

Consorcio real y propiedad consorciada

por
EMILIO PÉREZ PÉREZ
Doctor en Derecho

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. COMUNIDAD DE INTERESES.
- III. CONSORCIO REAL:
 - 1. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 398 DEL CÓDIGO CIVIL.
 - 2. CARACTERES TÍPICOS DEL CONSORCIO REAL.
- IV. PROPIEDAD CONSORCIADA.
- V. SUPUESTOS DE CONSORCIO REAL Y PROPIEDAD CONSORCIADA:
 - 1. CONSORCIOS REALES SIMPLES. LA MEDIANERÍA Y OTRAS SITUACIONES DE ESTRUCTURA CONSORCIAL SIMILARES A LA MEDIANERÍA:
 - A) *Medianería.*
 - B) *Figuras análogas a la medianería.*
 - C) *Medianería horizontal.*
 - D) *Propiedad horizontal de hasta cuatro propietarios.*
 - 2. CONSORCIOS REALES RELATIVOS A LA PROPIEDAD RÚSTICA (AGRARIA Y FORESTAL).
 - 3. CONSORCIOS REALES HÍDRICOS.
 - 4. CONSORCIOS REALES MINEROS.
 - 5. CONSORCIOS REALES URBANÍSTICOS.
 - A) *Entidades consorciales que actúan en el proceso de urbanización:*
 - a) Juntas de Compensación.
 - b) Entidades de Conservación Urbanística.
 - B) *Consortios reales resultantes del proceso de urbanización y construcción:*

- a) Propiedad horizontal simple o de casas por pisos o locales.
- b) Urbanizaciones privadas y complejos inmobiliarios.
- c) Conjuntos inmobiliarios.
- C) *Prehorizontalidad*:
 - a) Cesión de suelo por obra futura.
 - b) Derecho de sobreedificación y subedificación.
- D) *Otras situaciones de consorcio real en la propiedad urbanística*.

I. INTRODUCCIÓN

Junto a situaciones colectivas de unidad objetiva (comunidad de bienes) y de unidad subjetiva (sociedad), existe otro tipo de situación colectiva en la que, a la vez que se mantiene la mayor independencia posible en la esfera de poder de cada titular individual sobre bienes concretos, se hace necesario compartir otros bienes para la utilización adecuada de aquellos. Sin perjuicio del carácter unitario de esta clase de situación colectiva considerada en su conjunto y de cada uno de los tipos de relaciones que en ella concurren (individuales, comunes y asociativas u organizativas), cabe distinguir, en cuanto a la titularidad de la misma, tres componentes: 1) La cotitularidad sobre los elementos comunes que serán, en principio, indivisibles, por razón de permanencia del conjunto (indisolubilidad). 2) Las titularidades separadas sobre los elementos privativos. 3) La conexión de los elementos comunes y privativos, por razón de destino de los segundos, determinante de la inseparabilidad de unos y otros y de la indisponibilidad —por separado— de los mismos.

Esta estructura de las titularidades compartidas viene a configurar la que puede ser denominada propiedad consorciada. Díez-PICAZO (1), al estudiar el derecho de propiedad en la legislación urbanística, ha puesto de relieve la contraposición entre los regímenes de la «propiedad solitaria», que puede presumir de ser independiente, y de la «propiedad gregaria», en la que la propiedad vive dentro de una masa de propiedades, de modo semejante a como el hombre vive inmerso dentro de una masa social. La primera es una propiedad aislada, soberana («mi propiedad es mi reino, mi castillo», dice un adagio inglés), y la segunda es «una forma de participación en una «comunidad zonal», de la que, una vez más, es precedente ejemplar la propiedad horizontal («el edificio en propiedad horizontal es como un área

(1) Cf. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», en *RDU*, 1971, págs. 13-33; «Los procesos de urbanización y el marco del derecho de propiedad», en *Curso de Conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Madrid, 1973, págs. 9-32; y *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Relaciones jurídico-reales. Registro de la Propiedad. La posesión*, Madrid, 1978, pág. 114 y sigs.

con propiedades conectadas en comunidad»), aplicable a las urbanizaciones privadas, que vienen a ser como «una propiedad horizontal tumbada» (2) e, incluso, a la «propiedad agraria sometida a específicas formas de racionalización de orden agrícola, como son la concentración parcelaria, la ordenación rural o las órdenes administrativas sobre cultivos», de modo que «toda propiedad inmueble, considerada dentro de una zona o de un sector, origina una «comunidad de intereses» en la que hay elementos privativos y elementos comunes, esferas de competencia exclusiva y esferas de competencia social (3).

II. COMUNIDAD DE INTERESES

El concepto amplio de comunidad del artículo 392 del Código Civil y la regulación preferente de la misma por contratos y disposiciones especiales, establecida en el propio precepto, permite ver recogida, en nuestro Derecho Positivo, la figura de la comunidad de intereses, a la que parecen referirse en particular el artículo 394 (al ordenar que no se perjudique «el interés de la comunidad»), y el 398, que reconoce expresamente la posible objetivación de intereses al aludir a los «que constituyan el objeto de la comunidad». La comunidad de intereses vendrá a ser el sustrato de la comunidad de bienes, de la sociedad y de otros supuestos de cotitularidad jurídico-patrimonial.

III. CONSORCIO REAL

El hecho de que, al analizar los diversos supuestos de cotitularidad de derechos sobre bienes inmuebles, la doctrina se haya preocupado, sobre todo, de calificarlos como comunidad o como sociedad, ha dificultado el reconocimiento de una tercera situación jurídica comprensiva de numerosos casos en que aparecen inseparablemente unidas la propiedad de determinados fundos y las *proprietates pertinenens ad fundus*; difícilmente cabe encajar estos casos como supuestos de comunidad de bienes o de sociedad, siendo, sin embargo, evidentes comunidades de intereses de estructura consorcial (4).

(2) Cf. SAPENA TOMÁS, J., «Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas», en *RDN*, 1967, 3, pág. 63 y sigs.

(3) Cf. Díez-PICAZO, «Los límites del derecho de propiedad...», *ob. cit.*, pág. 30.

(4) Para GRECO (cf. Paolo GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano, Lineamenti generali*, Turin, 1959, pág. 3 y sigs.) deben distinguirse tres tipos de relaciones asociativas: a) con actividad esencialmente conservativa y consuntiva: comunidades; b) con actividad esencialmente productiva de un resultado que se determina en la misma esfera

1. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 398 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 398 de nuestro Código Civil viene a ser reproducción casi literal del artículo 678 del *Codice Civile* de 1865, salvo el párrafo 4 o último de aquél que es original de nuestro Código, pues no figuraba en el italiano. ¿Cuál pudo ser la razón de que el codificador español añadiera este último párrafo? ¿Cuáles los supuestos de hecho que quiso regular? ¿No serán los mismos que el legislador italiano contemplaba en los artículos 657 a 661 del *Codice* de 1865, reguladores del consorcio real? Con independencia del precedente del *consortium erecto non cito* (estado de indivisión del patrimonio hereditario en que quedaban los hijos a la muerte del *pater familias*, anterior a las XII Tablas y del que derivaron tanto la *communio* como la *societas*), la doctrina suele considerar que la figura del consorcio fue una creación del *Codice Civile* de 1865, regulada en sus artículos 657 a 661, refiriéndose el artículo 659 a su rasgo más característico, al disponer que: «cuando se trate del ejercicio, de la conservación y de la defensa de derechos comunes cuya división no sea posible sin grave daño, la formación del consorcio podrá ser ordenada por la autoridad judicial a petición de la mayoría de los interesados, oídos sumariamente los demás».

Los Proyectos de Código Civil español anteriores al Código italiano de 1865, siguiendo el ejemplo del Código Napoleón, no regulaban la comunidad de bienes sino que se limitaban a recoger, al tratar de la partición de las herencias, el principio de que «ninguno puede ser obligado a permanecer en comunidad de bienes con otro» (art. 2402, inciso primero del Proyecto de 1836) o de que «todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes puede pedir, en cualquier tiempo, la partición de la herencia» (art. 893 del Proyecto de 1851). En cambio, el Proyecto de 1882 regulaba ya la comunión de bienes en los artículos 394 a 409. El 400 era similar al 398 actual, salvo el párrafo 4 que decía que «cuando parte de la cosa perteneciera privadamente a cada partícipe o a alguno de ellos y otra fuese común, no será aplicable a este caso la disposición anterior».

En la edición primitiva del Código vigente (concretamente en la Gaceta de 29 de octubre de 1888), el párrafo 4 del artículo 398 decía así: «Cuando parte de la cosa perteneciera privadamente a cada partícipe o a algunos de ellos, y otra fuere común, solo a ésta será aplicable la disposición anterior». En el texto definitivo se ha sustituido la expresión «cada partícipe» por «un partícipe».

asociativa: sociedades; c) con actividad que se ejercita mediante la organización conjunta, pero cuyo resultado recae directamente en la esfera de los intereses de los singulares partícipes: consorcios.

Se ha producido, pues, un doble cambio en la redacción del repetido párrafo último del artículo 398 de nuestro Código Civil: del supuesto de que la parte no común perteneciera privadamente a cada uno o a algunos, se ha pasado al de que solo sea de uno o algunos; y se declara expresamente aplicable a la parte común la «disposición anterior» (al parecer, del propio art. 398) que, en el proyecto de 1882, parecía también excluida de tal aplicación. ¿Cuál puede ser la razón de estos cambios? ¿Se habrá considerado que la parte no común no podía ser de todos porque entonces también sería común? De cualquier modo, no parece que deba entenderse excluido el supuesto de que sean titulares de partes privativas todos y cada uno de los titulares de la parte común (y no solo algunos de ellos); admitido este caso, también sería aplicable a su parte común la «disposición anterior» a que alude el artículo 398.4 del Código.

2. CARACTERES TÍPICOS DEL CONSORCIO REAL

Fue, sobre todo, FERRARA (5), quien configuró el consorcio real como una institución típica, una situación jurídica especial que merece un puesto propio en el sistema del Derecho. Para FERRARA, los caracteres relevantes que diferencian esta figura, son los siguientes:

- a) La cualidad de miembro del consorcio viene determinada por una relación real de propiedad o posesión de determinados inmuebles. En un cierto sentido, el *prius* es el fundo y solo en razón de él y en beneficio del mismo, los propietarios vienen —voluntaria o forzosamente— a formar parte del consorcio, y quien enajena aquel fundo se sustrae a la relación consorcial, en la que el adquirente se subroga.
- b) El fin que persigue el consorcio es una ventaja que se refiere a los fundos y no individualmente a las personas consorciadas. El interés dominante y los fines del consorcio son inherentes a los fundos, trascienden la simple consideración personal de los propietarios y el provecho que éstos reciben no proviene de que sus personas sean parte directa en la relación sino de su calidad de propietarios. A veces este interés se impone a la voluntad de los propietarios; de aquí la categoría de los consorcios forzosos.
- c) Las obligaciones de los consorciados de contribuir proporcionalmente a los gastos de la obra gravan como carga real a los mismos fundos. No se trata de obligaciones personales, sino de graváme-

(5) Cf. *I consorzi per l'esercizio dell'agricoltura*, Atti del primo Congr. naz. di dir. agr. Firenze, 1935, pág. 474, y *Escritos jurídicos*, III, pág. 217.

nes inmobiliarios que pasan a los adquirentes de los fondos, tanto a título universal como particular, quedando liberados quienes pierden la propiedad.

Este consorcio del «Código» de 1865 era calificado gráficamente por algunos como «consorcio de fondos» para contraponerlo a los que denominaban «consorcios de personas» constituidos por el Estado, las provincias, los municipios u otras entidades o particulares con la finalidad de realizar o conservar alguna obra o prestar algún servicio de interés común.

