo 3º fija en su número 6 como una de sus funciones la de >>tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público y social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley."

⁹⁹⁰ Argumento que decae por cuanto no todos los expedientes de jurisdicción voluntaria requieren necesariamente de la intervención del Ministerio Público.

exclusión de las facultades dispositivas de los particulares sobre la competencia territorial⁹⁹¹. En su opinión: “... lo que ocurre es que en la Jurisdicción voluntaria, en la inmensa mayoría de los casos, falla el fundamento legal de la sumisión. La LEC parte del principio de que el proceso civil sirve exclusiva o primordialmente a los intereses privados de las partes, por lo que les concede un poder de disposición procesal decisivo en múltiples aspectos, entre ellos, el de la competencia territorial que supone fundada principalmente en un criterio económico. Por ello admite la validez del pacto sumisorio. [...] Esta concepción es inaplicable a la mayoría de los actos de Jurisdicción voluntaria. Aunque ésta tenga por objeto la tutela de intereses privados, mediante ella se ejerce un control público sobre el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas privadas, bien en interés de ciertos sujetos que no pueden defenderse por sí mismos..., bien en defensa de intereses generales más o menos difusos como el interés familiar o el de la seguridad del tráfico jurídico privado que puede ser afectado por el efecto constitutivo erga omnes propio de los actos típicos de la Jurisdicción voluntaria. Únicamente en aquellos actos en que la idea de control está ausente, por servir exclusivamente a los intereses privados de los partícipes podría admitirse la idea de sumisión, y ni siquiera en todos ellos. Cabe que el solicitante elija el Juzgado en que le interesa se celebre una subasta voluntaria, pero difícilmente puede aceptarse que un expediente de deslinde o de posesión judicial se tramite ante un Juzgado en cuyo territorio no se halle situada la finca que haya de ser deslindada o en que haya de darse la posesión... En resumen, en los típicos actos de Jurisdicción voluntaria no cabe sumisión, ni expresa ni tácita. Por ende, el Juez debe examinar de oficio su propia competencia y abstenerse del conocimiento del asunto que no le esté atribuido conforme a las normas legales en materia de competencia territorial.”⁹⁹².

⁹⁹¹ En este sentido se debe entender que la remisión que el artículo 70 de la LEC (El art. 70 dispone que: “Las precedentes disposiciones de competencia comprenderán a los extranjeros que acudieren a los Juzgados españoles promoviendo actos de jurisdicción voluntaria, interviniendo en ellos o compareciendo en juicio como demandantes o como demandados, contra españoles o contra otros extranjeros, cuando proceda que conozca la jurisdicción española con arreglo a las Leyes del Reino o a los Tratados con otras potencias.”) opera a lo dispuesto por los artículos que le preceden, respecto de la jurisdicción voluntaria, no puede alcanzar a la extensión a la misma de las normas reguladoras de la sumisión expresa y tácita.

⁹⁹² GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 87.

Sea como fuere, lo cierto es que lo dispuesto por la norma 5ª del artículo 16 de la LPH, siguiendo la línea emprendida por diversas leyes reguladoras de la sumisión en el ámbito de la Justicia Municipal⁹⁹³, no ofrece lugar a dudas respecto de la intención del legislador de 1960. En los supuestos a los que se refiere la norma, entre los que se encuentra el procedimiento objeto de nuestro estudio, la posibilidad de sumisión expresa o tácita a órgano judicial diferente del dispuesto por la norma queda cercenada radicalmente⁹⁹⁴. En estos casos, por tratarse de procedimientos que giran en torno a la

⁹⁹³ Como demuestra el estudio de: PELÁEZ DEL ROSAL, MANUEL; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 419-21: "Particular relieve reviste el estudio de la sumisión a la Justicia Municipal. Los antecedentes podemos encontrarlos en la Ley de 21 de mayo de 1936 en la que se contenían importantes modificaciones a la sumisión tal como venía siendo entendida por la Ley de enjuiciamiento civil. A los efectos de sumisión sólo podrá pactarse —decía— para ante el juez del propio y habitual domicilio de cualquiera de los contratantes o del lugar donde esté sita la cosa inmueble, siempre que se trate de juicios verbales civiles de la competencia de los Juzgados Municipales. [...] El modelo de la Ley de 1936 fue tenido en cuenta para consagrar de modo definitivo la nueva limitación introducida a las reglas sumisorias de la Ley de enjuiciamiento civil. La Ley de 17 de julio de 1948 y con anterioridad la Ley de Bases de la Justicia Municipal, recoge, desarrollándolos, idénticos principios. En su art. 1º establece que en los juicios verbales y de cognición, cuyo conocimiento corresponda a los jueces municipales, comarcales y de paz, la sumisión expresa de las partes sólo podrá hacerse a favor del propio y habitual domicilio de cualquiera de los contratantes si se trata del ejercicio de acciones personales, o del lugar de situación de la cosa cuando se trate de acciones de naturaleza real sobre bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos; y en defecto de sumisión expresa se estará a las reglas de competencia establecidas en la LEC. A diferencia de la ley de 1936, la de 1948 no modifica los fueros legales subsidiarios, sino que en defecto de sumisión se remite a ellos, con exclusión de la vigencia o eficacia de la sumisión tácita."

⁹⁹⁴ En este sentido: BARONA VILAR, SILVIA; *Adopción de acuerdos...*, cit. Pág. 4901; MORENO CATENA, VÍCTOR, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y GIMENO SENDRA, VICENTE; *Los procedimientos de la Ley de Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 264. Si bien se pronuncia acerca de la competencia con anterioridad a la promulgación de la vigente LOPJ. Ver también: PERÉ RALUY, JOSÉ; *La Propiedad Horizontal: Aspectos prácticos...*, cit. Págs. 173-75 donde estima que: "El carácter, evidentemente no dispositivo, de la norma (se refiere a la norma 5ª del art. 16), permite excluir la eficacia de las cláusulas de sumisión. En el caso de que en un término municipal radiquen varios Juzgados municipales, será competente el que por turno de reparto corresponda.", y PERÉ RALUY, JOSÉ; *El procedimiento especial sumario de la LPH*, cit. Pág. 913; FUENTES LOJO, JUAN V.; *La competencia y el procedimiento en materia de propiedad horizontal*, RGD mayo 1960, N° 188, págs. 421-25, cit. Pág. 424 donde considera que: "... análogamente a lo que ocurre en materia de arrendamientos urbanos, debe atribuirse siempre la competencia al juez que ejerza jurisdicción en el propio lugar donde la finca se encuentre, sin posibilidad de sumisión expresa ni tácita a otro distinto, por ser el que con más conocimiento de causa puede fallar los pleitos que puedan surgir."; TOMÉ PAULE, J.; *Régimen procesal de la propiedad Horizontal*, cit. Pág. 83; MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 39 donde opina que está: "... de acuerdo con el criterio doctrinal que postula el carácter indisponible del art. 16.5 de la LPH...; en ocasiones, la competencia por razón del territorio tampoco puede ser variada por la voluntad de las partes; en estas hipótesis las normas que recogen el fuero legal son imperativas, y, por tanto, indisponibles; el argumento de aquel autor (se está refiriendo al argumento de FUENTES LOJO, en, FUENTES LOJO, JUAN V.; *Suma de la propiedad por apartamentos*, 2ª ed., Barcelona, 1969, cit. Pág.

convivencia de los vecinos en el seno de un inmueble⁹⁹⁵, el legislador de 1960 ha convertido en norma general y única de competencia territorial la que, como fuero general, se contiene en el apartado tercero del artículo 62 de la LEC, referente a las acciones reales sobre bienes inmuebles. Por tanto, la competencia territorial en estos supuestos se encuentra imperativamente atribuida al Juez "...del lugar donde esté sita la finca.", rompiendo con ello la norma general (que, por otra parte, y como hemos visto, sólo es general para los supuestos de jurisdicción contenciosa y no para los de jurisdicción voluntaria, entre los que se encuentra el que es objeto de nuestro estudio) según la cual la competencia territorial es, a diferencia de la objetiva y funcional, de carácter prorrogable⁹⁹⁶.

963 donde, a nuestro modo de ver, incorrectamente, basa la imposibilidad de sometimiento a arbitraje de estas cuestiones en la imperatividad de la norma de competencia territorial) *conlleva confundir la jurisdicción con la competencia; puede perfectamente ocurrir que la competencia judicial internacional sea disponible (normalmente lo es) y la competencia territorial venga impuesta obligatoriamente a las partes.*", y MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Págs. 60-61 donde opina que: "La norma aludida (art. 16. 5ª LPH) no plantea otro problema que dilucidar la validez de la sumisión o sometimiento expreso o tácito, a un determinado Juzgado diferente del <<municipal o comarcal>>... del lugar donde esté sita la finca. [...] Parece evidente que la Ley señala un lugar para el desarrollo del procedimiento mediante una norma de carácter obligatorio e inderogable, no siendo susceptible de abrogación mediante sumisión. [...] Nuestra opinión es contraria a la validez de las cláusulas de sumisión, criterio amparado en la literalidad de la norma, en la mayor facilidad que representa para los propietarios acudir al Juzgado del lugar donde radica la finca y, especialmente, en su naturaleza jurídica de acto de jurisdicción voluntaria. Prima facie, los arts. 56 a 61 de la LEC, al estar incardinados en su libro primero, que recoge las disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, permitirían modificar convencionalmente el criterio legal: Sin embargo, el Tribunal Supremo, desde hace tiempo, sentó como doctrina, de carácter general, que la sumisión no resulta factible en los expedientes de jurisdicción voluntaria."

⁹⁹⁵ Téngase en cuenta que la intención del legislador de posguerra era la de facilitar el acceso de la mayor parte de la población a una primera vivienda. Por ello, no se planteaba la duda de que ese fuero pudiera, en un futuro, presentar problemas cuando se aplicase a edificios en propiedad horizontal los cuales (por ejemplo, en zonas de veraneo) constituyeran la segunda vivienda de determinados copropietarios.

⁹⁹⁶ Si bien referido a un supuesto de desahucio, lo dispuesto por la STS de 29 de octubre de 1993 (CD 93C862) en su FD 5º, consideramos que puede ser extensible al supuesto de competencia territorial improrrogable contenido en la norma quinta del artículo 16 de la LPH: "Al decidir cuestiones de competencia el TS resolvió, en lo concerniente al alcance del art. 1562 LEC (SS 16 Ene. 1987 y 7 May. 1988) sobre la justicia municipal y el fuero territorial aplicable despejando las dudas que se han esbozado, que son los Jueces municipales y comarcales los que conocen en primera instancia de los desahucios cualquiera que sea la causa en que la demanda se funde, lo que equivale a decir que dicho precepto establece como exclusivo el *forum rei sitae* en desahucios sometidos a la legislación común, con eliminación de cualquier otro, incluso del determinado por la sumisión. De esta línea jurisprudencial, y presentes las afinidades y similitudes que ofrecen los demás fueros de esta naturaleza, cabe inferir una posición favorable a la generalización de la exclusividad."

Para concluir el presente apartado no nos resta sino pronunciarnos, siquiera sea someramente, respecto de las reglas de repartimiento de negocios. Éstas no regulan la atribución de competencia a los jueces y no incumben a las partes. La razón es clara, el reparto no es sino una actividad de carácter administrativo mediante la cual se pretende la distribución del volumen de trabajo entre los diversos Juzgados de un mismo grado que existan en una demarcación territorial determinada. Precisamente por ello el artículo 59 de la LEC establece que: *"En las poblaciones donde haya dos o más Jueces de primera instancia, el repartimiento de negocios determinará la competencia relativa entre ellos, sin que puedan las partes someterse a uno de dichos Jueces con exclusión de los otros."*⁹⁹⁷. Por otra parte, estas reglas, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, no presentan ninguna especialidad respecto a las dispuestas para la jurisdicción contenciosa.

a.1.3. Denuncia de la falta de competencia territorial.

A la luz de lo dicho en el apartado anterior, tendremos pues que concluir que en el supuesto por nosotros estudiado, tanto por tratarse de un expediente de jurisdicción voluntaria como por el hecho de que en ese caso concreto el legislador decidió establecer un foro de competencia territorial único, la carencia de competencia territorial podrá ser denunciada: de oficio por el juez que se estime incompetente o por los interesados en el expediente, mediante la utilización de la declinatoria o la inhibitoria⁹⁹⁸.

Sin embargo, la posibilidad de control de oficio de su propia competencia territorial por parte del juez (en el caso por nosotros estudiado pero, también, en todos aquellos supuestos en los que, rompiendo con la norma general, el legislador ha configurado la competencia territorial como de carácter improrrogable) no debe

⁹⁹⁷ Ver también arts. 166 a 170 de la LOPJ.

⁹⁹⁸ En parecido sentido, ver: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 61 donde considera que: *"El juez puede apartarse ex officio del conocimiento del <<juicio>> de equidad; si no se*

inducirnos al error en el que incurrió la STS de 29 de octubre de 1993 (CD 93C862) al proclamar en estos supuestos la absoluta equiparación entre la naturaleza de la competencia objetiva y funcional, de una parte, y la competencia territorial, de otra⁹⁹⁹. Menos acertada, si cabe, es la consecuencia que se deduce de esta línea de pensamiento: la absoluta asimilación, por los supuestos de competencia territorial improrrogable, de los efectos ligados a la carencia de competencia objetiva y funcional.

La razón de nuestra oposición a esta tendencia jurisprudencial es sencilla; la naturaleza de la competencia territorial, aun en los casos en los que la misma se configura como improrrogable, no queda condicionada por criterios de orden público como los que informan los dos criterios de competencia vertical. En consecuencia, incluso en estos supuestos, consideramos que la posibilidad de que el juez, de oficio, se pronuncie sobre su propia competencia territorial, no puede llevarnos a afirmar¹⁰⁰⁰, como erróneamente hace la sentencia citada, que el contenido del artículo 74 de la LEC, por analogía¹⁰⁰¹, es aplicable a los mismos¹⁰⁰². No puede ser ésta la solución por cuanto, si la

hiciera uso de esta facultad, los contradictores podrían promover las cuestiones de competencia, por declinatoria o por inhibitoria; ..."

⁹⁹⁹ En parecido sentido se pronuncia: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Pág. 106, donde, tras criticar la opción adoptada por el TS en esa STS de 1993, concluye: "... lo que supone la imperatividad de la norma, en sede de competencia territorial, es sencillamente que las partes no puedan someterse a juez distinto del legalmente determinado, y que el juez, por su parte, no puede admitir la demanda a trámite, sin examinar, de oficio, la propia competencia territorial. [...] Ahora bien, dictada la providencia admitiendo la demanda a trámite, ni puede el juez abstenerse de oficio desvinculándose de su propia resolución, ni pueden las partes impugnar la competencia prescindiendo de los medios específicamente previstos en la LEC."

¹⁰⁰⁰ En parecido sentido, ver: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 61.

¹⁰⁰¹ Se ve obligada la sentencia a decir que la extensión del precepto se produce por analogía por cuanto tal norma, en principio estaba pensada sólo para la competencia objetiva y funcional las cuales, como ya hemos visto, son, por naturaleza, de carácter improrrogable. El FD 9º de la STS de 29 de octubre de 1993 (CD 93C862), establece [en relación al fuero territorial improrrogable establecido para los juicios de desahucio común, pero constituyendo una argumentación extensible a todos los supuestos de fuero territorial improrrogable (cual es el caso del dispuesto por la norma 5ª del art. 16 de la LPH)] que: "Determinada la naturaleza (y el alcance) del fuero territorial aplicable a los juicios de desahucio, debe ahora establecerse el tratamiento procesal que ha de darse a la falta de su observancia. La LEC, según ha quedado esbozado, no se muestra explícita respecto de estos problemas; se concentra en la regulación prolija, a veces, de las <<cuestiones de competencia>>, que sólo tienen encaje con la inobservancia de las reglas de competencia territorial, cuando éstas responden a su determinación en el caso, regida por la voluntad expresa o tácita de las partes, como lo demuestra la prohibición de promover estas cuestiones de oficio que se impone al órgano jurisdiccional (art. 74 LEC). Pero cuando la norma competencial, aunque sea atributiva del territorio, es imperativa, las razones que obligan al órgano jurisdiccional a vigilar de oficio su jurisdicción y su propia competencia objetiva y funcional, son

razón en la que se basase la obligación de control de oficio de la competencia territorial fuere la misma que obliga al mismo respecto de la competencia objetiva y funcional, entonces las consecuencias aparejadas a la ausencia de ese control tendrían que ser también las mismas; esto es, la nulidad radical de las actuaciones¹⁰⁰³ a la luz de lo dispuesto por el apartado primero del artículo 238 de la LOPJ. No es esta, sin embargo, la solución adoptada por el legislador orgánico, el cual, atendiendo a la diferente naturaleza de las normas de competencia vertical (objetiva y funcional) y horizontal¹⁰⁰⁴ (territorial), restringió la nulidad radical tan sólo a la carencia de competencia en el primero de los supuestos. Por tanto, en los casos en los que la competencia territorial se configura como improrrogable (como acontece en el que es objeto de nuestro estudio), se debe aceptar la posibilidad de que el juez ponga de manifiesto su carencia de competencia pero concluyendo que, de no hacerlo inicialmente no podrá después dictar una resolución absolutoria de la instancia¹⁰⁰⁵, las actuaciones serán válidas¹⁰⁰⁶ y, ni tan

asimilables a las que imponen al Juez de un territorio judicial como necesario. Por tanto parece que son las normas que hoy regulan el comportamiento del órgano jurisdiccional para hacer valer las reglas de la jurisdicción, competencia objetiva y funcional, las que deben aplicarse cuando el fuero territorial sea indisponible, bien por una interpretación integradora de los conceptos que comprenden la incompetencia <<por razón de la materia>> (interpretación extensiva), bien por analogía en función de la identidad de razón, conforme al art. 4.1 CC, teniendo, además, presente que cuando el legislador ha establecido, sin ambages, fueros territoriales indisponibles (art. 717 LEC según la L 10/1992) ha atribuido al Juez el deber de vigilancia ex officio en parangón con la competencia objetiva."

¹⁰⁰² En igual sentido, ver: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME; *Procesos arrendaticios...*, cit. Pág. 53 y nota 57.

¹⁰⁰³ Para mayor profundización sobre las nulidades, ver: HERNÁNDEZ GALILEA, JESÚS MIGUEL; *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Ed. Forum, Oviedo, 1995; VERGER GRAU, JUAN; *La nulidad de actuaciones*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1987; AA.VV MORELLO (Coord.); *Estudios de nulidades procesales*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1980; SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Actos procesales ineficaces*, en, "Estudios de Derecho Procesal", Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 458-467.

¹⁰⁰⁴ Esta es la clasificación adoptada por: PELÁEZ DEL ROSAL, MANUEL; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 55-56.

¹⁰⁰⁵ Pues si no lo pone de manifiesto desde el primer momento no podrá luego, en fase de resolución, negarse a pronunciarse sobre el fondo alegando su carencia de competencia. En igual sentido, ver: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME; *Procesos arrendaticios...*, cit. Págs. 55-56 donde considera que: "Si la falta de competencia territorial indisponible no hubiere sido liminalmente apreciada por el órgano jurisdiccional, ni tampoco hubiera sido denunciada por las partes en el curso del proceso, tramitándose éste normalmente hasta su conclusión, surge la duda de cuál deba ser el pronunciamiento judicial correcto cuando el Juez se aperciba de su falta de competencia territorial justo en el momento de dictar sentencia. Aun cuando una interpretación literal estricta debería conducirnos a entender que, habida cuenta de la falta de competencia territorial improrrogable, la solución en puridad procesalmente más correcta consistiría en dictar sentencia absolutoria de la instancia, entendemos, por el contrario, que si las partes han podido formular sus respectivas alegaciones y practicar las pruebas

siquiera se podrá hablar de responsabilidad disciplinaria del órgano judicial. La razón de fondo es evidente, incluso en los supuestos en los que la competencia territorial se califica por el legislador como improrrogable, el conocimiento y resolución de la cuestión por parte de un juez incompetente territorialmente no genera, por ese solo

convenientes a su derecho, no existen ya razones que justifiquen que el Juez —recordemos, objetivamente si competente— se abstenga de resolver sobre el fondo, mientras que, por el contrario, razones de economía procesal justifican que se resuelva definitivamente el fondo del asunto.”. Ver también: St. APCC de 29 de junio de 1993 (La Ley 1993-2, 255) que considera que: “... en los casos en que el ordenamiento jurídico permite al juez examinar de oficio su propia competencia territorial, lo es sólo en el momento de admitir a trámite la demanda, y ello no sólo con la finalidad de evitar el peregrinaje dicho, sino también y de manera fundamental porque en tales casos la competencia territorial se configura como un presupuesto procesal, de suerte que no le es dable al juez examinar en sentencia la concurrencia o no de presupuesto procesal...”; St. APM de 31 de diciembre de 1993, que establece que: “Si el juez se declara competente, y el demandado no plantea cuestión de competencia, ya no cabe apreciar la incompetencia territorial con la sentencia... todo ello pone de manifiesto que la competencia territorial, a diferencia de la objetiva y funcional, debe relativizarse, al no responder a unos criterios generales y absolutos, y no puede apreciarse en la sentencia, una vez que ya se ha tramitado todo el proceso, y cuando ya han precluido los términos legalmente establecidos para su examen por el juez..., o para su alegación por el demandado... debiendo entenderse subsanada la irregularidad procesal, que implica el conocimiento por el juez de partido diferente al del lugar en que radica la finca, por el propio hecho de haberse considerado el juez a quo competente, y por haberse aquietado a ello el demandado, que no planteó declinatoria o inhibitoria, siendo una cuestión que no puede invalidar por sí misma todo lo actuado, y llevar al actor a un nuevo proceso...”.

¹⁰⁰⁶ En parecido sentido, ver: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 89-90 donde opina que: “No nos parece, por nuestra parte, que sea posible asimilar el tratamiento procesal de la competencia territorial con el de la competencia objetiva y funcional, ni siquiera cuando aquélla esté regulada por normas de naturaleza imperativa, ya que tal asimilación vendría a identificar unos criterios de competencia que tienen asignados por la ley cometidos totalmente distintos... [...] ..., como el cometido de la competencia territorial es sólo distribuir los asuntos entre órganos con el mismo oficio, en razón de una mera preferencia territorial, la falta de esta preferencia por parte de un órgano, que es tan competente como el preferente, no tiene porque comportar, por muy imperativa que sea la competencia territorial, la absoluta imposibilidad de que el órgano conozca. A diferencia de lo que ocurre con la falta de competencia objetiva y funcional, el art. 238.1 de la LOPJ no sanciona con la nulidad los actos que se produzcan con falta de competencia territorial, ni siquiera cuando ésta es indisponible.”. Ver también: St. APB de 30 de mayo de 1991, que considera que: “... lo cual comporta que el juez debe abstenerse de oficio de conocer por falta de competencia territorial cuando ésta viene inderogablemente fijada, y si no lo ha hecho, el demandado puede impugnarlo bien por declinatoria o bien por inhibitoria, desprendiéndose además, a tenor de lo dispuesto por el art. 238.1 LOPJ, el distinto tratamiento que se da a la competencia objetiva y a la territorial, pues lo actuado con falta de esta última no será nulo, al expresar aquel precepto que tan sólo son nulas las actuaciones realizadas con falta de jurisdicción y de competencia objetiva y funcional.”; St. APB de 21 de noviembre de 1991 (La Ley 1992-I, 178) donde opina que: “A tenor del art. 238.1 LOPJ, las diversas clases de competencia reciben un tratamiento distinto, pues lo actuado con falta de competencia territorial no sería nulo, al expresar aquél precepto que tan sólo son nulas las actuaciones realizadas con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.”; St. APB de 15 de octubre de 1993, donde opina que: “El recurso interpuesto debe ser acogido, en primer y fundamental lugar, porque, si bien es cierto que el art. 717 LEC dispone que, en el juicio verbal, el juez examinará de oficio su propia competencia territorial y, de estimarse competente, dictará auto declarándolo así; en el caso presente no recayó resolución en tal sentido, sino que por providencia de 10 de noviembre de 1992, se admitió la demanda a trámite...”.

hecho, indefensión¹⁰⁰⁷. La actuación de un juez territorialmente incompetente no produce la nulidad radical de las actuaciones si el mismo es, no obstante, competente objetiva y funcionalmente.

Por otra parte, y como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, la posibilidad de que en los casos de competencia territorial improrrogable pueda el juez, de oficio e inicialmente, poner de manifiesto su carencia de competencia, no debe llevarnos a negar a las partes el derecho a ser ellas las que denuncien esta situación, bien mediante de la interposición de la declinatoria o la inhibitoria¹⁰⁰⁸, bien mediante la interposición del correspondiente recurso de reposición (ex art. 376 LEC) contra la resolución por la cual el juez se declara competente¹⁰⁰⁹. La cuestión, sin embargo, no es

¹⁰⁰⁷ A este respecto, ver: STC 106/93, de 22 de marzo, que establece, en la línea de la consolidada opinión de ese Tribunal, que: "No toda vulneración o infracción de normas procesales puede producir indefensión en sentido jurídico constitucional, sino que ésta sólo puede tener lugar cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos o se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado; para que pueda estimarse, pues, una indefensión con relevancia constitucional no basta con una vulneración formal, sino que es necesario que se produzca el efecto material de indefensión."; St. APB de 21 de noviembre de 1991 (La Ley 1992-I, 178) que considera que: "En base a ello, no procede en el supuesto enjuiciado acceder a la petición de nulidad con fundamento en la incompetencia territorial, ni tampoco a la absolución de la instancia por apreciación de la excepción, pues ello conduciría al absurdo peregrinaje que la L. 34/84 de 6 de agosto (reforma Urgente LEC) trataba de evitar con la modificación del art. 533 LEC, amen de no intuirse un interés serio, legítimo y justificado, desprendiéndose por el contrario uno meramente dilatorio, que conduciría a una repetición inútil de los procesos, sin que por ello se le produzca ninguna indefensión, pues contestó a la demanda y propuso cuantas pruebas estimó oportunas para justificar su posición."; St. APM de 31 de diciembre de 1993, que considera que: "Ciertamente es una irregularidad procesal que falle definitivamente un juez que no debió conocer del pleito según unos criterios preestablecidos de competencia territorial, pero no debe olvidarse que, en nuestro sistema procesal, no toda irregularidad comporta nulidad y subsiguiente ineficacia de lo actuado...".

¹⁰⁰⁸ Ver, en este sentido: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Pág. 107 donde opina que, la inhibitoria y la declinatoria: "... que son los únicos remedios procesales para denunciar la falta de competencia territorial cuando las normas a aplicar son dispositivas, pasan a ser remedios de segundo grado cuando son de aplicación normas imperativas de competencia territorial. En estos casos, sólo cuando el juez considerado incompetente no se haya abstenido de oficio, podrá plantearse la oportuna cuestión de competencia por inhibitoria o por declinatoria.". Ver también: St. APM de 31 de diciembre de 1993, que establece que: "... si el juez admite a trámite la demanda y convoca a las partes a juicio, ha de sobreentenderse que se ha considerado competente para conocer del desahucio, sea acertado o no su criterio, por lo que deberá ser en ese caso el demandado quién podrá plantear la cuestión de competencia por declinatoria o por inhibitoria.". En contra, ver: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME; *Procesos arrendaticios...*, cit. Pág. 54.

¹⁰⁰⁹ En parecido sentido, ver: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 106-107. Sin embargo, el propio autor pone de manifiesto los inconvenientes que presenta esta vía cuando afirma que: "El inconveniente que presenta esta vía impugnatoria, ..., es que contra el auto denegatorio

pacífica cuando se trata de expedientes de jurisdicción voluntaria, pues: a) es comúnmente aceptado por la doctrina el hecho de que en los expedientes de jurisdicción voluntaria no se puede hablar de partes en sentido estricto; b) el artículo 73 de la LEC, al establecer la legitimación para la interposición de la declinatoria y la inhibitoria, se refiere a la “parte legítima”. A nuestro modo de ver el conflicto puede ser salvado atendiendo al hecho, tantas veces mencionado, de que la LEC procede a la regulación de las instituciones teniendo siempre presente la estructura propia de los juicios contenciosos. Así pues, bastará sustituir la expresión controvertida por la de “interesado” para entender que es posible la interposición de cuestiones de competencia por parte de los implicados en un expediente de jurisdicción voluntaria¹⁰¹⁰. A este respecto, la STS de 9 de diciembre de 1913 (RJ 156/1913), en su Cdo. 1^o¹⁰¹¹, consideró que no cabía la tramitación de cuestiones de competencia en aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que la citación tenga por único objeto la práctica de alguna diligencia meramente preparatoria de un proceso contencioso posterior. Esta misma sentencia, por otra parte, reconoce que en los procedimientos en los que (como en el que

de la reposición sólo se dará recurso de apelación en un solo efecto, que se resolverá conjuntamente con la apelación principal (art. 381 LEC). [...] Y sucederá que, en el momento en que el superior deba resolver de la apelación principal, aunque estimara infringida la norma de competencia territorial invocada, difícilmente podrá declarar la nulidad de lo actuado, no sólo porque la falta de competencia territorial no provoca la nulidad (art. 238.1 LOPJ), sino también porque la mera ausencia de preferencia del juez que haya conocido del asunto no podrá haber supuesto ni prescindir de las normas esenciales del procedimiento, ni infringir los principios de audiencia, asistencia y defensa, ni, en definitiva, generar indefensión al demandado (art. 238.3 LOPJ).”; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME; *Procesos arrendaticios...*, cit. Pág. 54.

¹⁰¹⁰ En parecido sentido, ver la opinión de: GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 91 donde considera que: “Los interesados tienen derecho a comparecer en el expediente y a ser oídos (art. 1813 LEC), hayan sido o no citados al respecto. Por ello el precepto (se refiere al art. 73 de la LEC) debe interpretarse en el sentido de que cualquier interesado puede promover la inhibitoria o la declinatoria, siempre que se admita su intervención en el acto concreto de que se trate. Así lo declaró la Sentencia del TS de 24 de abril de 1940.”; MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 62 donde opina que: “...; no existe precepto legal alguno <<que impida promover cuestiones de competencia en la jurisdicción voluntaria>>.”; GIMENO GAMARRA, RAFAEL; *Ensayo de una teoría general...*, cit. Pág. 42.

¹⁰¹¹ En el mismo se establecía que: “... si la citación no tiene otro objeto que el de reconocer la firma que aparece en cierto documento de deuda, mientras que por consecuencia de tal diligencia no se entable el juicio procedente, no puede el interesado promover la cuestión de competencia, porque sólo entonces ostentará el carácter de parte demandada...”.

es objeto de nuestro estudio) existe cierta contradicción¹⁰¹² sí que cabe la posibilidad de plantear este tipo de cuestiones.

Las cuestiones de competencia, como sucede también en los supuestos de jurisdicción contenciosa, deberán ser, en todo caso, promovidas antes de que el procedimiento haya finalizado por resolución firme (*ex art. 76 LEC*). Peculiaridad de los expedientes de jurisdicción voluntaria es que, al no existir en estos supuestos ni demanda ni contestación, el planteamiento de la cuestión de competencia deberá producirse en el momento de la comparecencia. En concreto, en el expediente objeto de nuestro estudio, éste será el momento adecuado para que los intervinientes citados, o personados a iniciativa propia, planteen la cuestión de competencia; sin que se pueda entender legitimados para la iniciación de la misma al solicitante o solicitantes del expediente, pues tal actitud sería contraria a los propios actos. Por otra parte, en estos supuestos y en aquellos procesos contenciosos en los que la competencia territorial se configura como improrrogable, esta especialidad no creemos que tenga que suponer una excepción a la norma general (que rige en la generalidad de los procesos contenciosos, en los que la competencia territorial se establece como dispositiva, *ex art. 58. 2º LEC*) según la cual la personación del interesado, sin que su primera actividad procesal consista en proponer en forma la declinatoria, impide el planteamiento posterior de la cuestión de competencia por parte del mismo¹⁰¹³.

En una nueva demostración de los problemas que genera la aplicación a la jurisdicción voluntaria de unos preceptos pensados para los procesos de tipo contencioso¹⁰¹⁴, el artículo 79 de la LEC establece los procedimientos por los que podrán

¹⁰¹² La contradicción relativa a la que nos hemos referido con anterioridad y que se presupone por el mero hecho de acudir ante el juez.

¹⁰¹³ En contra, si bien refiriéndose sólo a los procesos contenciosos en los que la competencia territorial se configura como improrrogable, ver: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Pág. 112.

¹⁰¹⁴ Y que, incluso para ellos, resulta inadecuada pues la previsión de que su tramitación se realizará por la vía de las excepciones dilatorias sólo resulta válida para los procesos contenciosos de mayor cuantía y genera importantes problemas interpretativos a la hora de compaginar el texto del precepto con lo dispuesto para el que es actualmente el proceso contencioso tipo (el menor cuantía), en el cual no cabe la

tramitarse las declinatorias. Excluida absolutamente la posibilidad de su tramitación en forma de excepción dilatoria, sólo resta la posibilidad de sustanciar estas cuestiones por la vía del procedimiento incidental. De nuevo, la solución (única posible atendiendo a la literalidad del precepto) resulta insatisfactoria. Como se deduce de la redacción del artículo 742 de la LEC, la tramitación por este cauce riñe con la estructura procedimental simple propia de los expedientes de jurisdicción voluntaria y con la intención de agilización que, concretamente, respecto al procedimiento contenido en la norma segunda del artículo 16 de la LPH, guió al legislador de 1960¹⁰¹⁵.

No menores problemas ofrece la adaptación de las disposiciones referentes a la inhibitoria¹⁰¹⁶ (artículos 84 y ss de la LEC) a las peculiaridades propias de un procedimiento que, según dispone la norma segunda del artículo 16 de la LPH, deberá ser resuelto en un plazo máximo de veinte días, contados desde la petición¹⁰¹⁷.

Sea como fuere, los problemas de adaptación de la tramitación propia de las declinatorias y las inhibitorias a las características propias de un procedimiento de jurisdicción voluntaria cuya razón de ser fundamental es la celeridad de la resolución, no pueden hacernos caer en el error de considerar que en estos supuestos no cabrá la interposición por parte de los "interesados" de semejantes cuestiones. En nuestro

alegación de excepciones dilatorias. Ver, en parecido sentido: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Pág. 111, donde opina que la tramitación por el cauce de las excepciones dilatorias queda reservada al ámbito de los juicios ordinarios de mayor cuantía. Para mayor profundización en relación a esta problemática: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME; *La comparecencia preparatoria...*, cit. Ver también: St. APGR de 26 de febrero de 1990 (Sec. 3ª) (CD 1990) FD 1º, St. APLO de 6 de julio de 1994 (CD 1994) FD 1º.

¹⁰¹⁵ Ver la opinión de: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 62 donde considera que: "La declinatoria no podrá sustanciarse por los trámites establecidos para los incidentes genéricos; dada la simplicidad del procedimiento —el cual concluye con una resolución, que ha de pronunciarse dentro de veinte días, contados desde la petición— la falta de competencia territorial deberá alegarse en el acto de la comparecencia y decidirse en la resolución según equidad".

