

Compraventa de vivienda en construcción, legitimación para el otorgamiento del título constitutivo y modificación unilateral de los elementos comunes proyectados por parte del promotor

Comentario a la STS, 1ª, 22.9.2005

María del Carmen González
Carrasco

Universidad de Castilla-La Mancha

319

Sumario

1. Introducción
2. Los antecedentes de hecho
3. La posición del Tribunal Supremo y sus fundamentos jurídicos
4. Comentario
 - 4.1. Legitimación para el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal
 - 4.2. El efecto protector del título constitutivo
 - 4.3. Cláusulas de reserva o apoderamiento
 - 4.4. Los límites a la protección contractual del adquirente
 - 4.5. Situaciones litisconsorciales

1. Introducción

La sentencia objeto de este comentario es una muestra más de que la superproducción normativa que caracteriza al sector de la vivienda y, sobre todo, al llamado Derecho del consumo, no es proporcional a la protección real que la ingente cantidad de normas dictadas en estos ámbitos es capaz de proporcionar. El problema que se aborda en la misma es el de la situación del comprador de viviendas sobre plano durante el período comprendido entre su adquisición y el momento en que se convierte en propietario de la misma, bien porque el inmueble puede considerarse físicamente existente (y por lo tanto, es susceptible de ser objeto de actos de dominio que presupongan una previa entrega), bien porque el efecto traditorio haya sido adelantado a este momento a través del otorgamiento de escritura pública. Sólo el problema económico que puede producirse en esta fase ha sido repetidamente abordado, con distinto éxito, primero en la Ley 57/1968 de 27 de julio, de garantías por cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas (BOE nº 181, de 29.7.1968) y normas reglamentarias concordantes, y después en la DA 1ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación (BOE nº 266, de 6.11.1999). Pero ni el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a información suministrar en la compraventa y el arrendamiento de viviendas (BOE nº 117, de 17.5.1989), ni el RD 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (BOE nº 175, 23.7.1997), ni la reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (BOE nº 176, 23.7.1960) (en adelante LPH), han dado respuesta a la indeterminación (física y jurídica) inicial de los elementos comunes que forman parte del objeto del contrato de compraventa ni a la falta de legitimación dominical del comprador para concurrir, tanto a su determinación como a la fijación definitiva de las reglas estatutarias que, indudablemente, establecerán límites a su derecho.

La jurisprudencia recaída sobre estas cuestiones es extraordinariamente casuística, como distintos son los supuestos en que puede encontrarse el comprador y el alcance de sus pretensiones. En el presente caso, se partía de una situación poco prometedora para éste: un contrato sobre plano celebrado con el único respaldo del proyecto de edificación, contrato en el que, además, existía una cláusula de apoderamiento al promotor para el otorgamiento unilateral del título constitutivo, unos propietarios conformes con el posterior contenido de éste y una pretensión inusual: la de que la falta de conformidad del objeto resultante de la división horizontal así realizada tuviera como remedio, no la desvinculación contractual, sino una condena en forma específica a la adecuación física y jurídica del edificio ya construido al contrato, previa integración de éste con el proyecto inicial para el que se obtuvo la licencia. Los temas a tratar en este comentario son varios: la legitimación para el otorgamiento del título constitutivo cuando existen compradores en documento privado, la eficacia de las distintas cláusulas de apoderamiento al promotor para dicho otorgamiento, el carácter de los elementos no descritos como privativos, la integración del contrato con los actos anteriores del vendedor y los remedios contractuales posibles cuando existen otros propietarios que confiaron en el contenido del título constitutivo otorgado.