IV. PROPIEDAD CONSORCIADA

Conforme hemos visto, el párrafo 4 y último del artículo 398 del Código Civil establece que cuando una parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a algunos de ellos, y otra fuere común, solo a ésta será aplicable la disposición anterior. Buena parte de la doctrina pasa por alto este párrafo último del artículo 398 del Código Civil o se limita a transcribirlo como algo obvio que no requiere mayor comentario.

LACRUZ BERDEJO (6) estima que el último proyecto de Código Civil, al decir que «no será aplicable a este caso la disposición anterior», parecía excluir el recurso judicial, aunque el precepto resultaba de difícil inteligencia, mientras que la disposición actual es inteligible pero obvia e innecesaria. En cambio ÁVILA ÁLVAREZ (7) dice no haber entendido nunca el último párrafo del artículo 398 del Código Civil aplicado a los inmuebles porque, a su juicio, la parte privativa de la cosa a que se refiere tal precepto en realidad no es tal parte, sino un todo, otra cosa distinta.

MUCIUS SCAEVOLA (8) considera que lo que quiere decir el precepto que comentamos es que el dueño particular de porción determinada de una cosa podrá administrarla y disfrutarla por sí, «siempre que no perjudique el derecho de los dueños de las demás partes de la cosa que estén en copropiedad». Y MANRESA (9) cree que lo que ha querido decir y explícitamente consigna el apartado último del artículo 398 del Código Civil es que los principios generales relativos a la administración y goce de los bienes o derechos indivisos jamás pueden extenderse a aquello que está absolutamente fuera de la comunidad, limitando, en su consecuencia, las restricciones en aquél establecidas a lo que es común a todos los partícipes, sin hacerlas en modo alguno

(6) Cf. *Elementos de Derecho Civil*, III, 2, Barcelona, 1980, pág. 272.

(7) Cf. «El régimen jurídico privado de las urbanizaciones», en *RDU*, mayo-junio de 1978, pág. 47.

(8) Cf. *Código Civil*, Tomo VII, Madrid, 1943, pág. 412.

(9) Cf. *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo III, Madrid, 1952, pág. 609.

extensivas a lo que privativamente corresponda a los condueños, siquiera esté contenido su dominio dentro de la cosa que en parte sea materia de la copropiedad. Desde perspectivas distintas, ambos comentaristas de nuestro Código Civil señalan la relación que necesariamente se dará entre las situaciones de titularidad separada y de titularidades indivisas, pero no contemplan la situación conjunta y unitaria derivada del hecho de que todas esas titularidades se refieren a una misma «cosa». En cambio, COMAS (10) puso de relieve el que la identidad de la cosa, al originar entre los distintos propietarios un vínculo de unión, ha de dar lugar a que, «por lo menos respecto de algunos componentes de la misma, surjan derechos y pretensiones recíprocos fundados en la propiedad que los une y en el interés que para todos y cada uno representa la necesidad de semejantes componentes para la existencia o para la integridad de la cosa que en una u otra forma es pertenencia de todos», añadiendo que «si ha de subsistir para la propiedad la integridad de una cosa perteneciente a varios, siendo no obstante posible arraigar en partes ciertas o determinadas de la misma el derecho de propiedad correspondiente a cada uno, entonces aparece la situación a que es de suponer que se refiere el último párrafo del artículo 398 del Código, en que coinciden, por la determinación de la parte de la cosa a que se contrae el interés particular de cada copropietario, la propiedad singular y la común, aunque, por necesidad, tengan que ostentar semejante coincidencia componentes o partes materiales de la cosa que han de ser objeto de un verdadero interés común entre aquellos que relativamente al resto tienen su propiedad determinada o concreta». «Podrá no verse en estos casos tan marcadamente como en los de pura indeterminación —precisaba COMAS (11)— la proindivisión que caracteriza a la propiedad común; pero al fin, a poco que se medite, se observará forzosamente que, aunque sea graduando por la estimación o riqueza correspondiente a la parte privativa de cada uno, la participación del mismo en el interés común de todos sobre aquellas cosas indispensables a la existencia o integridad de la que es objeto de la propiedad de varios, siempre resultará entre éstos una verdadera comunidad que habrá, por tanto, de regirse, siquiera sea en los indicados límites del común interés que la motiva, por las disposiciones que regulan esta forma de propiedad». «No porque una parte, por ejemplo, de la cosa, pertenezca privadamente a un copropietario, deja de dar lugar a que su interés sea común con el de los demás partícipes de la cosa». El que fuese propietario de parte determinada, mientras ésta no constituya por sí sola cosa distinta, «ha de encontrarse ligado, en razón de interés común, con los demás, relativamente a los componentes mediante los cuales su porción determinada

(10) Cf. Augusto COMAS, *La revisión del Código Civil español*, Madrid, 1902, pág. 126 y sigs.

(11) Cf. *ob. cit.*, pág. 128 y sigs.

fuese parte de la cosa perteneciente a varios». Observaba, pues, COMAS, que el artículo 398.4 del Código Civil contemplaba los diversos supuestos de comunidad de intereses en que se produce un nexo entre titularidades separadas e indivisas de componentes de una misma cosa y por ello proponía, en su Proyecto de Reforma del Código Civil español (12) que se introdujera en dicho precepto (que en su proyecto era el art. 1268) una fórmula legal análoga a la del artículo 396 (que ya se ocupaba de la propiedad en que los distintos pisos de una casa pertenecen a propietarios diferentes).

Consideramos que la interpretación dada por COMAS es la única que justifica y da sentido al repetido párrafo último del artículo 398 del Código Civil y que hay razones suficientes para entender que nuestro legislador quiso referirse en él, con carácter general, a los diversos supuestos de comunidad de intereses de carácter consorcial (con titularidades sobre elementos privativos y cotitularidad conexa sobre otros comunes) que nos ofrece la realidad, de los que la propiedad horizontal no es sino el caso paradigmático (13).

Lo que importa destacar es que este párrafo último del artículo 398 del Código Civil contempla también y sobre todo la integridad de una «cosa» (precisamente aquella a que aluden los párrafos precedentes del propio artículo) que será objeto de un interés común (14). Según esto, cabe pensar que el artículo 398.4 del Código Civil, puede referirse a la «cosa» como unidad

(12) Cf. Augusto COMAS, *Proyecto de Reforma del Código Civil español*, Madrid, 1900, pág. 64.

(13) El antiguo artículo 396 del Código Civil de 1889, tal como fue interpretado por el TS, parecía partir del criterio de que existía una copropiedad sobre el edificio entero, distribuyéndose por apartamentos el goce del mismo, debiendo contribuir los diferentes propietarios a las obras necesarias en los términos establecidos en los títulos de propiedad o en los pactos celebrados al efecto y observándose en su defecto las reglas del precepto, según las cuales cada propietario costeaba el suelo de su piso, mientras el pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía comunes a todos se costeaban a prorrata de todos los propietarios, y, en cuanto a la escalera, se disponía que la que desde el portal conduce al piso primero se costeaba a prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo, la que desde el primer piso conduce al segundo se costeaba por todos, excepto los dueños de los pisos bajo y primero, y así sucesivamente (reglas 2.^a y 3.^a), en tanto que la regla 1.^a disponía que las paredes maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común estarían a cargo de todos los propietarios en proporción al valor de su piso. Por consiguiente, tanto los pisos como las partes comunes se atribuían en uso, adscribiendo este uso a una cuota de participación en la totalidad del edificio, de modo similar a como acontece ahora en los supuestos de comunidad funcional, por lo que la propiedad horizontal configurada tal como se concibió a partir de la reforma de 1939 (con sus partes privativas y comunes y con la vinculación real de las primeras a las cuotas de participación en las segundas), no parecía contemplada en el primero de los textos del artículo 396 de nuestro Código Civil, sino más bien en el párrafo último del artículo 398.

(14) Cf. los párrafos 2 y 3 de este artículo que expresamente hablan de «intereses que constituyan el objeto de la comunidad» y de «interesados en la cosa común».

económica de elementos con titularidades distintas: la plural sobre unos y las privativas sobre otros, aunque vinculados todos ellos, voluntaria o necesariamente, a un fin económico que justifica la consideración conjunta y la aplicación a esta situación de las normas sobre administración y mejor disfrute de la comunidad, excluyéndose la aplicación de las normas generales reguladoras de la disposición y división de las cosas comunes. En cuanto a estas últimas normas, habrá que estar únicamente a los contratos y a las disposiciones especiales a que alude el párrafo 2 del artículo 392 del Código Civil; en cambio, en cuanto a las facultades de administración y mejor disfrute se aplicarán las normas generales del Código contenidas en su artículo 398.

V. SUPUESTOS DE CONSORCIO REAL Y PROPIEDAD CONSORCIADA

Debemos distinguir entre los consorcios reales simples o sin organización y los complejos, que requieren organización.

1. CONSORCIOS REALES SIMPLES. LA MEDIANERÍA Y OTRAS SITUACIONES DE ESTRUCTURA CONSORCIAL SIMILARES A LA MEDIANERÍA

A) *Medianería*

Está calificada como servidumbre y regulada, en sus diferentes supuestos, en los artículos 571 a 579 del Código Civil. Como ha puesto de relieve la doctrina, el propio Código emplea el término «mancomunidad», en el artículo 579, para calificar a la medianería, y en los supuestos en que existe un signo contrario a la medianería, habla de pertenencia exclusiva de paredes, setos, vallados o zanjas, de lo que se deduce que la medianería entraña la pertenencia común de esos elementos (15).

Esa comunidad de la medianería ha recibido diversos calificativos, para destacar su especificidad, pues también constituye casi una opinión común que no es una comunidad ordinaria o de tipo romano: comunidad *sui generis* (DE BUEN) (16), comunidad social (PELAYO HORE) (17), comunidad de utili-

(15) Cf. MELÓN INFANTE, C., «En torno a la situación de medianería en el Código Civil español (Notas para su estudio)», en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1963, pág. 258 y sigs.

(16) Cf. «Servidumbre de medianería», en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XX-VIII, pág. 708.

(17) Cf. «La indivisión perpetua en el Código Civil», en *RDP*, 1942, pág. 459.

zación (PÉREZ Y ALGUER) (18), comunidad funcional (LACRUZ BERDEJO) (19) y comunidad de intereses en la utilización (ROCA JUAN) (20).

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (21) ha puesto de relieve que se trata de una comunidad que se distingue por tres notas: 1.^a) El derecho de comunidad tiene carácter anejo del de propiedad, constituyendo, con el dominio, una sola unidad jurídica, sujeta al mismo destino jurídico; es en este sentido en el que cabe decir —como lo hace respecto de las servidumbres el art. 534 del CC— que la medianería es inseparable de la finca a que activamente pertenece. 2.^a) Es también especial esta comunidad por razón del objeto, pues no recae sobre una unidad real independiente sino sobre elementos (paredes, cercas, etc.), que en sí no constituyen jurídicamente un bien autónomo sino que están al servicio de las unidades reales objeto de la propiedad: los fondos separados por la medianería. 3.^a) Se trata de una comunidad que reconoce en los elementos comunes zonas de uso exclusivo de uno u otro medianero (cf. art. 579 CC).

Destacaríamos de estas opiniones doctrinales algunas ideas que parecen especialmente significativas: la de que se trata de una comunidad de intereses, aunque referida, naturalmente, a la utilización, por lo que será una comunidad de intereses en la utilización del elemento medianero (ROCA JUAN); la inseparabilidad del derecho de medianería y de cada una de las fincas a las que activamente está adscrito dicho derecho, para el servicio de esas fincas (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS); y las posibilidades de utilización autónoma, de

(18) Aceptan la construcción de WOLF, en «Derecho de cosas», obra de la que son traductores. GARCÍA GARCÍA, J. M., en *RCDI*, núm. 498, septiembre-octubre de 1973, pág. 1239 y sigs. También acepta esta terminología de WOLF, pero observa que este autor no excluye la idea de servidumbre; también la incluye GARCÍA GARCÍA, que ve en la medianería dos situaciones jurídicas: una comunidad de facultades de uso y una servidumbre recíproca de un predio sobre el otro.