¹⁰¹⁶ Para mayor profundización, ver: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *La inhibitoria*, en, "Estudios de Derecho Procesal", Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 183-207.

¹⁰¹⁷ En este mismo sentido, ver: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 62 donde opina que: "Teóricamente, tampoco existe óbice legal para la impugnación, mediante inhibitoria del juez elegido por el solicitante; la complejidad de la tramitación de esta cuestión de competencia la convertiría en un inoperante medio defensivo; cuando el juez recibiera el requerimiento de inhibición probablemente habría dictado ya su resolución".

sistema, mientras no se establezca expresamente lo contrario, los interesados en el procedimiento conservarán todas sus facultades procesales¹⁰¹⁸.

Puede objetársenos a este respecto que el plazo de 20 días, “..., *contados desde la petición...*” (plazo establecido por el precepto objeto de nuestro estudio para la resolución que ponga fin al expediente) es un plazo de caducidad que, como en el supuesto del arbitraje, haría nula la decisión pronunciada una vez transcurrido el mismo. Por nuestra parte consideramos que tal postura sólo puede ser mantenida por aquéllos que, en el supuesto comentado, han confundido la naturaleza propia del mismo con la del arbitraje de equidad olvidando que, si bien en ambos casos la decisión sobre el fondo es en equidad, la razón de ser de la instauración de un recurso de nulidad del laudo (recurso, por otra parte, también operativo para el supuesto de arbitraje de Derecho, *ex art. 30 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje*) se encuentra en la excepción que el reconocimiento del poder arbitral supone a la norma general contenida en el artículo 117.3 de la CE. Por otra parte y, aunque el argumento no debería poder ni tan siquiera ser planteado de ser otra la realidad de nuestra Administración de Justicia, de todos es sabido que los plazos perentorios establecidos por las diversas leyes procesales para las actuaciones judiciales, en la práctica, son unánime y pacientemente definidos por la doctrina y la totalidad de operadores jurídicos como “impropios”. En resumen, al no tratarse en este supuesto de un plazo de caducidad (y ser, por tanto, susceptible de paralización en su cómputo), el planteamiento de una cuestión de competencia por

¹⁰¹⁸ Refiriéndose a los procesos contenciosos en los que, si bien la competencia territorial se encuentra legislativamente determinada por un fuero único, sin embargo, no se excluye expresamente la posibilidad de sumisión: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 144-145 opina que: “*Tales normas, del modo como están formuladas, no impiden ni la sumisión expresa ni la tácita, pero últimamente se está imponiendo la idea de que nada justifica que la voluntad de las partes de disponer del fuero, al menos a través de la sumisión expresa, prevalezca sobre las reglas legales de competencia territorial. [...] Además, el art. 71 de la LEC, en su párr. 1, al prescribir que las reglas establecidas en los artículos anteriores – es decir, las reglas reguladoras de la tradicional competencia dispositiva – se entenderán sin perjuicio de lo que disponga la ley para casos especiales, podría permitir interpretar que toda regla de competencia territorial que se disponga para un caso especial. Al no estar incluida en <<los artículos anteriores>>, tiene naturaleza imperativa. Se trata, pues, de un problema de interpretación.*”. En concreto, respecto de lo dispuesto en la norma 5ª del art. 16 de la LPH, ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 529 considera que al no especificar la norma 5ª expresamente la imposibilidad de sumisión, se tiene que entender que en este supuesto rige la norma general contenida en el art. 56 LEC.

inhibitoria o declinatoria producirá en este supuesto los efectos típicos de éstas. Así, y según establece el artículo 114 de la LEC: *"Las inhibitorias¹⁰¹⁹ y las declinatorias suspenderán los procedimientos fuera del caso a que se refiere el artículo anterior, hasta que se decida la cuestión de competencia... Durante la suspensión, el Juez o Tribunal requerido de inhibición podrá practicar, a instancia de parte legítima (entiéndase, interesado, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria), cualquier actuación que a su juicio sea absolutamente necesaria, y de cuya dilación pudieran resultar perjuicios irreparables."* Por tanto, y aunque la solución riña, en cierta medida¹⁰²⁰, con la intención de celeridad buscada por el legislador de 1960 al regular este procedimiento de adopción judicial de acuerdos mayoritarios, la dilatación del procedimiento por encima de los 20 días de los que nos habla el párrafo 5º de la norma 2ª del artículo 16 de la LPH, por la naturaleza de ese plazo, no puede conllevar la nulidad de actuaciones de la que habla el artículo 241 de la LOPJ¹⁰²¹.

a.1.4. El papel del Ministerio Fiscal.

Sentado que el procedimiento objeto de nuestro estudio constituye un expediente de jurisdicción voluntaria de naturaleza constitutiva supletoria, tendremos que analizar ahora el papel que en la tramitación del mismo venga llamado a desempeñar el Ministerio Fiscal.

Las dificultades que ya de por sí presenta cualquier intento de clasificación de las diversas funciones que nuestro ordenamiento confiere al Ministerio Público, una vez más, se acrecientan cuando las mismas deben ser analizadas en el ámbito de la

¹⁰¹⁹ Sobre los problemas de la suspensión en las inhibitorias, ver, por todos: FONT SERRA, EDUARDO; *La competencia territorial...*, cit. Págs. 159-162.

¹⁰²⁰ Téngase en cuenta que lo dispuesto por este párrafo segundo alcanzará gran virtualidad para que, en un supuesto como es el que constituye objeto de nuestro estudio, la interposición de una cuestión de competencia no pueda constituir en la práctica el vehículo idóneo para generar dilaciones en contra del espíritu de celeridad que el legislador quiso imprimir a este procedimiento.

¹⁰²¹ Según este artículo: *"Las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo."*

jurisdicción voluntaria. La razón de tal dificultad, de nuevo, se encuentra en el hecho de que la existencia de una norma que con carácter general regula este aspecto en el ámbito de la jurisdicción voluntaria (art. 1815¹⁰²² LEC y, respecto de los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, art. 2111¹⁰²³ LEC), choca, sin embargo: bien con la solución expresamente dispuesta por la propia LEC para algunos de los expedientes de esta naturaleza por ella regulados; bien con el silencio legislativo respecto de otros expedientes regulados en la propia LEC o en diversas leyes especiales¹⁰²⁴.

Así las cosas, siquiera sea brevemente, tendremos que ver cuales son las diversas funciones que el Ministerio Fiscal viene llamado a desempeñar en el ámbito del proceso civil para, a continuación, analizar si la naturaleza del expediente contenido en la norma segunda del artículo 16 de la LPH hace necesaria la actuación de éste en el mismo y, de ser así, el tipo concreto de actuación que, en esos supuestos, se requiera de aquél.

Las normas básicas que regulan las funciones del mismo son las que siguen: Reglamento Orgánico de 27 de febrero de 1969¹⁰²⁵; Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981 de 30 de diciembre) y artículo 435 LOPJ.

El artículo 1º del Estatuto (copiado en el art. 435.1 de la LOPJ¹⁰²⁶) dispone que: *"El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de*

¹⁰²² Dispone este precepto que: *"Se oirá precisamente al Ministerio Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad. [...] El Ministerio Fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente."*

¹⁰²³ Dispone en sus apartados 2º y 4º lo que deberá hacer el Ministerio Fiscal en estos expedientes: *"Cuando para los hechos de que se trate no se hayan establecido reglas especiales, además de las disposiciones generales de la primera parte de este libro que les fueren aplicables, ..."*

¹⁰²⁴ A este respecto, ver también: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El Ministerio Fiscal*, RDPProc. Iberoamericana, 1979, págs. 609-677, cit. Págs. 676-677.

¹⁰²⁵ El cual, según dispone la Disposición Final 1ª de la Ley por la que se regula el Estatuto Orgánico de 1981, se entenderá vigente en todo aquello en lo que no se oponga a la misma y entretanto no sea aprobado el nuevo reglamento de desarrollo.

¹⁰²⁶ Dispone éste que: *"1º Sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción de interés social. 2º El Ministerio Fiscal se regirá por lo que disponga su Estatuto Orgánico."*

la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción de interés social.”.

A la luz de lo dispuesto por este precepto y, siguiendo la clasificación realizada por PÉREZ GORDO¹⁰²⁷ ¹⁰²⁸, consideramos que de la textualidad del mismo se puede concluir que las funciones del Ministerio Público son las que siguen¹⁰²⁹: a) defensa de la legalidad en el proceso civil o en los actos de jurisdicción voluntaria; b) defensa de los intereses del Estado cuando éste es parte en un proceso civil o en un expediente de jurisdicción voluntaria; c) defensa de intereses particulares en el proceso civil o en actos de jurisdicción voluntaria.

Por lo que hace referencia a la primera de dichas funciones, el apartado primero del artículo 2 del Reglamento orgánico dispone que el Ministerio Fiscal *“tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley, y procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social.”*. Por su parte, el artículo 3 del Estatuto orgánico se refiere a varios supuestos subsumibles en esta clasificación en sus apartados 1º, 2º, 6º, 8º y 9º. A nuestro modo de ver, el único de estos epígrafes en el que se podría intentar apoyar la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal, en el expediente concreto por nosotros estudiado, es la cláusula genérica contenida en la parte final del apartado 6º. Según ésta, el Ministerio Fiscal deberá: *“Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.”*

¹⁰²⁷ PÉREZ GORDO, ALFONSO; *La función del Ministerio Público (Fiscal) en el proceso civil*, RDProc. Iberoamericana, 1977, págs. 933 y ss.

¹⁰²⁸ Ver también la clasificación que, atendiendo al tipo de proceso, realiza: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El Ministerio Fiscal*, cit. Págs. 657 y ss.

¹⁰²⁹ En igual sentido, ver: GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 93.

Sea como fuere, la norma es que, en el ámbito del proceso civil, son interpretados restrictivamente los supuestos en los que el Ministerio Fiscal debe actuar en defensa de la legalidad. Como pone de manifiesto GONZÁLEZ POVEDA: *"Generalmente es llamado para defender el interés general o público, por lo que corrientemente se identifica la defensa de la legalidad con la de interés público (siendo muy difícil establecer una seria diferenciación entre la defensa del interés público y la de la legalidad."*¹⁰³⁰. Esta misma solución es la que genéricamente, respecto de los actos de jurisdicción voluntaria, sugiere la redacción de los artículos 1815 y 2111 de la LEC. Por todo ello y atendiendo al hecho innegable de que el artículo 16, norma 2ª, párrafo 5º de la LPH de 1960, no establece expresamente la necesidad de actuación del Ministerio Fiscal, consideramos que no se podría apoyar la misma en las cláusulas genéricas contenidas en el apartado 6º y 15º del artículo 3º del Estatuto, ni, tampoco, en el artículo 1815 de la LEC (por constituir éste una norma general no aplicable al expediente objeto de nuestro estudio en cuanto que en el mismo, sólo muy remotamente, se puede entender implicado un "interés público"). Por otra parte, en el caso estudiado, al ser la decisión sobre el fondo en equidad y no en Derecho, el control de legalidad por parte del Ministerio Fiscal, tendría que quedar reducido (de entenderse que su actuación es preceptiva como defensor de la legalidad, por suponer aplicable a este supuesto lo dispuesto por el artículo 1815 de la LEC) al control de la correcta estimación por parte del juez de la concurrencia del requisito legal habilitante de la decisión de fondo en equidad y, el respeto por parte de éste de las normas de procedimiento.

Excluida la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal en atención al primer grupo de funciones asignadas al mismo, tenemos que analizar ahora la posibilidad de su actuación como representante del Estado y demás organismos públicos. Esta circunstancia se analiza tan sólo en razón de la posibilidad histórica de que este hecho se pudiera producir. El número 4º del artículo 838 de la LOPJ de 1870,

¹⁰³⁰ GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 94.

en relación con el artículo 763¹⁰³¹ de la misma, atribuía al Ministerio Fiscal la representación de los entes públicos en los supuestos en los que éstos fueran parte demandada o demandante en un proceso civil (intervinientes, en los actos de jurisdicción voluntaria). Sin embargo, el Real Decreto de 16 de marzo de 1886 encomendó esa misión al cuerpo de Abogados del Estado, razón por la cual ni el artículo 1 ni el 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en vigor hacen referencia a esta función entre las encomendadas a este órgano estatal y, por la que el artículo 447.1 de la LOPJ vigente procede a establecer los órganos a los cuales se confía la misma en la actualidad.

Por último, tenemos que hacer referencia a la posibilidad de que el Ministerio Público pueda actuar en el expediente de adopción judicial de acuerdos contenido en la norma segunda del artículo 16 de la LPH en calidad de defensor de intereses particulares o de un supuesto interés social implicado en la tramitación de ese tipo de expediente. Excluida ya su intervención en el mismo al amparo de las causas 1ª, 2ª, 6ª, 8ª, 9ª y 15ª, anteriormente analizadas, y las causas 4ª y 5ª de ese mismo artículo 3º del Estatuto Orgánico, por referirse estas últimas a su actuación en el ámbito del proceso penal; no nos queda sino analizar la posibilidad de subsumir el expediente objeto de nuestro estudio en alguno de los supuestos contenidos en las causas 3ª, 7ª y 10ª a 14ª. Resulta evidente que las causas 3ª y 10ª a 12ª no tienen relación alguna con el expediente estudiado por cuanto las mismas hacen referencia a la actuación del Ministerio Fiscal no en el ámbito de la legalidad ordinaria, sino en el de la legalidad constitucional. Lo mismo ocurre con las causas 13ª y 14ª referidas, respectivamente, a su actuación en el ámbito contencioso-administrativo y en el auxilio judicial. Por último, la causa 7ª, así como la ya analizada 6ª, se refieren respectivamente a la actuación del Ministerio Público en los supuestos en los que se encuentren implicados incapaces o menores y en los procesos de estado civil.

¹⁰³¹ Disponía éste que: "El Ministerio Fiscal velará por la observancia de esta Ley y de las demás que se refieran a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el poder judicial."

Llegamos pues a la conclusión de que, en el expediente de jurisdicción voluntaria que nos ocupa, la intervención del Ministerio Fiscal no se configura como necesaria, sin perjuicio de que, eventualmente, éste pueda actuar en caso de que en la tramitación del mismo se produzca, por ejemplo, un conflicto de jurisdicción, una cuestión de competencia (*ex* norma 8ª del artículo 3 del Estatuto)¹⁰³² o se encuentren implicados intereses de menores e incapaces.

Atendiendo a las conclusiones alcanzadas, podemos dar por concluido este apartado pues, resultaría superfluo, a los efectos de nuestro estudio, profundizar en el tratamiento de la naturaleza jurídica de la intervención del Ministerio Público en el proceso y de las formas en las que ésta puede darse¹⁰³³.

a.2. Comparación con el modelo italiano.

Partiendo de la base de que la naturaleza del supuesto contemplado en la norma segunda del artículo 16 de la LPH es la de expediente de jurisdicción voluntaria y, por tanto, que no se trata de un verdadero juicio de equidad en sentido técnico; puede, sin embargo, resultar interesante la confrontación del mismo con los juicios de equidad (estos sí, verdaderos juicios de equidad) regulados en el ordenamiento jurídico italiano.

El CPC italiano de 1940 estableció en su artículo 114 la regulación de unos juicios de equidad sustitutiva de carácter concordado¹⁰³⁴. Esto es, según la expresa

¹⁰³² Ver a este respecto: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El Ministerio Fiscal*, cit. Págs. 672-674.

¹⁰³³ Para mayor profundización a este respecto, ver: PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, LEONARDO; *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, en, "Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, págs. 3-91; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; *Lo que debe ser el Ministerio Público*, en, "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1934, págs. 9 y ss; FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR; *la situación actual del Ministerio Fiscal*, RDProc. Iberoamericana, 1970, págs. 759 y ss; SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El Ministerio Fiscal*, cit. págs. 609-677; PÉREZ GORDO, ALFONSO; *La función del Ministerio Público...*, cit. Págs. 933 y ss.

¹⁰³⁴ A este respecto, ver: CECHELLA, CLAUDIO; *Commento agli articoli 21 e 33*, en, "Il giudice di pace. Commento alla legge 374/1991" (A cura di Modestino Acone), Ed. Jovene Editore, Nápoles, 1992, págs. 142-56 y 222-32.

voluntad del legislador, el juez, en ese supuesto, no puede hacer uso de esas facultades equitativas si las partes en conflicto, de mutuo acuerdo, no le habilitan a pronunciarse según equidad.

Muchos son los problemas que ha suscitado a la doctrina del país vecino la interpretación de los requisitos necesarios para que se pueda entender al juez habilitado para pronunciarse conforme a equidad. Entre los estudiosos italianos resulta común remarcar la casi nula utilización práctica de esta posibilidad abierta a los litigantes. Las razones que se han alegado, y que pasamos a resumir, son las siguientes: a) la “*concorde richiesta*”, a diferencia de lo que sucede con el compromiso arbitral, no puede darse hasta el momento en el que ha surgido la controversia y, precisamente en ese momento, será difícil lograr un acuerdo de las partes en ese sentido¹⁰³⁵; b) la petición concorde de las partes tiene que hacerse por escrito sin que, no obstante, se exija su constancia en un documento único; c) la necesidad de la petición concorde de las partes impide la iniciación de tal vía procedimental en los supuestos de rebeldía o de negativa de una de ellas; d) el juicio de equidad del artículo 114 puede desarrollarse tanto en primera instancia como en apelación, siendo difícil que la parte vencedora en una primera instancia resuelta conforme a Derecho acceda a renunciar la ventaja adquirida para que, en apelación, la causa sea decidida de nuevo y, esta vez, en atención a criterios equitativos; e) surgida ya la controversia y conformes las partes en que la misma sea resuelta en atención a criterios de equidad, lo normal será que decidan someter el asunto a arbitraje pues, en ese caso, tendrán la oportunidad de elegir al árbitro concreto que, siendo más digno de su confianza, haya de resolver el litigio.

¹⁰³⁵ En este sentido, ver, entre otros: CIPRIANI, FRANCO; *Il giudizio di equità necessario*, cit. Pág. 37 donde opina que: “*Si spiega così a parer mio il fallimento, decretato dalla realtà applicativa, del giudizio di equità concordato, fallimento che è dovuto non solo e non tanto al fatto che non si sa bene che cosa sia l'equità, ma anche e soprattutto al fatto che si è preteso l'accordo delle parti in un momento in cui è pressoché escluso a priori che possa esservi.*”; VACCARELLA, ROMANO; *Il difensore ed il giudizio di equità*, cit. Págs. 47-48 donde, entre otras causas, señala que: “*Optare, a questo punto della controversia, per la decisione secondo equità implica un riconoscimento della potenziale legittimità (secondo diritto) dell'avversa tesi e, quindi, una scelta che non può che provenire dalla parte personalmente...*”.

Como puede observarse, muchos son los inconvenientes que presenta la regulación de un juicio de equidad concordado pero, posiblemente, el mayor de ellos sea (como demuestra el estudio comparado) el desuso al que el mismo se encuentra abocado. No puede ser de otra manera; si con la habilitación de la resolución en equidad lo que se está buscando es el especial criterio de valoración subjetiva de la persona llamada a decidir el conflicto, no puede extrañar que las partes, en ese caso, prefieran atribuir el poder decisonal a una persona que, elegida por ellas, goce de toda su confianza¹⁰³⁶.

En definitiva, un juicio de equidad cuya regulación sea, prácticamente, un calco de la del arbitraje equitativo, está condenado, como demuestra el ejemplo italiano, al desuso. Por ello, desde este punto de vista, la decisión del legislador español de 1960, en el sentido de regular un expediente de jurisdicción voluntaria (que, recalcamos una vez más, no constituye, por este hecho, un verdadero ejemplo de juicio de equidad) de carácter necesario, debe ser aplaudida¹⁰³⁷. No obstante, como demuestran las estadísticas judiciales¹⁰³⁸, el desuso del mismo también se ha producido pero, en esta ocasión, la razón no hay que encontrarla en la no necesidad del mismo. Por el contrario, en este supuesto, la misma se encuentra en la desorientación que ha producido entre la doctrina y jurisprudencia españolas la pésima regulación contenida en esa norma que, en último término, ha hecho que, en esos supuestos, los profesionales prefieran acudir a otra vía procesal que les ofrezca más garantías de éxito en la defensa de sus aspiraciones.

¹⁰³⁶ En parecido sentido, ver, por todos: DE MARINI, CARLO MARIA; *Il giudizio di equità...*, cit. Págs. 186-87; RICCI, EDOARDO F.; *Note sul giudizio di equità*, cit. Págs. 389-90.

¹⁰³⁷ Pues además, con ello, se evita caer en el error que han cometido algunos autores al pretender asimilar el expediente objeto de nuestro estudio a un supuesto de arbitraje. Buena prueba de esa confusión doctrinal entre el arbitraje de equidad y los juicios de equidad se puede encontrar en: AA.VV. *Enciclopedia Jurídica Española*, Voz: Arbitraje, págs. 286-301 donde define "Arbitrar" como sigue: "Juzgar, determinar como árbitro; y también proceder el juez conforme á las reglas de la equidad y según su leal saber y entender, en defecto de ley en que apoyarse". Ver también: St. APO (Sec. 4º) de 28 de noviembre de 1998 FD 3º donde considera que el expediente judicial de adopción de acuerdos comunitarios es más arbitral que jurisdiccional.

¹⁰³⁸ Las cuales, sin embargo, resultan poco aclaratorias por la excesiva imprecisión de los varemos en ellas utilizados, tanto para desglosar la utilización de cada uno de los diversos supuestos de expedientes

Sentado esto, tendremos que analizar ahora los problemas genéricos que envuelven a los juicios de equidad de carácter necesario (esto es, aquéllos en los que es el legislador, sin conceder relevancia alguna a la voluntad contraria de las partes, el que remite para la resolución de ciertos conflictos a un juicio de equidad) para, acto seguido, en la medida de lo posible, extender las conclusiones a las que lleguemos al ámbito propio del expediente de jurisdicción voluntaria que constituye el objeto de este trabajo.

Una vez más es el ordenamiento italiano y, en concreto, el 2º párrafo del artículo 113 del CPC (reformado en su redacción inicial por Ley de reforma del CPC nº 399, de 30 de julio de 1984¹⁰³⁹ y modificado posteriormente por el art. 21 de la Ley nº 374 de 21 de noviembre de 1991¹⁰⁴⁰), el que nos ofrece un ejemplo en el que centrar nuestro análisis¹⁰⁴¹.

De nuevo y, como en el caso del aún vigente artículo 114 del CPC, el artículo 113. 2º, en su redacción de 1984, supuso un rotundo fracaso en su aplicación práctica. Las causas de su poca utilización (que derivaron, en último término, en su reforma de 1991) se encontraban, sin embargo, en razones diversas a las anteriormente expuestas.

de jurisdicción voluntaria, como por no contenerse en ellas un epígrafe específico referido a los procesos y procedimientos relativos a la LPH.

¹⁰³⁹ Disponía, hasta la reforma del mismo en 1991 que: "*Il conciliatore decide secondo equità osservando i principi regolatori della materia.*". Sobre tal reforma, ver, entre otros: MONTESANO, LUIGI; *Sui principi regolatori...*, cit.; RAMPAZZI, GABRIELLA; *Commento all articolo 21 della Legge 21 nov. 1991, n° 374, Istituzione del giudice di pace*, en, "La riforma del processo civile" (a cura di Sergio Chiarloni), Ed. Zanicheli, Bologna, 1992, cit. Págs. 1013-23; ROTA, FAVIO; *Il giudizio di equità tra conciliatore e giudice di pace (Nota a sez. Cass 15 giugno 1991, Nuova Giurisprudenza Civile, 1992, I, cit. Págs. 554 y ss.*

¹⁰⁴⁰ Dispone actualmente el precepto, que entró en vigor el 1 de mayo de 1995, que: "*Il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede lire due milioni.*". Sobre esta reforma, ver: RAMPAZZI, GABRIELLA; *Commento all articolo 21 della Legge 21 nov. 1991*, cit. Pág. 1021, donde opina que la misma supuso un retorno al pasado, pues: "...: *il limiti dei due milioni, al di sopra del quale riprende vigore il principio di stretta legalità, non è tuttavia più tale da ricondurre l' equità <<silenziosamente in quei ranghi in cui era stata relegata prima della l. 399/1984>>, ritagliando per tale tipo di giudizio uno spazio certo non marginale. [...] Il notevole ridimensionamento subito dal giudizio di equità necessario accompagnato dalla contemporanea soppressione del tanto criticato vincolo ai principi regolatori della materia, è da guardare con indubbio favore per la semplificazione che comporta.*"; CONSOLO, CLAUDIO y LUISO, FRANCESCO P.; *Commento agli art. 113 e 114 del CPC*, en, "Codice di procedura civile commentato", Ed. Ipsoa, Milán, 1997, págs. 451-75; MARTINO, ROBERTO; *L' equità del giudice di pace*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1994, págs. 122-150.

Si, como hemos dicho, a nuestro modo de ver, la atribución a los juicios de equidad del carácter de necesidad comporta un acierto; tendremos que analizar las causas del fracaso práctico del precepto ahora comentado. Las mismas creemos que se tienen que encontrar en el hecho de que el legislador italiano, a diferencia de lo que sucede con el expediente de jurisdicción voluntaria regulado por nuestra LPH, no definió ese juicio como necesario en relación a toda una categoría de asuntos¹⁰⁴², sino que lo hizo en atención al órgano encargado de resolverlos (el conciliador) y, por tanto, en referencia a la cuantía máxima sobre la que éste se encontraba en cada momento legitimado para decidir. Por su parte, la reforma de 1991, consideramos que incurrió de nuevo en el mismo error al atribuir su conocimiento, esta vez, al juez de paz^{1043 1044}, y conservar un límite cuantitativo que, ahora, se expresa en el propio párrafo 2º del artículo 113¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴¹ Sobre los juicios de equidad necesarios en Italia, ver: CECI, MASSIMO; *Osservazioni in materia di giudizio di equità necessario*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1994, págs. 1313-29.

¹⁰⁴² Si bien sí que se reconocía al conciliador una competencia en razón de la materia para todas las causas relativas a la modalidad de uso de los servicios en los condominios.

¹⁰⁴³ Téngase en cuenta que, como ya hemos visto anteriormente, en el momento actual y, respecto del expediente objeto de nuestro estudio, no puede conocer el juez de paz (ex. art. 100.1 LOPJ) pues no se ha contemplado expresamente esa posibilidad en la LPH.

¹⁰⁴⁴ Véase el interesante estudio sobre el juez de paz en Italia (reformas de 1984 y 1991 del artículo 113 del CPC), y en el Derecho comparado, que realiza: PICARDI, NICOLA; *Il giudice di pace in Italia alla ricerca di un modello*, Rivista di diritto processuale, 1993, cit. Págs. 656-694.

¹⁰⁴⁵ Sobre este aspecto, ver: MANDRIOLI, CRISANTO; *Particolarità del processo davanti al pretore e al giudice di pace*, en, "Corso di Diritto processuale civile", 10ª ed., Giappichelli Editore, Turín, 1995, págs. 325-33, T. II, cit. Págs. 229-30 y MANDRIOLI, CRISANTO; *La pronuncia secondo equità*, cit. Págs. 94-95; CONSOLO, CLAUDIO y LUISO, FRANCESCO P.; *Commento agli art. 113 e 114 del CPC*, cit. Pág. 462; MARTINO, ROBERTO; *L'equità del giudice di pace*, cit. Págs. 143-44; CECHELLA, CLAUDIO; *Commento agli articoli 21 e 33*, cit. Pág. 148 donde opina que: "Nonostante la riduzione del giudizio di equità alle controversie <<minori>>, rispetto al passato la sfera di applicazione compie un ulteriore balzo ..., per il resto, come veduto..., tutto resta immutato: ...". En contra, ver: RAMPAZZI, GABRIELLA; *Commento all'articolo 21 della Legge 21 nov. 1991*, cit. Págs. 1022-23 donde ve bien como cautela esa reducción del ámbito de la equidad y opina que: "Seguendo queste indicazioni, l'equità continuerebbe a ricoprire nell'esperienza giuridica quel ruolo marginale e costantemente subordinato alla legge, nel quale è stata per tradizione confinata dal timore che <<in una società in tensione, come la nostra attuale>> possa <<risolversi in un incontrollato soggettivismo>>, perfino suscettibile di sconfinare nell'arbitrio. [...] Tenuto conto del non eccessivo ambito di applicazione del giudizio necessario di equità, l'apertura ad un criterio di giudizio più duttile e flessibile rappresenta un tentativo che, forse, varrebbe la pena di effettuare con serietà."; ver también las palabras de NASI en AA.VV. *Enciclopedia del diritto*, cit. Pág. 112, donde considera que: "... nel fatto che la norma d'equità sia stabilita come la norma ordinaria dei casi di minimo valore economico, si può cogliere un riflesso legislativo di quella degradazione dell'equità a fonte secondaria di norme giuridiche che è propria del positivismo giuridico statale. Infatti, al rango di valore <<economico>> è sempre proporzionale il rango di valore <<sociale>> e quindi giuridico."

No es por tanto de extrañar que entre la doctrina italiana surgieran voces proclamando la inconstitucionalidad del precepto; inconstitucionalidad que se pretendía ver, mayoritariamente¹⁰⁴⁶, no en la sustracción a las partes del poder de elegir el método de resolución de su conflicto (en atención a Derecho o a equidad), sino en el hecho de que el carácter de necesidad del juicio de equidad quedaba restringido tan sólo a las causas de menor importancia económica, entendiéndose vulnerado con ello el principio de igualdad¹⁰⁴⁷. Por otra parte, resultaba también criticable la ventaja que este sistema ponía (y, tras la reforma de 1991, se sigue manteniendo) en manos de la parte demandante; ésta, “jugando” con el valor de la causa, tenía en sus manos la facultad de dirigir la tramitación de la controversia hacia un juicio de Derecho o de equidad, decidiendo en el primer caso un juez y, en el segundo, el conciliador (actualmente: hasta cuantías de 2 millones de liras, el juez de paz, en equidad; por encima de esa cuantía, otro juez ordinario, en Derecho).

Sea como fuere lo cierto es que el expediente regulado en nuestra LPH no incide en los errores comentados y que, por tanto, a nuestro modo de ver, el legislador de 1960

¹⁰⁴⁶ Otros son los argumentos utilizados por: RICCI, EDOARDO F.; *Note sul giudizio di equità*, cit. Págs. 408-409 donde considera acorde con la constitución lo dispuesto por el art. 114 CPC pero, respecto del art. 113, opina que: “... non c'è norma sostanziale che il giudice possa trascurare, quando non sono le parti e chiederglielo d'accordo in materia disponibile; e non credo che il legislatore italiano abbia dato, con l'art. 113. 2ª comma, cpc, la miglior prova di sé (né nella versione attuale in vigore, concernente il conciliatore; né nella nuova versione dovuta alla l. n. 374 del 1991, concernente il giudice di pace).”.

¹⁰⁴⁷ En este sentido, ver: CIPRIANI, FRANCO; *Il giudizio di equità necessario*, cit. Págs. 38-39 donde opina que: “È però agevole obiettare che il fatto che <<in certi casi>> lo scarso valore economico può sconsigliare una soluzione secundum ius, non spiega perché, al di sotto di una certa somma, il giudizio di equità sia sempre necessario... sì che è chiaro che su queste basi non è dato capire perché il giudizio di equità sia stato previsto solo per le cause bagatellari e non per tutte... Una simile concezione... ben difficilmente si salverebbe dall'accusa d'incostituzionalità, perché nel nostro ordinamento vengano principi che non possono essere scavalcati né in nome del carattere bagatellare delle cause, né del equità: basti pensare al principio di uguaglianza, al diritto di azione e alla difesa, che è <<inviolabile>> ... e che non può essere violato solo perché oggi si considerano bagatellari anche cause che in fondo lo sono solo fino ad un certo punto, tant'è vero che alcune di esse fino a ieri erano di competenza addirittura del tribunale.”; MONTESANO, LUIGI; *Sui principi regolatori...*, cit. Pág. 22; RAMPAZZI, GABRIELLA; *Commento all'articolo 21 della Legge 21 nov. 1991*, cit. Pág. 1014; MARTINO, ROBERTO; *L'equità del giudice di pace*, cit. Pág. 131 donde opina que: “... l'estensione del giudizio d'equità necessario oltre l'irrisorio limite di valore in cui era stato confinato anteriormente alla riforma dell'84 sembra autorizzare dubbi sulla legittimità costituzionale di tale giudizio.”. En contra, ver la opinión del Senador Filetti que, en los trámites de aprobación de la reforma de 1984 del artículo 113 del CPC consideraba que la equidad: “... dovrebbe avere un ruolo esclusivamente residuale nell'ordinamento, e non certo costituire il fondamento del giudizio di una intera categoria di giudici”.

optó por la forma de expediente (necesario, no concordado) de jurisdicción voluntaria con decisión sobre el fondo en equidad que, sobre el papel, mayores posibilidades de utilización tenía. Se trata en este supuesto de un expediente de carácter necesario, y referente a toda una categoría de asuntos en el que el juez es llamado a resolver sobre el fondo mediante la utilización de la equidad integrativa. Se suprime con ello la posible tacha de inconstitucionalidad que, entre la doctrina italiana, se vierte sobre los juicios de equidad necesarios cuando éstos vienen establecidos con relación a una cuantía máxima de las causas y no ya a la disciplina de un completo grupo de cuestiones.

b) Acumulación.

Tenemos que estudiar ahora la posibilidad de que el expediente judicial de adopción de acuerdos sea acumulado, o a él se acumule, el conocimiento de otros procesos contenciosos o expedientes de jurisdicción voluntaria. Tendremos que analizar para ello, siquiera sea someramente, los conceptos de acumulación de acciones y acumulación de autos¹⁰⁴⁸ a los que se refieren respectivamente las secciones primera y segunda del Título Cuarto del Libro Primero de la LEC.

Desde la promulgación de la vigente LEC y, no obstante la separación sistemática que la misma realiza de estos dos conceptos, ha sido corriente entre la doctrina una cierta tendencia a la equiparación entre la acumulación de acciones y de autos. Así, VICENTE Y CARAVANTES¹⁰⁴⁹ mantenía la opinión de que toda

¹⁰⁴⁸ Para una crítica a la terminología empleada por la LEC, ver: MONTERO AROCA, JUAN; *Estudios de Derecho procesal*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1981, cit. Págs. 215-16 donde opina que: "... si la acción es concebida como el derecho a la Jurisdicción, <<como el derecho a excitar la actividad jurisdiccional del Estado>>, y la pretensión <<como el acto de exigencia de subordinación de un interés ajeno a otro propio>>, aparece evidente que la expresión adecuada es (por, acumulación de acciones) acumulación de <<pretensiones>>. [...] ..., tampoco es admisible la fórmula de <<acumulación de autos>>..., porque la unión que interesa no es tanto la puramente material de los documentos (autos), como la de los procesos mismos. Debe pues hablarse de <<acumulación de procesos>>".