2. Antecedentes de hecho

La promotora "Urbesa" había otorgado diversos contratos privados de compraventa de diferentes pisos y locales situados en una parcela de su propiedad. En el contrato otorgado entre el recurrente (Don Marcelino) y la promotora el 6 de octubre de 1986, se describía la vivienda que se compraba, el precio y la forma de pago del mismo, que la vivienda estaba sujeta al régimen de Viviendas de Protección Oficial, las obligaciones de pago y plazos de otorgamiento de la escritura pública y de la entrega de llaves y ocupación. Asimismo figuraba la siguiente cláusula: «El adquirente autoriza a Urbesa para que proceda a efectuar la declaración de Obra Nueva y División en Propiedad Horizontal de la promoción, pudiendo ésta otorgarla por sí sola y sin intervención de dicho adquirente, así como modificar la misma si fuera necesario, fijar las cuotas que corresponda a cada vivienda o componente de los edificios, constituir servidumbres de cualquier naturaleza que entienda necesario para el mejor disfrute del inmueble, redactar los estatutos por los que ha de regirse la Comunidad de Propietarios y delimitar los elementos comunes que estime conveniente». Los demás contratos contenían idénticas cláusulas.

El 13 de noviembre de 1987, la promotora otorgó una escritura de Declaración de Obra Nueva y División Horizontal. Esta fue posteriormente modificada por la escritura de 23 de abril de 1990, en la que se efectuó una segregación, por haberse modificado el proyecto constructivo y se modificó al mismo tiempo la Obra nueva y, consiguientemente, la división horizontal realizada en la escritura anterior. "Urbesa" otorgó las correspondientes escritura públicas a partir del 2 de agosto de 1990, excepto la de Don Marcelino, que se negó por entender que no coincidían las características del inmueble objeto del contrato de compraventa con las que a su parecer se establecían en el contrato privado suscrito en su día.

El 9 de septiembre de 1990 se celebró una reunión de la comunidad de propietarios en la que Don Marcelino no sólo tomó parte (aunque no se había otorgado escritura pública a su favor), sino que, a instancia suya, se acordó interponer la demanda contra "Urbesa" «para que la empresa promotora adecue a su costa todo lo construido al proyecto originario y se subsanen todos los defectos de construcción». En particular, interesaba D. Marcelino que se declarasen como elementos comunes todas aquellas partes integrantes de la edificación que no tuvieran el carácter singular privativo, según el título constitutivo de la citada escritura de 13-11-87 y que se condenara a "Urbesa" a la entrega de los mismos a la Comunidad de Propietarios. Es determinante para lo que pasaría después que en fecha anterior, otros compradores habían manifestado su conformidad con el edificio, éste había obtenido la cédula de calificación definitiva y varios compradores habían devenido propietarios con arreglo a las escrituras otorgadas con causa en la división horizontal impugnada.

El Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Benidorm desestimó la demanda. La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante confirmó la anterior, considerando que "Urbesa" estaba legitimada para efectuar las modificaciones que llevó a cabo en el proyecto final y que se reflejaban en las escrituras referenciadas, por haber sido autorizada por los compradores y porque dichas modificaciones sólo afectaban a los elementos comunes y estaban justificadas por

las vicisitudes de la obra. En consecuencia con lo anterior, entendió que no procedía la elevación a escritura pública del contrato privado de compraventa en los términos en que éste se había redactado inicialmente.

Contra esta sentencia Don Marcelino interpuso el recurso de casación que dio lugar a la STS, 1ª, 22.9.2005 (JUR 2005/3290; MP: Encarnación Roca Trias) que ahora comentamos, fundándolo en los motivos que se resumen a continuación:

- a) la concurrencia de un vicio procesal por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio, ya que no había podido cumplimentarse la prueba consistente en el requerimiento al administrador de la Comunidad de Propietarios sobre la certificación de los acuerdos tomados por la mencionada Comunidad, generándose indefensión para la parte demandante;
- b) la existencia de incongruencia en la argumentación que figura en el fundamento 4º de la sentencia recurrida que considera que la petición del recurrente relativa a la obligación de “Urbesa” de elevar a escritura pública el contrato privado no puede prosperar porque “Urbesa” estaba autorizada para efectuar las modificaciones que realizó;
- c) la infracción de los artículos 5, 7, 11, 13.4 y 16.1 LPH, por considerar que la promotora no estaba legitimada para otorgar el título constitutivo introduciendo unilateralmente en el edificio modificaciones respecto del proyecto cuando en la fecha en que lo hizo, ya había vendido en su totalidad los diferentes pisos y locales que lo constituían.