(19) Cf. *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos reales*, vol. II, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, Barcelona, 1991, pág. 297 y sigs. Considera que «hay, al menos, en la medianería, una comunidad funcional: la pared sirve de apoyo y cerramiento a uno y otro fundo a la vez... desempeña sus funciones en su unidad y no como dos medias paredes, que no existen en cuanto tales, porque la pared no es divisible, y por tanto no podrían constituir objeto de propiedad independiente... Sobre todo, debe valorarse en la caracterización de esta comunidad cómo la influencia de cada medianero se ejerce en la cara de pared que cierra su casa, y no en la contraria, y como tal influencia está limitada, al menos en lo más importante, a la mitad de la pared en cuestión. En particular, cada uno usa de la cara exterior de muro que da a su lado como si fuera propia suya, y no puede usar de la cara exterior que da a la propiedad del vecino». Estas observaciones ponen de relieve que se trata de una comunidad en la que el régimen jurídico del elemento medianero aparece configurado en función de los predios a los que está vinculado dicho elemento, lo que responde a la estructura del consorcio real.

(20) Cf. ROCA JUAN, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Eder-sa, t. VII, vol. 2, Madrid, 1990, pág. 200.

(21) Cf. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 257.

modo que cada uno de los propietarios usa de la cara de muro que da a su lado como si fuera propia suya, y no puede usar de la cara exterior que da a la propiedad del vecino (LACRUZ).

Estas características hacen de la medianería una situación compleja que, considerando el conjunto de sus elementos constitutivos, nos aparece definida como una situación de estructura consorcial, la más sencilla de estas situaciones. En su análisis podemos observar: la comunidad de intereses explicativa de la situación global, unos fondos independientes pero contiguos, unos elementos comunes que son precisamente los medianeros y la conexión o vinculación real entre los autónomos y los comunes, que viene a constituir el interés común objetivado de aquella comunidad. Cada dueño de uno de los predios contiguos de la situación de medianería tiene una propiedad consorciada, una propiedad cuyo objeto unitario es su finca y la participación aneja, inseparable e indisponible por separado en el elemento medianero común. Esta construcción de la medianería como comunidad de intereses de estructura consorcial puede contribuir a explicar las peculiaridades que la distinguen de la comunidad de bienes y, por supuesto, de la servidumbre.

B) *Figuras análogas a la medianería*

Actualmente, el Capítulo V del Título VI de la Ley de Derecho Civil de Galicia, de 14 de junio de 2006, bajo el nombre de las *Agras y los Vilares*, establece lo siguiente: La propiedad sobre las fincas integrantes del *agra* o *vilar* llevará inherente un derecho de copropiedad sobre sus muros y cercados. Las partes en copropiedad no podrán ser enajenadas o gravadas con independencia de las fincas de las que se reputan elementos anejos e inseparables, y en la transmisión, por cualquier título, del dominio de alguna de ellas, se entenderá comprendida la cuota de participación en tales elementos (art. 71); si no hubiese pacto o normas específicas de concentración parcelaria, el uso regirá el aprovechamiento y, en general, las relaciones jurídicas de los propietarios de las fincas que integren el *agra* o *vilar* (art. 72); el propietario o persona que utilice el *agra*, en su nombre o por título distinto, y use la parcela o parcelas sin respetar los usos indemnizará por los daños y perjuicios ocasionados (art. 73); ningún propietario o persona que a título distinto utilice la finca o fincas del *agra* vendrá obligado a pagar mejoras, nuevos servicios o instalaciones, pero no podrá aprovecharlas sin antes pagar lo que corresponda a su finca o fincas (art. 74). Se trata, pues, de la cerca común o muro circundante de varias fincas, unido inseparablemente a las mismas, de una situación jurídica consorcial en la que aparecen con toda claridad los elementos estructurales de tal situación: las parcelas propias de cada comu-

nero, el cierre que las circunda y que es común a todos los propietarios y la conexión entre unos y otros elementos que determina la disponibilidad necesaria de la parte ideal en el elemento común, como anejo inseparable del privativo, en el supuesto de transmitirse el dominio de alguna parcela.

La Ley 376 de la Compilación Navarra dispone que, «salvo acuerdo unánime, la comunidad sobre elementos al servicio de varias fincas, como paredes, muros, cercas o vallados medianeros... u otros semejantes, será indivisible y ningún comunero podrá disponer de su parte separadamente de las fincas a que aquellos elementos sirvan». Tendríamos que repetir aquí cuanto acabamos de decir respecto del «agra» gallega, ya que se da también en este caso una situación consorcial.

Son, además, numerosos los supuestos en los que se presenta la situación de fincas rústicas de varios propietarios con pertenencias comunes a todas ellas. En nuestro Derecho Positivo está expresamente recogida tal situación en la Ley 376 de la Compilación de Navarra, en la que, junto al caso ya visto —de paredes, muros, cercas o vallados medianeros— se contemplan los de «molinos, hornos, eras, pozos, norias, acequias u otros semejantes», considerándolos también como elementos comunes al servicio de varias fincas que, salvo acuerdo unánime, «serán indivisibles y ningún comunero podrá disponer de su parte separadamente de las fincas que aquellos elementos sirvan».

Una Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 11 de abril de 1928, se refiere a un caso en el que los propietarios *pro indiviso* y en partes iguales de una finca rústica compuesta de un caserío y de 42 pertenecidos acuerdan dividir la finca con sus pertenecidos en cuatro lotes iguales en valor, exceptuando de la división el edificio de la finca, horno de cocer pan y dos terrenos, por la casi imposibilidad de efectuarla y adjudicándose los cuatro lotes formados con pertenecidos y con porciones indivisas del edificio, horno y terrenos destinados a caminos. El Registrador no admitió la inscripción de los «lotes» por no ser posible considerar como una sola finca partes indivisas y partes determinadas de la finca objeto de la división y este mismo criterio fue mantenido por la Audiencia y la Dirección General, a pesar de que la parte recurrente adujo, entre otras razones, una que —según tuvimos ocasión de ver anteriormente— parece de especial relevancia: la de que «el artículo 398 del Código Civil, en su párrafo último, admite la existencia de un objeto de derecho de una parte de propiedad privativa de una persona y de otra que sea común», añadiendo que todos los partícipes querían permanecer en la indivisión de determinados elementos «como único medio para explotar la finca agrícola». Puede que el criterio seguido para la solución de este problema registral hubiera sido diferente al de la Resolución reseñada, si se hubiese planteado después de la regulación de la propiedad de casas por pisos por la Ley ya derogada de 26 de octubre

de 1939 y por la vigente de 21 de julio de 1960, reformada por la Ley 8/1999, de 6 de abril (22).

C) *Medianería horizontal*

Si la medianería regulada en nuestro Código Civil (o medianería propiamente dicha) es la medianería vertical, es decir, aquella en que el elemento medianero es perpendicular al suelo (o está en el mismo suelo: caminos), la medianería horizontal será aquella en que el elemento medianero es paralelo al suelo (23).

Los supuestos que tradicionalmente han venido contemplando la jurisprudencia del TS y las Resoluciones de la DGRN son las «casas a caballo» y las «casas empotradas».

Las casas empotradas —dice LÓPEZ FRÍAS (24)— hacen referencia a edificios que, contruidos cada uno de ellos sobre un solar, tienen el respectivo vuelo interferido entre sí, invadiéndose recíprocamente o bien el uno al de la otra, mientras que las casas a caballo son las contruidas sobre un solar único, pero, debido al desnivel pronunciado de los terrenos, las viviendas se han contruido la una sobre la otra, de manera que la de abajo tiene entrada por la calle inferior y la de arriba, por la superior, por lo que el edificio de arriba descansa totalmente sobre el otro. Las casas empotradas se conocen también con la denominación de engalabernos.

Observa GOMÁ LANZÓN (25) que la perspectiva de los Tribunales y de la DGRN respecto del engalaberno es distinta, pues mientras aquéllos se encuentran con una situación de medianería horizontal, que ya existe en la realidad física, generalmente la Dirección se encuentra con la constitución de la misma; esto hace que la jurisprudencia civil sea menos restrictiva que la hipotecaria, aunque también en ésta se advierte cierta evolución.

(22) Cf. ÁVILA ÁLVAREZ, P., «El régimen jurídico privado de las urbanizaciones», en *RDU*, mayo-junio de 1978, pág. 46 y sigs., que se refiere a este mismo supuesto y señala el cambio que supuso la publicación de la Ley de Propiedad Horizontal. En otra Resolución, de 28 de julio de 1930, se sostiene el mismo criterio de la de 11 de abril de 1928, estimándose rechazables los tipos híbridos contruidos por la mera agrupación de un trozo de terreno con una participación ideal en otra finca o parcela.

(23) Cf. GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario a la STS de 28 de abril de 1972», en *RCDI*, núm. 498, 1973, pág. 1243.

(24) Cf. LÓPEZ FRÍAS, M. J., «La superposición de inmuebles: Estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo», en *RCDI*, núm. 650, enero-febrero de 1999, pág. 89 y sigs.

(25) Cf. GOMÁ LANZÓN, I., «Las insuficiencias del régimen de la propiedad horizontal. Casas empotradas y a caballo. La finca tridimensional», en *Revista La Notaría*, núm. 9-10, septiembre-octubre de 2001, págs. 75 y 81.

La Resolución más importante de la DGRN sobre la figura de la medianería horizontal es la de 20 de julio de 1998. En ella —dice GOMÁ LANZÓN (26)— la Dirección General se encuentra, no ya con una escritura en la que se constituya una medianería horizontal o se refleje un engalaberno, sino directamente con una sentencia judicial en la que se acuerda declarar el dominio del actor sobre una casa y además «declarar el dominio del actor sobre una extensión de 11,10 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la calle Rosal de San Pedro» y «declarar el dominio del actor sobre una extensión de 29,60 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la Placeta de Carvajales, en la parte anterior de dicha casa y comprensiva de la fachada». De la relación de hechos y alegaciones se desprende que tales elementos no tienen salida independiente a través de la casa en que están incrustados y que las casas afectadas son independientes y no tienen salida común. El Registrador no practica asiento porque —según dice— la autoridad judicial no especifica cuáles deben ser los asientos a practicar, aunque se dice en el mandamiento que se inscriba el dominio; y, en concreto, en cuanto a los engalabernos, por no estar prevista la posibilidad de inscripción, señalando que podría hacerse o bien según el régimen de propiedad horizontal o por el sistema de una creación de comunidad de bienes.

La Dirección General —comenta CORRAL (27)— «no admite la equiparación con la propiedad horizontal, pues hay indeterminación sobre los elementos comunes y no existe salida independiente para cada parte. Pero, dada la realidad de que ambas casas están ya inscritas por separado a favor de su respectivo dueño, no se debe negar la entrada en el Registro de una situación existente y entonces la cuestión estriba en cómo se debe reflejar esta especial situación en los folios registrales». Se impone —según el fundamento 8.º de la Resolución— una doble actuación: *a)* Por una parte, la consignación registral del específico y limitado alcance de los derechos que sobre esas dos casas colindantes tienen sus actuales titulares registrales, y sin que pueda oponerse a ello la alegación de la indeterminación de que adolecerían tales derechos (al omitir la cuota inherente sobre el todo), pues no se trata de decidir su acceso registral *ex novo*, sino de restringir a sus justos términos (según la sentencia recurrida) el alcance de un pronunciamiento registral que ha sido siempre inexacto por excesivo, y que, en la parte en que se mantenga, está amparado por la presunción de exactitud y validez del contenido del Registro, y *b)* por otra —y siempre que se solicitare expresamente, conforme al art. 19 de la LH—, acceder al reflejo registral provisional por medio de una anotación (cfr. art. 42.9 de la LH) del derecho que sobre parte de dichas casas corresponde al actor, en tanto judicial o convencionalmente se completen

(26) Cf. *ob. cit.*, pág. 84 y sigs.