¹⁰⁴⁹ VICENTE Y CARAVANTES; *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales*, Madrid, 1856, T. I, cit. Pág. 507.

acumulación de autos lleva implícita una de acciones; opinión que posteriormente sería refrendada por GÓMEZ ORBANEJA¹⁰⁵⁰. Por su parte, GUASP¹⁰⁵¹ mantenía que la diferencia entre ambos tipos de acumulación se encontraba en el diverso momento temporal¹⁰⁵² en el que se podían plantear ambas; diversidad ésta que, en último término, explicaba, a su entender, el diferente tratamiento jurídico que la Ley da a cada una de ellas. Incidiendo en esta polémica resulta del máximo interés la opinión de ARMENTA DEU¹⁰⁵³, según la cual: “...existe una indudable relación entre la acumulación de autos y la de acciones; de un lado, ambas pertenecen al mismo género: (De las Acumulaciones); de otro, ambas suponen un aumento en el objeto del proceso (excepto en el caso, discutible de lege ferenda, de la acumulación de autos por identidad del objeto del proceso), que se convierte así en plural. Ahora bien, de estas similitudes no se puede inferir que la acumulación de autos sea tan sólo una acumulación, de acciones cualificada temporalmente... , existen diferencias de considerable importancia, que impiden tal afirmación: si bien, toda acumulación de autos lleva implícita una de acciones es necesario matizar en el siguiente sentido; en primer lugar se exigen diferentes requisitos (más amplios) para la acumulación de autos, de forma que se elimina tal asimilación a la par que la subsumibilidad de la una en la otra; y, en segundo lugar (y no menos importante), reducir el concepto de la acumulación de autos a un mero supuesto más de acumulación de acciones (aunque sea cualificado), supone desnaturalizar un expediente procesal con entidad y finalidades propias.”.

Por nuestra parte, consideramos acertada la opinión de dicha autora al negar la absoluta asimilación entre ambos tipos de acumulación. La razón es clara; las causas que posibilitan la adopción de cada una de ellas (arts. 153 y 154 de la LEC, respecto de

¹⁰⁵⁰ GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO; *Derecho procesal civil*, 8ª ed., cit. Pág. 261.

¹⁰⁵¹ GUASP DELGADO, JAIME; *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, T.I, cit. Págs. 537 y 573 y ss.

¹⁰⁵² En este mismo sentido, ver: RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO; *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1980, cit. Págs. 421 y ss.

¹⁰⁵³ ARMENTA DEU, TERESA; *La acumulación de autos (reunión de procesos conexos)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983, cit. Págs. 46-47.



la acumulación de acciones¹⁰⁵⁴, y 161, 162, 164, 166 y 167 de la LEC, referidos a la acumulación de autos), los sujetos legitimados para pedir las (sólo el actor en la acumulación de acciones¹⁰⁵⁵, ex art. 153 LEC¹⁰⁵⁶; cualquiera de las partes¹⁰⁵⁷ intervinientes en alguno de los pleitos, la acumulación de cuyos autos se pretende, ex art. 160 de la LEC), y el momento procesal en el que cabe instar una u otra (hasta el momento de la contestación a la demanda, ex arts. 153, 157 y 158 LEC, respecto de la acumulación de acciones; hasta el momento de citación para sentencia, ex art. 163 LEC, para la acumulación de autos) son diferentes en ambos casos. Por tanto, a la vista de lo dicho, el único dato en que se puede apoyar la asimilación de ambos institutos es en la absoluta igualdad de los efectos (art. 159 LEC, para la acumulación de acciones; art.

¹⁰⁵⁴ A este respecto, ver también: MONTERO AROCA, JUAN; *Estudios de Derecho procesal*, cit. Págs. 222-223.

¹⁰⁵⁵ Por todos, negando la posibilidad de acumulación de oficio: MONTERO AROCA, JUAN; *Estudios de Derecho procesal*, cit. Pág. 222; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, LEONARDO; *Acumulación de acciones*, en, "Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, págs. 141-160, cit. Pág. 146 y Pág. 142 donde (en la nota 1), considera que tanto la acumulación de acciones como la de autos deben ser solicitadas a instancia de parte.

¹⁰⁵⁶ A este respecto, ver: MONTERO AROCA, JUAN; *Estudios de Derecho procesal*, cit. Pág. 221, donde afirma que una de las diferencias básicas entre la acumulación de autos y la de acciones es que, esta última: "... puede efectuarse teniendo todas las pretensiones como único elemento común el de las personas, sin que sea necesaria otra conexión referida al objeto o la causa de pedir... Su fundamento es la economía procesal sin más.". En parecido sentido se pronunciaba también: PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, LEONARDO; *Acumulación de acciones*, cit. Págs. 146 y 149. Ver también: St. ATB de 25 de octubre de 1988 (Sala 2ª) (RGD 1989. Págs. 460-62) FD 2º; St. ATO de 16 de octubre de 1965 (Juz. Infiesto) (RGD 1966. Págs. 104-105) Cdo. 1º donde se trasluce la ligazón entre la acumulación y el principio de economía procesal.

¹⁰⁵⁷ Problema aparte es el que se ha planteado la doctrina acerca de la posibilidad de que la acumulación de autos pueda ser, en ciertos casos (por la preponderancia del interés público sobre el interés privativo de las partes), realizada de oficio por el juez. A favor de esta posibilidad ver: ESCRICHE; *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1874, T. I, cit. Pág. 270; VICENTE Y CARAVANTES; *Tratado histórico...*, cit. Pág. 511; GUASP DELGADO, JAIME; *Comentarios a la Ley...*, cit. Pág. 538 y ss; MONTERO AROCA, JUAN; *Estudios de Derecho procesal*, cit. Pág. 225; St. APB de 25 de mayo de 1994 (CD 1994) FD 2º. En contra de la posibilidad de acumulación de oficio, ver: MANRESA NAVARRO, JOSÉ MARÍA; *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855*, Madrid, 1856, T. I, cit. Pág. 446, donde apoyaba que los intereses del Estado en la evitación de pleitos y gastos eran secundarios y, por tanto, subordinados al interés de las partes (sin embargo, en MANRESA NAVARRO, JOSÉ MARÍA; *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881*, Madrid, 1882, T. I, parece interpretar esa solución como una muestra más de la línea de limitación que la LEC supuso al poder de decisión de los jueces); REUS; *Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1881, T.I, cit. Págs. 103 y ss; ARMENTA DEU, TERESA; *La acumulación...*, cit. Págs. 66-67 donde sugiere la imposibilidad de acumulación de oficio: STS de 25 de mayo de 1982 (RJ 2598/1982) Cdo. 3º.

186 LEC, para la acumulación de autos) que producen: la discusión en un solo juicio de todas las cuestiones acumuladas y la resolución de todas ellas en una sola sentencia¹⁰⁵⁸.

Por otra parte, tampoco puede ser equiparada la finalidad que se persigue con cada uno de dichos institutos. Como muy bien destaca ARMENTA DEU¹⁰⁵⁹, la esencia de la acumulación de autos no puede encontrarse en circunstancias accidentales como son: tener como efecto la reunión de procesos para su tramitación conjunta y resolución por sentencia única; la producción, en ciertos supuestos, de modificaciones en la competencia territorial o, finalmente, el suponer una crisis procesal en el sentido en el que ésta es definida por DE LA PLAZA¹⁰⁶⁰. Tampoco creemos que su esencia se haya de encontrar en la intención de no dividir la continencia de la causa pues, ese supuesto constituye sólo el quinto de los contemplados en el artículo 161 de la LEC¹⁰⁶¹. Desde este punto de vista y con las debidas matizaciones que un estudio más profundo de la materia obligaría a realizar¹⁰⁶² (pues ambas finalidades no se persiguen en igual medida y proporción en todos los posibles supuestos de acumulación de autos legalmente contemplados¹⁰⁶³), podemos concluir, con la doctrina¹⁰⁶⁴ y jurisprudencia mayoritarias,

¹⁰⁵⁸ En este mismo sentido, ver: MONTERO AROCA, JUAN; *Estudios de Derecho procesal*, cit. Pág. 226.

¹⁰⁵⁹ ARMENTA DEU, TERESA; *La acumulación...*, cit. Págs. 48-49.

¹⁰⁶⁰ DE LA PLAZA, MANUEL; *Derecho Procesal civil*, Madrid, 1955, 3ª ed., T.I, cit. Pág. 388, según el cual, por crisis procesal se debe entender: "... el momento anormal de un proceso en marcha que afecta considerablemente al modo de su solución y, antes que a ella, a la armónica y normal combinación de los elementos personales y objetivos de la relación jurídico-procesal."

¹⁰⁶¹ En parecido sentido, ver: ARMENTA DEU, TERESA; *La acumulación...*, cit. Págs. 48-49.

¹⁰⁶² Estas matizaciones son las que llevan a ARMENTA DEU, TERESA; *La acumulación...*, cit. Págs. 52-53 a establecer una definición genérica de la acumulación de autos, pues: "... si se quiere definir de modo que comprenda todos los supuestos, sólo puede concebirse como un mero instrumento de carácter técnico-procesal utilizable en aquellas circunstancias diversas en que la reunión de dos o más procesos se entienda como conveniente, atendiendo a diferentes finalidades según los casos de que se trate y produciendo diversos efectos."

¹⁰⁶³ En este sentido y a modo de ejemplo, ver: ARMENTA DEU, TERESA; *La acumulación...*, cit. Pág. 51 donde, refiriéndose a la acumulación por vis atractiva en los juicios universales, considera que en ella no se da ninguna de las dos finalidades apuntadas.

¹⁰⁶⁴ Ver en este sentido, por todos: MONTERO AROCA, JUAN; *Estudios de Derecho procesal*, cit. Pág. 219 donde opina que: "Normalmente el procedimiento envolverá un único proceso, es decir, una única pretensión, pero el principio de economía procesal y la conveniencia de evitar sentencias contradictorias, aconsejan, en determinados casos, la reunión de varios procesos (pretensiones) en un único procedimiento. La economía procesal es el fundamento primordial de esta reunión, pero no es el único; en efecto, esta reunión sólo podrá llevarse a cabo cuando exista algún elemento común entre las diferentes pretensiones - que podrían dar origen a decisiones contradictorias -, pues, si no, no existiría

que el rasgo diferencial de la acumulación de autos se encuentra en la doble finalidad que el legislador persigue con la instauración de este instituto: evitar la posibilidad de sentencias contradictorias y facilitar, en lo posible, el logro de la mayor economía procesal.

Sea como fuere, la cuestión verdaderamente interesante a los efectos de nuestro estudio es la que hace referencia a los límites a ambos tipos de acumulaciones cuando las acciones cuya acumulación se pretenda deban tramitarse en juicios de diferente naturaleza¹⁰⁶⁵. A este problema se refieren (en el ámbito de la jurisdicción contenciosa), para el supuesto de acumulación de acciones, el artículo 154. 3º de la LEC y, para el supuesto de acumulación de autos, los arts. 164 a 167 de la LEC. Lo dispuesto por todos ellos puede resumirse en el escueto enunciado genérico que, contenido en el apartado tercero del artículo 154 de la LEC, establece la imposibilidad de acumulación de juicios de diferente naturaleza o tramitación¹⁰⁶⁶.

Por lo que hace referencia a la jurisdicción voluntaria, el artículo 1823 de la LEC establece claramente que: "*Los expedientes sobre los actos de jurisdicción voluntaria no serán acumulables a ningún juicio de jurisdicción contenciosa*". Por tanto, constituyendo el expediente objeto de nuestro estudio un supuesto de jurisdicción voluntaria, tendremos que concluir, atendiendo al tenor de dicha norma, que en ningún

realmente economía sino confusión. La economía sólo es posible, por lo tanto, cuando exista conexión entre las pretensiones. [...] Cuando existe conexión, la economía procesal aconseja la reunión de las distintas pretensiones en un único procedimiento, de modo que por acumulación de procesos (léase, de autos) aquél fenómeno procesal, basado en la conexión y cuyo fundamento se encuentra en la economía procesal, por el cual dos o más pretensiones (es decir, procesos) son examinadas en un mismo procedimiento judicial y decididas en una única sentencia, en sentido formal.", reiterando tal opinión en pág. 225. Ver esa misma opinión, si bien referida a la acumulación de acciones, en: GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 107.

¹⁰⁶⁵ Sobre la acumulación de acciones o autos de procesos de impugnación del título constitutivo de la propiedad horizontal, ver: DÍAZ MARTÍNEZ, ANA; *Propiedad horizontal...*, cit. Pág. 284.

¹⁰⁶⁶ Ver también, en parecido sentido: MONTERO AROCA, JUAN; *Estudios de Derecho procesal*, cit. Pág. 224; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, LEONARDO; *Acumulación de acciones*, cit. Págs. 147-148. Sobre el problema del requisito de la homogeneidad procedimental con anterioridad y posterioridad a la promulgación de la vigente LEC, ver: ARMENTA DEU, TERESA; *La acumulación...*, cit. Págs. 67-72.

caso será el mismo acumulable a un proceso de jurisdicción contenciosa¹⁰⁶⁷. Dicho esto, nuestra labor tiene que quedar en este punto forzosamente reducida a investigar si el mismo es acumulable a cualquier expediente de jurisdicción voluntaria¹⁰⁶⁸ o si, por el contrario, en aplicación de lo dispuesto por los arts. 154.3º y 164 a 167 de la LEC (contenidos en el Libro I de la LEC, titulado: Disposiciones Comunes a la Jurisdicción Contenciosa y a la Voluntaria), también en los expedientes de jurisdicción voluntaria, la acumulación entre los mismos se tiene que entender restringida a los supuestos en los que aquéllos presenten similitudes en su objeto y tramitación.

A nuestro modo de ver la solución en el ámbito de la jurisdicción voluntaria ha ser forzosamente esta última¹⁰⁶⁹. La razón de dicha afirmación se tiene que encontrar: a) en el hecho de que los arts. 154.3º y 164 a 167 de la LEC, con las debidas adaptaciones

¹⁰⁶⁷ Ver, en parecido sentido: STS de 27 de enero de 1998 (CD 98C129) FD 3º donde reitera la jurisprudencia que niega la posibilidad de acumular el juicio en el que se declara la incapacidad con el expediente encaminado al nombramiento de tutor; St. APB de 25 de mayo de 1994 (CD 1994) FD 2º. En contra, ver: Aut. Juz. Distrito de Blanes de 19 de diciembre de 1989, que, incorrectamente, tramita en procedimiento único la adopción judicial de un acuerdo comunitario (expediente de jurisdicción voluntaria de la norma segunda del artículo 16 de la LPH) y la impugnación de unos acuerdos por resultar gravemente perjudiciales (juicio contencioso regulado en la norma tercera del artículo 16 de la LPH).

¹⁰⁶⁸ Esta es también la opinión que parecían apoyar GUASP, MUÑOZ GONZÁLEZ o GONZÁLEZ POVEDA al interpretar a *sensu contrario* lo dispuesto por el artículo 1823 de la LEC. Ver: GUASP DELGADO, JAIME; *Comentarios a la Ley...*, cit. Págs. 553 y ss; MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 69 donde considera que: "...; la acumulación de autos es factible en los expedientes de jurisdicción voluntaria mediante una interpretación a *sensu contrario* del art. 1823 de la LEC, a fin de evitar resoluciones contradictorias y proveer a la economía procesal."; GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 107 y 156.

¹⁰⁶⁹ Esta misma interpretación es la que sugería la STS de 29 de agosto de 1925, Colección Legislativa, nº 113, cuando opinaba que; "... los preceptos que regulan la acumulación de autos se encuentran dentro del libro primero de la mencionada ley ritual, de aplicación a ambas jurisdicciones, no existiendo más precepto que exceptúe a la voluntaria de aquella acumulación que el contenido en el artículo 1823, prohibiendo la de sus expedientes a juicio contencioso, se impone la procedencia de la acumulación de autos de la misma clase, como expresa el artículo 164, siempre que concurran las causas determinadas en el 161 de la misma.". Ver también: ARMENTA DEU, TERESA; *La acumulación...*, cit. Págs. 99-100, donde opina que: "En realidad, ..., pocas cuestiones pueden plantearse en lo relativo a la jurisdicción voluntaria: su discutida naturaleza, la multiplicidad de supuestos que comprende y, sobre todo, la no sujeción a un procedimiento específico, hacen que una única conclusión sea posible: cabrá la acumulación de actos de jurisdicción voluntaria <<entre sí>>, interpretando dicha frase en el sentido más estricto... y siempre que por concurrir las causas del artículo 161 ó 162 (análogamente), se haga necesaria la acumulación a los efectos de evitar sentencias contradictorias y/o proveer a la economía procesal; ... En la generalidad de los casos - y como la escasísima jurisprudencia evidencia - no se plantean supuestos de acumulación de este tipo de actos, y sólo la propia naturaleza de ellos puede que, concurriendo los requisitos legales, la haga conveniente.".

terminológicas, resultan de aplicación al ámbito de la jurisdicción voluntaria¹⁰⁷⁰; b) en la no menos poderosa razón que nos brinda la observación de la amplia variedad de procedimientos que, con la intención de lograr un más adecuado logro de la finalidad específica perseguida en cada uno de los heterogéneos expedientes regulados en nuestro sistema bajo el rótulo genérico de la jurisdicción voluntaria, existen en ese ámbito. Por tanto, la inexistencia de un procedimiento tipo de jurisdicción voluntaria, las muy diversas finalidades que se persiguen en cada uno de ellos, la no necesidad de intervención del Ministerio Público en todos los supuestos o, por último, el hecho de que los mismos puedan resolverse en Derecho o (como es el caso del que es objeto de nuestro estudio) en equidad, obligan, forzosamente, a concluir que la posibilidad de acumulación de los diversos expedientes de jurisdicción voluntaria entre sí sólo podrá afirmarse tras un análisis de las particularidades propias de los expedientes concretos cuya acumulación se pretenda.

Así las cosas, y por lo que hace referencia a la posibilidad de que el conocimiento y resolución del expediente judicial de adopción de acuerdos comunitarios sea acumulado al de otros expedientes de jurisdicción voluntaria, debemos concluir que tal circunstancia no puede darse en ningún supuesto. La razón es sencilla, aunque la finalidad o el procedimiento del mismo pudieran coincidir con alguno de los propios de otros expedientes de jurisdicción voluntaria recogidos en nuestro ordenamiento, no debemos olvidar que éste constituye el único ejemplo en el que la decisión sobre el fondo debe adoptarse en atención a criterios equitativos y no de Derecho. Dificilmente, por tanto, podrá sostenerse la posibilidad o, incluso, la oportunidad, de acumular dos expedientes en los cuales, el mecanismo de formación de la decisión sobre el fondo presenta, como hemos visto, diferencias estructurales tales que, en buena técnica, requieren un *iter* procedimental diferenciado¹⁰⁷¹.

¹⁰⁷⁰ En parecido sentido, ver: GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 107.

¹⁰⁷¹ En este mismo sentido, si bien refiriéndose al juicio de equidad necesario contenido en el art. 113 del CPC italiano, ver: CIPRIANI, FRANCO; *Il giudizio di equità necessario*, cit. Pág. 42, donde considera que: "Un delicato problema sorge nell' ipotesi in cui in una causa de decidere necessariamente secondo equità venga proposta una domanda di accertamento incidentale... o una riconvenzione... di competenza

Por tanto, en el caso del expediente objeto de nuestra investigación, las posibilidades de acumulación del mismo quedarán restringidas a los extraños supuestos en los que el mismo pueda ser acumulado a otro exactamente de la misma naturaleza. Nos explicamos; el apartado quinto de la norma segunda del artículo 16 de la LPH permite que la petición de parte que dé inicio a este expediente se produzca dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de la celebración de la segunda junta. Por otra parte, ninguna disposición de la LPH impide que la junta, durante la tramitación de dicho expediente (como tampoco durante la tramitación de cualquiera de los procesos encaminados a la declaración de nulidad o de perjudicialidad de un acuerdo adoptado por la misma, *ex arts.* 16.4¹⁰⁷² y 16.3, respectivamente), pueda reunirse de nuevo con la intención de aprobar un acuerdo referido exactamente a la misma materia (o a otra diferente) que el anteriormente intentado y no adoptado. Así las cosas, no es descartable la posibilidad bien de una acumulación de acciones, bien de una acumulación de autos.

Nos encontraremos ante una hipótesis de acumulación de acciones cuando, intentada infructuosamente la adopción del acuerdo en doble convocatoria y, antes de que ninguno de los legitimados activamente pida al juez la adopción del acuerdo por la vía del párrafo quinto de la norma segunda del artículo 16 de la LPH (o, habiéndola pedido, antes de que los “contradictorios” sean citados a comparecencia y se

di altro giudice (e da decidere necessariamente secondo diritto). Le soluzioni ipotizzabili non sono poche, ma a me pare preferibile quella che, considerando la pronunzia secondo equità alla stessa stregua del rito, che è inderogabile, sclude il simultaneus processus: perciò io direi, il conciliatore deve in ogni caso trattenere la causa di sua competenza e rimettere l'altra al suo giudice, sospendendo, ove sussista vincolo di pregiudizialità – dipendenza, il processo davanti a sé ai sensi dell'art. 295 CPC.”. A favor de la acumulabilidad de los juicios de Derecho y equidad, ver: AA.VV. *Enciclopedia del diritto*, Voces: Equidad, cit. Págs. 118 y 143 donde concluye: “*Tuttavia, ci sembra che, dopo quanto si è visto, anche la soluzione positiva debba essere considerata almeno come ragionevole* (se refiere a la tendencia mayoritaria, contraria a la acumulación). *Infatti, riconosciuta l'omogeneità fondamentale dei due tipi di giudizio, entrambi di diritto nella parte essenziale, si può pensare che tutto il complesso contenuto della sentenza suscita l'attrazione del regime delle impugnazioni proprio del giudizio di diritto in senso stretto e quindi che la sentenza sia appellabile anche per le cause... in via di equità. Intendendo che il giudice d'appello avrà la possibilità di riformare la decisione di equità nei limiti in cui tale riforma risulti logicamente dipendente dalla riforma delle decisione di diritto in relazione agli elementi di connessione.”.*

¹⁰⁷² Con la intención de solucionar este problema en un supuesto en el que se pedía la nulidad de un acuerdo comunitario, la St. ATV de 13 de junio de 1961 (RGD 1961. Págs. 689-92) declaraba en su fallo

personen¹⁰⁷³), la junta vuelva a intentar de nuevo la adopción de ese acuerdo (o de otro distinto) y el intento resulte nuevamente infructuoso. En ese supuesto, si la segunda junta (nuevamente en doble convocatoria, *ex pfo.* 5º, norma 2ª, art. 16 LPH) tiene lugar antes de que venza el plazo de un mes de que se dispone para iniciar el expediente judicial de adopción de acuerdos respecto de la primera de las juntas, podría darse la posibilidad, más teórica que real, de que el solicitante de la actuación judicial acumulara en su escrito de interposición un pronunciamiento acerca del acuerdo o acuerdos intentados en esas dos juntas fracasadas.

Por su parte, nos encontraremos ante una hipótesis de acumulación de autos cuando, durante la tramitación un expediente de esa clase (*ex art.* 163 de la LEC, con el límite máximo temporal de la celebración de la audiencia que prevé la propia LPH para este supuesto), se reproduzca de nuevo la situación de imposibilidad de adopción de un acuerdo tras dos convocatorias y algún interesado (*art.* 160 de la LEC) pretenda iniciar un expediente de esa misma clase respecto de ese segundo acuerdo no adoptado. No obstante, en este caso, por ser más estrictos los requisitos legales para la acumulación de autos que los establecidos para la acumulación de acciones, tendremos que distinguir dos hipótesis: si en la primera y segunda junta infructuosas se pretendió adoptar exactamente el mismo acuerdo o si los acuerdos objeto de la primera y segunda juntas venían referidos bien a materias diferentes, bien a la misma materia pero con diferente extensión. En el primer supuesto, la acumulación, si bien necesariamente solicitada a instancia de parte (*art.* 160 de la LEC), deberá ser decretada por el juez en atención a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 161 de la LEC¹⁰⁷⁴. En el segundo (en sus dos modalidades), sin embargo, la causa de acumulación tendrá que ser la contenida en

la nulidad del acuerdo impugnado, así como también la de "... *cualesquiera otro posterior de idéntica declaración.*"

¹⁰⁷³ Adaptando a este concreto expediente de jurisdicción voluntaria lo dispuesto por el *art.* 157 de la LEC.

¹⁰⁷⁴ Según este artículo, una de las causas por las que deberá decretarse la acumulación será: "*Cuando en Juzgado competente haya pendiente pleito sobre lo mismo que sea objeto del que después se haya promovido.*". Téngase en cuenta que, bajo la concepción administrativista de la jurisdicción voluntaria por nosotros mantenida, en esos casos no se podrá hablar de litispendencia en sentido propio.

el párrafo 5º del artículo 161 de la LEC¹⁰⁷⁵, en relación con el párrafo 5º del artículo 162 de la LEC¹⁰⁷⁶.

La tramitación de la acumulación de autos tendrá que regirse por lo dispuesto en los artículos 168 y siguientes¹⁰⁷⁷, si bien respetando las peculiaridades que aporta al expediente de adopción judicial de acuerdos el hecho de que la competencia territorial en este caso se haya configurado como improrrogable¹⁰⁷⁸. Por tanto, en este supuesto concreto, la acumulación de autos, además de conllevar la suspensión de los asuntos a que se refiera desde el momento mismo en que se pida (*ex art. 184 de la LEC*), corre el riesgo de convertirse (con sólo instar maliciosamente el segundo expediente ante juez incompetente territorialmente y pedir, acto seguido, la acumulación¹⁰⁷⁹) en poderosa arma dilatoria en manos de personas interesadas en bloquear la solución definitiva del procedimiento. En ese caso, si ni el propio juez (de oficio)¹⁰⁸⁰, ni los opositores, pusieren

¹⁰⁷⁵ Dice: "Cuando, de seguirse separadamente los pleitos, se divida la contienda de la causa."

¹⁰⁷⁶ Dice que se entenderá dividida la continencia de la causa: "Cuando las acciones provengan de una misma causa aunque sean diversas las personas y las cosas."

¹⁰⁷⁷ A este respecto, ver: PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, LEONARDO; *Acumulación de acciones*, cit. Pág. 142, donde, al referirse a los arts. 168 y ss. De la LEC considera que: "... para la LEC (respondiendo a las ideas de su época), lo más sobresaliente en ellas (se refiere a la acumulación de acciones y a la de autos) es la mencionada influencia en el ámbito competencial. Sin que sea lícito negarla, en cuanto pueden provocar colisiones sobre el fuero de los sujetos, la clase de órgano jurisdiccional y el tipo de procedimiento, las razones de economía procesal, de unidad de conocimiento y unidad de la cosa juzgada no la tienen menor, a lo que se debe el que en los sistemas más modernos aparezcan en el primer plano las facultades del órgano jurisdiccional para acumular las acciones separadamente ejercitadas, desacomular las que se ejercitaron unidas y disponer, con el fin de integrar la legitimación, que vengan o sean traídos a juicio cuantos sujetos deban figurar en él, a diferencia del nuestro, que, ..., paradójicamente luego centra el problema en torno a la competencia y otorgando poder exclusivo a las partes."

¹⁰⁷⁸ En este mismo sentido, refiriéndose al control de oficio de la acumulación de acciones, ver: PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, LEONARDO; *Acumulación de acciones*, cit. Pág. 157 y ss., donde opina que: "Cuando el Juez se halla facultado para examinar a limine y ex officio su propia competencia (también se está refiriendo a la territorial), es indudable que puede declarar su incompetencia para conocer de las acciones acumuladas; mas esta declaración habrá de referirse a la acumulación misma, es decir, <<a todas>> las acciones <<acumuladas>>, sin que le sea lícito en nuestro sistema realizar una desacomulación y conocer de aquélla o aquéllas respecto de las cuales pudiera declararse y fuese competente (acudiendo a la fórmula de la <<reserva>> de las otras), ya que el actor ha querido someterle el conocimiento de <<todas>>..."

¹⁰⁷⁹ Acumulación que se solicitará al juez al que se considere corresponderá conocer de los autos acumulados, *ex art. 171.1 LEC*. En este mismo sentido, ver: STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 9484/1996) FD 1º.

¹⁰⁸⁰ A favor de la controlabilidad de oficio de la corrección de la acumulación de acciones, ver: St. ATB de 25 de octubre de 1988 (Sala 2ª) (RGD 1989. Págs. 460-62) FD 1º.

de manifiesto la carencia de competencia territorial del juez ante el que se ha instado el segundo procedimiento, posiblemente, al solicitarse la acumulación, de mantener ambos jueces su competencia, derivase ésta en una auténtica cuestión de competencia. Esa es la solución que, para esos supuestos, prevé el artículo 183 de la LEC.

c) Arbitraje.

Tenemos que analizar ahora la posibilidad de que la adopción de acuerdos mayoritarios, en caso de imposibilidad por parte de la junta de propietarios, sea atribuida a árbitros y no, como dispone la LPH en la norma segunda del artículo 16, a organismos judiciales. A tal efecto y, como paso previo, tendremos que analizar, siquiera sea brevemente, la naturaleza de la institución arbitral.

Muchas son las construcciones dogmáticas que a lo largo de la historia (y condicionadas en gran medida por la realidad legislativa de los países¹⁰⁸¹ en cuyos ordenamientos se regula dicha institución¹⁰⁸²) ha elaborado la doctrina científica con la intención de fijar la naturaleza jurídica del arbitraje¹⁰⁸³. A grandes rasgos, e independientemente de las peculiaridades propias de la concepción de cada uno de los

¹⁰⁸¹ A modo de ejemplo, no es de extrañar que la mayoría de autores partidarios de las llamadas teorías intermedias del arbitraje fueran italianos. La razón de esta circunstancia se ha de encontrar en el hecho de que la regulación italiana de la institución obligaba al depósito y homologación del laudo ante el Pretor como requisito para que la decisión arbitral adquiriera valor jurídico.

¹⁰⁸² Se puede ver un estudio histórico de la evolución del concepto en: AA.VV. *Enciclopedia del diritto*, Voz: Arbitrato, T. II, págs. 893-1001, cit. Págs. 893 y ss. Sobre los antecedentes históricos de la regulación de la institución arbitral en nuestro país, ver: AA.VV. *Enciclopedia Jurídica Española*, Voz: Arbitraje, págs. 286-301, cit. Págs. 286-87; ESCRICHE; *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Voz: Árbitro: T.I, págs. 651-70.

¹⁰⁸³ En parecido sentido se expresa: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica del arbitraje*, cit. Págs. 572-73 donde considera que: "Si en lo que respecta a la jurisdicción de equidad confiada a los tribunales existe conformidad doctrinal sobre su carácter jurisdiccional, no ocurre lo mismo en lo relativo al arbitraje, en el que apreciándose simultáneamente características de derecho privado, derivadas de su origen contractual, y de derecho procesal, tales como la existencia de una controversia, resolución por un tercero imparcial, procedimiento, y efectos de la resolución idénticos a los jurisdiccionales, se ha escindido la doctrina en diversos grupos según atribuyan al arbitraje carácter contractual, carácter equivalente al jurisdiccional, o plenamente jurisdiccional."

diversos autores, podemos agrupar las mismas en tres grandes grupos¹⁰⁸⁴: a) las construcciones contractualistas, que ponen el acento en el papel que en el arbitraje desempeña la autonomía de la voluntad de las partes¹⁰⁸⁵; b) las teorías jurisdiccionalistas, que centran su atención en la naturaleza de la actividad realizada por los árbitros¹⁰⁸⁶; c) construcciones intermedias, que, tratándolo como equivalente a la jurisdicción, intentan aunar características de ambas tendencias¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁴ Seguimos en esto la clasificación que realiza SERRA DOMÍNGUEZ en: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica del arbitraje*, cit. Págs. 573 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Voz: Juicio de árbitros*, cit. Págs. 43-49.

¹⁰⁸⁵ Se pueden citar como partidarios de esta doctrina: SATTA, SALVATORE; *Contributo alla teoria dell' arbitrato*, Ed. Giuffrè, Milán, 1931; TOMBARI, GIOVANNI; *Natura e regime giuridico dell' eccezione di compromesso*, Rivista Trimestrale di Diritto di Procedura Civile, 1964, págs. 121-82, cit. Págs. 1045 y ss.; GUASP DELGADO, JAIME; *El arbitraje en el derecho español: su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, GUASP DELGADO, JAIME; *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1950, T. II, 1º, 3ª, cit. Págs. 1148 y ss. y GUASP DELGADO, JAIME; *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, cit. Págs. 1310 y ss; GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO y HERCE QUEMADA; *Derecho procesal civil*, 5ª ed., Madrid, 1962, cit. Pág. 611; OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *recursos contra el laudo arbitral*, RGLJ, febrero 1953 (separata). En este sentido, ver también: STS de 12 de diciembre de 1964 (RJ 5872/1964) Cdo. 1º donde opina que: "... aunque en los arbitrajes de equidad de Derecho privado, la jurisdicción que a los árbitros se les confiere, es de naturaleza eminentemente contractual y no parece revestir carácter e interés público..."; STS de 23 de mayo de 1967 (RJ 2540/1967) Cdo. 1º donde opina que la fijación del ámbito operativo del arbitraje se tiene que: "... inducir (de) la voluntad de las partes, que es la fuente generadora de la jurisdicción arbitral,..."; STS de 23 de marzo de 1968 (RJ 1841/1968) Cdo. 2º, donde reproduce las argumentaciones de la anterior; STS de 25 de mayo de 1979 (RJ 1894/1979) que considera que: "... la fuerza vinculante del laudo se basa en la voluntad misma de los contratantes manifestada al pactar la previa sumisión a la decisión arbitral."; St. ATV de 30 de enero de 1965 (nº 7) (RGD 1965. Pág. 302) Cdo. 1º.

¹⁰⁸⁶ Partidarios de estas tesis son, entre otros: SILVA MELERO; *El compromiso*, RGLJ, 1932, cit. Págs. 427-38; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en, "Estudios en honor de Hugo Alsina", Buenos Aires, 1946, nº 50, cit. Pág. 780; CARRERAS LLANSANA, JORGE; *Estudio comparativo de la Ley española de arbitraje*, en, "Estudios de Derecho Procesal" Fenech/ Carreras, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, cit. Págs. 455 y ss., CARRERAS LLANSANA, JORGE; *Contribución al estudio del arbitraje (Ensayo de Derecho comparado)*, en, "Estudios de Derecho Procesal" Fenech/ Carreras, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, cit. Págs. 433 y ss. y CARRERAS LLANSANA, JORGE; *Naturaleza del órgano jurisdiccional*, RDProc. Iberoamericana, 1965, cit. Pág. 374; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, LEONARDO; *El arbitraje según la legislación y la jurisprudencia española*, en, "Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil", Madrid, 1950, T. II, cit. Págs. 435 y ss.; ROCCO, UGO; *Tratato de diritto processuale civile*, Turín, 1957, T. I, cit. Págs. 128-57.