3. La posición del Tribunal Supremo y sus fundamentos jurídicos

El primero de los motivos denunciaba un vicio procesal consistente en la imposibilidad de practicar una prueba extemporánea y además, inane a los efectos interesados. En efecto, la referida prueba se solicitaba por primera vez en casación, pero es que, además, en nada podía haber determinado una resolución distinta de la Audiencia Provincial desde el momento en que en ningún momento se había discutido en ninguna de las dos instancias la capacidad procesal de la comunidad para instar el pleito, constituyéndose en parte demandantes la propia Comunidad y Don Marcelino legitimado individualmente tanto en su propio interés como en beneficio de ésta. La LPH sólo exige claramente el acuerdo previo de la Junta para instar el pleito en nombre de la comunidad como requisito de procedibilidad en dos supuestos que nada tienen que ver con el de autos: la acción contra el infractor del art. 7 LPH y la reclamación de cantidades debidas contra el propietario moroso del art. 21 LPH.

La respuesta del Tribunal a la segunda de las alegaciones del recurrente tampoco tenía alternativa posible. Denunciada la incongruencia de la sentencia de la Audiencia por no haber accedido a la elevación a escritura pública del contrato privado conforme al título constitutivo originario, la alegación hace supuesto de hecho de la cuestión de fondo, que no es otra que la de

determinar si la sociedad demandada estaba legitimada para modificar el título en el momento en que lo hizo, ya que en caso de responderse afirmativamente a esta cuestión, los contratos privados a elevar a escritura pública habrían de ser los adecuados a la estructura física y jurídica del inmueble del que las viviendas forman parte integrante, y no otros.

Así las cosas, la argumentación del Tribunal Supremo se centra fundamentalmente en la “calificación de los contratos otorgados por Urbesa y en la legitimación para el otorgamiento y posterior modificación de las escrituras de división horizontal del edificio”. El silogismo del Tribunal, utilizado, como la propia sentencia reconoce, en otras muchas anteriores, es el siguiente:

- Sólo están legitimados para el otorgamiento del título constitutivo de propiedad horizontal los sujetos que sean propietarios de todo o parte del inmueble en el momento de dicho otorgamiento.
- Como quiera que la compraventa no transmite por sí sola la propiedad si no va acompañada por un acto de entrega imposible en compraventas de cosa futura o por una entrega ficticia mediante escritura pública, el recurrente no era propietario en el momento del otorgamiento del título constitutivo y no estaba legitimado para su otorgamiento.
- De lo anterior se deriva que la sociedad promotora podía otorgar por sí sola el título constitutivo configurando los elementos comunes del mismo de la forma que tuviera por conveniente, tanto más cuando en los contratos privados constaba una cláusula *no cuestionada* por la que los propietarios autorizaban ampliamente a la promotora para tal fin.
- Los términos del contrato privado de compraventa del recurrente han de ser integrados con la estructura final del inmueble y sus sucesivas modificaciones amparadas en dichas autorizaciones, que en nada afectaban al elemento privativo objeto de la compraventa.

A estos aspectos puramente sustantivos, junto con otros en los que la Sala no entra por quedar fuera de los términos del debate, queda también limitado nuestro comentario posterior.