(27) Cf. el comentario de CORRAL DUEÑAS a la RDGRN de 20 de julio de 1998, en *RCDI*, 1999, pág. 1583 y sigs.

—tal como en la propia sentencia se apunta— las determinaciones necesarias para que esa cotitularidad *sui generis* quede plenamente configurada y, por ende, quede perfectamente delimitado el derecho del actor, y pueda inscribirse definitivamente en el Registro de la Propiedad (cf. arts. 9 y 21 de la LH y 51 del RH).

La segunda parte de esta solución puede ser ingeniosa —añade CORRAL— pero es solo provisional y quizá poco acorde con la sensación de seguridad que debe aportar el Registro. Se trata de una situación estable y casi siempre perdurable, y hay que buscar una solución que no sea provisional o solo perentoria. Cualquier solución sería aceptable con tal de producir una inscripción definitiva y no la provisional de la anotación preventiva.

GOMÁ SALCEDO (28) resume la posición doctrinal actual diciendo que «no faltan en la doctrina quienes destacan el hecho indiscutible de que en la realidad práctica se dan edificios o construcciones encabalgadas, construidas unas sobre otras; y sostienen que el encuadramiento jurídico de estas situaciones no tiene por qué encajarse necesariamente en el mecanismo de la propiedad horizontal, sino que puede resolverse a través de la llamada “medianería horizontal”, concepto aceptado por las sentencias de 28 de abril de 1972 y 9 de julio de 1988. En esta línea, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (29) considera viable la medianería horizontal para casos de inmisiones parciales, y GARCÍA GARCÍA (30) admite que la medianería puede darse también en el plano horizontal, aunque a su juicio solo cabe para circunstancias excepcionales, siendo lo más recomendable la constitución en propiedad horizontal de ambos edificios empotrados. Destaca especialmente el problema que puede representar en estos casos la falta de determinación de la titularidad del vuelo. Y yendo más lejos, algunos autores (31) sostienen que no hay que considerar estos casos como excepcionales y anómalos, sino dar paso abiertamente a la posibilidad de que existan, al margen de la propiedad horizontal, otros tipos de construcción en los que unos edificios reposen directamente sobre otros sin más relaciones entre ellos que las derivadas de esa medianería horizontal, de modo que se llegue al concepto de finca tridimensional, delimitada no solamente por los cuatro puntos cardinales sino también por su lindero superior y por el inferior».

Por mi parte, considero que, desechada la explicación del supuesto como servidumbre *oneris ferendi* en plano horizontal (fundamentalmente porque para que haya servidumbre debe existir un predio dominante y otro sirviente,

(28) Cf. GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Barcelona, 2004, pág. 543 y sigs.

(29) Cf. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, I, 602, nota 3.

(30) Cf. *RCDI*, 1973, pág. 1239 y sigs.

(31) Cf. GOMÁ LANZÓN, I., «Las insuficiencias del régimen...», *ob. cit.*, *La Notaría*, 9-10, septiembre-octubre, 2001, pág. 68.

lo que no se da en estas situaciones) y señalados los inconvenientes que entraña la aplicación del régimen de propiedad horizontal (en particular la exigencia del requisito de salida independiente de los pisos o locales y el de que se vean involucrados en la toma de decisiones sobre elementos comunes de un edificio los del otro, que nada tienen que ver con ellos y al que nada afectan), queda como solución un concepto amplio de medianería horizontal que es, en realidad, un supuesto de la figura del consorcio real, de una comunidad de intereses de estructura consorcial de carácter general que englobe las situaciones consorciales o individuales de los titulares de las casas a caballo o empotradas. Enlazando con la idea de GARCÍA GARCÍA de la constitución en propiedad horizontal de ambos edificios empotrados, y la de GOMÁ LANZÓN de llegar al concepto de finca tridimensional, la configuración de la medianería horizontal como consorcio real respondería a los siguientes datos:

1. El suelo del edificio que engloba los edificios empotrados será la agrupación de los suelos de los edificios entrecruzados por engalabernos. El de las casas a caballo será el suelo del edificio inferior, que será también el suelo del superior, como el vuelo de éste lo será también del edificio inferior, sin perjuicio de la existencia en este caso de dos subcomunidades (la de los pisos que tienen salida a la calle inferior y la de los pisos que salen a la calle de arriba), cada una de ellas con sus elementos comunes.
2. Cada uno de los pisos o locales del nuevo consorcio real, incluidos los engalabernos, será un elemento privativo. Para la perfecta concreción de los engalabernos, deberán describirse éstos reseñando también sus límites superior e inferior.
3. Habrá que realizar una descripción detallada de los elementos comunes, diferenciando, en su caso, los de cada subcomunidad.
4. Para la determinación de las cuotas de participación en la comunidad general de intereses de estructura consorcial, habrá que partir del volumen edificado de cada elemento privativo (incluidos los engalabernos), en relación con el volumen total del inmueble, y no de la superficie de cada local, piso o departamento. De esta forma se resolverá adecuadamente la titularidad sobre los derechos de sobre y subedificación; no sería justo que el dueño de un engalaberno que ocupa la mayor parte de la superficie de la planta baja o de la última planta pretendiera una participación en esos derechos (respectivamente, de subedificación y de sobreedificación) proporcional a la superficie del local o piso de su propiedad.

D) *Propiedad horizontal de hasta cuatro propietarios*

El apartado 8 del artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, reformada en 1999, se refiere al supuesto de propiedad de casas por pisos cuyos propietarios no excedan de cuatro y se hayan acogido al régimen de administración del artículo 398 del Código Civil. Su estructura es la misma de la propiedad horizontal en general y, por tanto, se tratará —como veremos más adelante— de una situación jurídico-real de naturaleza consorcial, pero su sencillez hace innecesaria una organización que la gestione o administre y, por tanto, cabe incluirla entre los supuestos de consorcio real simple.

2. CONSORCIOS REALES RELATIVOS A LA PROPIEDAD RÚSTICA (AGRARIA Y FORESTAL)

La determinación de zonas de actuación de la Administración Pública en el campo español aparece en buena parte de nuestra legislación agraria, sobre todo en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 y, más en concreto, en las operaciones de concentración parcelaria y de transformación en regadío de zonas de interés general (nacional o regional). Cabe encontrar en las normas reguladoras de estos trabajos de reordenación de la propiedad rústica e, incluso, en las de ordenación de explotaciones u ordenación rural y en las de auxilios para mejoras de interés común (comprendidas en la antigua colonización de interés local) datos característicos de la figura del consorcio real (32), reveladores de que tales trabajos van orientados, en muchos casos, a la constitución de situaciones consorciales y a la creación de una auténtica propiedad consorciada, ya que, como resultado de las mismas, se constituyen muchas veces «comunidades zonales».

Son también numerosos los casos en que los titulares de varias explotaciones agrícolas, cuyas bases territoriales están situadas en una zona determinada, ejecutan conjuntamente una obra o mejora que beneficia a todos ellos, que es puesta al servicio del cultivo de las tierras de cada uno y destinada,

(32) El supuesto en que aparecen más claras las características del consorcio real es el de las transformaciones en regadío: antes el IRYDA y ahora las Administraciones de estructuras agrarias de las Comunidades Autónomas asumen en ellas las funciones, facultades y derechos de las Comunidades de Regantes (auténticos consorcios reales, según veremos), hasta tanto que llegue el momento de su constitución por los propios usuarios (art. 51.2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario); y las fincas reservadas, cualquiera que sea su poseedor, están afectas con «carga real» al pago de las cantidades invertidas por el Instituto (ahora la Administración Agraria de la correspondiente Comunidad Autónoma) en las obras, en la proporción imputable al propietario (art. 77 de la misma Ley). Cf., para el supuesto de la concentración parcelaria y otros también considerados como consorcios reales, BALLARÍN MARCIAL, A., *Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria*, Madrid, 1975, pág. 341 y sigs.

consiguientemente, a permanecer vinculada a las propiedades independientes, como anejo común e inseparable de las mismas.

Los supuestos más abundantes han sido, mientras las aguas subterráneas fueron privadas, los de transformación o mejora de regadío con estas aguas. Cuando los propietarios de las fincas, objeto de transformación o mejora, vinculaban el agua a la tierra, constituían una verdadera «comunidad de regantes» con aguas privadas. Junto a ellas, relacionadas o no con el riego, podemos también señalar las agrupaciones para la defensa o desecación de terrenos, el saneamiento de tierras, las electrificaciones comunes, la formación de estercoleros o cañaverales también comunes, etc.

La doctrina se ha ocupado de la naturaleza jurídica de estas situaciones, pudiendo destacarse dos posturas: 1.^a) La de considerar que pueden calificarse como sociedades civiles aunque para ello deban aplicarse con cierta amplitud algunos de los preceptos del Código Civil reguladores de tales sociedades. Así lo mantiene GARRIDO PALMA (33), opinando que «la realidad de la vida nos muestra la existencia de relaciones que exigen protección y que no cabe encajar en el marco estrecho, individualista y meramente transitorio del condominio», pues se trata de situaciones pensadas para perdurar, en las que no es admisible que cualquiera de los interesados, en cualquier momento, pueda pedir la disolución de la comunidad o disponer libremente de su cuota, pudiendo en cambio «tener pleno encaje dentro de la normativa legal de la sociedad civil, interpretando objetivamente y sin prejuicios doctrinales el artículo 1665 y teniendo en cuenta que el olvidado artículo 1678 habla del uso de cosas determinadas como objeto posible de la sociedad civil». 2.^a) Entender que se trata de asociaciones especiales de tipo consorcial —tal como califica las situaciones que estudiamos LUCAS FERNÁNDEZ (34)— que adoptarían normalmente la forma de los antiguos Grupos

(33) GARRIDO PALMA, V. M., «Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil», en *RDP*, septiembre de 1972, pág. 759 y sigs. Aunque este autor se refiere al caso «de que varias personas convengan en realizar una actividad económica común aportando lo para ella necesario, pero no con la intención de obtener un lucro o ganancia dineraria inmediata, directamente obtenida por la enajenación de lo por la común actividad producido, de las relaciones con los terceros, sino con el fin de obtener los interesados un resultado económicamente beneficioso», más amplio que el que analizamos en el texto, no cabe duda de que también se refiere a él; cita varios supuestos, entre ellos el de «la explotación de un cañaveral cuando no se persigue vender las cañas a terceros y repartirse las ganancias de ese modo obtenidas, sino que cada socio retire su parte para utilizarlas en el cercado y en las labores agrícolas de su propia finca...» (pág. 764). También JORDANO BAREA, J. B. («Comunidad y sociedad en la explotación agraria», en *AAMN*, t. XVIII, pág. 291 y sigs.) considera aplicable la forma de la sociedad civil —entre otras— a las sociedades agrarias, e incluye entre éstas las que tengan por objeto «las actividades preparatorias de puesta en explotación o mejora de tierras», que podrán suponer la realización de las obras y mejoras comunes a que nos referimos.

(34) LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española*, Murcia, 1965, pág. 78 y sigs.

Sindicales de Colonización, hoy insertos en las Sociedades Agrarias de Transformación.