¹⁰⁸⁷ En este sentido, ver, entre otros: CARNELUTTI, FRANCESCO; *Istituzioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Roma, 1956, T. I, cit. Págs. 63 y ss.; SCHIZZEROTTO, GIANNI; *Dell' arbitrato*, Milán, 1958, cit. Págs. 10-12; LESSONA, CARLO; *Voz: Arbitramento*, Enciclopedia Giuridica Italiana, Vol. I, Parte, III, págs. 564-640, cit. Pág. 564 donde mantiene que: "*In senso proprio si chiama arbitramento la giurisdizione conferita agli arbitri; ma noi intendiamo, sotto questa voce, di svolgere quanto si riferisce al giudizio degli arbitri nella sua genesi, nel suo sviluppo e nei suoi risultati. [...] Nè questa estensione di significato è fuori di luogo, poichè, come fu bene osservato, il compromesso è, ad un tempo, atto*

A nuestro modo de ver, el estudio de la naturaleza jurídica del arbitraje debe ser realizado atendiendo a la función desarrollada por los árbitros¹⁰⁸⁸. La razón es clara; centrando (como, por otra parte, hizo la Ley de Arbitrajes Privados de 1953¹⁰⁸⁹) la atención en el estudio del compromiso arbitral y, por tanto, haciendo radicar la característica distintiva del arbitraje en el hecho de que el mismo dependa de un pacto sumisorio de las partes en conflicto, no se puede dar explicación adecuada a muchas de las peculiaridades y, sobre todo, a los efectos propios del arbitraje¹⁰⁹⁰.

Por tanto, consideramos que sólo desde una perspectiva jurisdiccionalista puede darse adecuada explicación a la institución arbitral¹⁰⁹¹. De una parte, el convenio arbitral

contrattuale ed atto di giurisdizione.”; REDENTI, ENRICO; Voz: *Compromesso*, en, “Nuovo Digesto Italiano”, T. III, Turín 1938, parte 63 y ss, págs. 505 y ss.

¹⁰⁸⁸ Ver también, en este sentido: PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO; *Una nueva regulación del arbitraje*, en, “Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, págs. 448-493, cit. Pág. 449; SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica del arbitraje*, cit. Pág. 580.

¹⁰⁸⁹ A este respecto, opinaba PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO; *Una nueva regulación del arbitraje*, cit. Pág. 450 que: “La nueva ley dictada en 22 de diciembre de 1953 ha querido resaltar el carácter material de la institución...”, y en pág. 457 que la textualidad del artículo 13.1 de la Ley de Arbitrajes Privados de 1953 obligaba a entender que: “..., en cuanto a la materia, las cuestiones que no pueden ser objeto de contrato (<<transigibles>>), tampoco pueden entrar, como tales en el compromiso.”; SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; Voz: *Juicio de árbitros*, cit. Pág. 51 donde opina que: “La propia denominación de la Ley: “Ley por la que se regulan los arbitrajes de Derecho privado”, nos advierte que para el legislador (de 1953) el arbitraje debe ser considerado como una institución contractual, con todos los efectos que ello lleva consigo.” y SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El proceso arbitral*, en, “Estudios de Derecho Procesal”, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 584-615, cit. Págs. 584 y 585.

¹⁰⁹⁰ En parecido sentido, ver: FENECH NAVARRO, MIGUEL; *El arbitraje en Derecho español*, en, “Estudios de Derecho Procesal” Fenech/ Carreras, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, págs. 417-29, cit. Pág. 417 donde opina que: “Se acostumbra a determinar la naturaleza del arbitraje atendiendo sobre todo al llamado contrato de compromiso y a la relación o contrato existente entre las partes y los árbitros designados, que se perfecciona por la recepción o aceptación de éstos. [...] No obstante, creemos que no es éste el punto de partida, ya que no importa tanto la designación de los árbitros y el modo como adquieren el poder de hacer, sino lo que hacen, o sea, su función.”.

¹⁰⁹¹ En este mismo sentido, ver las interesantes consideraciones que ya en 1851 realizaba: ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; *Premisas para determinar...*, cit. Pág. 28 donde, en referencia a la naturaleza jurídica del arbitraje, opinaba que: “Su índole jurisdiccional —por descontado, contenciosa— es negada por las teorías contractualistas, mientras que la afirman las que precisamente por ello se llaman jurisdiccionalistas. De prevalecer las primeras, acaso cabría sostener que el arbitraje, a título de <<procedimiento>> o de <<resolución>> no jurisdiccional (contenciosa), encajaría en el campo de la jurisdicción voluntaria. Pero como no es posible situar su <<centro de gravedad>> en la voluntaria aceptación del fallo por los comprometidos, sino en el consentimiento estatal, la concepción jurisdiccionalista del arbitraje será la que a fin de cuentas triunfe, porque <<tan decisión de litigio es la sentencia del juez público como el laudo del juez privado, y lo prueba su cualidad de ejecutorio, aunque por carecer de imperium, no puedan los árbitros llevarlo a cumplimiento. Tampoco cabe sostener que los

tiene la virtualidad de desplazar el conocimiento del conflicto y, por tanto, la jurisdicción, de los jueces estatales a los árbitros¹⁰⁹²; de otra, el laudo arbitral goza de

árbitros no ejercen jurisdicción, si bien, como es natural, no son depositarios permanentes de poder jurisdiccional. Para negarle carácter jurisdiccional al arbitraje, habría que reputarlo institución de Derecho privado; pero, ¿cómo se explica entonces que su encuadramiento se determine, bajo pena de nulidad, por normas de Derecho público, cual las de los Códigos procesales; que los árbitros puedan requerir el auxilio de los jueces estatales; que éstos queden obligados a ejecutar sus laudos; que la excepción de compromiso equivalga, según los casos, a la de incompetencia o la de litispendencia y que la cosa juzgada se refiera por igual a sentencias y a laudos; que un proceso iniciado ante jueces públicos se pueda desplazar ante jueces privados y que, por el contrario, la impugnación de los laudos se lleve ante los tribunales del Estado? Demasiadas preguntas, que con dificultad responderán los defensores de la interpretación privatista o contractualista del arbitraje>>, el cual por lo mismo, es auténtico proceso de jurisdicción contenciosa y no mero equivalente jurisdiccional y menos todavía procedimiento de jurisdicción voluntaria". Ver también: FONT SERRA, EDUARDO; *La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español*, Justicia, 1989-2, págs. 341-386, cit. Págs. 344-45 y 351 donde, retomando las consideraciones que realizó FENECH, considera que la disposición contenida en el artículo 5º de la Ley de Arbitraje de 1988 resulta innecesaria: "... dado que si los contratantes convienen someterse a arbitraje, ya están admitiendo que deberán cumplir -incluso contra su voluntad-, la resolución arbitral, pues el laudo podrá ejecutarse por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias, lo que no depende del pacto previo de los laudantes, sino de que el Estado atribuye al laudo una ejecutoriedad incondicionada."; SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica del arbitraje*, cit. Págs. 580 y ss donde opina que: "Por nuestra parte estimamos que el laudo arbitral es el resultado de una actividad jurisdiccional. [...] La función y los efectos de la sentencia judicial y del laudo arbitral son idénticos, aun cuando sea más limitado el ámbito del segundo. En ambos casos se resuelve una petición jurídica formulada por una parte frente a otra...; y en ambos casos la resolución obliga a las partes, produce el efecto de cosa juzgada, y puede, eventualmente, dar lugar a una ejecución." y SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Voz: Juicio de árbitros*, cit. Págs. 49-51.

¹⁰⁹² En este sentido, ver: PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO; *Una nueva regulación del arbitraje*, cit. Págs. 448-49 donde opinaba que: "La intervención de los Tribunales del Estado en las contiendas entre particulares no es indispensable cuando el objeto de la controversia es una materia que el ordenamiento jurídico entrega a la libre disposición de ellos, por no llevar implicado un interés público que exija la definición de la controversia única y exclusivamente por aquella clase de Tribunales dotados de las garantías y la fuerza que es propia de la jurisdicción como monopolio del estado." y posteriormente, en pág. 456 que: "Esencia del arbitraje es la renuncia a la tutela jurídica del Estado, al menos en parte, desde un principio o después de estar ya pendiente un negocio y aun fallado en alguna instancia..."; CARRERAS LLANSANA, JORGE; *Contribución al estudio del arbitraje*, cit. Pág. 436 donde considera, en relación con el requisito del poder de disposición de las partes sobre el objeto de la controversia para el sometimiento a arbitraje, que: "... es lógico que, si se le concede tan amplia disposición sobre el objeto del proceso, se le conceda también una facultad dispositiva sobre el tratamiento del objeto procesal; o sea, que al lado del derecho de disposición material debe atribuirse también a las partes procesales un derecho de disposición procesal. [...] Y uno de los convenios, quizá el más importante, por medio de los cuales las partes ejercitan aquella facultad dispositiva, es el que tiende a sustraer al conocimiento de los órganos jurisdiccionales públicos, de modo total o parcial la sustanciación y enjuiciamiento de un proceso y de las cuestiones que constituyen su objeto. Nace entonces el proceso arbitral, y la propia actividad jurisdiccional de los órganos públicos se entrega a personas distintas de las partes y de los funcionarios encargados de administrar justicia"; MARIANI, MARIANO; en, AA.VV. *Digesto italiano*. Voz: Compromesso: T. VII, parte III, págs. 543-602, cit. Pág. 545. Ver también: STS de 2 de mayo de 1962 (RJ 2124/1962) Cdo. 1º; STS de 9 de octubre de 1984 (RJ 4767/1984) que considera que: "... el Estado, al conceder a los particulares libertad para disponer de la suerte de unos intereses materiales, les permite que la resolución de sus litigios civiles, en los que no haya implícito un interés público, se entregue por ellos, no a los tribunales estatales, sino a un

efectos idénticos a la cosa juzgada (*ex art. 37 LA*) y la ejecución de lo dispuesto en el mismo tiene que llevarse a cabo por los trámites establecidos para la de las sentencias judiciales (*ex art. 53 LA*). Como puede observarse, los efectos del convenio arbitral rebasan con mucho los efectos propios de la generalidad de las convenciones entre particulares¹⁰⁹³. Por tanto, debemos concluir que si bien la voluntad de las partes resulta necesaria para pactar el convenio, los efectos de exclusión de la jurisdicción que al mismo se aparea y de cosa juzgada con los que se dota al laudo arbitral, no pueden atribuirse a la voluntad de las partes expresada en el compromiso arbitral¹⁰⁹⁴. Se trata, en ambos supuestos, de efectos que rebasan el poder de disposición de las partes y, como es sabido, nadie puede atribuir a un tercero un poder del que no se dispone. Por tanto, cumplido el requisito de otorgamiento por las partes de un convenio arbitral¹⁰⁹⁵, quien atribuye esos característicos efectos a tal pacto no puede ser otro que el verdadero titular de esos poderes; que no es otro que el Estado a través de la Ley¹⁰⁹⁶.

organismo extraoficial denominado arbitraje."; STC de 16 de marzo de 1988 (BJC 43/1988) que opina que es a las partes: "... a quienes dicha Ley permite optar, renunciando a la jurisdicción estatal, por la del árbitro o árbitros."; STC de 23 de noviembre de 1995 (CD 27749/1995); STC de 30 de abril de 1996 (Sala 1ª) (BJC 75/1996) FJ 2º; St. ATB de 16 de febrero de 1961 (RGD 1962. Págs. 457-60) Cdo. 1º; St. ATBI de 1 de julio de 1981 (RGD 1982. Págs. 968-69) Cdo. 2º; St. ATBI de 9 de octubre de 1981 (RGD 1982. Págs. 967-68) Cdo. 1º; St. ATM de 30 de abril de 1982 (RGD 1982. Págs. 1353-54) Cdo. 1º.

¹⁰⁹³ Ver también: PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO; *Una nueva regulación del arbitraje*, cit. Pág. 450 donde opina que: "A nuestro modo de ver, el arbitraje es, en su origen, un negocio de derecho privado, como creación de la voluntad de los particulares, pero procesal por las sujeciones y limitaciones a que esta voluntad es sometida (justamente para que produzca efectos procesales) y por las actividades de orden también procesal que hace surgir.

¹⁰⁹⁴ En parecido sentido, ver: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica del arbitraje*, cit. Pág. 581 donde opina que: "Los peculiares efectos del arbitraje no pueden explicarse tan sólo mediante el recurso al consentimiento de las partes. Dicho consentimiento viene limitado por el objeto: reconocimiento anticipado de la resolución arbitral indeterminada, pero no puede extenderse a la sustitución de los particulares a los tribunales ordinarios, ni a la excepción de cosa juzgada que produce el arbitraje. Por otra parte los árbitros deben resolver imparcialmente las cuestiones que les son sometidas, cosa incompatible de derivar sus funciones del común consentimiento de las partes."

¹⁰⁹⁵ En parecido sentido se pronuncia también: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica del arbitraje*, cit. Pág. 581 donde opina que: "El consentimiento de las partes opera tan sólo en el momento inicial del arbitraje: compromiso y recepción del arbitraje, pudiendo incluso ser suplido por la actividad judicial en los supuestos en que una de las partes deniegue el concurso de su voluntad..."

¹⁰⁹⁶ En parecido sentido, ver: FENECH NAVARRO, MIGUEL; *El arbitraje en Derecho español*, cit. Págs. 419- 20 donde opinaba que: "Está visto, pues, que la obligatoriedad pueden engendrarla la partes, pero que la ejecutoriedad incondicionada y la función de cosa juzgada sólo puede darla el Estado. [...] Ahora bien, cuando las partes designan un árbitro o unos árbitros, ..., se comprometen a someterse a su decisión, ...; pero la decisión arbitral no produce tan sólo la obligatoriedad; tiende a resolver la controversia jurídica ... en la misma forma y con los caracteres que el juez en la sentencia, o sea, con ejecutoriedad incondicionada y con efecto de cosa juzgada plena. [...] Si cada una de las partes, por sí

Se ha objetado a las teorías jurisdiccionalistas el no ser capaces de dar una explicación al hecho de que los árbitros se encuentren impedidos tanto para adoptar medidas cautelares en el transcurso del proceso arbitral como para, una vez emitido el laudo que resuelva la cuestión de fondo, proceder a la eventual ejecución del mismo. A nuestro modo de ver, tal objeción es fácilmente salvable atendiendo a la interesante diferenciación entre *imperium* y *potestas*¹⁰⁹⁷ que realizaba CARRERAS LLANSANA¹⁰⁹⁸. Según este autor, en la actividad jurisdiccional son claramente diferenciables dos diversas funciones: a) la ejecutiva donde, para la realización de actos

*misma, no puede resolver con estos caracteres una controversia, es evidente que no pueden otorgar dentro del derecho privado a un tercero más de lo que tienen... Por lo tanto, es evidente que el poder de decidir obligatoriamente, con efecto de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicionada, sólo puede venirles a los árbitros del Estado, y que la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional. [...] ... el poder de los árbitros no puede venir de la representación, ya que el representante no puede tener más poder que el representado, y si las partes no pueden resolver por sí la controversia con los caracteres de ejecutoriedad incondicionada y cosa juzgada, ya que sólo con ellos la solución es efectiva, es evidente que no pueden darle al árbitro el poder de que ellas mismas carecen.”; PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO; *Una nueva regulación del arbitraje*, cit. Pág. 465 donde opinaba que: “Procesalmente, el compromiso, una vez que es reconocido como medio de excluir la actuación de los Tribunales de justicia del Estado, porque así lo desea la voluntad —aceptada por la ley— de los interesados, ha de provocar el efecto de la real exclusión de ellos, en el caso de que ya alguno hubiese empezado a conocer...”.*

¹⁰⁹⁷ Este mismo argumento acogen: FENECH NAVARRO, MIGUEL; *El arbitraje en Derecho español*, cit. Pág. 420 donde opinaba que: “No se opone a la jurisdiccionalidad (del arbitraje) el que los árbitros carezcan de poder coercitivo. Pueden requerirlo del Juez, y es discutible por otra parte que éste lo tenga de modo efectivo.”; PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO; *Una nueva regulación del arbitraje*, cit. Pág. 458 donde opinaba que se excluye del conocimiento de los árbitros: “... toda cuestión que consista en medidas ejecutivas o las exija, como son los juicios de posesión y de desahucio, las medidas cautelares o de seguridad, el embargo preventivo, etc.”; FONT SERRA, EDUARDO; *La nueva configuración...*, cit. Pág. 345; SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica del arbitraje*, cit. Págs. 580-81 donde considera que: “El mayor o menor ámbito (del arbitraje) viene dado de una parte por el carácter cogente o dispositivo de la petición, y de otra por la limitación del arbitraje a aquellos casos en los que se requiera tan sólo Autoridad pero no potestad.”, y pág. 582, donde opina que: “La particularidad de la jurisdicción arbitral se pone de manifiesto y se explica jurídicamente considerando que los árbitros poseen tan sólo Autoridad, pero les falta Potestad, que es atributo exclusivo del estado. Podrán por tanto los árbitros realizar todos aquellos actos para los que baste la simple Autoridad, y deberá solicitarse la cooperación de los tribunales respecto de aquellos otros que requieran la posesión de la potestad.” y SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El proceso arbitral*, cit. Pág. 594 donde opina que: “Por el mero hecho de su nombramiento y subsiguiente aceptación los árbitros adquieren la autoridad propia de la función jurisdiccional. [...] La única diferencia respecto de los Jueces y Magistrados, prescindiendo del carácter permanente de éstos frente al concreto de los árbitros, la encontramos en la falta de potestad. El árbitro no es un funcionario del Estado, y por ello carece de la Potestad que deriva únicamente de la soberanía estatal. Deberá por tanto acudir a dicha Potestad en todos aquellos actos que superen la mera declaración e impliquen cualquier tipo de coerción sobre una persona determinada. En la Ley (la LA de 1953) se prevé el auxilio judicial respecto de la práctica de las pruebas; así como la intervención del juez en el proceso de ejecución dominado esencialmente por la Potestad de que está privado el árbitro.”.

de contenido imperativo, se precisa de la *potestas* o poder coercitivo del Estado; b) la declarativa, función caracterizadora de la actividad jurisdiccional, cuya realización requiere de la *auctoritas* o prestigio del órgano encargado de desarrollar dicha función. La realización de esta segunda función no requiere, por tanto, de la confluencia de la *potestas* en el órgano encargado de declarar en el caso concreto los derechos de los particulares. Desde esta perspectiva, la ausencia de *potestas* en los árbitros no puede ser utilizada como argumento sobre el que apoyar la negación del carácter jurisdiccional de su función.

En conclusión; el arbitraje, a nuestro modo de ver, ostenta naturaleza jurisdiccional y, por tanto, contenciosa.

Atendiendo al concepto de arbitraje dado, tendremos que analizar ahora la posibilidad de que la resolución judicial del expediente objeto de nuestro estudio sea sustituida por la de uno o varios árbitros a los que, a estos efectos, se hubieren sometido los comuneros.

Sin embargo, antes de dar una respuesta que resuelva este interrogante concreto, tendremos que pronunciarnos genéricamente acerca de la posibilidad de arbitraje en el ámbito de la propiedad horizontal. La razón es clara; como tradicionalmente también ha sucedido en materia de arrendamientos urbanos¹⁰⁹⁸, el intento de asimilación, por una buena parte de la doctrina, entre el requisito de la disponibilidad de la materia arbitrable y la imperatividad (o, mejor, de la falta de ella) de los preceptos de la LPH ha enturbiado la adecuada respuesta a este interrogante.

¹⁰⁹⁸ Ver: CARRERAS LLANSANA, JORGE; *Las fronteras del juez*, cit. Pág. 111.

¹⁰⁹⁹ En ambos supuestos las dudas las ha generado tradicionalmente la mezcla de los conceptos de norma imperativa y derecho disponible. Ver sobre el problema en el ámbito de los arrendamientos urbanos: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME; *Procesos arrendaticios...*, cit. Págs. 235-47 donde, en la página 235, opina que: "Hasta la vigencia de la nueva LAU, era cuestión polémica dilucidar si las cuestiones arrendaticias eran sometibles o no a arbitraje. Aun cuando la doctrina mayoritaria -que no unánime- se mostraba favorable a la arbitrabilidad de las cuestiones arrendaticias, la práctica judicial se mostraba mayoritariamente contraria a esa arbitrabilidad alegando como argumento fundamental lo

Tanto la antigua Ley de arbitrajes privados de 1953¹¹⁰⁰ como, posteriormente, la vigente Ley de arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre¹¹⁰¹) restringieron el ámbito propio de esta institución a aquellas materias susceptibles de libre disposición por las partes¹¹⁰². Por otra parte, como ya se vio al abordar el problema de los límites a la autonomía de la voluntad en la propiedad horizontal¹¹⁰³, la inconcreción de la LPH ha generado entre la jurisprudencia¹¹⁰⁴ y doctrina españolas fundadas dudas a la hora de pronunciarse acerca del carácter imperativo o dispositivo de cada uno de los concretos preceptos contenidos en la misma. En el sentir de un sector de la doctrina española, la solución que se dé a la posibilidad de sometimiento a arbitraje en el ámbito de la propiedad horizontal pasará, necesariamente, por la previa delimitación del ámbito propio de las normas de *ius cogens* y de carácter dispositivo contenidas en la LPH¹¹⁰⁵. A

dispuesto en el primer párrafo del artículo 1561 Lec..., y, como argumento secundario, la naturaleza indisponible de la mayoría de los derechos contenidos en la legislación especial arrendaticia urbana."

¹¹⁰⁰ En este sentido, ver: PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO; *Una nueva regulación del arbitraje*, cit. Pág. 458 donde consideraba que: "... siempre que han de aplicarse normas de derecho necesario, la posibilidad de arbitraje se excluye."

¹¹⁰¹ Ver lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley de arbitraje de 1988.

¹¹⁰² Concretamente respecto del expediente contenido en la norma segunda del artículo 16 de la LPH, ver la opinión de: TOMÉ PAULE, J.; *Régimen procesal de la propiedad Horizontal*, cit. Pág. 83 donde opinaba, que en él: "*La jurisdicción se atribuye a la ordinaria, aunque a nuestro entender no hay inconveniente en que pueda acudir a la vía arbitral, dados los términos del artículo 14 de la Ley de 22 de diciembre de 1953.*"

¹¹⁰³ Ver: Cap. I, 4., a.2.1. Redacción de los estatutos y autonomía de la voluntad...

¹¹⁰⁴ Ver a este respecto las sentencias citadas en: Cap. I, 4., a.2.1. Redacción de los estatutos y autonomía de la voluntad...

¹¹⁰⁵ Buen ejemplo de esta tendencia lo constituye la opinión de: LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Págs. 17 y ss., donde, tras afirmar que: "*Por tanto, la cuestión que es preciso abordar a continuación es la relativa a si la fórmula que la vigente LPH contempla, esto es, Derecho necesario- reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad podría quedar encuadrada en el art. 1 in fine LA. [...] Mi opinión es afirmativa por contemplarse en ese precepto, como ya he indicado, una formulación que positiviza a favor del arbitraje el principio de autonomía de la voluntad de las partes, cualquiera que sean los condicionamientos legales del mismo, como sucede con la LPH de indudable <<ius cogens>>. Lo que sucede es que será preciso compatibilizar el binomio <<libre disposición - Propiedad Horizontal>> para determinar los límites precisos de cada una de las proposiciones de ese binomio con el fin de fijar la arbitrabilidad de la Propiedad Horizontal.*", prosigue en las páginas sucesivas analizando pormenorizadamente la posibilidad de sometimiento a arbitraje de diversas cuestiones relacionadas con el régimen de propiedad horizontal. A su modo de ver, resultan arbitrables, por no referirse a ellas normas de *ius cogens* y ser, por tanto, susceptibles de disposición por el juego de la autonomía de la voluntad de los comuneros: las cuestiones referentes a la propiedad separada (págs. 17 y 18); con reservas, las cuestiones referentes a la división de un elemento común (pág. 18); la enajenación de un elemento común (pág. 19); las cuestiones referentes al derecho de propiedad individual y su anejo sobre los elementos comunes, siempre que éstos no sean de uso o utilidad común (pág. 19); haciendo claro uso del argumento

este respecto, ha de tenerse en cuenta que la afirmación del carácter dispositivo o imperativo de una materia no puede basarse, como sin embargo ha pretendido algún autor¹¹⁰⁶, en la irrelevante circunstancia de que la norma concreta esté redactada en términos imperativos o simplemente enunciativos. Así, por ejemplo, el régimen de mayorías que establece el artículo 16 de la LPH no podrá ser variado en virtud de un

por nosotros combatido: "... las obligaciones de cada propietario sobre un piso o local a que alude el art. 9 LPH serían, en mi opinión, susceptibles de arbitraje cuando aquéllas sean incumplidas. Tales obligaciones no se hallan técnicamente ubicadas en una norma de <<ius cogens>> como es la del art. 9 LPH, ya que tan sólo son imperativos de carácter sustantivo y común que por su propia naturaleza ordinaria pueden ser incumplidos" (pág. 21) y, finalmente, la obligación de cada propietario de contribuir a los gastos comunes con arreglo a la cuota de participación (pág. 26). En cambio, no resultan arbitrables: la determinación de la cuota de participación (pág. 19) y algunos aspectos relacionados con la constitución del régimen (pág. 20); ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 54 donde opina que: "..., el arbitraje no se opone a la existencia de derechos necesarios los cuales, en todo caso, quedarían perfectamente protegidos en el arbitraje de derecho. La protección que tales derechos exige es meramente material."; MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 34 donde, tras considerar deseable el arbitraje en el ámbito de la propiedad horizontal en atención a criterios de mera oportunidad, acaba concluyendo que: "...; en este sentido es posible predicar, genéricamente, las grandes posibilidades de la institución que nos ocupa en el marco de la propiedad horizontal. Sin embargo, las especiales características de esta materia del Derecho privado no permiten, por las dificultades ya apuntadas, afirmar indiscriminadamente la posibilidad de resolver, mediante arbitraje, todos los conflictos o cuestiones que pueden surgir o alguno de los especificados en la LPH.". Ver también: St. APLE de 14 de junio de 1993 (Sec. 2ª) (AC 2553/1994) FD 1º donde considera que: "..., en segundo lugar, se alega la imposibilidad de que pueda someterse a arbitraje una materia de derecho necesario como es la de Propiedad Horizontal, y ello con apoyo en el artículo 2.1 b) de la citada Ley de Arbitraje de 1988. El ámbito objetivo del arbitraje, en relación con la Propiedad Horizontal ha sido objeto de estudio por la Doctrina (véase Antonio Mª Lorca Navarrete, <<Propiedad Horizontal y Libre disposición>> (a propósito del Arbitraje) -Corte Vasca de Arbitraje, San Sebastián- 1992), obteniéndose como conclusiones que las cuestiones litigiosas que afectan al desarrollo de la Propiedad Horizontal no se encuentran incluidas en el catálogo (simplemente enunciativo) de objetos no sometibles a arbitraje del artículo 2 de la ley, lo cual no quiere decir que no puedan excluirse de la libre disposición <<conforme a Derecho>> en los términos del artículo 1 de la misma, con lo cual preciso se hace examinar cada cuestión a suscitar para saber si puede admitirse respecto de ella libre disponibilidad de las partes, ya que, pese a ser reconocido el carácter de <<ius cogens>> o de derecho necesario de la Propiedad Horizontal, también rige en la misma el principio de autonomía de la voluntad... En tal sentido, afirma el citado autor Lorca Navarrete -y es opinión que comparte la Sala- que en la órbita del artículo 7 de la Ley de Propiedad horizontal... pueden someterse perfectamente a arbitraje, de tal manera que la cláusula arbitral contenida en la escritura notarial de partición..., pese a su generalidad, no incide, en la materia concreta que nos ocupa, en la exclusión objetiva de los artículos 1 y 2 de la Ley de Arbitraje.". Con anterioridad a la promulgación de la LPH, ver: ROCHA, XAVIER; *Problemas jurídicos...*, cit. Pág. 975.

¹¹⁰⁶ Ver, en este sentido: FUENTES LOJO, JUAN V.; *Suma de la propiedad por apartamentos*, 2ª ed., cit. Pág. 963.

laudo arbitral¹¹⁰⁷. Sin embargo, a nuestro modo de ver, esa imposibilidad, lejos de encontrar su explicación en el carácter imperativo de los términos en los que se encuentra redactada la norma, lo hace en el hecho de que a los comuneros les está vetada esa posibilidad incluso mediante la adopción de un acuerdo comunitario destinado a producir esa variación. Este es el sentido en el que consideramos que tiene que ser entendido el requisito de la disponibilidad de la materia arbitrable, contenido en el artículo primero de la Ley de arbitraje de 1988.

Desde otro punto de vista, durante la vigencia de la Ley de 1953, una parte de la doctrina española apoyaba la posibilidad de arbitraje en el ámbito de la propiedad horizontal en la similitud que se pretendía ver entre la institución arbitral y la transacción¹¹⁰⁸. Desde ese punto de vista resultaba arbitrable todo aquello que las partes podían someter a transacción¹¹⁰⁹. Por nuestra parte, consideramos errónea tal concepción¹¹¹⁰. La razón es clara; afirmar que la arbitrabilidad de una cuestión se encuentra ligada a la posibilidad de transigir sobre la misma, encuentra su razón de ser en el ya comentado error en el que incurren (al centrar el análisis de la naturaleza del arbitraje en el convenio arbitral y no en la naturaleza de la actividad desarrollada por el

¹¹⁰⁷ En parecido sentido, se pronuncia: LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 23. Ver también, respecto de la modificación de cuotas: St. APMA de 21 de junio de 1994 (Sec. 4ª) (RGD 1994. Págs. 7607-09) FD 4º.

¹¹⁰⁸ Ese mismo concepto se refleja, con anterioridad a la Ley de Arbitraje de 1953, en: AA.VV. *Enciclopedia Jurídica Española*, Voz: Arbitraje, págs. 286-301, cit. Pág. 286.

¹¹⁰⁹ En este sentido ver, por todos: MONTES REYES, AMALIA; *Aplicación del arbitraje...*, cit. Págs. 930-31.

¹¹¹⁰ Criticando también tal postura, si bien en atención a los argumentos más arriba combatidos por nosotros, ver la opinión de: LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 14 donde opina que: "... no era esa, ..., la postura metodológica a adoptar, puesto que, en principio y frente al binomio: libre disposición-Propiedad Horizontal, hubiera sido más correcto afirmar, sin ambages de ningún tipo, que la Propiedad Horizontal era, y es ante todo, una modalidad de Propiedad que al superponerse al sistema de fuentes del propio CC se halla sometida a normas de Derecho necesario. Es más y con apoyo en ese criterio legal, ..., asume la interacción sobre el mismo del principio de autonomía de la voluntad."

árbitro) aquellos¹¹¹¹ que afirman la naturaleza contractual y no jurisdiccional del arbitraje¹¹¹².

En conclusión, consideramos que, genéricamente, cabe la posibilidad de someter a arbitraje cualquier asunto de propiedad horizontal, siempre que el mismo constituya materia dispositiva en el sentido anteriormente mencionado¹¹¹³. A tal efecto, no vemos inconveniente en aceptar la inclusión de cláusulas de sumisión a arbitraje en los estatutos o título constitutivo del régimen de propiedad horizontal^{1114 1115}. No obstante,

¹¹¹¹ En este sentido, ver: ROCCO; *La sentencia civil*, (Trad. Ovejero), Méjico, 1944, cit. Págs. 73-75 donde considera el arbitraje como una modalidad de transacción anticipada.

¹¹¹² Una crítica genérica a las concepciones contractualistas sobre el arbitraje y a su comparación con la transacción se puede ver también en: FENECH NAVARRO, MIGUEL; *El arbitraje en Derecho español*, cit. Págs. 418-419 donde opinaba que la transacción, a diferencia del arbitraje, se caracteriza por resultar obligatoria sólo para las partes y, en consecuencia: "*Podría decirse que también la transacción produce efecto de cosa juzgada; pero, aunque lo diga la ley, el término es equívoco y no refleja una identidad conceptual con la cosa juzgada producida por la sentencia* (desde 1988 a la resolución arbitral se la llama laudo). *La cosa juzgada de la transacción, ..., quiere decir que el Juez viene obligado a tener en cuenta la decisión de las partes y a no contradecirlas aunque la crea injusta; pero esta cosa juzgada no impide que el Juez valore la validez del propio contrato de transacción, y que estime su falta de causa, ..., o sea, que el Juez puede revisar el juicio lógico o el acto mismo que ha cuajado en una transacción. En cambio, el juez no puede revisar el proceso que ha culminado en una sentencia, ... Está visto, pues, que la obligatoriedad pueden engendrarla las partes, pero que la ejecutoriedad incondicionada y la función de cosa juzgada (de la que se encuentra dotada la resolución arbitral) sólo puede darla el Estado...*"; SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica del arbitraje*, cit. Pág. 583; CARNELUTTI, FRANCESCO; *Arbitri e arbitratori*, Rivista di diritto processuale civile, 1924, I, págs. 121-135 donde consideraba que si bien en la transacción los contratantes componen la controversia, mediante el compromiso tan sólo adoptaban un medio para componerla.

¹¹¹³ En parecido sentido, ver: ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 52.

¹¹¹⁴ En este sentido, ver: STS de 13 de abril de 1977 (RJ 1652/1977) Cdo. 2º donde opina que incluso los estatutos pueden otorgarse por laudo arbitral; St. ATB de 16 de febrero de 1961 (RGD 1962. Págs. 457-60) Cdo. 1º; St. ATM de 30 de abril de 1982 (RGD 1982. Págs. 1353-54) Cdo. 1º; St. de 30 de agosto de 1961, Juz. Distrito nº 9 de Barcelona, según la cual: "*... debe, en primer término, desestimarse la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por los demandados porque si bien es perfectamente lícito el pacto de sumisión a arbitraje cuando de juicios como el presente se trata, por no oponerse a ello ninguna norma de la vigente Ley de Propiedad Horizontal; sin embargo, en los estatutos que rigen la comunidad de la finca de autos se exceptuó precisamente de ese juicio arbitral (art. 67 de los mismos) <<en general, el ejercicio de cuantas acciones interdictales, posesorias o reivindicatorias se estimen necesarias para evitar el uso indebido de los elementos y servicios comunes>>, supuesto que es precisamente el sometido a la consideración de este Juzgado,...*".

¹¹¹⁵ En parecido sentido, aunque sin reparar en los posibles abusos en que puede derivar la posibilidad fáctica de que ese título sea otorgado por un propietario único, ver: LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 23 donde opina que: "*La conveniencia de que la opción hacia el arbitraje sea asumida y consentida por todos los*

en esos supuestos, puede plantearse una vez más el ya tratado problema de la vinculación futura de la voluntad comunitaria a las estipulaciones otorgadas por el propietario único o el constructor antes de proceder a la primera de las enajenaciones. Una vez más, tenemos que reiterar nuestra opinión en el sentido de considerar que la única solución posible a este problema no se encuentra en la restricción de las materias que pueden regularse en el título constitutivo o los estatutos¹¹¹⁶. Por el contrario, la única solución posible a este problema se encuentra en la eliminación del requisito de la unanimidad para la aprobación y modificación de los acuerdos referentes a ciertas materias; línea ésta que, por otra parte, se inició con la reforma de la LPH en 1988 y que, en la actualidad, persiste en los diversos proyectos de reforma parcial de la LPH.