4. Comentario

4.1. La legitimación para el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal

El art. 5 LPH establece los sujetos legitimados para el otorgamiento del título constitutivo indirectamente, a través del mecanismo de fijación de la cuota de participación. En la hipótesis más frecuente de construcción de un edificio para proceder a su venta por pisos, el art. 5 LPH establece que aquélla podrá ser fijada por el propietario único al iniciar su venta por pisos o, en caso de que ya no exista esa titularidad única, por acuerdo de todos los propietarios existentes

-directamente o a través de la formalización de un convenio arbitral-, o por resolución judicial. La previsión de titularidad única dirigida a la venta ha de entenderse referida a cualesquiera hipótesis de transmisión de la propiedad sobre la finca por su propietario único, tales como la donación (RDGRN 23.6.1995, Ar. 5330), la herencia (caso en que el causante puede eliminar la aplicación del art. 23 LPH imponiendo el modo de reconstrucción del inmueble que describe, SAP Badajoz 28.9.1999, AC. 2197) o la permuta (RDGRN 16.5.1996, Ar. 3950).

Sea cual fuere el acto o negocio jurídico que dé lugar a la división horizontal del inmueble, art. 5 LPH no habla de adquirentes, sino de propietarios. Pese a una jurisprudencia inicial protectora de los intereses de los compradores en documento privado de pisos en construcción, que entendió que el art. 5 LPH negaba legitimación al propietario único una vez hubiera iniciado las ventas (SSTS 3.2.1975, Ar. 326; 16.4.1979, Ar. 1400; 3.12.1986, Ar. 7194), los requisitos para la transmisión de la propiedad a través del título y el modo impuestos por el art. 609 CC han determinado que el promotor del edificio esté legitimado para otorgar por sí solo el título constitutivo de la propiedad horizontal aún cuando hubiera iniciado e incluso culminado las ventas de unidades privativas en documento privado (SSTS 17.7.1987, Ar. 5799; 28.4.1986, Ar. 2064; 25.5.1984, Ar. 2549; 27.2.1987, Ar. 1001), llegándose a entender incluso que la expresión propietarios existentes excluye a los compradores en escritura pública con reserva de dominio o acceso diferido a la propiedad en régimen de VPO, (STS 19.10.1982, Ar 5563), aunque no a los compradores en documento público con condición resolutoria (RDGRN 2.4.1980, Ar. 1604).

De esta legitimación única del promotor sólo se han exceptuado los casos en que se ha producido previamente una entrega simbólica (SSTS 25.5.1984, Ar. 2549; SAP Asturias 7.11.1984, RGD 1985.1, que consideran tal la entrega de llaves) o la ocupación efectiva (SSTS 6.11.1992, Ar. 9229; 27.2.1987, Ar. 1001; 17.7.1987, Ar. 5799).

Bien es cierto que en estos casos, la legitimación de los propietarios existentes plantea un problema de tracto sucesivo desde el momento en que la constancia registral de la titularidad de pisos y locales existentes se subordina en el [Texto Refundido de la Ley Hipotecaria aprobado por el Real Decreto de 8 de febrero](#) (BOE nº 58, de 27.2.1946) (en adelante LH) a la previa inscripción del régimen de propiedad horizontal (art. 8.4º LH). Los derechos de los adquirentes que no constan como tales en la inscripción de la finca o solar inicial a concurrir al otorgamiento de la división horizontal del inmueble resultante de la construcción, pueden quedar salvaguardados, bien con la posibilidad de hacer constar los pisos y locales futuros en el folio del solar como términos de referencia de los derechos que ostentan sobre los mismos, posibilidad admitida por la DGRN desde que exista un acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y el destino de los elementos del edificio (RDGRN 24.6.1991, RA 4659; 25.6.1991, RA 4660; 17.7.1998, RA 5973), bien acudiendo a la vía judicial (5 II LPH) o bien, con la posibilidad de concurrir a la Junta constitutiva del régimen, concurriendo a la escritura de división horizontal de forma consentida por la entidad promotora, lo que ha de ser considerado un acto de dominio (así lo considera RDGRN 17.4.1970, RA 3460) apto para transmitir la propiedad. La presencia de Don Marcelino en la Junta de propietarios en la que se acordó demandar a "Urbesa" ha de ser interpretada también en idéntico sentido, con independencia de que el contrato privado no se

elevara a público por las discrepancias de las que trae causa la sentencia objeto de este comentario.