La nueva Ley de Montes, de 21 de noviembre de 2003, dispone en su artículo 27 que las Administraciones Públicas fomentarán la agrupación de montes, públicos o privados, con el objeto de facilitar una ordenación y gestión integrada mediante instrumentos de gestión forestal que asocien a pequeños propietarios. El número 2 de la Disposición Derogatoria Única de la misma Ley 43/2003 establece que las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de los textos derogados a los que se refiere el apartado anterior (entre las que figura la Ley de 8 de junio, de 1957, de Montes) continuarán vigentes, en tanto no se opongan a lo previsto en esta Ley, hasta la entrada en vigor de las normas que puedan dictarse en su desarrollo. En esta materia de agrupaciones forestales, habrá que aplicar, por consiguiente, las normas del Reglamento de Montes de 1962.

En dicho Reglamento, de 22 de febrero de 1962, se mencionan o regulan dos clases de asociaciones (35) de propietarios de fincas forestales que constituyen situaciones compartidas de carácter consorcial:

- 1.^a) Una de estas entidades es la formada por los particulares, asociados en grupos sindicales (hoy sociedades agrarias de transformación), que se propongan la mejora de los montes que les pertenecen; la configuración de estas Sociedades de Transformación forestales será la misma de las agrícolas que acabamos de analizar.
- 2.^a) La otra clase de asociaciones de propietarios de fincas forestales será la formada por los dueños de las incluidas en las «agrupaciones forestales» reguladas en los artículos 247 a 262 del citado Reglamento de Montes de 1962. Habrán de determinarse, en todo caso, el perímetro y cabida aproximada de la zona y las fincas afectadas, cuyos propietarios pertenecerán necesariamente a la asociación que se constituya, por lo que se trata sin duda de una asociación *ob rem* que viene a constituir un claro ejemplo de titularidad compartida de carácter consorcial.

La peculiaridad de la figura que analizamos se pone sobre todo de manifiesto en el hecho de que el artículo 258.2 del Reglamento de Montes de 1962 establezca que «las asociaciones constituidas por los propietarios... para regir las agrupaciones voluntarias u obligatorias tendrán personalidad jurídica una

(35) La Disposición Adicional quinta de la nueva Ley de Montes, denominada *sociedades de propietarios forestales*, establece que el Gobierno remitirá a las Cortes Generales en el plazo de dos años desde la aprobación de esta Ley una propuesta de modificación de la legislación de sociedades que incorpore una nueva figura que se adecue a las especificidades forestales. Estas especificidades pueden muy bien ser las de las actuales Asociaciones de Montes.

vez inscritas en el libro registro de agrupaciones», lo que resulta incompatible con lo dispuesto en el número 3 del mismo artículo («las asociaciones de propietarios podrán revestir cualquiera de las formas sociales reconocidas por el Derecho Civil y Mercantil o por la legislación de Cooperativas, previo el cumplimiento de los requisitos en cada caso exigidos») o revela que se trata de una figura jurídica sustancialmente distinta a la sociedad.

Si las normas que regulan las Sociedades Civiles y Mercantiles (incluidas la legislación de Cooperativas y la de las Sociedades Agrarias de Transformación, calificadas expresamente de civiles por el Real Decreto de 3 de agosto de 1981), que tienen rango de Ley, reconocen la personalidad jurídica de tales sociedades, no cabe admitir que el Reglamento de Montes, aprobado por Decreto, supedita tal reconocimiento de personalidad a la inscripción en el libro-registro de agrupaciones; en realidad lo único que este Reglamento establece es que las Asociaciones que regula puedan «revestir» la forma de sociedad, pero no que «sean» sociedades. No pueden serlo porque, como señala MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (36), «la posibilidad de asociación forzosa no parece, en principio, que vaya a encontrar un cauce adecuado en las formas sociales mercantiles o civiles comúnmente conocidas, que se basan en la libre voluntad de todos los asociados». GRAU (37) y el propio MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (38) piensan que el Reglamento de Montes ha querido regular una nueva figura que el segundo considera tiene gran semejanza con varios *consorzi fra privati* del Derecho italiano y con otras asociaciones *propter rem* previstas en nuestro Derecho Positivo; NIETO (39), siguiendo a OTTAVIANO (40), ha puesto de relieve el carácter instrumental de estas entidades (refiriéndose en concreto a las Mancomunidades y Agrupaciones Municipales de Montes); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (41) ha visto su parecido con las comunidades de regantes, y LEGUINA VILLA (42) ha considerado que la unidad forestal, que agrupa a varios propietarios individuales es una técnica análoga al polígono urbanístico. Nos encontramos, una vez más, con semejanzas con figuras ya analizadas o que veremos más adelante, reveladoras de que existen en nuestro Derecho Positivo unas cotitularidades compartidas que parecen tener en común una naturaleza o estructura consorcial.

(36) Cf. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., *Los consorcios en el Derecho Español (análisis de su naturaleza jurídica)*, Madrid, 1974, pág. 493.

(37) Cf. GRAU, S., *Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes*, Madrid, 1966, pág. 416.

(38) Cf. *ob. cit.*, pág. 493 y sigs.

(39) Cf. NIETO, A., *Bienes comunales*, Madrid, 1964, pág. 903.

(40) Cf. *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padua, 1959.

(41) Cf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Derecho Administrativo, Sindicatos y Autoadministración*, Madrid, 1972, pág. 67.

(42) Cf. LEGUINA VILLA, J., «Las facultades dominicales de la propiedad forestal», en *REDA*, núm. 3, octubre-diciembre de 1974, pág. 467.

3. CONSORCIOS REALES HÍDRICOS

Debemos distinguir entre los relativos a la propiedad del agua y al uso de la misma.

Entre los primeros destacan los heredamientos y comunidades canarios, cuya regulación por la Ley de 27 de diciembre de 1956 planteó problemas relacionados con la explicación de su naturaleza jurídica. La pretensión originaria de que se confiriera la personalidad jurídica a los «Heredamientos» seculares se hizo extensiva por la Comisión Codificadora a las modernas «Comunidades», lo que dio lugar a que normas pensadas para aquellos resultasen incongruentes cuando se refieren a las segundas (43), teniendo que esforzarse la doctrina para superar contradicciones y hacer compatibles disposiciones que contemplan a la vez situaciones asociativas dotadas de personalidad y situaciones de comunidad. La contradicción más evidente es la relativa a la titularidad de la gruesa o caudal de agua —y demás elementos indivisibles y de uso común— que el párrafo 2 del artículo 5 de la Ley atribuye a la Agrupación y que, sin embargo, se considera también que pertenecen por cuotas indivisas a todos los comuneros, conservando cada partícipe el dominio de su cuota (art. 5, párr. 1, y 7, párr. 2) y estableciéndose la improcedencia de la acción divisoria y del retracto de comuneros (art. 7, párr. 3) así como la posibilidad del secuestro de aguas (art. 8).

La explicación de este aparente contrasentido se ha buscado distinguiendo entre la titularidad de los bienes y la de su gestión o administración y considerando que es solo esta última la que se atribuye a la Agrupación de propietarios constituida como Asociación a la que la Ley confiere personalidad jurídica. En concreto, son dos las teorías que procuran desentrañar de este modo la naturaleza jurídica de los Heredamientos y Comunidades regulados en la Ley de 1956:

- a) La seguida por CREHUET (44), de las llamadas «titularidades de disposición sin atribución patrimonial», atribuidas por ley o voluntad reconocida «a una persona distinta del titular o titulares de goce de la cosa o cosas objeto de la relación jurídica dominical» que «es, cabalmente, la asociación o sociedad que erige en la agrupación de propietarios la Ley de 27 de diciembre de 1956».

(43) Cf. NIETO, «Las Comunidades de aguas canarias en 1956», en *Estudios de Derecho Administrativo especial canario*, III, Tenerife, 1969, pág. 172; MARÍ CASTELLÓ-TÁRREGA, «Los Heredamientos y Comunidades en su Ley reguladora», en *Estudios de Derecho Administrativo especial canario*, III, Tenerife, 1969, pág. 190 y sigs.; y CREHUET, P., «Sugerencia y glosa a la Ley sobre Comunidades de Aguas de 27 de diciembre de 1956», en *ADC*, 1957, pág. 1138 y sigs.

(44) Cf. *ob. cit.*, pág. 1143 y sigs.

- b) La propuesta por NIETO (45), que ve en la figura consorcial la solución que despeja las dificultades indicadas. Según él, «en el consorcio (a diferencia de en la sociedad) no se crea un nuevo centro de intereses, sino que cada propietario conserva su interés propio, y lo único que hace es encomendar la gestión de su interés al nuevo ente: el consorcio es, pues, un ente de gestión». Aplicando esta figura del consorcio a los Heredamientos y Comunidades de aguas de la Ley de 1956, estas entidades tendrían que considerarse titulares de los «bienes instrumentales», tal como el *caput aquae* (la boca o manantial), mientras que a los partícipes les pertenecerán los frutos de dicho *caput*, el derecho a participar de tales frutos en proporción a sus cuotas.

Posiblemente sea esta figura consorcial la que mejor explique la naturaleza de esa «institución permanente —la Heredad— que posibilita la división del agua en el tiempo y mantiene esta división permanente en los sucesivos periodos llamados dulas», tal como escribía, poco antes de la Ley de 1956, DÍAZ SAAVEDRA (46), quien, como subraya el propio NIETO (47), formulaba con otro lenguaje el principio consorcial, al añadir que «la Heredad no es una comunidad de bienes, ni es una sociedad, es solo una institución encargada de mantener dividida en el tiempo una propiedad móvil, como el agua... La facultad de la Heredad, como institución, queda concretada a la conservación del caudal y reparación de los elementos comunes».

Aunque las comunidades de usuarios de agua se configuran por el TR de la LA de 2001 como Corporaciones de Derecho Público, dotadas por consiguiente de personalidad jurídica, no dejan por ello de estructurarse como comunidades de intereses cuyo objeto es la vinculación real de bienes privativos de cada partícipe y de otros comunes adscritos a aquéllos, entre los que tiene especial relevancia el propio aprovechamiento colectivo de las aguas concedidas a la comunidad. De esta naturaleza consorcial de las comunidades de usuarios derivan sus características más fundamentales: el que su constitución se lleve a cabo en consideración a los fundos, por lo que los comuneros deben ser siempre los propietarios, automáticamente sustituidos por los adquirentes en cualquier supuesto de sucesión o transmisión de tales fundos; y el que estos fundos queden sujetos con carga real al cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la conservación, administración y mejor disfrute de los elementos

(45) Cf. NIETO, A., «Hacia una teoría consorcial de las comunidades de aguas canarias», en *Estudios de Derecho Administrativo especial canario*, Tenerife, 1969, pág. 217 y sigs.

(46) Cf. DÍAZ-SAAVEDRA y NAVARRO, N., «La heredad de aguas de riego o régimen del inmueble inmóvil», en *Revista del Foro Canario*, núm. 11, septiembre-diciembre de 1955, págs. 30 y 31.

(47) Cf. «Hacia una teoría consorcial...», *ob. cit.*, pág. 241.

comunes, sin que puedan quedar excluidos de esta afección especial los bienes cuyos titulares se beneficien de la actividad común.

Estas características fundamentales del consorcio real aparecen en la regulación que de las comunidades de usuarios hace el TR de la LA de 2001, sobre todo en los artículos 82.2 y 83.4:

1.^a) *El intuitus rei*

Los Estatutos u Ordenanzas de las comunidades de usuarios —dice el art. 82.2 del TR de la LA de 2001— incluirán la finalidad y el ámbito territorial de la utilización de los bienes de dominio público hidráulico y regularán la participación y representación obligatoria, y en relación a sus respectivos intereses, de los titulares actuales y sucesivos de bienes y servicios y de los participantes en el uso del agua. Ámbito territorial y participación, en relación a sus respectivos intereses, de los titulares actuales y sucesivos, son datos reveladores de que, en las comunidades de usuarios, la pertenencia a la situación viene determinada por una relación real de propiedad de ciertos inmuebles situados en una zona. Como señala la doctrina, se trata de entidades que se constituyen y regulan en consideración a los fundos, no de los titulares de los mismos.