Llegados a este punto, nos encontramos ya en disposición de analizar la posibilidad de sometimiento a arbitraje de la concreta cuestión que constituye el objeto del expediente de jurisdicción voluntaria contenido en la norma segunda del artículo 16 de la LPH.

La respuesta tiene que ser forzosamente negativa. A nuestro modo de ver, la exclusión de la posibilidad de arbitraje en este supuesto concreto no puede apoyarse: ni en el hecho de que la materia objeto del acuerdo (cuya adopción judicial ahora se pretende por la vía de la norma segunda del artículo 16 de la LPH) sea o no dispositiva¹¹¹⁷; ni en la circunstancia de que la competencia territorial en este supuesto

propietarios - sin excepción - es un argumento decisivo para que el convenio arbitral se ubique bien en el título constitutivo de la Propiedad Horizontal, bien en los Estatutos de la Comunidad."

¹¹¹⁶ Ver a este respecto: Cap. I, 4., a), a.1.2. El título constitutivo y los contratos de adhesión. En contra, ver la opinión de ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 54 donde niega la posibilidad de cláusulas arbitrales contenidas en el título constitutivo o los estatutos, pues: "El problema, ..., reside en el carácter transmisible de la propiedad horizontal y, aún más importante, en la dificultad de la modificación estatutaria en la que se hubiere pactado la sumisión a arbitraje o, lo que es lo mismo, en la asunción necesaria por parte del adquirente de dicha sumisión establecida en estatutos y así la imposición no voluntariamente querida de una renuncia al derecho de acceso a la Jurisdicción."

¹¹¹⁷ A favor de la posibilidad de arbitraje en atención a este criterio, ver: LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Págs. 24 y 25 donde, además, encuentra otro argumento en el hecho de que la decisión de este expediente sea en

se configure con carácter improrrogable (por tanto, de forma imperativa¹¹¹⁸); ni en el hecho de que se trate de un procedimiento en el que necesariamente la decisión sobre el fondo tiene que ser en equidad y no en Derecho¹¹¹⁹; ni mucho menos, en genéricas

equidad, adelantándose con ello la LPH al carácter preferente del arbitraje de equidad sobre el de Derecho tras la Ley de 1988; MONTES REYES, AMALIA; *Aplicación del arbitraje...*, cit. Pág. 948; TOMÉ PAULE, J.; *Régimen procesal de la propiedad Horizontal*, cit. Pág. 83; CHILLÓN y MERINO MERCHÁN; *Tratado del Arbitraje Interno e Internacional*, 2ª ed., Madrid, 1991, cit. Pág. 175. En contra de la posibilidad de evitar la utilización del procedimiento de equidad mediante su sustitución por arbitraje, ver: ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 554.

¹¹¹⁸ Ver en este sentido la criticable opinión de FUENTES LOJO transcrita en la nota siguiente y el contenido de la St. de 23 de octubre de 1962 del Juz. de 1ª Inst. nº 7 de Barcelona, según la cual: "... como las normas de excepción al conocimiento de la jurisdicción ordinaria deben ser interpretadas restrictivamente, y jamás aplicadas a casos no previstos, es evidente que el supuesto de autos no se halla incluido en el citado artículo 22 de los estatutos, que por tanto es inaplicable, como asimismo tampoco son de aplicación los artículos 16, norma 5ª, ..., que en aras precisamente de una mayor sencillez y rapidez en el funcionamiento y cumplimiento de los acuerdos de la Junta de Propietarios, prevé la competencia del Juzgado Municipal o Comarcal, cuando se trate de obtener la mayoría en las Juntas, ...". Como nosotros, criticando tal postura (si bien, incorrectamente, postulando la posibilidad de arbitraje en este supuesto), ver la opinión de: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Págs. 39 y 40, donde opina: "Los argumentos aducidos por este autor (FUENTES LOJO) carecen de la mínima consistencia; fundamenta su posición negativa en la indisponibilidad de la regla de competencia territorial y de la norma de procedimiento; estoy de acuerdo con el criterio doctrinal que postula el carácter indisponible del art. 16.5 de la LPH...; en ocasiones la competencia por razón del territorio tampoco puede ser variada por la voluntad de las partes; en estas hipótesis las normas que recogen el fuero legal son imperativas, y, por tanto, indisponibles; el argumento de aquel autor conlleva confundir la jurisdicción con la competencia;... La única conclusión válida que podemos deducir del art. 16.5 es la siguiente; si la parte interesada opta por promover el juicio de equidad debe plantearlo necesariamente ante el juez competente por razón del territorio quien sustanciará la petición por el procedimiento que regula la regla 2ª, párrafo 3º (actual párrafo 5º); la materia, el contenido del acuerdo ... que se quiere lograr en defecto del convenio de los titulares, es siempre disponible; lo que significa que las partes pueden solucionar el conflicto por cualquiera de las dos vías heterocompositivas posibles, el proceso o el arbitraje; que el artículo 16, reglas 2ª, 3ª y 5ª sea Derecho necesario no conlleva que la materia sea de Derecho obligatorio."

¹¹¹⁹ Cuando afirmamos el carácter necesario de este expediente nos referimos, única y exclusivamente, a la circunstancia de que la resolución sobre el fondo tiene que ser en equidad (ver: Cap. III, 3. NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN EQUITATIVA.). Por tanto, consideramos criticable la opinión de aquellos autores (esta es la opinión de: FUENTES LOJO, JUAN V.; *Suma de la propiedad por apartamentos*, 2ª ed., cit. Pág. 963 donde niega la posibilidad de arbitraje en este supuesto concreto en atención al hecho de que: "... el artículo que los prevé es de Derecho necesario... y la competencia la atribuye exclusivamente al Juez del lugar en que esté la finca.") que consideran que esa necesidad viene referida a la imposibilidad de que el mismo pueda ser resuelto por árbitros. Aunque erróneamente considera que en el supuesto concreto de la norma segunda del art. 16 de la LPH cabe someterse a arbitraje, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Págs. 24 y 25 coincide con nosotros en la crítica a tal postura cuando opina que: "..., cuando la Junta de Propietarios no puede alcanzar la mayoría necesaria para la válida adopción del acuerdo, el art. 16.2 in fine LPH acude a un planteamiento de <<ius cogens>> en el modo o procedimiento que ha de seguir el Juez para resolver. En tal sentido ha de resolver en equidad, ... [...] Si se observa, el carácter necesario de esa normativa afecta a las reglas del procedimiento de equidad

razones de oportunidad tendentes, únicamente, a favorecer la descongestión de los tribunales¹¹²⁰.

Una vez más, el hecho de que nos estemos refiriendo a un expediente de jurisdicción voluntaria, obliga a introducir matizaciones en los argumentos dados al referirnos a la posibilidad genérica de sometimiento a arbitraje de asuntos relacionados con el régimen de propiedad horizontal. Como se ha visto, a nuestro entender, la jurisdicción voluntaria no puede ser considerada como verdaderamente jurisdiccional sino, tan sólo, como actividad administrativa otorgada en muchos casos al conocimiento de los jueces en atención a criterios de pura conveniencia. Por otra parte, como ha

que ha de seguir el Juez, sin que se indique el contenido de esa resolución en equidad que, no obstante, irá dirigido a resolver <<lo que proceda>>, según el art. 16.2 LPH in fine, pero sin que se diga expresamente que ese procedimiento en equidad ante el Juez excluya el arbitraje. [...] Lo único que sucede es que el modo en que se ha de resolver ... es para el Juez de <<ius cogens>>, pero no es de <<ius cogens>> que esa resolución deba adoptarla necesariamente el Juez que, en mi opinión, puede adoptarla también los árbitros."

¹¹²⁰ Esta es, en el fondo, la razón que mueve a MUÑOZ GONZÁLEZ a plantearse que el expediente judicial de adopción de acuerdos, aún y constituyendo un supuesto de jurisdicción voluntaria, pueda ser resuelto mediante arbitraje. Ello se aprecia claramente cuando en LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 34 opina que: "La utilidad que conlleva la posibilidad de solucionar, mediante árbitros, las cuestiones conflictivas y las controversias que se susciten en relación a la propiedad horizontal es innegable; la conveniencia de aplicar la institución del arbitraje a las cuestiones surgidas por las relaciones de convivencia en las comunidades de propiedad horizontal ha sido resaltada insistentemente por la doctrina. Las ventajas que brinda la resolución de cuestiones litigiosas mediante el arbitraje son patentes: los árbitros pueden poseer conocimientos técnicos o empíricos imprescindibles, de los que carecen los jueces para decidir acertadamente determinadas polémicas comunitarias...; la celeridad y el menor costo consiguiente al procedimiento arbitral, de rápida sustanciación y de instancia única, la posibilidad de escoger la persona que haya de desempeñar la función arbitral (arbitraje <<ad hoc>>) o la de designar la corporación o asociación administradora del arbitraje institucional permite nombrar, directa o indirectamente, a aquellas personas que gozan de la confianza de las partes por su formación específica y su independencia;...", y en pág. 38, donde considera que: "En principio las características del expediente aconsejarían la decisión de la cuestión o la adopción del acuerdo por árbitros que actuaran según su leal saber y entender; debe quedar excluido el arbitraje de derecho. [...] La finalidad del juicio de equidad es hacer operativa la vida comunitaria; entre los acuerdos que exigen mayoría para su adopción, se encuentran algunos de inexcusable consecución...; su solución no admite demora. El art. 16, regla 2ª, párrafo 3º de la LPH (actual párrafo 5º) exige que el Juez resuelva <<dentro de veinte días contados desde la petición>>; ésta es la previsión legal; su observancia estricta en los Juzgados de Primera Instancia de las poblaciones con un elevado grado de conflictividad es una utopía; parece perfectamente viable que la decisión sea arbitral, sin merma alguna de la imprescindible rapidez". Ver también, en este sentido: AA.VV. *Acta de las sesiones de trabajo celebradas por las comisiones de estudio del Iº simposio sobre Propiedad Horizontal*, octubre 1972, Rev. Pretor, marzo-abril 1973, cit. Pág. 114; INFANTE LOPE, JULIA; *Todo sobre comunidades...*, cit. Pág. 144; FUENTES LOJO, JUAN V.; *Suma de la propiedad por apartamentos*, 2ª ed., cit. Pág. 961.

quedado esbozado brevemente al inicio de este apartado, atendiendo a la función realizada por los árbitros, la naturaleza jurídica del arbitraje es claramente jurisdiccional. Así las cosas, resultaría de todo punto ilógico afirmar la posibilidad de sometimiento a arbitraje de una actividad de naturaleza administrativa (jurisdicción voluntaria) como la encomendada al conocimiento de los jueces por la norma segunda, párrafo quinto, del artículo 16 de la LPH¹¹²¹ ¹¹²². No obstante la negación de la posibilidad de sustitución del

¹¹²¹ En este mismo sentido, ver: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, cit. Pág. 638 donde, tratando la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, opina que: "Significativo resulta al respecto que, salvo alguna opinión aislada reciente, no se admita el arbitraje en los actos de jurisdicción voluntaria.", y SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Voz: Juicio de árbitros*, cit. Pág. 52 donde opina que para que quepa arbitraje: "... es indispensable la existencia de una controversia, que la cuestión planteada tenga carácter jurisdiccional.", y concluye, en pág. 54, que: "La controversia es erigida como criterio esencial para la validez del arbitraje. <<La validez del compromiso exige la existencia de una controversia pendiente entre las partes>> (art. 15) (de la Ley de 1953). <<Se entiende por arbitraje la institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su resolución>> (Art. 2 LA). [...] El término <<controversia>> debe ser interpretado en un sentido amplio, como cualquier reclamación o queja existente entre las partes, o incluso cualquier discrepancia sobre la interpretación de determinadas cláusulas de un documento.", y SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *El proceso arbitral*, cit. Pág. 590; PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO; *Una nueva regulación del arbitraje*, cit. Pág. 458. En contra, ver la opinión de: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Págs. 36-37 donde, jugando con el término "controversia" (Ver: Cap. III, 1., a) El concepto de jurisdicción voluntaria.), acaba concluyendo que es posible el arbitraje en el ámbito de la jurisdicción voluntaria y, por tanto, en el expediente objeto de nuestro estudio. Opina que: "La ley derogada (Ley de Arbitraje Privado de 1953) establecía que el objeto del compromiso debía ser una controversia actual... La LA (de 1988) reitera el término cuestión litigiosa como materia del arbitraje... No creemos que se trate de un cambio puramente terminológico... [...] Las secuelas de esta interpretación gramatical, permiten resolver las cuestiones litigiosas propias de la jurisdicción voluntaria al margen de los Tribunales: esta conclusión, postulada por la doctrina tradicional, no puede mantenerse con la nueva Ley.". Posteriormente, en pág. 39, acaba concluyendo que en su opinión: "... la decisión en equidad ofrece una mayor similitud con los negocios denominados de jurisdicción voluntaria: no existen partes contrapuestas, un sujeto que pide, frente a otra parte contra la que se solicita la actuación de la Ley; el procedimiento es unilateral; no hay dualidad de partes. [...] ...; la naturaleza de la jurisdicción voluntaria que preconizamos no ha de impedir que los árbitros adopten el acuerdo en defecto de la Junta; la dificultad no radica en su naturaleza jurídica... [...] El cambio terminológico analizado ... aconseja revisar la postura de la doctrina que ha excluido tradicionalmente la jurisdicción voluntaria del instituto que nos ocupa.". Sin embargo, finalmente, en la página 40, se desdice de su postura inicial y coincide con nosotros al opinar que: "La dificultad de aplicar la institución que nos ocupa a los supuestos que prevé el art. 16 en sus reglas 2ª y 3ª (se pronuncia conjuntamente acerca de ambas reglas al considerar, incorrectamente, que en los dos supuestos la decisión sobre el fondo es en equidad), no se deriva de su naturaleza jurídica ni del carácter necesario de la competencia territorial o del procedimiento; el impedimento proviene de la clase de tutela judicial que se puede obtener mediante este juicio; el Juez resuelve provisionalmente la cuestión, sin perjuicio del derecho de las partes a promover el proceso que corresponda (extensión incorrecta del párrafo 2º de la norma 3ª a la norma 2ª); el auto que concluye el expediente no produce los efectos de la cosa juzgada... [...] ... la eficacia de la resolución judicial propia de la jurisdicción voluntaria, limitada a otorgar una tutela provisional, excluye la eventualidad del arbitraje para la formación o impugnación de acuerdos; no es

expediente judicial de adopción de acuerdos comunitarios por un proceso arbitral, no debe haber inconveniente alguno en aceptar la viabilidad del sometimiento a arbitraje de otras cuestiones que supongan una discordia entre los miembros de la comunidad¹¹²³.

d) Crítica al sistema español. Atribución de *lege ferenda* de su conocimiento a órganos no jurisdiccionales.

Tras el estudio realizado en los apartados precedentes, no nos queda sino emitir una crítica del sistema de competencia judicial que la LPH establece para el conocimiento del expediente de jurisdicción voluntaria para la adopción judicial de acuerdos comunitarios.

En primer lugar, tenemos que reiterar en este lugar nuestra opinión en el sentido de considerar un acierto la configuración del mismo como un expediente en el que

factible superar el escollo que supone el art. 37 de la LA; el laudo reviste los efectos propios de la cosa juzgada material, en todo caso. [...] La sustitución de los juicios de equidad (para nosotros, en equidad, es sólo el supuesto de la norma 2ª y, además, no constituye un verdadero juicio de equidad por tratarse de un expediente de jurisdicción voluntaria) por un procedimiento arbitral supondría, además, aplicar un sistema de recursos no deseados por el legislador. El laudo no podría ser susceptible de anulación, lo que resulta absolutamente incompatible con el régimen previsto en la LA.", y MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial ...*, cit. Pág. 119 donde, si bien partiendo del error de considerar que el proceso de adaptación de estatutos a la LPH tiene la misma naturaleza que el contenido en la norma segunda del artículo 16 de la misma y del erróneo concepto de controversia como diferenciación entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, opina respecto del primero que: "Creemos que no existe la posibilidad de llevar a cabo la adaptación de los estatutos mediante arbitraje de Derecho privado, por no existir controversia o conflicto planteado, ya que el juez realiza una actividad de carácter administrativo más que jurisdiccional, limitándose a un control de la legalidad de las normas estatutarias.", reconociendo con ello que no cabe someter a arbitraje asuntos pertenecientes a la jurisdicción voluntaria.

¹¹²² Ésta, sin embargo, parece ser la opinión del prelegislador de la PROPOSICIÓN DE LEY 122/000063, de modificación de la LPH, en cuyo artículo 22, si bien en su número segundo, distingue entre el procedimiento de equidad y el resto de procesos de propiedad horizontal en relación a la tramitación que se debe dar a los mismos; al referirse a la posibilidad de arbitraje, el número 6º de ese artículo 22 olvida la subdivisión anterior y establece, genéricamente, que: "Las partes podrán someterse al procedimiento arbitral previsto en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre.". Por tanto, debemos deducir que, para el prelegislador, cabrá la posibilidad de sometimiento a arbitraje de las cuestiones relacionadas con el procedimiento de equidad de adopción judicial de acuerdos.

¹¹²³ Esta es precisamente la opción que adopta la Proposición de Ley 122/000218 en la norma 3ª del art. 10 (al que da redacción el art. 10º de la misma) cuando establece que: "3. En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar resolverá lo procedente la Junta de propietarios. También podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la ley."

queda excluido del poder dispositivo de las partes la elección del método de resolución sobre el fondo del asunto (en Derecho o en equidad)¹¹²⁴.

A nuestro modo de ver y, atendiendo a la poca utilización práctica del juicio de equidad concordado contenido en el artículo 114 del CPC, cabe concluir que la opción del legislador español en el sentido de configurar este expediente como de carácter necesario ha sido acertada o, mejor dicho, afortunada. Sin embargo, el acierto de tal decisión no puede basarse tan sólo en el mero argumento estadístico de la mayor o menor utilización que en la práctica se haga de esta vía procedimental.

Si bien al legislador español de 1960 le debe ser criticada la pésima técnica legislativa utilizada y el hecho de desconocer la naturaleza jurídica de la institución que estaba introduciendo en nuestro sistema, cabe, sin embargo, alabar su fortuna. Nos explicamos: a) al introducir el expediente de jurisdicción voluntaria objeto de nuestro estudio no sabía o, al menos, no quería decir abiertamente, si estaba regulando un expediente de jurisdicción voluntaria o un auténtico juicio de equidad, por tanto, contencioso; b) la institución, independientemente de su naturaleza jurídica y, por tanto, en atención, única y exclusivamente, a razones de política legislativa, fue regulada con el carácter de necesidad sobre el que antes nos hemos pronunciado. Así, aunque el resultado obtenido no era premeditado, nos encontramos ante un expediente de jurisdicción voluntaria de naturaleza constitutiva supletoria dotado de un carácter de necesidad que¹¹²⁵ se aviene perfectamente con la naturaleza propia de los actos de jurisdicción voluntaria. Ello es así porque en los actos de jurisdicción voluntaria se encuentra implicado un interés social que trasciende al mero interés privado de los

¹¹²⁴ Ver: Cap. IV, 1., a), a.2. Comparación con el modelo italiano.

¹¹²⁵ Necesidad la cual también es predicable de los auténticos juicios de equidad, de naturaleza contenciosa, como es el supuesto contenido en el art. 113 del CPC. A este respecto, ver las palabras de: LUMIA, GIUSEPPE; *L'equità...*, cit. Pág. 727 donde opina que: "*Proprio la funzione di mediazione che l'equità può svolgere tra l'astratta statuizione della legge e le concrete esigenze della giustizia, spiega perché, negli ultimi tempi particolarmente, l'interesse, e il favore, degli operatori del diritto e dei politici verso l'equità si sia accresciuto, fino ad auspicarsi l'istituzione di una magistratura onoraria (la giudicatura di pace) alla quale dovrebbe essere affidata la decisione secondo equità di un certo tipo di controversie.*".

intervinientes en los mismos. Por ello, en el supuesto objeto de nuestro estudio, al tratarse de un expediente de jurisdicción voluntaria, el carácter de necesidad con que lo dota el legislador, no puede hacer que se reproduzcan las dudas (referentes a la sustracción del poder dispositivo de los particulares) que, como hemos visto anteriormente, ha suscitado entre la doctrina y jurisprudencia italianas el carácter necesario del juicio de equidad contenido en el artículo 113 del CPC.

Por otra parte, como se ha visto anteriormente, el conocimiento en primera instancia del expediente de jurisdicción voluntaria al que nos referimos se encuentra atribuido en los momentos actuales a los Juzgados de Primera Instancia. Por tanto, *de lege data*, no se puede pretender que del mismo conozcan los Juzgados de Paz¹¹²⁶, en aquellos municipios donde éstos existan (*Ex art. 100.1 LOPJ*). *De lege ferenda*, el hecho de que los Juzgados de Paz sólo existan en aquellos municipios en los cuales no radique la sede de un Juzgado de Primera Instancia (*Ex art. 99.1 LOPJ*), desaconseja una vez más la atribución de competencia a los mismos para el conocimiento de este tipo de procedimientos.

Sin embargo de lo dicho y atendiendo a la naturaleza social de la legislación de propiedad horizontal¹¹²⁷, consideramos que no sería descabellada la reinstauración de la justicia municipal y la atribución a la misma del conocimiento de todas las cuestiones referentes a ese orden de asuntos. Con ello se lograría: a) la tan deseada agilización en la tramitación de los abundantísimos asuntos que anualmente se sustancian en relación con los inmuebles urbanos; b) el reconocimiento de un cierto grado de especialización en los jueces llamados a resolver de este orden de cuestiones que, en relación al expediente por

¹¹²⁶ Diferente era la situación que planteaba, hasta su derogación, el artículo 50.3 (Base 10ª) de la Ley Orgánica de Justicia de 28 de noviembre de 1974, según el cual podían los jueces de paz fallar según: "*su leal saber y entender, previa celebración de un juicio público no sujeto a más formalidades que las que garanticen la igualdad de las partes con audiencia y práctica de pruebas. Sus sentencias serán apelables (decía) ante el juez de Distrito por defectos formales, por indefensión o por quebrantar equidad, y con arreglo a ésta se fallará en segunda instancia.*"

¹¹²⁷ Así como también se dan estas mismas y especiales circunstancias en la regulación de los arrendamientos urbanos.

nosotros estudiado, propiciaría que el mecanismo de la solución equitativa fuere de la máxima efectividad.

Debemos puntualizar que la relativa especialización que propugnamos no puede ser interpretada como un replanteamiento de antiguas discusiones doctrinales en torno a la necesidad, o no, de crear unas jurisdicciones especiales a las que atribuir el conocimiento de los juicios de equidad. No puede ser así por cuanto: a) el expediente que nos ocupa no constituye un juicio de equidad en sentido estricto; b) aunque lo fuere, consideramos que el hecho de que la resolución sobre el fondo sea en equidad (juicios de equidad en sentido estricto), y no en Derecho, no justificaría, por esa sola razón, la creación de una jurisdicción especial de equidad¹¹²⁸. A nuestro modo de ver, apoyar lo contrario sólo puede hacerse partiendo de una incorrecta comprensión de la naturaleza propia del juicio de equidad¹¹²⁹ que, recordémoslo, es, como el juicio de Derecho, una de las dos modalidades en las que se puede presentar el juicio jurisdiccional. Por otra parte, la creación de una jurisdicción especial de equidad supondría un retorno a las históricas concepciones de la equidad como equidad general^{1130 1131}. Por tanto, la relativa

¹¹²⁸ En contra, ver la opinión de: VIDAL, FERNANDO; *De si es necesario o conveniente establecer el principio de equidad*, en, "Primer Congreso Jurídico Nacional. Trabajos y acuerdos", La Habana, 1918, cit. Págs. 146-51 y 154.

¹¹²⁹ Esta misma opinión se trasluce en la crítica a las concepciones silogísticas que realiza: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Pág. 419 donde opina que: "No creemos, pues, que la magistratura deba ser eliminada de los Tribunales de equidad que puedan llegar a establecerse, pues el juicio de equidad no deja de ser un juicio y los jueces profesionales no son una mera <<máquina lógica de subsunción>>, sino hombres de formación jurídica y social que han adquirido en el ejercicio de su profesión aquellas cualidades de juicio objetivo e imparcial, conocimiento de los hombres y visión clara de sus intereses y los de la colectividad, que no sería fácil encontrar en otros campos de la humana actividad."

¹¹³⁰ Ver una opinión parecida a la nuestra en: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *La formulación judicial...*, cit. Págs. 415-416 donde opina que: "Ciertamente las circunstancias históricas, y sobre todo la consideración de que la equidad como norma suele a veces frustrarse o esterilizarse ante la tendencia de los jueces ordinarios a aplicar el Derecho técnicamente formado, pueden abogar por la jurisdicción de equidad. Pero en general, y con referencia a los pueblos modernos, los Tribunales de equidad tienen escaso fundamento. Con la tendencia a ampliar el campo del arbitrio judicial, que tanto se deja sentir en las leyes y en las jurisdicciones ordinarias, sólo en casos muy excepcionales se siente la necesidad de crear Tribunales especiales de equidad, tratándose de aquellas materias en las que pueda temerse que las concepciones de los jueces técnicos no estén de acuerdo con los criterios del ambiente social que se estime necesario incorporar al juicio. [...] Nosotros no creemos necesaria en España la implantación por vía general de una jurisdicción de equidad, que hay que reconocer tendría los inconvenientes mismos, seguramente agravados, de todas las jurisdicciones especiales."

especialización judicial que apoyamos lo es, no en razón de la forma de la resolución judicial sobre el fondo (en Derecho o en equidad), sino en atención a: a) el especial interés social que se encuentra implicado en el régimen de propiedad horizontal¹¹³², que aconseja la atribución de su conocimiento y resolución a un órgano judicial lo más próximo y especializado posible; b) la necesaria reinstauración (para éste y otro tipo de asuntos) de la justicia municipal con la intención de descongestionar, en lo posible, la sobrecarga de trabajo que actualmente desborda a los Juzgados de Primera Instancia.

Para finalizar este apartado, tendremos que pronunciarnos ahora acerca de la posibilidad de que el conocimiento y resolución del expediente objeto de nuestro estudio se atribuyese a un órgano no jurisdiccional.

Como hemos afirmado anteriormente, los actos de jurisdicción voluntaria no son de naturaleza jurisdiccional. Siendo esto así, son sólo criterios de oportunidad legislativa los que han llevado a que, históricamente, se atribuya el conocimiento de los mismos a órganos jurisdiccionales. No obstante la afirmación anterior debe ser matizada por cuanto, si bien resulta evidente que los actos de jurisdicción voluntaria de simple presencia, de mera documentación u homologadores deberían ser atribuidos al conocimiento de órganos no jurisdiccionales, no resulta tan fácil afirmar lo mismo respecto de los que, como el por nosotros estudiado, pueden ser calificados como constitutivos¹¹³³. Por nuestra parte, consideramos que no debe haber ningún

¹¹³¹ Esto es lo que se desprende de las palabras de: CALAMANDREI, PIERO; *Il significato costituzionale* ..., cit. Pág. 260 donde opina que: "la especial función de las jurisdicciones de equidad, que es la de formular directamente el Derecho que se ha de aplicar al caso concreto, y no la de aplicar un Derecho ya formulado por el legislador, influye de modo evidentísimo sobre la constitución personal de estos especiales colegios, cuyos componentes vienen elegidos sobre la base de principios absolutamente opuestos a los que rigen para el reclutamiento de los jueces ordinarios. En estas jurisdicciones especiales los juristas no tienen fortuna; aquí no se trata de pesar pacientemente en la balanza de la hermenéutica el significado de fórmulas ya cristalizadas, sino de auscultar directamente la vida social, con todos sus sentimientos, con todas sus aspiraciones, con todos sus conflictos; no hacen falta aquí jueces doctos, maestros en el razonar sobre el Derecho ya formulado, sino jueces técnicos, que aun ignorando el Derecho codificado del ayer sientan fuertemente los intereses que el Derecho de mañana deberá tutelar."

¹¹³² Y también en la normativa especial de arrendamientos urbanos.

¹¹³³ En parecido sentido, ver: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, cit. Págs. 633-35. Ver también: Aut. ATGC de 12 de junio de 1965, Cdo. 1º donde, respecto a

inconveniente en seguir manteniendo la posibilidad de que de los mismos conozcan los juzgados de lo civil¹¹³⁴. Sin embargo de lo dicho, *de lege ferenda* y atendiendo a la actual situación de colapso de nuestra Administración de justicia, quizá fuera aconsejable la atribución del conocimiento de este tipo de expedientes a algún órgano administrativo que, como las Cámaras de la Propiedad Urbana, previa la correspondiente modificación de la normativa que regula la competencia de las mismas¹¹³⁵, pudiera encargarse de la tramitación de los mismos. Con ello se lograría una doble ventaja: a) descargar a los Jueces de Primera Instancia de una parte de los asuntos que actualmente son de su competencia; b) atribuir el conocimiento de esos asuntos a un órgano verdaderamente especializado en la materia objeto de nuestro estudio y que, por tanto, en esos supuestos, estaría en la situación idónea para hacer correcto uso de todas las posibilidades que ofrece el mecanismo equitativo.

la jurisdicción voluntaria, opina que: "... parece innegable que teóricamente no cabe conceptualarla como verdadera jurisdicción en cuanto la actividad que en ella se desarrolla no es necesariamente judicial, mas no hay duda que en nuestro sistema jurídico positivo aparece atribuida, en parte, a los Tribunales de Justicia."

¹¹³⁴ En parecido sentido, ver: GONZÁLEZ POVEDA, BIENVENIDO; *La jurisdicción voluntaria...*, cit. Pág. 73 donde, tras admitir la posibilidad de atribución a otros órganos en los actos de jurisdicción voluntaria homologatorios, de documentación y de mera presencia, considera que: "... al menos entre los procesalistas, se ha formado un estado de opinión que, aunque afirma que la Jurisdicción voluntaria es actividad administrativa y, por tanto, no es función propia de los órganos jurisdiccionales, reconoce que existen razones prácticas que justifican se atribuyan a estos órganos aquellos procedimientos que por su naturaleza y trascendencia exigen la intervención de un órgano imparcial y de especial preparación técnico-jurídica, como ocurriría con los actos constitutivos y con ciertos actos de homologación."

¹¹³⁵ Pues en la actualidad a estos órganos sólo se les reconoce la posibilidad de realizar actuaciones arbitrales y, precisamente, en relación al expediente objeto de nuestro estudio, por tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria, no está, como hemos visto *supra*, permitida su resolución mediante sometimiento a arbitraje. Por tanto, para que las Cámaras de la Propiedad Urbana pudieran resolver estos expedientes se requeriría la existencia de una norma que expresamente les atribuyese el conocimiento y resolución de los mismos.

2. LA REPRESENTACIÓN DE LA COMUNIDAD

a) Sus diversas proyecciones:

a.1. *Ad intra y ad extra.*

La contemplación de la actuación cotidiana de las comunidades en propiedad horizontal desde una perspectiva dinámica nos hacía ver que las mismas, por su vocación de perdurabilidad, debían dotarse de una organización estable. Esa organización, inexistente hasta el advenimiento de la LPH de 1960, es, sin embargo, la que mayores quebraderos de cabeza ha generado tanto a doctrina como a jurisprudencia. La razón de tales problemas¹¹³⁶ se halla, a nuestro juicio, en dos causas diferenciadas: la inexistencia de un ente personificado diferente del conjunto de propietarios individuales que lo componen; la creación legal de unos “órganos” (copiados a imagen y semejanza de los de las personas jurídicas y, en especial, de las sociedades anónimas) que agilizan su funcionamiento diario y aseguran su estabilidad.

La aparente contradicción entre la carencia de personalidad y la existencia de “órganos” alcanza su punto álgido cuando se analizan los problemas de la representación de tales entes y, en concreto, la representación por medio del presidente de la comunidad. Aceptando *a priori*, y sin perjuicio de posterior análisis crítico, que se trata de una representación impuesta *ex lege*¹¹³⁷, el problema se agrava cuando se pretende delimitar el ámbito de la misma. La parquedad de la regulación contenida en la LPH favorece las dudas¹¹³⁸. ¿Será el presidente representante de la “comunidad” sólo

¹¹³⁶ Como ya hemos analizado *supra*.

¹¹³⁷ Ver: art. 12 LPH. Sin embargo, como hemos apuntado *supra*, consideramos que ante la carencia de personalidad de la comunidad de propietarios, la representación del presidente no puede venir referida a la misma como ente, sino a la comunidad entendida como *nomen* aglutinador de la totalidad de los propietarios que la componen en un momento determinado.

¹¹³⁸ En parecido sentido, ver: PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 187. Considera que la figura del presidente vino a solucionar los graves problemas de representación

frente a terceros ajenos a la misma o también en acciones internas como las que se pueden presentar, por ejemplo, cuando uno de los comuneros impaga su cuota comunitaria?

De aceptar, como hacen algunos autores, que el presidente representa a la comunidad¹¹³⁹ (entendida como ente diferenciado de los propietarios individuales que la forman), llegaríamos a una inevitable consecuencia: cuando uno de los comuneros pleitea contra el resto de los condóminos, el presidente tendría que convertirse en representante tanto de la parte actora como de la demandada, pues la Ley no hace distinciones. Ante la evidente imposibilidad jurídica de mantener un autoproceso parcial, la solución a la que llegan tales autores es aquélla consistente en negar facultades representativas al presidente para cuestiones internas.

A nuestro modo de ver y, sin perjuicio de mayor profundización posterior¹¹⁴⁰, tal solución no es de recibo, si bien es la única posible desde esa perspectiva. El problema no se encuentra en la carencia de lógica de la consecuencia sino en la premisa de la que trae causa.

Decíamos que el presidente representa al conjunto de propietarios del inmueble desde que lo sean y en tanto lo sean¹¹⁴¹. Desde esta perspectiva el problema es de fácil

de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal. A su modo de ver, la no especificación de las concretas funciones de tal cargo por parte de la LPH se explica atendiendo al proceso parlamentario de elaboración de la misma. Si bien hubo varios intentos de delimitación mediante la introducción de normas concretas, fue la Comisión de Justicia de las Cortes Generales la que rechazó todas ellas: "... por entender que las limitaciones proyectadas se hallaban implícitas en la idea de representación"; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Págs. 105-107. Esta misma parca regulación es la que se contiene en el futuro art. 13, norma 3^a (al que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218), según el cual: "El Presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en todos los asuntos que la afecten".

¹¹³⁹ En este sentido, ver: St. ATO de 16 de noviembre de 1971 (Juz. nº 1 Oviedo) (RGD 1972. Págs. 59-60) Cdo. 1º mantiene que: "..., puesto que el presidente, en cuanto tal, y según los preceptos de la Ley especial, o representa a la comunidad o no representa a nadie".

¹¹⁴⁰ Cuando analicemos el ámbito de las facultades propias del presidente.