4.2. El efecto protector del título constitutivo inscrito

De las consideraciones del TS parece derivarse que el vendedor será libre de modificar cuantas veces quiera el título constitutivo otorgado unilateralmente en tanto en cuanto los compradores no accedan a la propiedad de sus pisos o locales, entendiéndose hasta entonces que el objeto perfectamente delimitado en el contrato lo constituía única y exclusivamente el piso comprado, y no los elementos comunes de la finca.

“Al tiempo del otorgamiento de las escrituras de segregación, obra nueva y división horizontal y modificación de la obra nueva y de la propiedad horizontal, la otorgante de las mismas, Urbesa, era la única propietaria, de manera que estaba facultada para efectuar «las rectificaciones que tuviere por conveniente» y ello sin perjuicio de los derechos que correspondían a los compradores según las cláusulas específicas de los contratos privados de compraventa, que afectaban solamente al piso o local objeto del contrato” (FD 6°).

Pero esta afirmación ha de matizarse en función de su aplicación al caso concreto que nos ocupa, en el que se adquirió cuando el título no existía y se autorizó al promotor para ulteriores otorgamientos y modificaciones. Cuando, por el contrario, la escritura de división horizontal es anterior a los contratos de compraventa, aquélla despliega su efecto protector de los intereses de los compradores singulares desde el momento en que las facultades y derechos reconocidos en la misma que consten inscritos en el Registro de la Propiedad serán oponibles frente a terceros, incluso frente a los demás propietarios que pretendan posteriormente la nulidad del mismo con base en la falta de legitimación del otorgante; mientras que las limitaciones o restricciones de los derechos que corresponden al propietario del elemento privativo y que no figuran inscritos en el Registro de la Propiedad, no se podrán hacer valer frente a éste (art. 5 LPH).

Igual protección brinda el título constitutivo ante alteraciones materiales que provocan divergencias entre la realidad material y registral. La jurisprudencia entiende que los elementos privativos se adquieren en un edificio sujeto a la LPH con la estructura, configuración y distribución que se derivan del título inscrito (SSTS 22.12.1986, Ar. 7794; 27.5.1993, Ar. 4077; SAP Albacete 14.6.1993, AC 1182) y con los servicios e instalaciones comunes reseñados en el título (STS 30.6.1997, Ar. 5406), lo que impide que el promotor pueda modificar el título constitutivo otorgado por él cuando ya existan compradores que han confiado en su contenido (STS 16.6.1998, Ar. 5056). No importa que los compradores lo sean en documento privado, como en el caso enjuiciado por las SSTS 18.7.1997 (Ar. 5516) y 10.5.1999 (Ar. 2886) o que las modificaciones físicas que pretenden inscribirse posteriormente se hubieran llevado a cabo por el promotor antes de las ventas de los pisos, (RRDGRN 28.2.1968, Ar. 3645 y 12.11.1991, Ar. 8631, en relación con segregaciones de terreno sobrante; 22.10.1973, Ar. 5136, en relación con la división de los locales existentes en otros más pequeños inscrita cuando ya habían accedido otros titulares al Registro de la Propiedad), a no ser que exista mala fe por parte del adquirente que aceptó la realidad extrarregistral de la finca, como ocurría en el supuesto enjuiciado por la STS 19.12.1997 (Ar. 910).

Lo relevante para declarar en el presente caso que el promotor podía hacer cuantas modificaciones tuviera por conveniente no es pues que Don Marcelino no fuera propietario, o que el objeto de un contrato de compraventa tuviera por objeto un elemento privativo separado de los elementos comunes (elementos que estaban en todo caso proyectados y con los que la unidad privativa forma unidad inseparable), sino, como apunta acertadamente el último de los fundamentos jurídicos de la sentencia que comentamos, que no existía título constitutivo en el que confiar cuando compró su vivienda. Si el título hubiera existido, o si el contrato hubiese descrito los elementos comunes posteriormente modificados, poco importaría su condición de comprador no propietario a los efectos de considerar vulnerado su derecho. Pero en el presente caso, no es sólo que el comprador no pudo legítimamente esperar que la realidad física del inmueble se adecuara a título alguno, sino que autorizó a la promotora para otorgarlo de forma unilateral en el futuro, lo que nos introduce en la siguiente cuestión.