2.^a) *La «carga real»*

Las deudas a la comunidad de usuarios por gastos de conservación, limpieza o mejoras, así como cualquier otra motivada por la administración y distribución de las aguas —dice el art. 83.4 del TR de la LA de 2001— gravarán la finca o industria en cuyo favor se realizaron, pudiendo la comunidad de usuarios exigir su importe por la vía administrativa de apremio, y prohibir el uso del agua mientras no se satisfagan, aún cuando la finca o industria hubiese cambiado de dueño (48).

(48) El mismo criterio —añade el precepto transcrito— se seguirá cuando la deuda provenga de multas e indemnizaciones impuestas por los Tribunales o Jurados de Riego. Y en el artículo 83.1 del TR de la LA de 2001 se establece también la exigibilidad, por la vía administrativa de apremio, del coste (o abono de gastos y perjuicios) de la ejecución subsidiaria por incumplimiento de las obligaciones de hacer, a menos que revistan un carácter personalísimo. Análogo sistema regirá para el cobro de los cánones o exacciones regulados en los artículos 112 a 114 del TR de la LA de 2001, conforme dispone el artículo 115. Y el artículo 212.2 del RDPH también establece que en las concesiones de aprovechamientos colectivos para riegos, todos los terrenos comprendidos en el plano general aprobado quedarán sujetos al pago de las obligaciones aunque los propietarios rehúsen el agua.

4. CONSORCIOS REALES MINEROS

Entiende por coto minero el artículo 108 de la Ley de Minas, de 21 de julio de 1973 (reproducido y desarrollado por el 134 del Reglamento de 25 de agosto de 1978), «la agrupación de intereses de titulares de derechos de explotación en diversas zonas de un mismo yacimiento o de varios de éstos, situados de forma tal que permitan la utilización conjunta de todos o parte de los servicios necesarios para su aprovechamiento».

A pesar de que en este concepto de coto minero se alude únicamente a la utilización conjunta de servicios, la Ley y el Reglamento de Minas contemplan un doble fin de la posible agrupación: *a)* La instalación de servicios mancomunados de desagüe, ventilación y transporte o la utilización conjunta de establecimientos de beneficio; *b)* La constitución de una entidad de explotación más ventajosa que (agregando, segregando y aun desmembrando autorizaciones y concesiones si fuera necesario) permita obtener mayor rendimiento de los aprovechamientos, simplificar o reducir las instalaciones o facilitar la salida de los productos.

También distinguen la Ley y el Reglamento de Minas entre los cotos voluntarios y los obligatorios. Los voluntarios pueden perseguir cualquiera de los dos objetivos señalados, mientras los obligatorios (que son más bien forzosos, pues deberán formarse a propuesta de los Servicios de Minas, de otros Organismos relacionados con asuntos mineros o de titulares de derechos mineros que pretenden formar un coto de aprovechamiento más ventajoso, siempre que se trate de aprovechamientos de recursos que hayan sido declarados de interés nacional, o cuando la falta de unidad de sistema en aprovechamientos colindantes o próximos de distintos titulares pueda afectar a la seguridad de los trabajos, integridad de la superficie, continuidad del recurso o protección del medio ambiente, o cuando resulte así un aprovechamiento más favorable de los recursos) tendrán siempre por finalidad la constitución de una nueva entidad de explotación que el artículo 111 de la Ley y el 137 del Reglamento de Minas denominan consorcio de aprovechamiento y que —añaden— llevará la administración y dirección de la empresa. En cambio, cuando se refieren a los cotos voluntarios, la Ley y el Reglamento de Minas solo prevén la celebración de un convenio entre los interesados (con los Estatutos que lo regulen), a pesar de que uno de sus objetivos pueda ser también (como en los obligatorios) el constituir una entidad de explotación.

Aunque se mantienen diferentes criterios sobre la naturaleza de estas entidades vinculadas a cotos mineros (49), parece que cuando tengan por objeto

(49) Cf. MANZANEDO MATEOS, J. A. (en *Curso de Derecho Administrativo Económico*, de MANZANEDO, J. A.; HERNANDO, J., y GÓMEZ REINO, E., Madrid, 1970, pág. 798 y sigs.) que, siendo partidario de admitir la figura del consorcio en nuestro Derecho, considera que, aprobado un coto forzoso, los concesionarios interesados están obligados a constituirlo; y

la gestión y explotación en común de los aprovechamientos (tanto si se trata de cotos forzosos u obligatorios como de cotos voluntarios) vendrán a constituir verdaderas sociedades y que, únicamente cuando persigan el objetivo más limitado de establecer algunos servicios mancomunados, permaneciendo independientes las explotaciones de los diferentes concesionarios, estaremos en presencia de una titularidad compartida de carácter consorcial (50).

5. CONSORCIOS REALES URBANÍSTICOS

Las situaciones jurídicas de estructura y naturaleza consorcial aparecen, con carácter transitorio, en el proceso urbanizador de compensación y, con carácter permanente, una vez concluida la urbanización y realizadas las subsiguientes construcciones.

A) Entidades consorciales que actúan en el proceso de urbanización

a) Juntas de Compensación

La pertenencia a la Junta de Compensación se produce *intuitus rei*; como ocurre con otras situaciones jurídicas similares, se puede decir que se trata de una comunidad de fincas, más que de propietarios, puesto que el cambio de titularidad de una de las fincas del perímetro de actuación urbanística o del derecho de aprovechamiento urbanístico sustitutivo lleva aparejado el cambio del cotitular en la comunidad de intereses que es la Junta de Compensación.

en los cotos voluntarios, aunque no exista la obligación expresa de constituir un consorcio, es patente que la gestión colectiva de los servicios comunes o de la explotación deberá ser asumida por una entidad explotadora que responda a la técnica consorcial. En cambio, MARTÍN MATEO, R. (*Los consorcios locales*, Madrid, 1970, pág. 29) estima que en el supuesto de utilización de servicios comunes no se prevé un órgano colectivo sino únicamente el establecimiento de un Reglamento, y en el de explotación en común de minas la figura del consorcio opera como una sociedad; éste es también el criterio de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., en *ob. cit.*, pág. 111. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T. R., en *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 2002, pág. 121, incluyen los cotos mineros forzosos entre las que denominan transferencias coactivas no expropiatorias, que constituyen una técnica de intervención general de la economía.

(50) El artículo 8 del Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración de espacio natural afectado por actividades mineras, dispone que «cuando razones de tipo geológico o geomorfológico aconsejen la realización de un Plan de Restauración conjunto para aprovechamientos mineros realizados por titulares distintos, la Administración podrá imponer la creación de un coto minero de acuerdo con lo previsto en el artículo 110 y concordantes de la Ley de Minas y su Reglamento de Minas. El Consorcio correspondiente determinará las obligaciones de cada titular en la ejecución del Plan de Restauración».

b) Entidades de Conservación Urbanística

También las Entidades de Conservación Urbanística, reguladas en los números 2 y 3 del artículo 25 y en los artículos 68 a 70 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, que aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística, tienen la naturaleza de Entidades *ob rem*, puesto que la pertenencia a las mismas será obligatoria para todos los propietarios comprendidos en su ámbito territorial (art. 25.3) y la transmisión de la titularidad que determine la pertenencia a la entidad llevará consigo la subrogación en los derechos y obligaciones del causante, entendiéndose incorporado el adquirente a la entidad a partir del momento de la transmisión (art. 28).

B) *Consortios reales resultantes del proceso de urbanización y construcción*

Tres son los supuestos más importantes de propiedad urbana en los que creemos existen situaciones compartidas de carácter consorcial y respecto de los cuales cabe hablar de propiedad consorciada: la propiedad de casas por pisos, las urbanizaciones privadas y complejos inmobiliarios y los conjuntos inmobiliarios.

a) Propiedad horizontal simple o de casas por pisos o locales

Se ha llegado a afirmar de la propiedad horizontal que «nos hallamos ante una institución tan vital, que sus múltiples facetas resulta imposible compendiarlas en una fórmula mental adecuada» y que «es inútil buscarle semejanzas o identidades parciales para que sea absorbida por otros tipos clásicos» (sentencia de 2 de abril de 1971) (51).

Una referencia sistemática a las posiciones más generalizadas nos permitirá discernir si se trata de una institución tan peculiar que no admite apenas parangón o si, por el contrario, responde a un esquema jurídico más amplio,

(51) La STS de 18 de mayo de 1960 (de la que fue ponente BONET RAMÓN) dice así en uno de sus considerandos: «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, pero que afectan a todos ellos, como ha venido a reconocer nuestra Ley reformadora del artículo 396 del Código Civil, la doctrina científica en su mayor parte y, asimismo, la Jurisprudencia de esta Sala...».

a una figura comprensiva de las diferentes situaciones compartidas de estructura consorcial.

Las teorías anteriores a la configuración moderna de la propiedad horizontal están relacionadas con las posturas de los primeros Códigos Civiles y se concretan en las posiciones de quienes entienden que se trata de relaciones y derechos de servidumbre o de superficie. Aunque no han sido del todo abandonadas en las nuevas legislaciones y en la doctrina más moderna, tanto aquéllas como ésta se centran fundamentalmente en las figuras de la comunidad, de la propiedad y de la sociedad.

El Código Civil francés y el italiano de 1865 incluyen la regulación de la propiedad por pisos entre las normas de las servidumbres, lo que sin duda influyó en que se mantuviera que dicha propiedad era una forma de servidumbre. Sin embargo, se considera en general que los derechos que configuran la llamada propiedad horizontal corresponden a los partícipes como verdaderos dueños y que la propiedad y la servidumbre no son compatibles (en el sentido de que las facultades que se ejercitan como propietario no pueden estimarse ejercitadas por título de servidumbre), ya que *nemini res sua servit iure servitutis*.

La teoría del derecho de superficie es mantenida por el Código Civil alemán, al recoger la norma prohibitiva de la propiedad por pisos, y la mantuvo también al principio el Código Civil suizo, perdurando en los tratadistas germanos a pesar de que la nueva regulación de la propiedad horizontal en su país responde más bien a la idea de comunidad. La gran mayoría no considera aceptable esta teoría porque el derecho de superficie es un derecho de construcción sobre suelo ajeno, mientras que lo normal en la propiedad por pisos es que el suelo sea elemento común y, aunque en algún caso pudiera pertenecer a tercero, ello no significaría una modificación del régimen de propiedad horizontal del edificio así construido.

Nuestro Código Civil (separándose del criterio del Proyecto de 1851, que había seguido al francés) insertó la regulación de la propiedad por pisos en el título de la comunidad de bienes. Esto hizo que, en general, pudiera ser considerada como una modalidad de dicha comunidad, cuya disciplina permitiría resolver bastantes cuestiones, aunque algunos principios de la comunidad, como la acción de división y los derechos de preferente adquisición de los comuneros, constitufan realmente un obstáculo para el desarrollo de la propiedad por pisos. «Estos inconvenientes —dice BENACCHIO (52)— apenas aflo-
rados en una fase histórica en la cual el fenómeno quedaba limitado al ámbito de una casa de dos o tres pisos que, con motivo de una sucesión hereditaria

(52) Cf. BENACCHIO, G., *Il condominio edilizio*, Padua, 1969, pág. 178. A continuación, para confirmar su criterio, recoge la opinión de VENTURA TRAVESET: el que adquiere un piso o local, lo hace para disfrutarlo solo, no porque le seduzca convivir con los demás titulares en las partes de general uso (escalera, patios, etc.) (*Derecho de propiedad horizontal*, Barcelona, pág. 37 de la 2.ª ed., de 1976).

o de otros hechos jurídicos, era dividida entre pocos propietarios, restando comunes pocas cosas como la entrada, las escaleras y el techo, se convertirán en insoportables en la propiedad por pisos moderna en la que encuentran alojamiento centenares de personas e incluso familias, cada una de las cuales pretende resolver su problema de manera definitiva e independiente, o sea disponer de un derecho exclusivo».