¹¹⁴¹ En igual sentido, ver: MONEDERO GIL, FRANCISCO; *La comunidad de propietarios...*, cit. Págs. 662-663. Considera que en realidad su representación viene referida a un conjunto de personas determinables, de ser necesario; CORTÉS-GIRÓ, VICENTE; *Jurisprudencia y notas sobre propiedad horizontal*, RGD, Nº 262-63, 1966, cit. Pág. 616; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ; GARRIDO CERDÁ,

solución. Cuando el conjunto de comuneros actúan frente a terceros ajenos a la comunidad (*ad extra*) en defensa de intereses comunitarios y no estrictamente privativos, la LPH impone a los mismos que lo hagan de forma aglutinada y bajo la representación de su presidente¹¹⁴², no trascendiendo al exterior las posibles discrepancias que se generen en el seno de la comunidad¹¹⁴³. Cuando, por contra, un comunero o un conjunto de ellos actúen frente a otro u otros (*ad intra*), el presidente representará a aquéllos que persigan un interés de la comunidad y actuará contra el incumplidor. En esos casos, creemos que la representación existe, pero no ya del conjunto de los propietarios sino sólo del grupo de ellos que persigan frente a otro un "interés comunitario", el cual, normalmente, será de tipo patrimonial. Como dice algún autor, en esos casos la comunidad se disgrega.

Así, podemos adelantar ahora que: la representación del presidente será diferente según tenga que actuar: frente a terceros ajenos a la comunidad en defensa de intereses comunitarios; frente a uno o varios comuneros incumplidores de sus obligaciones comunitarias¹¹⁴⁴ ¹¹⁴⁵ o frente a terceros (u otro comunero) en defensa de intereses

EMILIO; SOTO BISQUERT, ANTONIO; *Modalidades en la constitución...*, cit. Pág. 71. Consideran que la representación del presidente: "... aunque referida a todos y cada uno de los propietarios que integran la comunidad, y no a ésta como ente autónomo, se confiere y ejerce, valga la expresión *sub specie communitatis*".

¹¹⁴² Ex art. 12 LPH.

¹¹⁴³ La seguridad del tráfico jurídico impone que las posibles discrepancias internas no puedan afectar a terceros de buena fe. La comunidad *ad extra* actuará como un grupo sin fisuras. Otra cosa será que posteriormente, a nivel interno, se pueda, o no, responsabilizar (en la parte que le corresponda según su cuota de participación) de tal actuación al que mostró su disidencia con la misma. En contra, ver: PECES BARBA DEL BRIO, GREGORIO; *Legislación española. Propiedad horizontal*, cit. Pág. 80. Considera, erróneamente, que el disidente no quedará vinculado frente al tercero en los efectos que le sean perjudiciales. En cuanto a las costas, opina que el tercero podrá reclamarlas a la comunidad, siendo indiferente para el mismo la distribución que de las mismas se haga a nivel interno de la comunidad.

¹¹⁴⁴ No creemos que pueda sostenerse la obligatoriedad y exclusividad de su representación en esos casos. De ser así, en el supuesto en el que fuera el presidente (como comunero que es) el infractor o impagador y la comunidad se hubiera de dirigir contra él, nos encontraríamos con la paradoja de que el incumplidor mismo tendría en sus manos el bloqueo de la acción comunitaria. En este sentido, ver: St. ATO de 16 de noviembre de 1971 (Juz. n° 1 Oviedo) (RGD 1972. Págs. 59-60) Cdo. 1°. Mantiene que: "... la representación legal de la comunidad por el presidente, dentro de la economía de nuestra Ley, está pensada principalmente contemplando las relaciones de la comunidad con los terceros, lo que se comprende mejor todavía en la hipótesis de que sea el propio presidente quién no está de acuerdo con las decisiones de la junta de propietarios y pretenda impugnarlas judicialmente.". No es ésta, sin embargo, la idea de la Proposición de Ley 122/000218 que, para los supuestos de impago de las cuotas comunitarias, establece, en la norma 1ª del art. 21, un procedimiento monitorio encaminado a la

privativos de alguno de los comuneros. En los dos primeros casos se tratará de una representación legal o exigida por la Ley¹¹⁴⁶ mientras que, el tercero, constituirá un supuesto de representación voluntaria¹¹⁴⁷ que, sólo por conveniencia del titular del interés privativo, recaerá en la persona física que ostenta el cargo de presidente (pero en su condición de persona física, no en virtud del cargo que ostenta).

a.2. En juicio y fuera de él.

El problema de la representación de la comunidad de propietarios no finaliza, sin embargo, con la afirmación de las facultades representativas del presidente tanto en el

satisfacción de las obligaciones a las que hacen referencia los apartados e) y f) del futuro art. 9. Según esta norma, estas: "... obligaciones ... deberán cumplirse por el propietario de la vivienda o local de negocio en el tiempo y forma determinados por la Junta. En caso contrario, el Presidente o el Administrador, si así lo acordase la Junta de propietarios, podrá exigirlo judicialmente a través del procedimiento establecido en este artículo."

¹¹⁴⁵ En parecido sentido, ver: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 352. Considera que las facultades representativas del presidente no son omnímodas, "... sino que cuando actúe fuera de las atribuciones expresamente conferidas por la Ley, debe actuar a través de acuerdos válidos de la Junta y en los términos de los mismos. Esto es una consecuencia de su doble carácter..., ya que si bien <<ad extra>> es un órgano..., <<ad intra>> no es sino un mandatario implícito de los propietarios singulares."

¹¹⁴⁶ Creemos además que fue la necesidad de agilizar las relaciones de los comuneros con el exterior la que llevó al legislador de 1960 a instaurar una figura tan anómala como la del presidente. Prueba de ello se encuentra en el hecho de que la Ley se olvide de mencionar sus facultades representativas internas. Ejemplo de la corrección de tal aserto se encuentra en diversas sentencias: St. ATB de 9 de agosto de 1962 (RGD 1962. Págs. 935-937) Cdos. 1º y 2º considera que la representación de la comunidad la ostenta en exclusiva el presidente, auténtico órgano de gestión de la misma; St. ATM de 10 de mayo de 1983 (RGD 1983. Pág. 1590) Cdo. 1º distingue entre la representación *ad intra* y *ad extra* y considera que el presidente es un órgano que personifica a la comunidad en sus relaciones externas; St. ATM de 23 de octubre de 1986 (Sala 1ª) (RGD 1987. Págs. 1051-53) Cdo. 2º considera que el presidente actúa personificando a la comunidad frente al exterior. Confunde la representación con la legitimación; St. ATV de 26 de febrero de 1974 (RGD 1974. Págs. 348-349) Cdo. 1º. En igual sentido, ver: MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Pág. 900. Considera que si, no obstante la instauración del cargo de presidente en 1960, se sigue manteniendo la legitimación de los comuneros en beneficio de la comunidad, entonces, o tal figura es superflua o se ha creado para conseguir una finalidad de mera economía procesal; VIDAL MARTÍNEZ, JAIME; *Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 1087. Considera al presidente como el vehículo utilizado por el legislador para imponer la unificación de intereses de la comunidad.

¹¹⁴⁷ En parecido sentido, ver: GONZÁLEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Pág. 84.

ámbito externo como en el interno. El confuso y escueto¹¹⁴⁸ artículo 12 de la LPH establece que: “*Los propietarios elegirán de entre ellos un presidente, que representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten*”. La doctrina y la jurisprudencia interpretativas de tal precepto, mayoritariamente, se han decantado por entender que: la función prioritaria del presidente, causa última de la creación de tal órgano por parte del legislador de 1960, es la de defensa en juicio, frente a terceros, de los intereses comunitarios¹¹⁴⁹.

De lo dicho hasta ahora y de la contemplación de la literalidad del precepto transcrito se desprende como consecuencia inmediata que el presidente: **deberá**

¹¹⁴⁸ Ver: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 17. Dice textualmente: “...; resulta paradójico que una persona imprescindible para el normal desarrollo de la vida comunitaria, cual es el presidente, haya merecido tan poca atención por parte del legislador;...”.

¹¹⁴⁹ En este sentido, ver multitud de resoluciones jurisdiccionales que, si bien reconocen su capacidad representativa fuera del proceso, no dudan en destacar la preponderancia de su representación ante el foro: STS de 6 de diciembre de 1969 (RJ 5954/1969) Cdo. 1º; STS de 16 de junio de 1973 (RJ 2541/1973) Cdo. 3º; STS de 27 de enero de 1977 (RJ 121/1977) Cdo. 4º confunde la representación en juicio con la legitimación; STS de 19 de abril de 1977 (RJ 1658/1977) Cdo. 5º; STS de 5 de junio de 1979 (RJ 2318/1979) Cdo. 2º; STS de 3 de febrero de 1983 (RJ 801/1983) Cdo. 1º; STS de 5 de marzo de 1983 (RJ 1423/1983) Cdo. 2º; STS de 25 de noviembre de 1983 (RJ 6501/1983) Cdo. 1º; STS de 28 de marzo de 1985 (RJ 1220/1985) Cdo. 5º; STS de 24 de diciembre de 1986 (RJ 7797/1986) Cdo. 3º considera que es representante en juicio y fuera de él, pero de los propietarios, no de una comunidad entendida como ente diferenciado del conjunto de sus componentes; STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 2199/1989) Cdo. 3º; St. ATB de 3 de abril de 1974 (RGD 1974. Págs. 554-555) Cdo. 2º; St. ATBU de 11 de abril de 1983 (RGD 1984. Págs. 1750-1751) Cdo. 1º; St. ATBU de 30 de mayo de 1989 (RGD 1989. Págs. 8459-60) Cdo. 2º; St. ATCC de 13 de noviembre de 1968 (RGD 1969. Págs. 347-349) Cdo. 1º; St. ATCC de 12 de julio de 1969 (RGD 1970. Págs. 896-897) Cdo. 1º donde atribuye a la “comunidad”, y no al presidente, la representación en juicio y fuera de él; St. ATCC de 27 de febrero de 1985 (RGD 1986. Págs. 2404-05) Cdo. 1º; St. ATCC de 18 de febrero de 1986 (RGD 1987. Págs. 6100-03) Cdo. 3º; St. ATC de 9 de abril de 1980 (RGD 1981. Págs. 689-90) Cdo. 1º; St. ATM de 19 de febrero de 1969 (RGD 1969. Págs. 294-96) Cdo. 1º; St. ATM de 23 de marzo de 1981 (RGD 1981. Pág. 1128) Cdo. 1º como atribuye personalidad a la comunidad, el presidente representa a ésta como ente independiente; St. ATO de 5 de septiembre de 1986 (RGD 1987. Págs. 2082-84) Cdo. 2º; St. ATO de 30 de noviembre de 1988 (RGD 1989. Págs. 3350-52) Cdo. 3º; St. ATNA de 18 de junio de 1974 (RGD 1975. Pág. 309) Cdo. 1º; St. ATSE de 13 de noviembre de 1967 (RGD 1969. Págs. 1220-21) Cdo. 1º considera que según el artículo 12 LPH es el presidente el único posible representante en juicio; St. ATV de 6 de abril de 1974 (RGD 1975. Págs. 260-61) Cdo. 1º; St. ATV de 2 de junio de 1975 (RGD 1975. Págs. 1013-14) Cdo. 1º; St. APB de 3 de enero de 1996 (Sec.15ª) (RGD 1995. Págs. 7254-56) Cdo. 4º considera que el presidente representa a los individuos, no a la comunidad; St. APMU de 25 de septiembre de 1995 (Sec.4ª) (RGD 1996. Págs. 4809-11) Cdo. 2º; St. APO de 18 de mayo de 1991 (Sec.4ª) (RGD 1992. Págs. 2234-35) Cdo. 1º; St. APO de 9 de octubre de 1991 (Sec.5ª) (RGD 1992. Págs. 2185-87) Cdo. 1º; St. APSA de 2 de noviembre de 1995 (RGD 1996. Págs. 7623-24) Cdo. 2º; St. APTF de 6 de julio de 1988 (RGD 1989. Págs. 1777-78) Cdo. 2º; St. APV de 11 de abril de 1989 (Sec.7ª) (RGD 1989. Págs. 3205-09) Cdo. 2º; St. APV de 23 de junio de 1993 (Sec.5ª) (RGD 1993. Págs. 7645-47) Cdo. 1º. Ver también: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed., cit. Pág. 159.

representar a la comunidad¹¹⁵⁰ en cuestiones suscitadas frente a terceros, impliquen o no el ejercicio de acciones judiciales, cuando lo que esté en juego sea un interés comunitario; **deberá** representar¹¹⁵¹, en juicio o fuera de él, al grupo de comuneros que encarnen la defensa del interés comunitario¹¹⁵² frente a otro u otros comuneros incumplidores; **podrá** representar¹¹⁵³, en juicio o fuera de él, a los comuneros individuales que hayan sufrido en sus bienes privativos daños imputables a un tercero o a otro comunero^{1154 1155}.

Como conclusión provisional, previa al análisis de la naturaleza jurídica de la representación del presidente y de los límites de sus facultades, podemos afirmar que: la naturaleza de tal representación no es una, sino varias; dependientes de quién sea el titular del interés cuya defensa se atribuye al representante, la naturaleza comunitaria o privativa del mismo y del ámbito (*ad intra* o *ad extra*) en el que se esté discutiendo acerca de él¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁰ Se entiende: a la totalidad de los propietarios aglutinados bajo el *nomen* comunidad.

¹¹⁵¹ No obstante, la radicalidad de tal afirmación tendrá que ser matizada para aquellos supuestos en los que la Ley exige que la actuación del presidente venga precedida de un acuerdo de la junta habilitante de su actuación.

¹¹⁵² Como decíamos, en estos casos de conflictos internos, la Ley ya no obliga a considerar a la comunidad como un grupo homogéneo; en ese momento la comunidad se presenta disgregada. En igual sentido, ver: PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Págs. 71-72. Considera que no hay obstáculo para aceptar la vinculación de los disidentes a la actuación frente a terceros por parte del presidente pero que, sin embargo, *ad intra*, "... nunca se puede actuar en nombre de una persona, para defender un interés contrario al suyo. En estos casos, (se refiere a las relaciones intracomunitarias) excepcionalmente, la representación del presidente se ve reducida. Y actúa como tal, pero no en nombre de todos. Y no es obstáculo que externamente actúe en nombre de la comunidad, sin distinguir."

¹¹⁵³ Reiteramos: en este caso lo hará como persona física apoderada voluntariamente a tal efecto y no como presidente de la comunidad.

¹¹⁵⁴ Ver también: SANCHO GARGALLO, IGNACIO; *Propiedad horizontal...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 304. Considera que en estos casos nos encontraremos ante una verdadera representación en sentido técnico necesitada de un mandato. A contrario, deducimos que, para el autor citado, la representación del presidente establecida por el artículo 12 de la LPH de 1960 no es una verdadera representación en sentido técnico.

¹¹⁵⁵ Independientemente de que, en el caso en el que esos daños afecten también a bienes o intereses comunitarios, respecto de los mismos, tendrá, como presidente que es de la comunidad, obligación de actuar en nombre e interés de la misma (*ex art. 12 de la LPH de 1960*).

¹¹⁵⁶ En parecido sentido, ver: SANCHO GARGALLO, IGNACIO; *Propiedad horizontal...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 302. Considera que la representación del presidente juega: "...

b) El presidente de la comunidad.

b.1. Naturaleza del cargo.

Habíamos establecido *supra* la necesidad que las personas jurídicas y otros entes carentes de personalidad (pero dotados de capacidad para ser parte y capacidad procesal reconocidas por la jurisprudencia) tienen de actuar en el tráfico jurídico a través de una persona física que supla la carencia de capacidad para actuar por sí mismos. Habíamos asimismo comentado que la institución jurídica destinada a cubrir tal necesidad es la representación. Por último, habíamos afirmado provisionalmente que la naturaleza del cargo de presidente de una comunidad de propietarios en propiedad horizontal no es una, sino varias¹¹⁵⁷; dependientes de la naturaleza del interés defendido (privativo o comunitario) y del ámbito en el que se tenga que producir tal defensa (en juicio o fuera de él, *ad intra* o *ad extra*). Debemos pues, en este momento, proceder a la justificación de tales afirmaciones.

Siguiendo a DÍEZ-PICAZO¹¹⁵⁸ podemos decir que las cuestiones que deben dilucidarse para establecer un concepto riguroso de representación son básicamente tres: a) Si la llamada representación mediata constituye una especie del género representación o, por contra, es una institución diferenciada¹¹⁵⁹; b) Si la representación legal y la voluntaria son dos especies de una institución única o constituyen instituciones diversas; c) Si tan sólo constituyen casos de representación aquéllos en los que el representante gestiona intereses del representado o si también lo son la denominada *procuratio in rem suam* y la representación en interés de un tercero.

en relación con la tutela de un fin determinado, delimitado por el adecuado funcionamiento y aprovechamiento conjunto de los elementos comunes que caracterizan este tipo de propiedad."

¹¹⁵⁷ Reiteramos que la representación que pueda ostentar respecto de intereses privativos de alguno de los propietarios no lo será en razón de su cargo presidencial sino, por el contrario, en virtud de un apoderamiento voluntariamente conferido por el titular del interés.

¹¹⁵⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS; *El concepto jurídico de la representación en el derecho privado*, en, "Anales de la academia Matritense del Notariado", XVI, 1968, cit. Págs. 153-174.

¹¹⁵⁹ Ver: MANDRIOLI, CRISANTO; *Premesse generali...*, cit. Págs. 43-44.

Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, es hoy prácticamente unánime la opinión en el sentido de considerar que únicamente se puede hablar de representación en aquellos casos en los que el representante actúe en nombre del representado de manera tal que su actividad produzca inmediatamente sus efectos para éste¹¹⁶⁰.

En cuanto a la segunda, opina Díez-Picazo que, si bien las diferencias entre una y otra son evidentes, ambas constituyen especies de un mismo género. Basa sus razonamientos en dos razones de diversa índole: en ambos casos existe una persona, el representante, que tutela o gestiona los intereses de otra, siendo posible que esa actuación produzca sus efectos directamente en la esfera jurídica del principal; si se separa la figura de la representación legal de la teoría general de la representación sería necesario construir una categoría jurídica autónoma, hoy por hoy, huérfana del necesario desarrollo.

En referencia a la tercera de las cuestiones apuntadas, cabe concluir con Díez-Picazo que los casos de representación en interés del representante o en interés de un tercero sólo pueden admitirse como verdaderos casos de representación previa derogación de las reglas generales que regulan la misma.

Concluye el citado autor considerando que el rasgo definitorio de la actividad representativa no es otro que la nota de la gestión de asuntos ajenos cuando la misma exija relacionarse con terceros¹¹⁶¹.

¹¹⁶⁰ Ver, en este sentido: MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Págs. 904-905. En contra, ver: Díez-Picazo y Ponce de León, LUÍS; *El concepto jurídico de la representación ...*, cit. Págs. 157-158. Considera que: "las formas del *agere* (en nombre propio o ajeno) pertenecen al terreno de la voluntad y de la conveniencia de las partes; las formas de producción de los efectos dependen del ordenamiento jurídico.". Concluye que por esa razón no se pueden mezclar ambos planos y que: "Todo ello nos autoriza, ..., para situar desde ahora la representación indirecta dentro de la teoría de la representación...".

¹¹⁶¹ Díez-Picazo y Ponce de León, LUÍS; *El concepto jurídico de la representación ...*, cit. Pág. 174.

Así establecidos los contornos propios de la figura jurídica de la representación, nos encontramos ya en disposición de deslindar la misma respecto de otros institutos con los que presenta ciertas analogías.

Habíamos mencionado *supra* la tendencia de un amplio sector doctrinal y jurisprudencial en el sentido de considerar que la junta de propietarios es el "órgano" de formación de la voluntad comunitaria; voluntad la cual, una vez formada, tendrá que ser declarada al exterior, en la mayoría de los supuestos, a través de otro "órgano" comunitario, el presidente. Tal posicionamiento, de resultar cierto, implicaría de suyo la catalogación del presidente no como representante de la comunidad, sino como mero nuncio¹¹⁶² de su voluntad¹¹⁶³.

Si bien los límites entre ambas figuras son borrosos, consideramos que la naturaleza del cargo de presidente se acomoda mejor en la teoría de la representación¹¹⁶⁴.

¹¹⁶² Entendemos por nuncio, con DÍEZ-PICAZO, aquella persona que: "... limita su voluntad al puro transporte de una declaración de voluntad emitida enteramente por el *dominus negotii*, sin posibilidad de variación de dicha declaración, que se encuentra ya prefijada.". DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS; *El concepto jurídico de la representación...*, cit. Pág. 164. Ver también: SOTO NIETO, FRANCISCO; *Aspectos fundamentales de la representación*, Revista Jurídica de Cataluña, 1974, cit. Pág. 74.

¹¹⁶³ En contra, ver: SANCHO GARGALLO, IGNACIO; *Propiedad horizontal...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Pág. 304. Considera que el presidente se limita a sustituir la verdadera voluntad del ente comunitario; PECES BARBA DEL BRIO, GREGORIO; *Legislación española. Propiedad horizontal*, cit. Pág. 71. Dice que: " Para nosotros es representante, pero no en el sentido técnico de la representación civil o mercantil, sino como sustituto, por una ficción jurídica, de la verdadera voluntad de los copropietarios."

¹¹⁶⁴ En este sentido, ver: MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Pág. 907. Considera que cuando el presidente no ostenta al mismo tiempo los cargos de administrador o secretario, se trata de un cargo abocado a la relación con terceras personas ajenas a la comunidad (sin perjuicio de sus facultades de gestión interna). Desempeña en esos casos una "... pura actividad representativa, sin un contenido de gestión determinado."; PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Pág. 70. Considera, con nosotros, que el presidente es "... claramente un caso de representación directa, pero con una <<contemplatio domini>> sólo *per relationem*."; INFANTE LOPE, JULIA; *Todo sobre comunidades...*, cit. Pág. 111. Opina que la función primordial del presidente es la de representación; ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 478. Estima que el presidente es un mero representante, tanto en actos conducentes a la administración de los bienes comunes, como en relación con terceras personas; VIDAL MARTÍNEZ, JAIME; *Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 1086. Opina, a diferencia de ZANÓN MASDEU, que no se trata de un mero representante porque "<<ab initio>>, se trata de una representación aneja a un poder de gestión."

Ello es así porque cuando el presidente actúa en el ámbito de sus atribuciones legalmente conferidas¹¹⁶⁵ no precisa de un acuerdo previo habilitante adoptado por la junta¹¹⁶⁶. En esos casos, es evidente que dispone de una facultad de creación y expresión externa de la voluntad comunitaria que rebasa, con mucho, las atribuciones de un mero nuncio.

b.1.1. Diversas teorías doctrinales y jurisprudenciales.

Sentado que el presidente es un representante de la "comunidad" de propietarios en propiedad horizontal, tendremos que analizar en los epígrafes subsiguientes cuál sea el tipo de representación que ostenta el mismo. En este punto, no podía ser de otra manera, las discrepancias en doctrina y jurisprudencia alcanzan su punto culminante. Podríamos sostener que casi existen tantos posicionamientos como autores y sentencias se hayan pronunciado sobre la cuestión. No obstante, como veremos, existe una gran línea jurisprudencial que, si bien consideramos incorrecta, se ha mantenido constante en el tiempo y ha conseguido apaciguar un tanto la polémica.

A efectos puramente sistemáticos, hemos agrupado todas esas variadas teorías en cuatro grandes grupos de opinión que nos permitirán vislumbrar cuál sea la verdadera naturaleza de la representación del presidente de la comunidad.

¹¹⁶⁵ Casos de actuación (procesal o extraprocésal) *ad extra* en defensa de intereses comunitarios.

¹¹⁶⁶ En este mismo sentido, ver: SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN; *Los órganos de la propiedad horizontal*..., cit. Pág. 326. Considera que el presidente, cuando además ostenta el cargo de administrador, tiene facultades de gestión. De no ser ese el caso nos encontraremos ante un representante que: "En cuanto en esa representación tome decisiones por sí solo lo hace por la comunidad, pero no como mero portavoz, sino con independencia personal plena siempre que no rebase los límites de su propia competencia..."; MONEDERO GIL, FRANCISCO; *La comunidad de propietarios*..., cit. Pág. 659. Considera que es el órgano representativo por excelencia: "... aunque también en otro orden, representativo sea el administrador." El presidente, opina el autor, siempre es órgano de declaración de la voluntad de la comunidad; pero también puede serlo de formación de la misma en todas aquellas cuestiones que pertenezcan al ámbito de su competencia; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 41. Como propuesta de *lege ferenda* considera que se tendrían que reducir las funciones del presidente a las de mero ejecutor de los acuerdos por escrito de la junta. De tal opinión podemos deducir, *a contrario*, que en la actualidad las funciones del presidente rebasan las de mera ejecución.

b.1.1.1. Representación legal.

Son muchos los autores y las resoluciones jurisdiccionales que se inclinan por entender, atendiendo a la literalidad del artículo 12 de la LPH, que el cargo de presidente constituye un ejemplo de representación legal¹¹⁶⁷. Basan su postura, básicamente, en dos argumentos: se confiere por la ley a la persona que ocupe el cargo de presidente y en tanto ostente ese cargo; se le otorga la representación de la comunidad *“en los asuntos que la afecten”*, sin que el contenido de su poder sea susceptible de modificación en virtud de la autonomía de la voluntad de los comuneros reflejada en los estatutos¹¹⁶⁸.

MUÑOZ GONZÁLEZ¹¹⁶⁹ considera que el presidente de la comunidad, por contra de lo que establece la Exp. Mot. de la Ley, no resuelve un problema de legitimación sino que, más bien resuelve: *“... el tema de la ausencia de capacidad procesal de las comunidades de propietarios, por su carencia de corporeidad física...”*¹¹⁷⁰. Así las cosas, considera que nos encontramos ante un caso de representación legal en el que aparecen con cierta diafanidad rasgos propios de la llamada representación necesaria¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁷ Postura ésta que, de entrar en vigor lo dispuesto por la norma 3ª del futuro art. 13 de la LPH (al que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218), encontraría una apoyatura expresa en el texto de la propia LPH.

¹¹⁶⁸ En igual sentido, ver *supra* nuestra opinión y: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ; GARRIDO CERDÁ, EMILIO; SOTO BISQUERT, ANTONIO; *Modalidades en la constitución...*, cit. Pág. 244. Nueva confirmación de la corrección del argumento se puede encontrar en lo dispuesto por el párrafo 1º de la norma 1ª del futuro art. 13 (al que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218), que permite que: *“En los estatutos, o por acuerdo mayoritario de la Junta de propietarios, podrán establecerse otros órganos de gobierno de la comunidad, sin que ello pueda suponer menoscabo alguno de las funciones y responsabilidades frente a terceros que esta Ley atribuye a los anteriores (entre los que se encuentra el presidente).”*

¹¹⁶⁹ MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Págs. 17 y 26 y MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Pág. 30.

¹¹⁷⁰ Coincidimos con el autor pero consideramos, como se ha señalado *supra*, que el presidente soluciona en primera instancia una carencia de personalidad de tales entes y, en segundo lugar, el problema de incapacidad que se deriva del anterior. Por otra parte, si lo que suple realmente es una incapacidad derivada de su incorporeidad, consideramos que la calificación correcta de esa representación sería la de *“necesaria”* y no la de *“legal”*.

¹¹⁷¹ MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 26.

SERRA DOMÍNGUEZ¹¹⁷² opina que los complejos problemas de las asociaciones de hecho, uniones sin personalidad y personas jurídicas irregulares, deben resolverse no a nivel de capacidad para ser parte¹¹⁷³, sino a nivel de representación. La solución, a su modo de ver, pasaría por la creación de una representación legal¹¹⁷⁴ de las mismas o por el reconocimiento extraprocésal por la parte contraria de las facultades atribuidas por esos entes a un representante voluntario¹¹⁷⁵.

¹¹⁷² SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *Precisiones en torno a los conceptos de parte*, ..., cit. Pág. 303.

¹¹⁷³ Hay que destacar que el autor centra el ámbito de su estudio en la dimensión estrictamente procesal.

¹¹⁷⁴ En parecido sentido, ver: HERRERO GARCÍA, MARÍA JOSÉ; *La junta de propietarios y la función representativa*..., cit. Pág. 426. Opina que: "No está legitimado, pues, por el negocio de mandato de los componentes de esa colectividad, ... Está legitimado por la Ley y actúa en función de ese interés que se ha objetivado en el fin para el que el grupo se ha constituido. Indudablemente, los titulares de esa tutela jurídica son los sujetos, pero la ley los considera compenetrados en el todo del que forman parte... la colectividad reducida a unidad orgánica."; INFANTE LOPE, JULIA; *Código completo de las comunidades*..., cit. Pág. 149; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 351; y lo establecido por multitud de resoluciones de los tribunales, como las que siguen: STS de 30 de diciembre de 1975 (RJ 4846/1975) Cdo. 1º; STS de 19 de abril de 1977 (RJ 1658/1977) Cdo. 5º; STS de 21 de abril de 1981 (RJ 1660/1981) Cdo. 5º; STS de 25 de noviembre de 1983 (RJ 6501/1983) Cdo. 1º; STS de 31 de diciembre de 1996 (AC 421/1996) FD 2º; St. ATB de 9 de agosto de 1962 (RGD 1962. Págs. 935-937) Cdo. 1º; St. ATB de 10 de octubre de 1963 (Juz. Mun. nº 8 BCN) (RGD 1963. Págs. 995-997) Cdo. 2º; St. ATB de 8 de julio de 1968 (RGD 1968. Págs. 646-647) Cdo. 3º; St. ATC de 25 de marzo de 1987 (Sala 1ª) (RGD 1988. Págs. 4056-4058) Cdo. 2º interesante sentencia que, aparte de confundir la representación legal con la orgánica, habla de representación "por imperativo legal" y de exclusividad de la misma. Establece textualmente que: "... la legitimación formal o procesal y representación en juicio de la comunidad corresponde por imperativo legal... al presidente, considerado por una reiterada doctrina jurisprudencial como verdadero representante legal u órgano de la comunidad, contra quién únicamente se pueden dirigir los terceros para ejercitar acciones que tengan contra ésta..."; St. ATM de 4 de junio de 1970 (RGD 1970. Págs. 960-961) Cdo. 1º donde lo califica como representante legal con capacidad para absolver posiciones en confesión en juicio; St. ATM de 15 de junio de 1971 (RGD 1971. Págs. 684-685) Cdo. 2º; St. ATO de 16 de noviembre de 1971 (Juz. nº 1 Oviedo) (RGD 1972. Págs. 59-60) Cdo. 1º; St. ATO de 5 de septiembre de 1986 (RGD 1987. Págs. 2082-2084) Cdo. 2º; St. ATNA de 4 de mayo de 1982 (RGD 1983. Págs. 459-460) Cdo. 1º donde habla de representación *ex lege*; St. ATNA de 16 de diciembre de 1986 (RGD 1987. Págs. 3752-3757) FD. 2º considera al presidente como un representante legal que, sin embargo, en el momento en el que actúe en defensa de elementos o intereses privativos lo hará como mandatario; St. ATV de 2 de junio de 1975 (RGD 1975. Págs. 1013-1014) Cdo. 1º; St. APB de 12 de septiembre de 1989 (Sec. 2ª) (RGD 1990. Págs. 1696-1698) FD. 4º considera que se trata de un caso de representación legal aunque algún sector opine que se trata de una representación orgánica; St. APM de 13 de octubre de 1993 (Sec. 13ª) (AC 580/1994) FD. 1º; St. APMA de 31 de marzo de 1995 (Sec. 6ª) (AC 2860/1995) FD. 1º; St. APTF de 6 de julio de 1988 (RGD 1989. Págs. 1777-1778) FD. 2º el ámbito de la representación legal conferida por la Ley se ciñe a la defensa de los intereses comunitarios; fuera de ese ámbito, sugiere la sentencia, se trata de una representación de tipo voluntario; St. APTF de 24 de julio de 1990 (Sec. 1ª) RGD 1991. Págs. 4499-4501) FD. 1º y 2º; St. APV de 24 de junio de 1993 (Sec. 5ª) (RGD 1993. Págs. 7647-48) FD 1º; St. APMA de 2 de mayo de 1997 (Sec. 4ª) (AC 1079/1997) FD 1º.

MONTÉS PENADÉS¹¹⁷⁶ considera que la representación que ostenta el presidente emana directamente de la ley y no de un negocio jurídico celebrado por libre elección de representante y representado. Desde este punto de vista las similitudes que se pueden apreciar entre la representación del presidente y la representación legal son las que siguen: el presidente, como en general, los representantes legales, no pueden cumplir sus deberes actuando en nombre propio¹¹⁷⁷; en ambos casos la actuación representativa no se agota en sí misma y es: “...,un momento de otra institución en cuyo seno vive.” Sin embargo, otras características propias de la representación legal no son, a juicio del autor, aplicables a la representación del presidente¹¹⁷⁸: la representación legal se encamina a la suplencia o integración de una carencia de capacidad en el representado¹¹⁷⁹, que hace que se traslade la autoría total del negocio al representante¹¹⁸⁰; en la representación legal *strictu sensu* la norma no tiene en cuenta la manifestación de voluntad del (interesado) representado. Hay, más que una concesión de legitimación, una regla heterónoma que disciplina su interés, un poder de configuración de la esfera jurídica ajena¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁵ En parecido sentido, ver: RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO; *Derecho Procesal Civil*, cit. Págs. 243-244. Considera que las posibles soluciones son el otorgamiento de una representación necesaria o bien la aplicación de la teoría de los actos propios y el reconocimiento extraprocesal de la personalidad.

¹¹⁷⁶ MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Págs. 908-910.

¹¹⁷⁷ En contra, ver *supra* la opinión mantenida por DÍEZ-PICAZO.

¹¹⁷⁸ Ello, como veremos *infra*, le llevará a inclinarse por considerar que nos encontramos ante una representación de características más cercanas a la orgánica.

¹¹⁷⁹ En contra, ver: VIDAL MARTÍNEZ, JAIME; *Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 1088. Considera que la suplencia de la incapacidad del representado no constituye uno de los rasgos definitorios de tal modalidad de representación y que, por tanto, la no concurrencia de tal característica en el presidente de la comunidad no es argumento suficiente para negar su encuadramiento en la representación legal.

¹¹⁸⁰ MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Pág. 909. Considera el autor que eso hace que la representación del presidente se asemeje más a la denominada representación necesaria. Tal tipo de representación se caracteriza por el hecho de que las consecuencias de la actuación del “órgano” representante se atribuyen a la propia persona jurídica. Sin embargo, consideramos nosotros que la carencia de personalidad de las comunidades de propietarios y, por tanto, la inexistencia de unos órganos en sentido *strictu*, impiden afirmar que nos encontremos ante un caso de representación necesaria *strictu sensu*. (En parecido sentido, ver *infra* la opinión al respecto vertida por PARA MARTÍN.) Ver también: ST. 4 de febrero de 1970 (RGD 1970. Pág. 405) Cdo. 1º donde parece que se incline por considerar que nos encontramos ante un caso de representación necesaria.

¹¹⁸¹ Considero que en el caso del presidente de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal sí que existe esa regulación heterónoma por cuanto que los propietarios vienen obligados por ley a elegir un presidente: “Los propietarios elegirán de entre ellos un presidente...” (ex art. 12 LPH), aunque la Ley les

Por todo lo expuesto, acaba concluyendo el autor citado que nos encontramos ante un supuesto de representación legal atípica en la que: "... *acaso la especialidad... se encuentre en el representado: si es cada propietario, deberíamos estar ante un caso de representación legal, por más atípica que fuese.*"¹¹⁸².