4.3. Apoderamientos y reservas.

El TS entiende que “Urbesa” estaba totalmente facultada para proceder a la determinación de los elementos comunes por la cláusula introducida en los contratos privados cuya validez no fue cuestionada en el pleito. Esta afirmación nos invita recorrer las distintas modalidades de cláusulas por las que el comprador de inmuebles declara aceptar el título constitutivo que se redacte por el promotor en el futuro, así como sus condiciones de validez, que no pudieron ser enjuiciadas por el TS atendidos los límites del debate casacional.

Una vez otorgado el título constitutivo, se requiere la unanimidad de los propietarios reunidos en Junta para su modificación (art. 17.1º LPH, sin perjuicio de la relajación de esta regla prevista para la instalación o supresión de servicios comunes de interés general), por lo que el acuerdo no unánime que pretenda dicha modificación es nulo de pleno derecho, sin sujeción a plazo de impugnación (STS 4.10.1999, Ar. 7851). Y son igualmente nulas las escrituras de subsanación, rectificación o modificación otorgadas unilateralmente por el promotor por asumir competencias que corresponden a aquélla (STS 28.1.1994, Ar. 571 y RDGRN 27.6.1991, Ar. 5696). El promotor se encuentra así con que el acceso a la propiedad de los compradores en documento privado, que como hemos visto puede incluso considerarse producida por actos de dominio previos a la terminación del inmueble y distintos de la escritura pública o de la entrega formal, limita sus posibilidades de adecuación al mercado inmobiliario o los cambios favorables a su *ius aedificandi*

Para evitar la ineficacia de una posterior modificación unilateral, tanto los contratos de compraventa como las escrituras de división horizontal suelen contener cláusulas por las que el promotor se reserva la posibilidad de modificar, subsanar o concretar lo dispuesto en el título constitutivo, así como cláusulas de apoderamiento por las que se anticipa el consentimiento de los propietarios a las futuras modificaciones del título constitutivo o de los elementos comunes del inmueble. La jurisprudencia ha establecido las condiciones de eficacia de tales reservas de la forma que sigue:

a) Sólo serán eficaces las cláusulas de reserva de la facultad de subsanación o corrección de errores por parte del promotor que no perjudiquen los derechos de los propietarios, siendo nulas las escrituras que pretenden verdaderas modificaciones del título constitutivo amparadas en dicha reserva, por contravención del art. 16.1º (hoy 17.1º) LPH (SSTS 25.7.1991, Ar 5421; 8.10.1993, Ar. 7315; 23.6.2001, Ar. 5686; RDGRN 23.6.2001, Ar. 5686). Esta es la verdadera razón del fallo de la STS 10.5.1999 (Ar. 2886), que para impedir el ejercicio del derecho de sobreelevación que se arrogó el promotor con el solo respaldo de una cláusula estatutaria que le permitía la subsanación de errores y omisiones, declaró -desacertadamente- contrario a la LPH el art. 16.2 Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto 14 de febrero de 1947 (BOE nº 106, de 16.4.1947), redactado según RD 1867/1998, (en adelante, RH).

b) Lo dispuesto en los contratos de compraventa -coincidentes con el título inicial- prevalece sobre las modificaciones que posteriormente quieran llevarse a cabo sobre el título constitutivo por parte del promotor-vendedor, aunque la posibilidad de tales modificaciones se hubiera impuesto a los compradores en la propia escritura de división horizontal (STS 30.6.1988, Ar. 5195).