Por esto se modifican los Códigos o aparecen leyes especiales reguladoras de la propiedad horizontal, que pretenden responder a estas nuevas exigencias de habitación en una sociedad fundamentalmente urbana e industrial, y la doctrina se esfuerza en explicar la verdadera naturaleza jurídica de esta institución, dando lugar así a una posición bastante generalizada que pretende que estamos en presencia de una figura completamente original, caracterizada precisamente por su complejidad, porque en ella se manifiestan unos derechos de propiedad privada unidos a la copropiedad indivisible sobre los elementos comunes. Esta concepción dualista, que distingue entre la titularidad dominical ordinaria sobre el piso o departamento y un derecho accesorio de copropiedad sobre los elementos comunes del inmueble, ha inspirado a nuestros legisladores de 1939, 1960 y 1999 y ha sido recogida en nuestra jurisprudencia, pasando a ser casi una *communis opinio* que, sin embargo, no parece satisfactoria por dos razones: en primer lugar, porque fracciona innecesariamente la titularidad de cada copropietario en dos titularidades yuxtapuestas (bien que indisolublemente unidas), siendo así que ambas integran un solo todo. En segundo término, porque la titularidad de cada propietario no puede considerarse como una titularidad dominical totalmente autónoma, ordinaria y desconectada de las demás. Esta falta de unidad intenta ser superada por aquellos que consideran que la propiedad horizontal no es una figura *sui generis* sino que puede ser explicada acudiendo a otras instituciones jurídicas ya consagradas.

Poniendo el acento en uno de los dos componentes de la construcción dualista o buscando fórmulas integradoras, se han propuesto numerosas opiniones doctrinales de carácter unitario. La posición mantenida por nuestra doctrina tradicional y que aún hoy parecen defender CÁMARA, GARRIDO Y SOTO (53) es la de que «solo si se acepta que la copropiedad horizontal es, en definitiva, una forma especial de copropiedad, adquiere su cabal significado la afirmación de que el derecho de cada propietario es «complejo», «interdependiente» y «funcional». También así se justifica plenamente que la cuota o coeficiente de participación no se refiera exclusivamente a los elementos comunes sino, como dice el artículo 3.º de la Ley, a «las cargas y beneficios por razón de la comunidad», y que exprese, por tanto, la proporción en que cada propietario

(53) Cf. «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid, 1975, pág. 992.

participa en el valor total del inmueble. PELAYO HORE (54) incluyó la propiedad horizontal entre los supuestos que calificó de comunidad social y MONEDERO GIL (55) la considera un supuesto de comunidad asociativa, entendiendo por tal «aquella comunidad que no agota su ser en el régimen de disfrute y de convivencia, sino que superpone a este régimen endógeno otro dirigido a la proyección externa de la comunidad».

La mayoría de la doctrina española considera que la propiedad por apartamentos es una verdadera propiedad. Alguno —como FUENTES LOJO (56)— cree que es una forma más de la propiedad en general, porque ésta «ya no se concibe hoy como un derecho que otorgue un poder ilimitado, exclusivo y perpetuo sobre la cosa, sino como un derecho abstracto, elástico, pudiendo tener existencia distinta e independiente de sus facultades e incluso ampliaciones o reducciones en su extensión, sin perder su naturaleza»; otros muchos estiman que constituye una propiedad especial que califican, por ejemplo, de «compleja, interdependiente y funcional» o de «funcional, zonificada, gregaria y solidaria».

Hay posiciones doctrinales que pretenden llegar a cierta unificación de la compleja situación jurídica que es la propiedad horizontal considerando que se trata de una sociedad, un ente colectivo o persona jurídica o un ente de gestión. Han sido sostenidos estos criterios por diversos autores extranjeros, sobre todo italianos, pero han tenido escasa influencia en nuestro país.

Únicamente algunos mantienen posturas intermedias, pretendiendo responder de algún modo al aspecto organizativo de la propiedad horizontal que ni en las teorías de la propiedad o de la comunidad, ni tampoco en la concepción dualista o *sui generis*, parece clara y suficientemente planteado y resuelto. Así, ESCRIVÁ DE ROMANÍ (57) considera que «la propiedad horizontal es una fórmula intermedia entre la comunidad ordinaria y la sociedad. Se asimila a esta última en su forma de administración (Junta de condueños, presidente, administrador, etc.) y se diferencia de la misma en no habersele reconocido personalidad jurídica por la Ley, así como en que cada propietario tiene la propiedad independiente y separada de un piso o local». PÉREZ PASCUAL (58) estima que la Junta de Propietarios tiene ya una personalidad de hecho (admitida así por la jurisprudencia) y que tal personalidad debiera serle

(54) Cf. PELAYO HORE, S., «La indivisión perpetua...», cit., en *RDP*, 1942, pág. 458.

(55) Cf. MONEDERO GIL, F., «La comunidad de propietarios. Sus órganos: la Junta de Propietarios. Régimen de los acuerdos. El Presidente. La representación de la comunidad. El Administrador», en *Rev. Pretor*, núm. 23, septiembre-octubre de 1964, pág. 647.

(56) Cf. FUENTES LOJO, J. V., *Suma de la propiedad por apartamentos*, t. I, Barcelona, 1969.

(57) Cf. ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, F., «Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», en *RCDI*, septiembre-octubre de 1967, núm. 462, pág. 1246.

(58) Cf. PÉREZ PASCUAL, E., *El derecho de propiedad horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, Madrid, 1974, pág. 271 y sigs.

reconocida por el Derecho para que fuera titular de los elementos comunes; se explicarían de este modo muchos de los problemas de la propiedad horizontal que no tienen ahora solución satisfactoria. Y MUÑOZ DE DIOS (59) dice estar «convencido de que la propiedad horizontal es comunidad de goce, en ese camino que lleva a la personalidad jurídica, pero sin llegar a obtenerla... intermedia entre la comunidad propiamente dicha y la persona jurídica».

No parece que pueda prescindirse del aspecto comunitario en la institución de la propiedad horizontal, ni siquiera aunque se ponga en primer plano «la propiedad privativa o singular del piso o local, quedando la comunidad como accesoria» e incluso, «dando un paso más», se lleve «al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto» (Exposición de Motivos de la Ley de 21 de julio de 1960). Lo que ocurre es que esta comunidad (que la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1960 refiere al conjunto del inmueble dividido económicamente en fracciones o cuotas, al mismo tiempo que se divide física y jurídicamente en pisos o locales) es comprensiva de la situación jurídica completa —y no tan solo de los llamados elementos comunes—, y es únicamente una comunidad de intereses, ya que es el interés común, existente entre los dueños de los pisos, el que constituye el objeto inmediato de la titularidad compartida por todos ellos, en tanto que el edificio será su objeto mediato.

En esta comunidad de intereses surgirán necesariamente —como en toda comunidad— relaciones asociativas, o de los comuneros entre sí y respecto de terceros, que requerirán una organización como cauce de ejercicio de determinados derechos y obligaciones.

Será necesario —como dice TORRALBA (60)— «unificar la gestión de los intereses de la agrupación a través de la atribución de unas facultades a unos organismos especialmente creados al efecto». Este aspecto organizativo ha quedado en general postergado en las construcciones doctrinales que pretenden explicar la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, al referirlas sobre todo al aspecto primario o real, a los elementos privativos y comunes o al edificio en su conjunto.

No se trata, en absoluto, de que la propiedad horizontal sea considerada un ente de gestión, sino meramente de que existen en ella unos órganos de gestión y de que también estos órganos deben formar parte, por consiguiente, de las explicaciones del instituto, de su naturaleza. «El dueño del piso —dice LACRUZ BERDEJO (61)— tiene conciencia de que su propiedad se realiza a través, no ya

(59) Cf. MUÑOZ DE DIOS, G., «Posibles formas empresariales en la propiedad horizontal», en *RCDI*, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553, págs. 1521 y 1523.

(60) Cf. TORRALBA SORIANO, O. V., «Las obligaciones derivadas de la situación de propiedad horizontal», en *Documentación Jurídica*, julio-diciembre de 1975, pág. 151 y sigs.

(61) Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. 2.º, Barcelona, 1980, pág. 315.

solo de unos bienes comunes que son los más valiosos e importantes por cuanto sustentan y delimitan el piso (solar, muro, techo, suelo, tabiques medianeros) y le dan acceso (patio, escaleras, ascensor, etc.), sino de un consorcio de condueños que organiza los servicios que hacen utilizable el piso y le dan figura de «vivienda». Es a ese consorcio al que, como si tuviera personalidad jurídica, considera el dueño del piso acreedor de su contribución mensual o trimestral a los gastos generales; y es el propio consorcio quien, como si fuera una persona, puede establecer sobre un piso determinado «las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el artículo 17» (art. 9.1.c).

Para comprender en ella este aspecto organizativo fundamental —y descartando, por supuesto, el ver en la institución una sociedad o cualquier otra entidad con personalidad jurídica—, no parece que la propiedad horizontal tenga explicación suficiente y satisfactoria a través de las figuras de la comunidad de bienes, tomada en sentido estricto, o de la propiedad ordinaria. En tal caso, ¿habrá que deducir que estamos en presencia de una institución *sui generis*, tan peculiar que no admite parangón? Creo que responde a un esquema más amplio, a una estructura típica de unas titularidades compartidas que no encajan ni en la comunidad estricta de bienes ni en la sociedad, a una comunidad de intereses de estructura consorcial, configuradora de las situaciones de propiedad que hemos denominado —por ello— propiedad consorciada.

Las características fundamentales del consorcio real aparecen en la regulación que de la propiedad horizontal se realiza en la Ley de 21 de julio de 1960, modificada por la Ley de 8/1999, de 6 de abril:

1.^a) *El intuitus rei*

La pertenencia a la situación viene determinada por una relación real de propiedad de los pisos o locales situados en un edificio. Como señala la doctrina, se trata de comunidades que se constituyen y regulan en consideración a los fondos, no de los titulares de los mismos.

2.^a) *La «afectación o carga real»*

Las deudas a la comunidad por gastos generales de la misma, así como por los gastos derivados de la realización de las obras de conservación, necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble, gravarán las viviendas o locales, pudiendo la comunidad exigir su importe mediante el embargo del piso o local del deudor, aunque hubieran cambiado de dueño (arts. 9, 10 y 21 de la LPH). El alcance de la afectación o carga real a que se refieren los preceptos reseñados consiste en que serán los propietarios de los pisos o locales, en el momento de exigirse el pago de las deudas con la comunidad los que responderán, con sus bienes puestos en comunidad y con su participación en la

misma, del pago de la porción o cuota correspondiente. Se trata de la aplicación del principio *res transit cum onere suo*, conforme al cual los gastos necesarios para mantener el *status quo* de la comunidad afectarán realmente a la «propiedad consorciada» y el propietario no podrá excepcionar el pago basándose en que los gastos se originaron con anterioridad al momento en que adquirió su propiedad, pudiendo únicamente repetir contra los propietarios anteriores el importe de estos gastos también anteriores.

b) Urbanizaciones privadas y complejos inmobiliarios

MARTÍNEZ GARCÍA (62) considera que, aunque el criterio de la Ley 8/1999, de 6 de abril, es el de identificar los complejos inmobiliarios privados con las urbanizaciones privadas, es preferible establecer una relación de género a especie entre unos y otras, considerando complejos inmobiliarios todos los supuestos de propiedades más o menos independientes entre las que existe vinculación con determinados elementos o servicios comunes, y urbanizaciones privadas las compuestas por parcelas edificadas o susceptibles de serlo entre las que existe la misma vinculación; serían complejos inmobiliarios pero no urbanizaciones: a) Las casas empotradas unas en otras. b) Las casas «a caballo» de otras, o engalabernos (63). c) Los centros comerciales, formados por una pluralidad de locales que se combinan con zonas recreativas, aparcamientos y viales y otros servicios comunes. d) Todos los supuestos de «edificios complejos», con cimientos y/o plantas de sótano y/o plantas comerciales comunes, pero con diversas alas o bloques de viviendas, con accesos y servicios propios independientes entre sí. e) Nuevas realidades inmobiliarias como los parques industriales o los parques tecnológicos (64).