PARA MARTÍN¹¹⁸³ considera al presidente como verdadero representante de cada uno de los miembros de la comunidad por el mero hecho de serlo. Sin embargo, puntualiza que no nos encontramos ante una representación normal pues en la misma se dan peculiaridades que: "... *pueden hacer considerar la figura como un estado intermedio entre la representación legal y la voluntaria...*"¹¹⁸⁴. Los rasgos que la acercan a la representación legal son el deber jurídico de proceder a su nombramiento¹¹⁸⁵ y, sobre todo, el hecho de que su actuación en el ámbito de esa representación: "... *puede ser sin o contra la voluntad de algunos copropietarios...*". El presidente

permita escoger a la persona concreta que desempeñe el cargo. Ello es así, creemos, porque el legislador intuyó el poco interés que el desempeño de tal cargo iba a despertar entre los comuneros. En parecido sentido, ver: INFANTE LOPE, JULIA; *Todo sobre comunidades...*, cit. Pág. 114; VIDAL MARTÍNEZ, JAIME; *Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 1088.

¹¹⁸² Coincidimos con él en el sentido de considerar que el representado no es la comunidad y sí el conjunto de los propietarios que la componen. No podemos sin embargo aceptar, como se analizará más detenidamente *infra*, que nos encontremos ante una representación legal atípica. Consideramos que la representación del presidente reúne las características propias de la representación legal pero, con la peculiaridad de dejar al arbitrio de los comuneros la elección de la persona física concreta que haya de desempeñar el cargo. En parecido sentido, ver: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS; *La representación...*, cit. Pág. 131. Considera que dentro de la representación legal se pueden distinguir dos subgrupos: aquellas que reúnen todos los rasgos distintivos de tal categoría, a las que denomina "poderes *ex lege*" (que define en: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS; *El concepto jurídico de la representación...*, cit. Pág. 158.); unos casos mixtos en los que no es la ley la que otorga el poder de representación en favor de una persona determinada, sino que deja tal elección a la voluntad del representado. Bajo este planteamiento resulta evidente que la representación del presidente podría caber en la categoría de la representación legal mixta.

¹¹⁸³ PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Pág. 63 y ss, 153 y 159.

¹¹⁸⁴ Plantea el autor una teoría mixta que, si bien a nuestro juicio acierta a la hora de escoger los tipos de representación clásicos con los que presenta similitudes el cargo de presidente, yerra al considerar que tales caracteres se dan conjuntamente en todas sus actividades representativas. Como veremos *infra*, ciertamente la representación del presidente presenta similitudes con esos dos tipos de representación, pero en el sentido de que en ocasiones se tratará de una representación *ex lege* y, en otros, de una representación de tipo voluntario (la cual, sin embargo, como hemos apuntado *supra*, no ostentará en su condición de presidente, sino en su condición de persona física apoderada voluntariamente por otra).

¹¹⁸⁵ Y, puntualiza: "... *no, por imposibilidad de que el colectivo actúe, como ocurre en la persona jurídica, sino porque el grado de conveniencia es tan elevado que la Ley ha impuesto el deber.*". Por

representa a todos y cada uno de los miembros del colectivo; “*A unos, de acuerdo con su voluntad, a otros prescindiendo de ella.*”. Concluye afirmando que, desde esta perspectiva, resultan correctas, con las debidas matizaciones, las resoluciones jurisdiccionales¹¹⁸⁶ que afirman que el presidente sustituye la voluntad de los propietarios; sustituye la de aquellos propietarios: “... *que no prestaron el consentimiento en el nombramiento, o en la concreta actuación del que ostenta el referido cargo.*”¹¹⁸⁷. En cuanto a los rasgos que la asemejan a una representación voluntaria, éstos se concentran en la libertad de elección por parte de los comuneros de la persona concreta que haya de desempeñar el cargo¹¹⁸⁸; “... *dicho nombramiento sería un supuesto de libertad de conclusión negocial, pero sin libertad de fijación de contenido, que vendría impuesto por la Ley.*”.

Por nuestra parte, habíamos establecido *supra* que una de las peculiaridades de la representación del presidente de la comunidad de propietarios en propiedad horizontal es la de no estar destinada a suplir un mero problema de capacidad, sino a integrar, previamente, la carencia de personalidad de tales entes. Precisamente este dato es el que parecen olvidar los autores citados; o aquél en el que se basan otros para negar su cualidad de representante legal¹¹⁸⁹. A su calidad de representante legal¹¹⁹⁰ se debe pues

nuestra parte, consideramos completamente acertado este planteamiento que niega la concurrencia de los caracteres propios de una representación necesaria *strictu sensu*.

¹¹⁸⁶ Ver, por todas: St. ATO de 5 de septiembre de 1986 (RGD 1987. Págs. 2082-2084) Cdo. 2°.

¹¹⁸⁷ Problema de fundamento de la vinculación a la actuación presidencial que variará en los supuestos en los que, por aplicación de lo dispuesto por la norma 2ª del art. 13, al que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218, el cargo presidencial sea proveído no por elección, sino por turno rotatorio, sorteo o imposición judicial tras tramitar la cuestión mediante el expediente judicial que, destinado a la adopción de acuerdos mayoritarios, se prevé en este Proyecto también para cumplir con la necesidad de provisión del cargo. En contra, ver: LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS; *La propiedad de casas por pisos...*, cit. Pág. 330 y 333. Considera que la representación del presidente no alcanza a suplir la voluntad de los disidentes para aquellos acuerdos para los que la Ley exija la unanimidad.

¹¹⁸⁸ En contra, ver *supra* la opinión de DÍEZ-PICAZO (con la que coincidimos plenamente) que considera que esa peculiaridad no impide afirmar su pertenencia a la categoría de la representación legal, eso sí, de tipo mixto.

¹¹⁸⁹ En este sentido, ver: GONZÁLEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Págs. 53-54, donde da razones para negar tal concepción; BADENAS CARPIO, J. M.; *La representación...*, AC nº 8 1998, cit. Pág. 175. Que para negar tal naturaleza utiliza, entre otros, este argumento.

¹¹⁹⁰ Con la ya mencionada peculiaridad de que la Ley deje al arbitrio de los propietarios la elección de la persona concreta que haya de desempeñar el cargo.

añadir, como característica definitoria de la figura, la circunstancia de ser un "órgano" en cuyo diseño se refleja la voluntad del legislador de 1960 en el sentido de imponer a los componentes de las comunidades de propietarios la obligatoriedad de relacionarse con terceros ajenos a la comunidad de forma aglutinada cuando se estén ventilando asuntos de interés común.

b.1.1.2. Representación voluntaria o mandato.

Hemos tenido ya ocasión de comprobar como es tendencia extendida en la doctrina y jurisprudencia interpretativas del artículo 12 de la LPH la de considerar que en la representación del presidente de las comunidades de propietarios se dan rasgos que la aproximan a la llamada representación voluntaria¹¹⁹¹. Tenemos que puntualizar, no obstante, que son poco frecuentes los casos en los que algún autor se pronuncie abiertamente en el sentido de considerar que tal artículo está instaurando un tipo de representación voluntaria *strictu sensu*. En los infrecuentes supuestos en los que ello es así, creemos que la razón de ser de tal línea de opinión hay que encontrarla en una errónea inclusión en el estudio de la naturaleza jurídica de tal representación de ciertos fenómenos asociados al cargo de presidente. Tales son: la obligatoriedad de la provisión de tal cargo quedando, sin embargo, al arbitrio de los componentes de la comunidad la elección de la persona concreta que haya de desempeñarlo¹¹⁹²; la necesidad, o no, de un acuerdo previo de la junta que habilite al mismo para actuar.

¹¹⁹¹ Ver: St. ATM de 10 de octubre de 1967 (RGD 1967. Pág. 884) Cdo. 1º considera que la aprobación de los acuerdos y la facultad de hacerlos ejecutivos recaen: "... en su plenitud sobre la comunidad (se debe entender: la junta)". Configura por tanto al presidente como un mero mandatario de ésta para hacerlos ejecutivos, en caso de no preferir ejecutarlos por sí misma.

¹¹⁹² En parecido sentido, ver: RICO PÉREZ, FRANCISCO; *Lagunas en el régimen de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 36. Preocupado por la falta de interés de los propietarios por el desempeño de tal cargo considera que *de lege ferenda* sería necesario: "... establecer que el cargo de presidente fuera obligatorio y rotativo, ...". De sus palabras se deduce claramente que para el autor (y en ello coincidimos con él), en la actualidad, la situación legislativa no permite hablar de obligatoriedad, no ya de la propia existencia del cargo (la cual creemos nosotros queda clara a la luz de los términos imperativos empleados por el art. 12 LPH), sino del desempeño efectivo del mismo por el comunero electo; PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Pág. 59. Considera que debe nombrarse presidente por imperativo legal, "... no obstante la no esencialidad (del cargo)". Creemos por nuestra parte que cuando el autor se refiere a la no esencialidad del cargo, sus palabras deben ser interpretadas en el mismo sentido que la opinión sostenida por nosotros *supra*: la figura del presidente, como cualquiera

VIDAL MARTÍNEZ¹¹⁹³, centrando su estudio básicamente en aquellos casos en los que se unifican en una misma persona las funciones propias del presidente y aquéllas del administrador, considera que el presidente de la comunidad no constituye un supuesto de representación químicamente pura porque: "...se trata de una representación aneja a un poder de gestión". Es, a su entender, un representante que, además, ostenta la función de ejecutor de los acuerdos de la junta; un mandatario legal y representativo que podría ser incluido en lo que la doctrina moderna ha dado en designar como "contratos forzosos o imperativos". Sin embargo, reconoce más adelante que tal teoría tropieza con un escollo: no se puede tratar de un mandato puro desde el momento en el que el origen de la relación entre el presidente y los propietarios: "... no es propiamente contractual, pero el contenido de tal relación -pensamos- es bastante similar."¹¹⁹⁴ ¹¹⁹⁵. Acaba así concluyendo que deben aplicarse a tal cargo los preceptos referentes al mandato en lo que la regulación especial contenida en la LPH permita¹¹⁹⁶.

de los "órganos" de los que habla la LPH, no es necesaria para el efectivo nacimiento a la vida jurídica del régimen de propiedad horizontal; si lo será, por contra, para su adecuado y ágil funcionamiento, razón última de su creación por parte del legislador de 1960. En igual sentido creemos debe ser interpretada la opinión de: OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 887: "... y aunque la Ley no lo determina, en la misma junta (está refiriéndose a la remoción del cargo de presidente por parte de la junta de propietarios) debe elegirse al sucesor, pues al ser el Presidente el más importante de los órganos establecidos no puede faltar en el nuevo régimen instaurado."; BADENAS CARPIO, J. M.; *La representación...*, AC nº 8 1998, cit. Pág. 175.

¹¹⁹³ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME: *Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 1086.

¹¹⁹⁴ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME: *Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 1087.

¹¹⁹⁵ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME: *Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 1088. Considera, sin embargo, que aunque la relación no se constituya contractualmente: "... no hay inconveniente en seguir hablando de mandato, el cual se configurará como representativo (art. 1727). Ahora bien, el art. 12 de la Lph separa las facultades representativas del administrador para atribuírselas al presidente. Sólo que esa escisión no puede ser total. Así, aún partiendo del hecho incontrovertible de que la figura del presidente está volcada hacia el exterior, no puede olvidarse que tiene también una competencia hacia el interior, que puede además venir aumentada por los estatutos."

¹¹⁹⁶ La razón de que algunos de ellos no resulten de aplicación (y cita el art. 1731 CC referente a la responsabilidad solidaria) cree que hay que encontrarla en el hecho de que la verdadera especialidad del cargo reside en que ha sido impuesto por el legislador como método de unificación forzosa de los intereses de la comunidad.

PERÉ RALUY opina que la naturaleza del cargo de presidente no es otra que la de mandato representativo¹¹⁹⁷ cuya peculiaridad radica en las siguientes circunstancias: a) la LPH no prevé formalidad alguna para la toma de posesión; la misma es automática desde el momento en el que el elegido sea debidamente notificado de tal circunstancia¹¹⁹⁸; b) Son de aplicación las causas de extinción y revocación del cargo previstas en el CC para el mandato (*ex art. 1732*), resultando dudosa la posibilidad de una remoción del mismo por una decisión judicial a instancia de un grupo minoritario (*ex art. 16.3 LPH*); “...*en todo caso, una decisión judicial de tal género sólo cabría tomarla por gravísimas causas, suficientemente probadas y alegadas, y aún así la licitud del acuerdo sería muy discutible.*”¹¹⁹⁹; c) Como mandatario que es, requerirá en todo caso del acuerdo previo de la junta de propietarios habilitante de su actuación, circunstancia ésta que sólo dejará de ser exigible en casos de urgencia^{1200 1201}.

¹¹⁹⁷ PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 186 y nota 20. En parecido sentido, ver: RABELLA DE CARRILLO, JOSÉ ANTONIO; *La propiedad horizontal...*, cit. Pág. 101. Considera que la naturaleza jurídica de esta representación, “... *se halla mucho más cerca del mandato que de la representación legal, aunque, en definitiva, no vale la pena entrar aquí en sutilezas legales.*”

¹¹⁹⁸ PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 189.

¹¹⁹⁹ PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 191. De resultar cierta tal opinión y, por tanto, imposible la remoción del cargo por decisión jurisdiccional, creemos que tampoco resultaría lógica la provisión del mismo por esta vía (aquí la adecuada sería la dispuesta por el art. 16.2 LPH) cuando ninguno de los propietarios estuviese dispuesto a desempeñar el cargo. La consecuencia es ilógica y, a nuestro entender, debe caber la intervención judicial (eso sí, con las debidas cautelas y limitaciones a su facultad de substitución de la voluntad de los propietarios) en ambos casos (como, por otra parte, recoge la norma 2ª del art. 13, a la que da redacción el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218). En parecido sentido, ver: VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Págs. 350-351; SOTO NIETO, FRANCISCO; *Aspectos fundamentales de la representación*, cit. Pág. 551. Refiriéndose a la representación legal en general, considera que constituyen ejemplos de la misma tanto aquéllos en los que es la propia ley la que predetermina la persona del representante como aquellos otros en los que deja la elección del mismo a la autoridad judicial.

¹²⁰⁰ PERÉ RALUY, JOSÉ; *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, cit. Pág. 193.

¹²⁰¹ En parecido sentido, ver: PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Págs. 65 y 67. Como ya hemos analizado *supra*, en su opinión, una de las características que aproximan la representación del presidente a una auténtica representación legal es la de que el contenido de su poder se encuentra fijado por la Ley. Coherente con tal postura, opina que: “*El hecho de tener concedidas facultades representativas no implica la existencia de mandato..., y por ello está claro que no siempre que el presidente tiene facultades tiene también el deber y el derecho de actuar en nombre de la comunidad en ejercicio de ellas, porque esto implica la existencia de un contrato de mandato (se refiere claramente al acuerdo previo habilitante de la junta de propietarios),...*”. Y luego, incurriendo en cierta contradicción con lo anterior, considera que: “... *las facultades representativas del presidente frente a terceros implican sólo una posibilidad de actuar válidamente, pero no que en las relaciones presidente-comunidad, aquél esté facultado o tenga deber de actuar... En el nombramiento y*

Como conclusión y atendiendo a lo dicho hasta el momento, no creemos que la naturaleza jurídica de la representación del presidente de la comunidad que instaura el artículo 12 LPH pueda ser entendida como de carácter voluntario. Ello es así, aparte de otras razones, por las que siguen¹²⁰²: a) el contenido de las facultades del presidente no es de carácter convencional¹²⁰³, sino que se encuentra, al menos en su contenido mínimo, predeterminado por la Ley; b) La representación voluntaria *strictu sensu* se extingue *ipso iure* por ejecución de la relación jurídica de la que dimana o por cumplimiento del

aceptación del cargo se perfecciona el mandato representativo (parece que además del poder legalmente conferido obtenga, por el mero hecho de la aceptación, un mandato general tácito), *con el mínimo contenido legal antes expuesto... Sólo puede y debe el presidente actuar en la esfera de dichas facultades...*" cit. Pág. 140. Como se analizará en mayor profundidad *infra*, discrepamos de tal opinión por cuanto a nuestro entender la aceptación del cargo no supone la obtención de un mandato tácito que añada a la relación de poder el deber de actuación. Si realmente el mandato fuera tácito, y añadiese a la mera facultad de actuar (que le da el poder) la obligatoriedad de la misma, aquél resultaría ser también forzoso. A nuestro modo de ver, el mandato, en caso de haberlo, estará constituido por cada uno de los acuerdos de la junta y no añadirá un deber; el deber de actuar del presidente existe, dentro de las facultades legalmente conferidas, *ex lege*. El mandato de la junta contribuirá tan sólo a que la misma no pueda *ex post* reclamar responsabilidades al presidente por su actuación si ésta se ciñó estrictamente al contenido de la voluntad de su mandante [a este respecto, ver: St. APSG de 22 de noviembre de 1994 (AC 2176/1995) FD 2º establece que: "*Probada la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, ya lo consideremos como un mandatario, o como órgano de la comunidad, queda obligado a indemnizar a ésta de los daños ocasionados...*"]. En apoyo de nuestra opinión, ver: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS; *El concepto jurídico de la representación...*, cit. Pág. 146. Considera que en ciertos casos, entre los que incluye al presidente de las sociedades anónimas (y nosotros creemos perfectamente aplicable tal criterio al presidente de las comunidades en propiedad horizontal que, recordémoslo, instaura el legislador de 1960 inspirándose directamente en lo dispuesto por la LSA de 1951) existe una relación representativa sin mandato. El efecto de tal tipo de representación es que lo hecho por el representante, incluso contra la voluntad del representado, surtirá efectos frente a terceros: "... *incluso en el caso de que supieran que el representante contravenía el mandato...*", independientemente de la responsabilidad en la que el representante pueda incurrir frente a su principal. Concluye el autor considerando que: "*El poder otorga la posibilidad de obligar por medio de los contratos concluidos en nombre ajeno... El mandato es, para la facultad de representación, irrelevante. Lo decisivo es el poder, que se confiere en forma distinta y se revoca en forma distinta también.*"; OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 887. Considera que la facultad representativa va aneja al cargo, sin necesidad de apoderamiento especial.

¹²⁰² En parecido sentido, ver: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 27; MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Págs. 907-908; GONZÁLEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Págs. 54-57. Considera que se queda vinculado a la representación presidencial por el hecho de entrar a formar parte de la comunidad. Se trata a su juicio de una representación necesaria de tipo orgánico.

¹²⁰³ Recuérdese que en este momento nos estamos refiriendo a la relación representativa instaurada por el art. 12 LPH; esto es, cuando la Ley impone la representación por el presidente de los intereses comunitarios en juicio y fuera de él.

plazo, mientras que el cargo de presidente tiene una duración de un año prorrogable tácitamente por períodos iguales (*ex art. 12.4 LPH*)¹²⁰⁴.

b.1.1.3. Representación orgánica.

Como habíamos apuntado ya, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y, tras ella, la de los Tribunales de instancia y Audiencias, se decantaron desde un primer momento¹²⁰⁵ por considerar que la representación conferida al presidente por el artículo 12 de la LPH de 1960 constituye un claro ejemplo de la denominada representación orgánica. A nuestro juicio tal posicionamiento resulta incorrecto y perturbador. La razón es evidente; aunque la LPH en su Exposición de Motivos se refiera al presidente como "órgano" y la función desempeñada por él presente evidentes semejanzas con ese tipo de representación, la carencia de personalidad de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal impide, cuanto menos, considerar que se trate de un supuesto puro de la misma¹²⁰⁶.

Como decíamos, tal tendencia la inaugura el Tribunal Supremo con la STS de 19 de junio de 1965 (RJ 3666/1965)¹²⁰⁷ la cual, por su evidente importancia, pasamos a

¹²⁰⁴ Recordemos, no obstante, que la prórroga tácita desaparece en la redacción que la Proposición de Ley 122/000218 da a la norma 7ª del futuro art. 13 de la LPH.

¹²⁰⁵ Tendencia ésta que, con subvariantes, se ha mantenido constante hasta nuestros días.

¹²⁰⁶ Ver: BADENAS CARPIO, J. M.; *La representación...*, AC nº 8 1998, cit. Pág. 156. Cree que las propias dudas en las que incurre la jurisprudencia impiden hablar de representación orgánica pura. En contra, ver lo dicho por GONZÁLEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Págs. 46-48 y 59-60, donde establece que: "Los miembros del colectivo, dentro del ámbito de la organización común, sólo pueden relacionarse con el exterior por medio del órgano. [...] No obstante, la doctrina sigue cuestionando la existencia de órganos en la comunidad de propietarios debido a la falta de personalidad jurídica, mientras que la jurisprudencia, pese a aceptar la condición de órgano del Presidente, extrae de ello consecuencias que exceden de los objetivos del legislador."

¹²⁰⁷ Multitud de resoluciones jurisdiccionales han transcrito literalmente los argumentos expuestos por la susodicha sentencia o, sin llegar a tal extremo, sin embargo, han asumido la totalidad de sus postulados. Así, ver: STS de 11 de octubre de 1978 (RJ 3071/1978) Cdo. 5º considera que se trata de un órgano comunitario "... que ejerce la representación, semejante a la llamada <<representación orgánica>>"; STS de 16 de febrero de 1985 (RJ 558/1985) Cdo. 1º; STS de 27 de noviembre de 1986 (RJ 6615/1986) Cdo. 5º; STS de 25 de mayo de 1987 (RJ 3582/1987) Cdo. 2º; STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 2199/1989) Cdo. 3º; STS de 1 de julio de 1989 (RJ 5278/1989) FD 1º; STS de 3 de julio de 1989 (RJ 5285/1989) FD 2º; STS de 5 de diciembre de 1989 (RJ 8797/1989) FD 4º; STS de 20 de abril de 1991 (RJ 3012/1991) FD 4º; STS de 25 de abril de 1992 (RJ 3413/1992) FD 6º; STS de 19 de noviembre de

transcribir en lo que aquí interesa: Cdo. 2º “ *Que, como premisa indispensable..., es preciso partir de la naturaleza y facultades que deben atribuirse al Presidente de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, para lo cual es forzoso tener en cuenta lo que dice la exposición de motivos de la vigente L. de 21 julio de 1960..., a cuyo tenor, es uno de los tres órganos... a quienes se confía normalmente el*

1993 (RJ 9154/1993) FD 3º; STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 9018/1996) FD 2º; STS de 20 de diciembre de 1996 (RJ 9277/1996) FD 3º; STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 9603/1996) FD 2º considera que: “*El presidente actúa como representante, que la doctrina y la Jurisprudencia califica de orgánico, pues ni es representante legal (aunque su designación la hace la ley), porque no suple la capacidad de nadie, ni voluntario porque la representación no se la confieren los copropietarios.*”. Que además reúne la peculiaridad de coincidir con otra de la misma fecha e igual ponente en la que califica tal representación de legal; STC de 17 de noviembre de 1989 (RTC 173/1989) FJ 4º; St. ATBU de 17 de mayo de 1966 (RGD 1967. Págs. 964-965) Cdo. 1º; St. ATCC de 12 de julio de 1969 (RGD 1970. Págs. 896-897) Cdo. 2º; St. ATGC de 18 de marzo de 1986 (RGD 1987. Págs. 3502-3504) Cdo. 2º; St. ATM de 10 de mayo de 1983 (RGD 1983. Pág. 1590) Cdo. 1º; St. ATM de 23 de abril de 1984 (RGD 1984. Págs. 2761-2762) Cdo. 2º; St. ATM de 13 de febrero de 1986 (Sala 2ª) (RGD 1986. Págs. 2659-2660) Cdo. 2º; St. ATM de 23 de octubre de 1986 (Sala 1ª) (RGD 1987. Págs. 1051-1053) Cdo. 2º; St. ATM de 10 de febrero de 1987 (Sala 1ª) (RGD 1987. Pág. 5866) FD 1º; St. ATO de 30 de enero de 1979 (RGD 1980. Págs. 108-110) Cdo. 1º considera que el presidente es un órgano con facultades de representación *ad extra* y de gestión *ad intra*; St. ATTF de 29 de enero de 1981 (RGD 1982. Pág. 114) Cdo. 1º; St. ATSE de 11 de enero de 1974 (RGD 1975. Pág. 473) Cdo. 1º; St. ATV de 27 de enero de 1973 (RGD 1973. Págs. 978-979) Cdo. 2º; St. ATV de 6 de abril de 1974 (RGD 1975. Págs. 260-261) Cdo. 1º; St. ATV de 23 de enero de 1984 (RGD 1984. Págs. 779-780) Cdo. 1º; St. ATV de 26 de septiembre de 1988 (Sala 2ª) (RGD 1988. Págs. 6209-6211) FD 1º; St. APVI de 22 de febrero de 1993 (AC 2125/1993) FD 1º considera que se trata de un órgano representativo y, al tiempo, ejecutor de los acuerdos de la junta; St. APB de 21 de septiembre de 1993 (Sec. 15ª) (AC 148/1994) FD 2º si bien reproduce las palabras de la STS de 19 de junio de 1965, establece posteriormente, acertadamente a nuestro entender, que se trata de un caso de representación *ad extra* impuesta *ex lege*; St. APB de 13 de enero de 1995 (Sec. 16ª) (RGD 1995. Págs. 8987-8989) FD 1º establece que: “*..., lo que está haciendo (la Ley) no es establecer un vínculo de representación ordinaria entre representante y representado, sino una suerte de representación orgánica o necesaria, semejante a la que liga a las personas jurídicas en sus órganos,...*”; St. APBI de 3 de octubre de 1990 (Sec. 3ª) (RGD 1992. Págs. 6135-6137) FD 1º; St. APBU de 19 de junio de 1990 (Sec. 3ª) (RGD 1991. Págs. 9561-9562) FD 1º establece que: “*..., si bien el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal concede al presidente de la comunidad la legal representación de la misma, se trata, en suma, de un órgano comunitario que en su función trasciende del estricto concepto técnico-jurídico de representante,...*”; St. APBU de 16 de julio de 1990 (AC 374/1990) FD 1º; St. APCR de 24 de marzo de 1995 (Sec. 2ª) (RGD 1996. Págs. 6306-6308) FD 2º; St. APGR de 8 de julio de 1995 (Sec. 3ª) (AC 2830/1995) FD 1º; St. APM de 7 de julio de 1992 (Sec. 12ª) (RGD 1992. Págs. 12060-12062) FD 2º; St. APM de 20 de octubre de 1992 (Sec. 21ª) (RGD 1993. Págs. 2025-2028) FD 6º considera al presidente como órgano de manifestación de la voluntad comunitaria frente al exterior mientras que, a nivel interno, tiene la naturaleza de los actos de conjunto; St. APM de 10 de octubre de 1995 (Sec. 9ª) (RGD 1995. Págs. 13784-87) FD 1º; St. APMU de 25 de septiembre de 1995 (Sec. 4ª) (RGD 1996. Págs. 4809-4811) FD 2º; St. APOR de 24 de mayo de 1997 (AC 1191/1997) FD 2º; St. APSA de 9 de julio de 1990 (RGD 1991. Págs. 11577-78) FD 2º; St. APS de 14 de septiembre de 1994 (Sec. 2ª AP de Cantabria) (AC 2782/1994) FD 1º; St. APT de 14 de enero de 1997 (Sec. 1ª) (AC 830/1997) FD 3º; St. APV de 11 de abril de 1989 (Sec. 7ª) (RGD 1989. Págs. 3205-3209) FD 2º; St. APV de 17 de julio de 1991 (Sec. 7ª) (RGD 1991. Págs. 10932-35) FD 1º; St. APV de 29 de abril de 1996 (Sec. 6ª) (RGD 1996. Págs. 5896-97) FD 1º; St. TSJNA e 3 de junio de 1997 (Sala Civil y Penal) (RJ 4900/1997).

*adecuado funcionamiento de esta forma de propiedad, el cual, aunque represente a la comunidad según se dice en el art. 12 de la misma Ley, no lo es en el sentido técnico de representante, pues sus actos no son de representación aislada e independiente que requiera en cada caso unos poderes específicos, ni consta tampoco por ningún lado que obre en virtud de la concesión de una procura de carácter general, sino que actúa como un auténtico órgano del ente comunitario al que **personifica** en las relaciones externas del mismo, **sustituyendo** con su voluntad individual, la auténtica voluntad social o común y viniendo a ser un puro instrumento físico a través del cual actúa la comunidad, lo cual elimina la distinción y contraposición de sujetos típicos de la representación y permite al propio tiempo considerar todo lo realizado por el Presidente no como hecho <<en nombre de la comunidad>>, sino como si ésta misma fuese quien lo hubiera realizado, sin perjuicio de la relación interna que medie entre dicho Presidente y la Junta de propietarios, ante los que, como es lógico, deberá responder en el caso de que lo llevado a cabo no se hubiera ajustado a las normas legales de orden general o del particular contenidas en los Estatutos que rigen la vida de cada una de estas entidades.*¹²⁰⁸

Los razonamientos contenidos en la resolución transcrita, por su contundencia, estaban destinados a alcanzar alto predicamento entre los estudiosos de los problemas referentes a la propiedad horizontal. Son por ello abundantes tanto los partidarios de tal concepción como los más fervientes detractores de la misma.

ALTARRIBA SIVILLA¹²⁰⁹, asumiendo plenamente los postulados de la STS de 1965¹²¹⁰, considera que aunque el artículo 12 de la LPH hable de representación, en

¹²⁰⁸ Obsérvese que, no obstante nuestra discrepancia en cuanto a la catalogación de tal representación como de tipo orgánico, por lo demás, los términos destacados en negrita recogen o sugieren soluciones que nosotros compartimos plenamente, como ya hemos tenido ocasión de dejar claro a lo largo de este trabajo. Así, y a modo de ejemplo, la constatación de que la función del presidente no se limita tan sólo a la integración de una carencia de capacidad de actuación de tales entes sino que, además, los: "... **personifica** en las relaciones externas...".

¹²⁰⁹ ALTARRIBA SIVILLA, CARLOS; *Los principios hipotecarios...*, cit. Pág. 89.

¹²¹⁰ En igual sentido, ver: SANTOS BRIZ, JAIME; *Propiedad Horizontal. La responsabilidad del presidente de la comunidad de propietarios y del administrador: sus matices y alcance respectivo.*

realidad, la figura del presidente debe ser calificada, atendiendo a la textualidad de la Exposición de Motivos de la Ley, como un órgano.

PÉREZ PASCUAL¹²¹¹ considera que nos encontramos ante un supuesto de representación legal o, más propiamente, de representación orgánica. El ámbito de la misma se extenderá, según el autor, a todas aquellas materias que pertenezcan a la soberanía de la junta de propietarios, sin que la Ley le otorgue en dicho ámbito facultad alguna de gestión¹²¹².

MUÑOZ DE DIEGO¹²¹³ reconoce que la calificación de la representación del presidente como de tipo orgánico choca con la constatación de la carencia de personalidad de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal. Sin embargo, considera salvable tal obstáculo desde el momento en el que se repare en la atribución de capacidades a tal tipo de entes por parte de la jurisprudencia; hecho éste que las equipara a una verdadera persona jurídica. Por tanto, concluye: a) el presidente es un representante orgánico de la comunidad entendida como ente, si no personificado, sí, al

RDPriv, 1978, cit. Pág. 124; SOTO NIETO, FRANCISCO; *Propiedad horizontal. Legitimación activa...*, cit. Págs. 117-119. Considera que la carencia de personalidad de la comunidad de propietarios no impide hablar de representación orgánica del conjunto de miembros que la componen. Con la instauración de tal tipo de representación, la Ley, como por otra parte: "... es perfectamente captado por la sentencia de 19 de junio de 1965,..." ha pretendido, acudiendo al juego de la equiparación de hecho de tales comunidades con las personas jurídicas, introducir un "... criterio parificador..." de las mismas en sus relaciones externas. Ver también: SOTO NIETO, FRANCISCO; *Aspectos fundamentales de la representación*, cit. Pág. 555; GUTIERREZ DE CABIEDES, EDUARDO; *La excepción dilatoria de la falta de carácter*, cit. Págs. 268-269. Considera (refiriéndose a las personas jurídicas) que el problema de la actuación de tales entes frente al exterior no se resuelve a través de la representación pues la misma implica dualidad de personas: "... y en caso de la sociedad esta dualidad no existe, ya que el que actúa por la sociedad, integra la persona jurídica, pero jurídicamente no se distingue de ella."; En contra, ver *supra* nuestra opinión y: VINTRÓ, SANTIAGO Y LLOR, DOMINGO; con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.; *Propiedad de fincas y apartamentos*, cit. Pág. O 8. Consideran que el presidente es un verdadero representante y no un órgano.

¹²¹¹ PÉREZ PASCUAL, EDUARDO; *Propiedad horizontal...*, cit. Págs. 877-878. Si bien, como hemos analizado *supra*, considera que también aúna caracteres propios de la representación voluntaria.

¹²¹² En contra, ver: MONET ANTÓN, FERNANDO; *Estatutos de propiedad horizontal*, cit. Págs. 126-127. Considera que la representación del presidente es puro ejercicio de facultades comunales de gobierno y exteriores; DE ROMEO Y LAGUNAS, MANUEL JOSÉ; *La Propiedad Horizontal...*, cit. Págs. 57 y 63. Considera que atendiendo a la textualidad de la Exposición de Motivos de la LPH no debe haber inconveniente en conceptualizar al presidente como "... verdadero órgano de gestión..." abocado a la vertiente externa de las relaciones de la comunidad.

¹²¹³ MUÑOZ DE DIEGO, EMILIANO; *La representación del presidente...*, cit. Págs. 223-225 y 233.

menos, diferenciado del conjunto de propietarios que lo componen; b) las actuaciones del presidente, sin embargo, sólo podrán ser consideradas "... como actos de la comunidad de propietarios si el presidente los ejecuta dentro del contenido específico del poder de su representación."¹²¹⁴.

En parecido sentido se pronuncia MONTÉS PENADÉS¹²¹⁵, para el cual la representación orgánica del presidente viene referida a la propia comunidad y, en último término, al conjunto de propietarios de la comunidad desde que lo sean y en tanto lo sean. La comunidad no se encuentra investida de una personalidad jurídica unitaria sino de lo que BRANCA dio en llamar "personalidad colectiva"¹²¹⁶. Este hecho la convierte en una colectividad organizada, con capacidad menor que la de las personas jurídicas unitarias.

DE LA CÁMARA¹²¹⁷ considera que la representación del presidente se encuentra próxima a la representación orgánica¹²¹⁸ o, al menos, a lo que califica como

¹²¹⁴ MUÑOZ DE DIEGO, EMILIANO; *La representación del presidente: ...*, cit. Pág. 233.

¹²¹⁵ MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Págs. 910-911 y 915. Ver también: CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO; *Comentario a la STS de 8 de marzo de 1991*, cit. Pág. 424.

¹²¹⁶ Considera que de este hecho deriva el que aún y que haya presidente designado, pueda también actuar por sí cada condómino.