c) La cláusula incluida en los contratos de compraventa por la que el adquirente declara conocer y aceptar el contenido del título constitutivo -y por tanto también la cláusula de reserva o apoderamiento en favor del promotor para modificar el título constitutivo contenida en el mismo-, ha de interpretarse en consonancia con la protección otorgada por la legislación de los consumidores -(hoy art. 10, 10 bis y DA Primera de la [Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios](#) tras la modificación operada por la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (BOE nº 89. de 14.4.1998) (en adelante LCU) -al comprador sometido a cláusulas no negociadas individualmente (SSAP Toledo 20.6.1993, Act.Civ. 1993.4 y 21.2.1994, AC 351). No debe ser vinculante para el consumidor a efectos de una posterior impugnación del mismo la aceptación del contenido de textos y documentos cuyo contenido no se proporcione simultáneamente a la firma del contrato (DA Primera LCU y 5.2 RD 515/1989) o la aceptación de condiciones contractuales -como la de la aceptación del contenido del título, y con él sus cláusulas de reserva o apoderamiento-, que pueden acabar creando una posición contractual desequilibrada. En definitiva, la DGRN ha optado por una interpretación restrictiva de las cláusulas de reserva, ya que suponen una restricción a las facultades dominicales (RDGRN 4.11.1997, Ar. 828; 24.3.2001, Ar. 2101).

Lo anterior no significa que las disposiciones concretas que conforman el título estén sometidas a la LCU. El título constitutivo en sí no constituye un contrato de adhesión por más que su contenido se acepte en el contrato (STS 23.5.1984, RA 2544). La discusión acerca de su licitud (que posteriormente podrá ser entablada, no contra el inicial otorgante, sino contra otros propietarios que no intervinieron en el mismo) habrá de ser resuelta a través de su compatibilidad con la normativa imperativa de la LPH.

4.4. Los límites a la protección contractual del adquirente

A pesar de la legitimación reconocida al promotor-vendedor para el otorgamiento del título constitutivo, el TS ha declarado la nulidad del otorgado unilateralmente por aquél tras iniciar las ventas cuando en el mismo se han impuesto cargas afectantes a sus elementos privativos o se les ha privado de derechos en contra de lo estipulado en sus contratos (STS 28.1.1998, Ar. 21). Pero en el caso que nos ocupa, es correcta la afirmación del TS en el sentido de que las modificaciones operadas en el título constitutivo entraban dentro del ámbito de facultades conferidas al promotor, ya que el límite de dichos apoderamientos ha de ser lo prometido en el contrato –o en la publicidad, *ex art. 8 y 13 LCU-* así como la modificación de las unidades privativas tal y como las mismas figuraban en el contrato de compraventa. Éste era también el sentido del art. 13 RH, tras la reforma operada por RD 1867/1998, de 4 de septiembre, que modifica determinados artículos del Reglamento Hipotecario (BOE nº 233, 29.9.1998) hoy anulado por la STS 31.1.2001 (Ar 1083) que permitía al cesionario de solar por obra futura otorgar por sí solo el título constitutivo, pero siempre que coincidiera exactamente con la descripción que se hiciese en ellas de los elementos independientes descritos en el título de permuta.

En otras ocasiones, el TS ha permitido a los adquirentes reclamar judicialmente la adecuación del título otorgado al contenido de sus contratos de compraventa o, como se pretendía por Don Marcelino, al contenido del proyecto para el que se concedió la licencia (así lo concedió la STS 11.6.1994, Ar. 4810). Pero también parece correcto entender que la existencia de otros compradores que se mostraron conformes con el edificio a los efectos del otorgamiento de la calificación de definitiva y elevaron a públicos sus contratos, una vez adecuados a las modificaciones operadas en el título con las que también se mostraron conformes, empecen a la pretensión de cumplimiento en forma específica consistente en adecuar el título y la realidad física al inicial proyecto para el que se concedió licencia de edificación. Cuando esta pretensión de adecuación ha sido estimada por nuestros Tribunales, nunca han existido otros compradores posteriores amparados por la confianza depositada en el título inscrito. Así demuestran las SSTS 16.7.1986, Ar. 4570; 5.4.1991, Ar. 6543, que denegaron dicha pretensión.