¹²¹⁷ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL; *Insuficiencia normativa...*, cit. Pág. 170.

¹²¹⁸ Considera que en la representación orgánica: "Lo que importa subrayar es que... se encuentra a caballo entre la representación legal y la representación voluntaria. Lo que caracteriza y tipifica la representación orgánica es, de una parte, que el representante lo nombran y lo separan los propios representados (con lo cual le distancia de la representación legal, *sensu strictu*), y de otra que la representación se confiere para la mejor coordinación de los intereses colectivos de un grupo de personas, de modo tal que los representados, mientras dura la representación, no pueden ejercitar aquellas facultades que integran la competencia que han atribuido al representante, el cual se convierte así en órgano de expresión de su voluntad. Esta forma elástica de concebir la representación orgánica permite aplicar el concepto fuera de su campo de actuación normal, que es la persona jurídica...". En parecido sentido, ver: PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Pág. 64. Considera que la representación del presidente de la comunidad reúne rasgos propios de la representación legal y de la voluntaria y que ello hace que: "... estemos ante una situación intermedia, y en este sentido quepa hablar impropriamente de representación orgánica, en el sentido de que el representante actúa gestionando intereses colectivos, de acuerdo con la voluntad de la mayoría.". Otro dato que en opinión del autor aproxima la representación del presidente a la orgánica es el hecho de que el mismo esté facultado para absolver posiciones en juicio en su nombre y en nombre de los propietarios, exceptuando con ello la norma general contenida en el art. 587 LEC, que, según él, impide la absolución de posiciones por medio de representante. En parecido sentido se pronuncia GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Pág. 220. Por nuestra parte,

“cuasi-orgánica” en atención al hecho de que la jurisprudencia, no obstante la existencia de presidente designado, no impide la actuación procesal de los copropietarios.

Por nuestra parte, reconocemos las evidentes analogías que presenta la figura del presidente con este tipo de representación; acrecentadas si cabe por el hecho de que el legislador de 1960, como hemos apuntado *supra*, instauró un régimen “orgánico”, copiado a imagen y semejanza del diseñado por la normativa mercantil para las sociedades, con el solo objetivo de contribuir con ello a la agilización de la actuación cotidiana de tales “entes”¹²¹⁹. Sin embargo, consideramos que la carencia de personalidad de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal impide afirmar la real existencia de órganos de las mismas¹²²⁰. La referencia a los mismos no es otra cosa que una forma de explicar la unificación de intereses impuesta por la LPH¹²²¹.

b.1.1.4. Representación mixta.

Habíamos apuntado que la teoría elaborada por el Tribunal Supremo en la STS de 19 de junio de 1965 se ha mantenido prácticamente invariable hasta nuestros días.

consideramos que la correcta interpretación del contenido del art. 587 LEC es la que sigue: cabrá absolver posiciones por medio de representante y la única virtualidad de lo dispuesto en el artículo 587 LEC es la de derogar el valor de prueba legal o tasada de la confesión en juicio para aquellos casos en los que el confesante sea preguntado por hechos no personales de sí mismo.

¹²¹⁹ El problema radica, a nuestro entender, en que el interés por la agilización del funcionamiento de tales “entes” se convirtió en objetivo tan fundamental del legislador que le hizo olvidar que la persecución de un fin, por más loable que sea, no puede llevarse a cabo a través de cualquier medio pues ello, en un sistema jurídico, genera disfunciones poco menos que insalvables. Es por esto por lo que consideramos que cualquier reforma en el sistema jurídico requiere un previo y concienzudo examen de las naturalezas jurídicas de las instituciones implicadas, por bien que alguna voz haya calificado al estudio de la naturaleza jurídica como “sutilezas jurídicas innecesarias”.

¹²²⁰ En igual sentido, ver: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ; GARRIDO CERDÁ, EMILIO; SOTO BISQUERT, ANTONIO; *Modalidades en la constitución...*, cit. Págs. 235-236. Consideran que no se puede hablar de órgano en sentido estricto desde el momento en que no existe personalidad y que su representación lo es, en realidad, no de un ente diferenciado, sino del conjunto de propietarios del inmueble considerados *sub specie communitatis*; BADENAS CARPIO, J. M.; *La representación...*, AC nº 8 1998, cit. Pág. 161. Cree que su naturaleza es, al menos, cercana a la personalidad jurídica.

¹²²¹ En igual sentido, ver: VIDAL MARTÍNEZ, JAIME; *Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 1084.

Tempranamente, sin embargo, surge una tendencia interpretativa¹²²² que, aceptando los postulados básicos de la anterior, inaugura la segunda de las líneas de opinión mayoritarias a la hora de calificar la naturaleza jurídica del cargo de presidente de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal. En lo fundamental, la teoría ahora estudiada es aquella que considera la representación del presidente como un supuesto de representación híbrida que aúna caracteres propios de las representaciones orgánica y voluntaria.

La fundamental STS de 5 de junio de 1979 (RJ 2318/1979)¹²²³, en su considerando segundo se enfrenta al problema de la representación por el presidente de los intereses comunitarios cuando éstos se tienen que hacer valer frente a alguno de los condueños del edificio¹²²⁴. No es de extrañar por ello que el Tribunal, ante la tesitura de verse obligado, bien a negar la representatividad del presidente en acciones *ad intra*, o bien, a completar la doctrina vertida en la STS de 19 de junio de 1965, se incline por

¹²²² A este respecto ver la interesante confrontación que de ambas tendencias jurisprudenciales realiza: MUÑOZ DE DIEGO, EMILIANO; *La representación del presidente*:..., cit. Págs. 228-233.

¹²²³ Son ejemplos de la línea emprendida por esta resolución: STS de 3 de octubre de 1979 (RJ 3236/1979) Cdo. 1º; STS de 10 de junio de 1981 (RJ 2519/1981) Cdo. 2º; STS de 5 de marzo de 1983 (RJ 1423/1983) Cdo. 2º; STS de 9 de enero de 1984 (RJ 341/1984) Cdo. 3º; STS de 15 de enero de 1988 (RJ 120/1988) Cdo. 3º; STS de 25 de noviembre de 1988 (RJ 8712/1988) Cdo. 2º; STS de 14 de julio de 1989 (RJ 5617/1989) FD 2º; STS de 23 de septiembre de 1991 (RJ 6059/1991) FD 2º; STS de 3 de diciembre de 1993 (RJ 9495/1993) FD 2º; STS de 3 de marzo de 1995 (Sala 1ª) (RGD 1995. Págs. 6683-90) FD 1º; St. ATCC de 27 de febrero de 1985 (RGD 1986. Págs. 2404-2405) Cdo. 1º; St. ATC de 7 de febrero de 1985 (RGD 1986. Págs. 1551-52) Cdo. 1º; St. ATO de 16 de junio de 1982 (RGD 1983. Págs. 68-70) Cdo. 1º; St. ATO de 26 de febrero de 1985 (RGD 1986. Págs. 1003-1005) Cdo. 1º. Interesante sentencia en la que se funden claramente los postulados de las sentencias del TS de 19 de junio de 1965 y de 5 de junio de 1979, recalcando, además, que se trata de una representación que: "... le corresponde por ministerio de la Ley y que no desaparece por la circunstancia de que entre los copropietarios no se haya producido la unanimidad, sino que subsiste la función representativa en todos los asuntos que afecten a la comunidad,..."; St. ATPM de 28 de diciembre de 1981 (RGD 1982. Págs. 582-584) Cdo. 1º; St. APCA de 12 de mayo de 1992 (Sec. 2ª) (RGD 1992. Págs. 12308-11) FD 2º; St. APCO de 17 de enero de 1991 (Sec. 1ª) (AC 245/1991) FD 4º; St. APCO de 21 de febrero de 1995 (Sec. 2ª) (RGD 1995. Págs. 12690-93) FD 3º; St. APGR de 14 de noviembre de 1991 (AC 406/1992) FD 2º; St. APMA de 20 de enero de 1997 (Sec. 6ª) (AC 787/1997) FD 1º; St. APMU de 8 de junio de 1990 (Sec. 3ª) (RGD 1991. Págs. 9843-44) FD 2º; St. APO de 18 de mayo de 1991 (Sec. 4ª) (RGD 1992. Págs. 2234-2235) FD 1º considera que el presidente personifica a la comunidad en las relaciones externas y que, en ese ámbito, la naturaleza de su representación aúna caracteres propios de las representaciones orgánica y voluntaria; St. APV de 20 de febrero de 1995 (Sec. 8ª) (AC 1743/1995) FD 1º representa otro claro ejemplo de fusión de las opiniones del TS vertidas en sus sentencias de 19 de junio de 1965 y 5 de junio de 1979.

¹²²⁴ Recordemos que la STS de 19 de junio de 1965 estaba tratando de la función representativa del presidente frente a terceros ajenos a la comunidad.

esta segunda posibilidad. Establece por ello que: "... cabe entender con autorizada doctrina que la actuación representativa del Presidente en esta figura de propiedad se halla, por su naturaleza, en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria, y <<aunque lleva implícita la de todos los titulares en juicio y fuera de él, con lo que se resuelve el delicado problema de la legitimación>>, en palabras de la exposición de motivos de la Ley, tal atribución no le faculta para prescindir del acuerdo de la junta de propietarios,... sin cuya concurrencia la actuación de aquél sería ineficaz, salvo ratificación, pues el Presidente asume la ejecución de lo decidido en cuanto portavoz de la voluntad surgida en las deliberaciones del órgano supremo, aserto que no variaría aún en la hipótesis de conferirle una propia representación orgánica, pues la función representativa sólo puede operar en el ámbito de las determinaciones adoptadas por la comunidad de propietarios, tesis que no discrepa en lo sustancial de la mantenida por la S. de 19 junio 1965, atinente a un supuesto de protección de la buena fe del tercero contratante (con la comunidad)...".

Como no podía ser menos, la influencia de esta resolución, se ha dejado sentir en las opiniones de un sector importante de la doctrina.

SANCHO GARGALLO¹²²⁵ considera que en el análisis de la figura del presidente se encuentran dos "... sugerencias difícilmente conciliables: por una parte, la representación voluntaria -es elegido por los condóminos-; y de otra, la de la representación orgánica -en cuanto órgano de la Comunidad-". El aparente contrasentido que supone la confrontación de ambas posibilidades, en opinión del autor, sólo puede ser superado atendiendo a la finalidad para la que fue creado tal cargo por el legislador; el adecuado funcionamiento y aprovechamiento conjunto de los elementos comunes que caracterizan este tipo de propiedad. Aceptada esta verdad, considera que

¹²²⁵ SANCHO GARGALLO, IGNACIO; *Propiedad Horizontal...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Págs. 302-303. Ver también: CABALLERO GEA, JOSÉ ALFREDO; *La propiedad horizontal...*, cit. Págs. 85-86.

no debe haber inconveniente en reconocer la naturaleza dual de la representación del presidente de la comunidad¹²²⁶. Sea como sea, lo cierto es que para el autor lo único que queda claro es que en ninguno de los casos se puede considerar que nos encontremos ante un ejemplo de representación legal¹²²⁷.

DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO¹²²⁸, por su parte, opinan que la consideración del presidente como órgano de la comunidad de propietarios, que se realiza en sentencias como la de 19 de junio de 1965, sólo puede ser aceptada "... a título de metáfora, pues no hay <<ente comunitario>> ...". Desde este punto de vista y siguiendo la definición que realiza DE LA CÁMARA en otro trabajo, podríamos concluir que, a su juicio, nos encontramos ante una representación orgánica con rasgos propios de la voluntaria; ante una representación cuasi-orgánica.

Consideramos nosotros que (como ya hemos apuntado y analizaremos profusamente en sucesivos apartados) el problema de las teorías mixtas radica en el hecho de que el TS, ante las evidentes diferencias que presenta la actuación del presidente en los ámbitos interno y extracomunitario, es incapaz de percibir que la causa de las mismas no radica en una diferente naturaleza de la relación representativa según opere en uno u otro ámbito, sino en el sujeto representado en ambos casos¹²²⁹. Si a ello

¹²²⁶ En parecido sentido, ver: RODRÍGUEZ Y GONZÁLEZ DEL REAL, CONCEPCIÓN; *Aspectos procesales más importantes ...*, en, AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS (DIRECTOR); *Cuadernos de derecho judicial...*, cit. Págs. 278-279; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, ANTONIO; *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., cit. Pág. 352.

¹²²⁷ Utilizando los mismos términos se pronuncia: COCA PAYERAS, MIGUEL; *Comentario a la resolución de la DGRN...*, cit. Págs. 4201-4202; Ver también la interesante STS de 29 de mayo de 1984 (RJ 2803/1984) Cdo. 1º establece que: "... la naturaleza jurídica del cargo de Presidente de la Junta de propietarios que, elegido libremente, adquiere el carácter orgánico que la ley le atribuye ..., (que) ostenta por imperativo legal..., ... porque siendo cierto el carácter orgánico que ésta le confiere, no se le puede confundir con un representante legal, ya que la voluntad de los propietarios en régimen de propiedad horizontal, es determinante, no sólo para el nombramiento, que de suyo es electivo, sino asimismo para su duración en el cargo, porque aquéllos pueden ampliar o reducir (en esto último disentiendo abiertamente) el plazo legal de un año que tiene de vigencia, ...".

¹²²⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ; GARRIDO CERDÁ, EMILIO; SOTO BISQUERT, ANTONIO; *Modalidades en la constitución...*, cit. Pág. 236.

¹²²⁹ Como veremos *infra*, en las relaciones externas el representado lo será el conjunto de comuneros, mientras que, a nivel interno, por contra, lo será el conjunto de propietarios que encarnen la defensa del interés comunitario.

se añade la errónea creencia que, atendiendo a la libertad de designación del concreto titular del cargo, cree ver en la figura del presidente rasgos propios de la representación voluntaria; no es de extrañar que se termine por elaborar una teoría mixta que resulta altamente perturbadora cuando pretende ser extendida tanto al ámbito intra como extracomunitario (cosa que hacen buen número de las sentencias analizadas como continuadoras de los postulados de la STS de 5 de junio de 1979).

b.1.2. Ámbito de sus facultades. Límite a su representación.

A nuestro modo de ver, la correcta fijación de la naturaleza jurídica de la representación del presidente de las comunidades en propiedad horizontal pasa, necesariamente, por la previa delimitación de las facultades que le confiere la Ley¹²³⁰. El problema, una vez más, surge a raíz de las lagunas e imprecisiones contenidas en la LPH la cual, obcecada en la búsqueda de la solución al problema de la representación de la comunidad en las relaciones con terceros, se olvida de enumerar las facultades presidenciales a nivel interno. No sólo eso, sino que además, la imprecisión de los términos utilizados en la redacción del artículo 12 de la LPH deja en una nebulosa el límite existente entre las facultades o competencias propias de la junta y aquellas otras pertenecientes al presidente^{1231 1232}.

Creemos que la solución correcta no pasa por la integración de la laguna a través de la aplicación analógica de las disposiciones que, contenidas en el CC, hacen

¹²³⁰ Problema que intenta evitar el artículo 38-D de la Ley portorriqueña de 1976 cuando establece un listado de las competencias del "director" de la junta.

¹²³¹ El tema del acuerdo previo de la junta, habilitante de la actuación presidencial, es el verdadero caballo de batalla al que tiene que enfrentarse el intérprete de la confusa regulación legal. Ver, a modo de ejemplo de lo dicho: GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Págs. 156-57. Ver también lo dicho a este respecto en nuestro trabajo: *Intervención en juicio de la comunidad de propietarios*, Memoria de Licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, diciembre de 1997.

¹²³² Situación que, por otra parte, tampoco solucionará la reforma de la LPH si el futuro art. 13 de la misma, finalmente, queda redactado en los términos que propone el art. 7º de la Proposición de Ley 122/000218.

referencia al mandato¹²³³. Tampoco resulta satisfactoria, por incompleta, la constatación de que el ámbito de las facultades del presidente se ciñe, básicamente, a los asuntos relacionados con las cosas y servicios comunes¹²³⁴.

La verdadera solución del problema se halla en el preciso deslinde de las facultades propias de cada uno de los "órganos" con los que el legislador dota a este especial régimen de bienes¹²³⁵. Como ya hemos tenido ocasión de analizar, éstos, son de dos tipos¹²³⁶: una asamblea deliberante encargada de adoptar los acuerdos referentes a asuntos afectantes al interés comunitario y dos órganos de tipo ejecutivo, abocado uno hacia el exterior (el presidente) y, el otro (el administrador), hacia el interior de la propia comunidad.

Por nuestra parte, coincidimos con MONTÉS PENADÉS¹²³⁷ en considerar que el legislador de 1960 atribuyó al presidente (aparte de las indiscutidas competencias que para el ámbito interno le conceden los arts. 15.2¹²³⁸ y 7. 1º¹²³⁹ de la LPH¹²⁴⁰) las

¹²³³ Ello creemos no es posible pues implicaría de suyo desconocer la especialidad que supone la existencia de la LPH.

¹²³⁴ Por bien que en este sentido se hayan pronunciado autores como: ZANÓN MASDEU, LUÍS; *La propiedad de casas por pisos*, cit. Pág. 483.

¹²³⁵ Ver también en este sentido: MUÑOZ DE DIEGO, EMILIANO; *La representación del presidente...*, cit. Págs. 233-242. Considera además necesaria (y en esto coincidimos con él) una distinción entre las vertientes procesal y extraprocesal de la representación del presidente. En el ámbito extraprocesal el límite a la actuación autónoma del mismo se encuentra en aquellas atribuciones que la LPH confiere en exclusiva a la junta (sin perjuicio de las facultades de ejecución de las mismas) y siempre dentro del ámbito de la pura administración. En el ámbito procesal considera que la actuación presidencial se debe limitar a la defensa de los intereses comunes si bien, para la misma, requerirá de un previo acuerdo habilitante de la junta.

¹²³⁶ Nos referimos aquí tan sólo a los órganos respecto de los cuales nos interesa deslindar ahora el ámbito competencial propio del presidente.

¹²³⁷ MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS; *La propiedad horizontal como colectividad organizada...*, cit. Pág. 916.

¹²³⁸ Que se corresponde con la norma 2ª del art. 16, al que da redacción el art. 10º de la Proposición de Ley 122/000218.

¹²³⁹ Que se corresponde con la norma 1ª del art. 7º tal y como el mismo queda redactado por la Proposición de Ley 122/000218.

¹²⁴⁰ Ver a este respecto: OGÁYAR Y AYLLÓN, TOMÁS; *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal...*, cit. Pág. 887. Opina [erróneamente, consideramos nosotros (Ver en igual sentido: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed., cit. Págs. 160-161), pues se está refiriendo a las atribuciones que el art. 18 LPH reserva a la competencia del administrador; cargo que no tiene por qué ser desempeñado por la misma persona física que ostente la función presidencial] que además de las citadas, a nivel interno, le corresponden las que siguen: accionar judicialmente para

facultades de actuación frente a terceros ajenos a la comunidad tanto en el ámbito extraprocetal como en el procesal¹²⁴¹.

Como se puede observar, el problema persiste a la hora de delimitar la extensión del ámbito competencial del presidente para actuaciones internas de carácter procesal¹²⁴² o extraprocetal¹²⁴³. La causa: la imprecisa y vaga redacción de los artículos 12.1^o¹²⁴⁴ y

solicitar la privación del uso de piso o local acordada por los propietarios; exigir del copropietario moroso, por la vía judicial, el pago de su cuota de contribución a los gastos comunes; preparar el presupuesto de gastos e ingresos y someterlo a consideración de la junta; someter a la junta la aprobación de las cuentas; disponer la realización de las reparaciones ordinarias; atender con puntualidad al pago de la contribución urbana y de los impuestos municipales que recaigan sobre el inmueble. En igual sentido, ver: MUÑOZ DE DIEGO, EMILIANO; *La representación del presidente*..., cit. Pág. 235; PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos*..., cit. Págs. 124-128 y 138. Considera que a pesar de la amplia formulación del art. 12.1 LPH, "... el presidente dista mucho de estar facultado para cualquier actuación que no sea procesal". Las facultades extraprocetales internas del mismo no pueden ser otras que las que el art. 18 lista como propias del administrador. Para el ejercicio de cualesquiera otras requerirá del previo acuerdo de la junta habilitante de su actuación.

¹²⁴¹ No podemos sin embargo compartir la opinión del autor en el sentido de considerar que, en todo caso, el presidente es el único posible representante en juicio de los intereses comunitarios. No podemos hacerlo porque, como ya dejamos dicho *supra*, de resultar cierto tal aserto, en el ámbito intracomunitario dejaríamos en las manos del presidente el bloqueo de la acción comunitaria para reclamarle a él (como propietario que es) un incumplimiento de su deber de contribución al sostenimiento de los gastos comunes. Por ello, la norma 1ª del futuro art. 21 (redactado por el art. 15º de la Proposición de Ley 122/000218) contempla la posibilidad de que (como hace el art. 20 de la LPH en el procedimiento para el cobro de deudas comunitarias) el procedimiento monitorio para el cobro de deudas principie a instancia del: "... Presidente o el Administrador, si así lo acordase la Junta de propietarios, ...".

¹²⁴² En este ámbito, la única atribución expresamente conferida por la LPH es la contenida en el art. 20. Consideramos correcta sin embargo la delimitación que del ámbito de competencias procesales del presidente realiza: PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos*..., cit. Págs. 81, 83-89, 130. Considera al presidente investido de facultades para: a) ratificarse en nombre de la comunidad en los supuestos en los que legalmente sea necesario (por. ej.: embargo preventivo del art. 1411 LEC); b) desistir de los recursos entablados o inquirir su suspensión (discrepamos en este punto pues consideramos que en los casos en los que el pleito se halle en segunda instancia, el desistimiento producirá la firmeza de la resolución recaída en la primera. En estos casos, de haber sido la misma desfavorable a los intereses de la comunidad, la actuación del presidente implicaría una decisión indirectamente afectante al derecho discutido que, de facto, supondría conceder al presidente unas facultades de disposición de las que carece). En cambio, le niega facultades para: a) llevar a cabo una transacción judicial sin acuerdo previo habilitante de la junta, en tanto que la misma requiere la actuación del poder de disposición propio del titular del derecho; b) llevar a cabo un allanamiento sin acuerdo previo habilitante de la junta; c) entablar las acciones de las que habla el art. 19, para cuya interposición requiere explícitamente el precepto el acuerdo de la junta; d) acogerse a un convenio arbitral, pues para ello se precisa de poder de disposición sobre la materia objeto de arbitraje. Ver también, respecto de las formas anormales de terminación del proceso, la opinión de: GONZÁLEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad*..., cit. Págs. 221-23.

¹²⁴³ Se sobreentiende que nos referimos a las meras funciones de gestión o administración. Es evidente, como se desprende de la normativa general contenida en el art. 1713 CC, que para los actos de disposición se requiere un mandato expreso y que, por tanto, la representación que el artículo 12 LPH confiere al presidente no puede entenderse extensiva a los actos de dominio sobre los elementos comunes

13.5¹²⁴⁵ de la LPH y la aparente antinomia en la que incurre cualquier intento de interpretación conjunta de ambos¹²⁴⁶. La consecuencia: la desorientación de doctrina y jurisprudencia a la hora de pronunciarse sobre este punto y la inevitable desviación del tema de debate hacia el problema de la necesidad, o no, de un acuerdo previo de la junta habilitante de la actuación presidencial¹²⁴⁷.

Por nuestra parte, consideramos que la única solución posible consiste en entender que el presidente, en todo caso¹²⁴⁸, tendrá que representar la defensa del interés comunitario.

y, mucho menos todavía, sobre los privativos. En parecido sentido, ver: BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL; *La propiedad de casas por pisos*, 5ª ed., cit. Pág. 149.

¹²⁴⁴ Art. 12.1 LPH. Establece que el presidente: "... representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten". No precisa el precepto si por "asuntos que la afecten" debe entenderse sólo aquéllos que surjan respecto de terceros ajenos a la comunidad o si, también, puede entenderse representante de un interés "de la comunidad" incluso frente a miembros de la misma (*ad intra*). El artículo 28 del BALCI establecía en su apartado 1º que: "El Presidente representará en juicio y fuera de él a la comunidad", y procedía a listar sus competencias concretas en los apartados 2 a 4 del mismo precepto. La PROPOSICIÓN DE LEY 122/000062, vuelve a dejar sin solución tal cuestión pues si bien introduce una redacción más precisa del art. 12 de la LPH, a este respecto sigue diciendo textualmente: "... un presidente que representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten". Sin que tampoco añada mayores precisiones lo dispuesto por la norma 3ª del art. 13, en la redacción que al mismo da la Proposición de Ley 122/000218. Resulta interesante la opinión de: LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, en, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (Con MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS Y ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA); *El arbitraje en la propiedad horizontal*, cit. Págs. 26 y 27 donde considera que la representación conferida al presidente por el artículo 12 de la LPH alcanza al arbitraje y no sólo a actuaciones ante los Tribunales de Justicia.

¹²⁴⁵ Art. 13. 5º LPH. Establece, como cláusula de cierre de las concretas facultades que atribuye a la junta, la de: "Conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común". Disposición genérica que reitera la norma 5ª del art. 14, al que da redacción el art. 8º de la Proposición de Ley 122/000218.

¹²⁴⁶ A este respecto, ver: PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Págs. 67-69. Considera, ante la aparente antinomia existente entre ambos preceptos, que la solución pasa por entender que el artículo 12.1 es una norma establecida pensando en las relaciones de la comunidad con terceros, mientras que el genérico 13.5 se encarga de establecer la normación de las relaciones internas entre el presidente y la junta. Desde esta perspectiva, considera que el art. 13.5 debe ser interpretado como una cláusula general de atribución de competencias a la junta en todos aquellos asuntos en los que la Ley no faculta expresamente al presidente.

¹²⁴⁷ Ver: MUÑOZ GONZÁLEZ, LUÍS; *Protección judicial...*, cit. Pág. 28. Ante la duda se inclina por considerar que la junta es un órgano deliberante y decisor y el presidente: "... un cargo ejecutor con facultades de gestión interna limitadas a la convocatoria de las juntas..."; GONZÁLEZ CARRASCO, Mª DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Pág. 108. Que denota esa desorientación inicial. Ver también: St. APNA de 23 de abril de 1997 (Sec.1ª) (AC 701/1997) FD 1º.

¹²⁴⁸ E independientemente de que para ello requiera o no acuerdo previo de la junta.

No obstante, para llevar a la práctica tal solución a nivel intracomunitario se tiene que superar una posible objeción previa. ¿Cómo se puede hablar de interés comunitario en el ámbito interno cuando precisamente, y por definición, en esa situación se está produciendo un enfrentamiento entre diversos componentes del supuesto ente comunitario?. La única salida es considerar que: a) en esa situación la LPH ya no impone la actuación aglutinada de los miembros del colectivo¹²⁴⁹, la comunidad se presenta disgregada¹²⁵⁰; b) No exime sin embargo al presidente¹²⁵¹ de su deber de posicionarse al lado de los comuneros que representen la defensa del interés comunitario¹²⁵² que, no obstante la disparidad de opiniones dentro del colectivo, sigue existiendo como tal interés (*ex art. 12.1, final*)¹²⁵³.

b.1.3. La representación legal del presidente.

Como conclusión a todo lo dicho en los epígrafes precedentes, consideramos que la representación del presidente de la comunidad puede ser considerada "mixta" siempre

¹²⁴⁹ Creemos que ello es debido a que en esos casos ya no nos encontramos ante una situación en la que se puedan poner en peligro los intereses de un tercero de buena fe.

¹²⁵⁰ En parecido sentido, ver: PARA MARTÍN, ANTONIO; *La comunidad de propietarios y sus órganos...*, cit. Pág. 71.

¹²⁵¹ El problema se presentará cuando sea el presidente el que (en busca del interés privativo derivado de su condición de comunero) vaya en contra del "interés comunitario".

¹²⁵² Nos estamos refiriendo a supuestos en los que uno o varios comuneros se enfrenten a los demás. Quedan excluidos de este ámbito los supuestos en los que el conflicto gire en torno a la impugnación de un acuerdo comunitario; supuestos éstos en los que al presidente le queda vetada legalmente su actuación en concepto de tal (situación que, por otra parte, se mantiene por lo dispuesto en la norma 2ª del art. 18, al que da redacción el art. 12º de la Proposición de Ley 122/000218). En parecido sentido ver: St. APA (Sec. 5ª) de 30 de noviembre de 1993 (CD 1993) FD 1º donde considera que la representación del presidente no alcanza a las actuaciones intracomunitarias encaminadas a la impugnación de estatutos.

¹²⁵³ Ver a este respecto: MONTERO AROCA, JUAN; *La legitimación en el proceso civil. (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, 1ª ed. Ed. Civitas, 1994, cit. Págs. 65-66. Realiza una descripción de los denominados "intereses colectivos" e "intereses difusos". Si bien el "interés comunitario" no aúna la totalidad de las características propias de ninguno de ellos, consideramos que sí que constituye un interés intermedio entre ambas categorías: de los primeros consideramos que sí que constituye un interés correspondiente a una serie de personas, más o menos numerosas, "... que están o pueden ser determinadas, entre las cuales existe un vínculo jurídico... (el que establece el art. 12.1 de la LPH) "; de los segundos, la no necesidad de que esas personas se encuentren aglutinadas bajo una entidad con personalidad jurídica propia y el hecho de que: "... cada uno de los sujetos afectados puede ejercitar su derecho subjetivo propio, haciendo la afirmación correspondiente y dando lugar a un

que con tal expresión se entienda que su naturaleza no es una, sino varias; dependientes de la naturaleza común o privativa¹²⁵⁴ del interés defendido y del ámbito (interno o externo¹²⁵⁵) en el que se discuta acerca del mismo.

Podemos así calificar la naturaleza jurídica de la misma atendiendo a los siguientes supuestos:

a) *Ad extra* en representación de intereses comunitarios: constituye el supuesto típico que justifica, consideramos nosotros, la creación en 1960 de la figura del presidente¹²⁵⁶. Se tratará en estos casos de una representación legal con la que se da cumplimiento a la intención de la LPH de evitar los peligros que la carencia de personalidad de las comunidades de propietarios (y, por tanto, la actuación disgregada de sus componentes individuales) podía acarrear en su relación con terceras personas.

b) *Ad intra* en representación de intereses comunitarios: se tratará de un nuevo caso de representación legal (*ex art. 12.1 LPH*). El representado en estos casos (y a diferencia del anteriormente tratado) no será ya la "comunidad" entendida como *nomen* aglutinador de la totalidad de los propietarios, sino el conjunto de propietarios que encarnen la defensa del "interés comunitario"¹²⁵⁷.

proceso... (si bien)... esa legitimación individual ordinaria es insuficiente para dar solución al problema común e, incluso, ... puede ser inconveniente para... (el mismo) "

¹²⁵⁴ Sólo en estos casos nos podremos encontrar ante una representación voluntaria por parte del presidente; en el bien entendido de que la misma no la ostentará en su calidad de presidente sino en la de persona física a la que el titular del interés en juego decide confiar su defensa.

¹²⁵⁵ La diferenciación entre el carácter procesal o extraprocesal de su actuación no reviste importancia a estos efectos. La tendrá en relación a la necesidad o no de un acuerdo previo habilitante de la junta cuando la actuación del presidente exceda de las facultades (que hemos tratado de desglosar *supra*) que le atribuye la Ley. Sobre este aspecto, ver lo que decíamos en: *El acuerdo previo habilitante y la legitimación*, en, "Intervención en juicio de la comunidad de propietarios", Memoria de Licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, diciembre de 1997, cit. Págs. 197-233.

¹²⁵⁶ Reiteramos aquí, como ya se ha apuntado *supra*, que las únicas causas que justifican su creación son: la intención del legislador de agilizar y facilitar las relaciones de las "comunidades de propietarios" con terceros ajenos a la misma y, la salvaguarda y defensa del interés de los terceros contratantes con las comunidades de propietarios en propiedad horizontal.

¹²⁵⁷ Ello es debido a que en estos casos la Ley ya no impone la actuación agrupada del conjunto de comuneros (como no podía ser de otra manera pues la naturaleza de las cosas demuestra que en esos supuestos los comuneros se encuentran enfrentados), por bien que no exima al presidente de seguir

c) *Ad intra* o *ad extra* en representación de intereses privativos: la literalidad del artículo 12.1 LPH no permite considerar que la representación establecida por el mismo sea extensible a la defensa de los intereses privativos de uno o varios de los comuneros. En caso de actuar el presidente como representante en este ámbito, nos encontraremos ante un supuesto de representación voluntaria pura que requerirá del correspondiente apoderamiento y mandato por parte del titular o titulares del interés¹²⁵⁸.

d) *Ad extra* en representación conjunta de intereses comunes (de la totalidad de los propietarios) y privativos de alguno o algunos de los comuneros¹²⁵⁹: en estos casos, y respecto de los intereses comunitarios, nos encontraremos ante un representante (el presidente) impuesto por el artículo 12.1 de la LPH; respecto de los privativos, ante un nuevo supuesto de representación voluntaria pura¹²⁶⁰.

abanderando la defensa del "interés comunitario". Ver también las puntualizaciones que se han realizado en el epígrafe anterior. En contra, ver: GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Pág. 178 (nota 105), donde critica la postura de aquellos que consideramos que se trata de una representación legal. Ver también: STS de 1 de marzo de 1984 (RJ 1191/1984) Cdo. 2º incurre en el error de considerar que cualquier actuación interna del presidente requiere de un acuerdo previo habilitante (por exceder de sus facultades) y que, por tanto, en ese ámbito su representación constituye un ejemplo de representación voluntaria. Por nuestra parte, consideramos que, independientemente de que requiera o no un acuerdo previo habilitante para su actuación en tal ámbito, su representación en tales casos será de naturaleza legal pues viene referida al "interés comunitario".

¹²⁵⁸ En igual sentido, ver: GONZÁLEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN; *Representación de la comunidad...*, cit. Pág. 201 y St. APB de 3 de enero de 1996 (Sec. 15ª) (RGD 1996. Págs. 7254-56) FD 4º considera que "La referida representación (la establecida por el art. 12.1) ..., no se extiende, sin embargo - y salvo que haya sido voluntariamente conferida-, a la defensa de los intereses individuales de cada uno de los propietarios, de modo que cuando sea esa la materia litigiosa deberán ser tales titulares los que accionen o se opongan al respecto..."; St. APTF de 6 de julio de 1988 (RGD 1989. Págs. 1777-78) FD 2º.

¹²⁵⁹ Ver: St. APGR de 14 de noviembre de 1991 (Sec. 3ª) (AC 406/1992) FD 2º donde ve en el intento de explicar la legitimación conjunta del presidente en esos casos la causa de la teoría mixta que, acerca de la naturaleza de tal representación, ha elaborado el TS y han secundado buena parte de los tribunales.

¹²⁶⁰ En contra, ver: STS de 9 de marzo de 1988 (RJ 1609/1988) Cdo. 2º establece que el acuerdo adoptado en junta para permitir al presidente accionar en defensa conjunta de intereses comunitarios y privativos, confiere a éste: "... una representación <<intuitu personae>>... respecto de todos y cada uno de ellos individualmente considerados."