En definitiva, la escritura de división horizontal podrá ser impugnada por el propietario aún en los casos en que a través del contrato de compraventa, haya apoderado al promotor para otorgar por sí sólo el título, si existe una extralimitación de las facultades conferidas (STS 31.10.8197, Ar. 7495 y SAP Pontevedra 4.5.1992, AC 682) y en aquellos otros en que los propietarios declaren en el mismo conocer y aceptar el contenido de aquél [SAP Sevilla, 15.2.1993, AC 713, que aplica el art.10.1.a) LCU]. Pero las relaciones contractuales entre determinados adquirentes de pisos y locales y el promotor no pueden afectar a terceros adquirentes, a los que ampara la inscripción del título. El título constitutivo es prevalente a lo dispuesto en los contratos de compraventa siempre que hayan existido otros compradores que hayan confiado en el mismo, que a su vez les otorgaba un derecho incompatible con el del comprador litigante (SSTS 17.7.1987, Ar. 557; 25.1.1989, Ar. 126), a no ser que se trate de pequeñas modificaciones que no perjudicarán a los demás (STS 24.7.1989, Ar. 5775). Ello no significa que el propietario respecto del que se produce el incumplimiento no tenga acciones de contenido contractual frente al promotor, pero la acción de cumplimiento no puede ser en forma específica si existen otros adquirentes que confiaron en el

título (STS 5.4.1991, Ar. 2643). Sólo si se anotó preventivamente la demanda, accediendo posteriormente a la propiedad terceros adquirentes, será posible hacer valer la sentencia que declara la ineficacia del título inicialmente otorgado frente a éstos.

Si, por el contrario, se entiende que una cláusula es contraria a la regulación que la LPH impone de forma imperativa para proteger los derechos de los propietarios, entonces habrá que entender que los iniciales adquirentes no podrán ampararse en el la inscripción registral de la cláusula impugnada (SSTS 8.10.1993, Ar. 7315; 28.1.1994, Ar. 571), que no ampara los actos nulos (art. 33 LH).

4.5. Situaciones litisconsorciales

En el caso que nos ocupa existen otros problemas procesales que no han sido denunciados por las partes. Ante la impugnación judicial del título por parte de uno o varios propietarios cuando la demanda entablada por el propietario pretenda la nulidad total de éste, la variación de las cuotas de participación o la impugnación de cláusulas afectantes a derechos privativos de los propietarios (SSTS 1.10.1990, Ar. 7461; 30.11.1988, Ar. 8728; SAP Valencia, 18.3.1993, AC 399), se hace preciso traer al proceso a todos y cada uno de los restantes propietarios, y ello de forma personal, y no a través de la comunidad representada por su Presidente. No bastan para dar por cumplida la exigencia de litisconsorcio las cláusulas genéricas de emplazamiento de terceros que puedan resultar afectados (STS 11.4.1973, Ar. 1733), aún cuando el acuerdo unánime de todos ellos sea posteriormente necesario para otorgar la nueva escritura de división horizontal (STS 27.2.1987, Ar. 1001).

La legitimación procesal activa reconocida a la comunidad de propietarios para solicitar judicialmente la nulidad del título o los Estatutos (como se reconoció en la STS 11.4.1995, Ar. 3185) no varía la anterior solución, de forma que en caso de que la impugnación se ejercite por el Presidente en nombre de la Comunidad, habrán de ser demandados personalmente todos aquéllos propietarios que votaron en contra de la pretensión.

Además, en el relato de los hechos se hace referencia al establecimiento en el título modificado de determinadas servidumbres cuyo alcance y predio dominante desconocemos. Pues bien, en el caso de que la nulidad del título que se pretenda afecte a derechos reconocidos en favor de inmuebles colindantes, existirá litisconsorcio pasivo necesario entre la comunidad vecina y los propietarios que la componen, en la medida en que éstos sean beneficiarios individuales del derecho discutido (STS 24.7.1989, Ar. 5775).