El artículo 24 de la LPH regula los requisitos de los complejos inmobiliarios privados (a los que será aplicable el régimen especial de propiedad

(62) Cf. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *Urbanizaciones privadas*, Academia Sevillana del Notariado, t. XIII, Madrid 2003, pág. 326 y sigs.

(63) Este supuesto y el anterior han sido analizados antes, al referirme a la medianería horizontal.

(64) Desde hace años se incluye entre los complejos inmobiliarios el conjunto de los puntos de amarre de un puerto deportivo y también puede incluirse ahora el denominado campo solar, que es un espacio dedicado exclusivamente a alojar instalaciones de producción de electricidad (energía solar fotovoltaica), está compuesto por varias instalaciones, cada una de un dueño diferente, y dotadas de servicios comunes a todas ellas: evacuación eléctrica a la red, medidas de seguridad, mantenimiento, gestión, etc. Otro supuesto es el de la RDGRN de 21 de marzo de 2001, un conjunto inmobiliario destinado a cementerio privado formado por ocho subconjuntos, destinados, el primero de ellos a servicios administrativos e instalaciones, y los otros siete a enterramientos, divididos éstos, a efectos de su posterior transmisión, en cuotas ideales, cada una de las cuales da derecho a determinado número de enterramientos.

establecido en el art. 396 del CC), su constitución, las especialidades del régimen de la agrupación de comunidades y el régimen de los complejos inmobiliarios que no se constituyan como una sola comunidad de propietarios ni como una agrupación de comunidades de propietarios. Dice así el número 1 de dicho artículo 24 de la LPH:

«El régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil será aplicable a aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales.
- b) Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios».

Deben existir, pues, dos o más edificaciones o parcelas, estén o no éstas edificadas. Tienen que ser independientes entre sí, y los titulares de los inmuebles o de las viviendas o locales en que aquéllos estén divididos horizontalmente deben participar, como inherentes a los mismos, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios. Es esta inherencia o vinculación *ob rem* lo que determina que dichos elementos sean indivisibles.

El artículo 24.2 de la LPH dispone que «los complejos inmobiliarios privados a que se refiere el apartado anterior podrán:

- a) Constituirse en una sola comunidad de propietarios a través de cualquiera de los procedimientos establecidos en el párrafo segundo del artículo 5. En este caso quedarán sometidos a las disposiciones de esta Ley, que les resultarán íntegramente de aplicación.
- b) Constituirse en una agrupación de comunidades de propietarios. A tal efecto, se requerirá que el título constitutivo de la nueva comunidad agrupada sea otorgado por el propietario único del complejo o por los presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar aquélla, previamente autorizados por acuerdo mayoritario de sus respectivas Juntas de propietarios (65). El título constitutivo contendrá la descripción del complejo inmobiliario en su conjunto y de los

(65) Como señala RAGEL SÁNCHEZ, L. F., en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, cit., pág. 743, el nuevo texto legal responde a la realidad social imperante en la actualidad y trata de conjugar en lo posible los intereses individuales y los colectivos, requiriendo el voto unánime de los Presidentes de las comunidades, pero solo la mayoría en el escrutinio que se realice en cada una de éstas.

elementos, viales, instalaciones y servicios comunes. Asimismo fijará la cuota de participación de cada una de las comunidades integradas, las cuales responderán conjuntamente de su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la comunidad agrupada. El título y los estatutos de la comunidad agrupada serán inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Cuando el complejo inmobiliario privado se constituya en una sola comunidad de propietarios, el procedimiento de constitución será el establecido en el artículo 5 de la LPH. Como señala el precepto, ya no se dará una aplicación analógica de la LPH, sino una aplicación directa y completa de la misma (66).

Cuando se constituya como una agrupación de comunidades, el título constitutivo fijará la cuota de participación de cada una de las comunidades integradas. Se trata, en realidad, más que de una Agrupación, de una Comunidad de

(66) «A la hora de valorar el alcance de esa aplicación íntegra —dicen ESTRUCH ESTRUCH, J., y VERDERA SERVER, R., en *Urbanizaciones y otros complejos inmobiliarios en la Ley de Propiedad Horizontal*, Navarra, 2000, pág. 112 y sigs.—, no puede dejar de observarse que, además, habrá de tenerse en cuenta la particular configuración material de cada complejo inmobiliario; piénsese, por ejemplo, en las diferencias en el alcance del régimen sobre los elementos privativos que hay entre un complejo formado por varios bloques de apartamentos y otro compuesto por una pluralidad de viviendas unifamiliares...; en los casos de complejo inmobiliario organizado como comunidad única de propietarios, las cuotas sobre el conjunto del complejo corresponden directamente a los titulares de los elementos privativos: la razón es obvia, pues no existe posibilidad de organización intermedia». MARTÍNEZ GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 340 y sigs., analiza las diferencias existentes entre la propiedad horizontal típica y las urbanizaciones privadas, siendo destacable el que en éstas los elementos comunes por naturaleza sean escasos o que no existan y que, sin embargo, son abundantes los que lo son por destino. Ello obliga, en la constitución del régimen, a definir con precisión qué elementos tienen el carácter de comunes, no siendo totalmente útil la interpretación dada para la propiedad horizontal (todo lo que no se define como privativo en el título, es elemento común). PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. I. *Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*, Madrid, 2001, pág. 578 y sigs., pone también de relieve que «en el régimen de los complejos urbanos hay siempre un juego de autonomía de la voluntad mayor que en el régimen de propiedad horizontal de un edificio. Los pisos o locales de un único edificio, como por naturaleza son partes integrantes de una misma cosa (el edificio), solo podrán ser objeto de propiedad separada dentro del régimen de propiedad horizontal constituido sobre el edificio (cf. art. 396 CC); este régimen es, pues, entonces de existencia necesaria y las propiedades separadas sufrirán, consiguientemente, también de modo necesario, las cargas y limitaciones que, con amplio alcance, implica siempre el régimen de propiedad horizontal. En cambio, las edificaciones y parcelas que integran el complejo urbano pueden ser objeto de propiedad separada, haya o no un régimen de complejo urbano, por lo que el alcance de este régimen, *conforme a la voluntad de los propietarios*, puede ser máximo (análogo al régimen de propiedad horizontal constituido sobre un único edificio), ser menor (limitado a los elementos y servicios comunes ya existentes al ser constituido el régimen del complejo, o a los que pueda crear la Junta), ser mínimo (por ejemplo, el mantenimiento de una piscina colectiva) o, simplemente, no existir. Solo será necesario un régimen conjunto cuando haya viales o servicios urbanísticamente imprescindibles que sean comunes, mas entonces también puede pactarse un alcance mínimo».

comunidades o de una Supracomunidad. Las comunidades integradas responderán conjuntamente de la obligación de contribuir a los gastos generales de la comunidad resultante de la agrupación (67).

c) Conjuntos inmobiliarios

Después de que la reforma de la Ley de propiedad horizontal, de 6 de abril de 1999, haya regulado los complejos inmobiliarios privados en su artículo 24, parece necesario delimitar el ámbito propio de los conjuntos inmobiliarios, diferenciándolos de los complejos inmobiliarios privados.

Considera DORREGO (68) que la posible integración de las propiedades individuales en los complejos inmobiliarios del artículo 24.1 de la LPH, «deriva de una elemental exigencia del sentido común: en caso contrario quedarían fuera de esta regulación legislativa y condenadas a una difícil autorregulación, aquellas urbanizaciones residenciales (tan frecuentes en la práctica) en las que los bloques divididos horizontalmente concurren con chalets o viviendas unifamiliares en la titularidad de elementos y servicios comunes. Resulta evidente que en estos supuestos las referencias del artículo 24.2.b) a las comunidades de propietarios deben entenderse realizadas a la propiedad separada (sea simple o compleja). Si el legislador ha utilizado la referencia a las comunidades ha sido únicamente buscando una mayor claridad y su más fácil comprensión por los ciudadanos, y —sobre todo— porque la concurrencia de comunidades es la hipótesis jurídicamente más relevante y en la que se hace precisa una regulación más acabada».

Lo que ocurre en la realidad, sin embargo, es que la pretendida inclusión de esas propiedades separadas simples en los complejos inmobiliarios plantea importantes problemas; se manifiestan, sobre todo, cuando se pretende que sus dueños participen en algunos gastos comunes del complejo inmobiliario y se niegan porque consideran que ellos son ajenos a las comunidades de propietarios del complejo. Para solucionar este problema, se han propuesto distintas fórmulas que buscan integrar a todos los propietarios que comparten la utilización de elementos, instalaciones o servicios comunes.

(67) El hecho de que la Ley hable de responsabilidad conjunta no debe llevar a pensar que la responsabilidad de las comunidades integradas sea solidaria, sino proporcional a la cuota de cada comunidad y a prorrata, que es la regla establecida con carácter general en el artículo 9.1.e) de la LPH (cf., en este sentido, RAGEL SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pág. 744 y sigs.)

(68) Cf. DORREGO DE CARLOS, A., «Los complejos inmobiliarios en la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999», en *RCDI*, núm. 655, noviembre-diciembre de 1999, pág. 2334. También admiten la integración de los propietarios individuales en los complejos urbanísticos ESTRUCH ESTRUCH, J., y VERDERA SERVER, R., en *Urbanizaciones y otros complejos inmobiliarios en la Ley de Propiedad Horizontal*, Navarra, 2000, pág. 150.

Se trata de núcleos urbanos en los que existen casas de propiedad privada que no forman parte de ninguna urbanización o complejo inmobiliario pero que, de hecho, por la situación en que se encuentran, gozan de algún elemento, instalación o servicio correspondiente a todo el núcleo urbano; éste, normalmente, está formado además por varios edificios o casas de pisos en régimen de propiedad horizontal y por urbanizaciones privadas (con casas de propiedad separada y participación en elementos comunes), también, por tanto, en régimen de propiedad horizontal.

Estas situaciones no están contempladas en el artículo 24.2 de la Ley de propiedad horizontal, que solo se refiere a los supuestos de constitución de una comunidad de primer y único nivel, en régimen de propiedad horizontal, o de lo que denomina agrupación de comunidades de propietarios que, como considera en general la doctrina, constituye una comunidad de segundo o mayor nivel en las que se integran, piramidalmente, las de niveles inferiores.

Esas casas de propiedad privada, que no forman parte de ninguna urbanización o complejo inmobiliario pero que, de hecho, por la situación en que se encuentran, gozan de algún elemento, instalación o servicio correspondiente a todo el núcleo urbano, no están integradas en ninguna comunidad que se pueda agrupar con las otras comunidades del complejo. Para declarar documentalmente la existencia del conjunto inmobiliario de que hablo tendrá que formalizarse una agrupación de fincas, no una *agrupación* de comunidades.

Normalmente se trata de núcleos turísticos importantes que se han ido formando junto a algunas casas aisladas o alrededor de las mismas, de tal forma que estos edificios de viviendas aisladas quedan de hecho englobados en el complejo construido con posterioridad (69).

(69) Un buen ejemplo puede ser el de la SAP de Barcelona, de 3 de septiembre de 1998, según la cual la compleja realidad social y económica de nuestros días ha venido alumbrando formas asociativas en defensa de intereses comunes que se resisten a un encuadre sistemático dentro de las figuras institucionales clásicas por mezclarse aspectos de derechos individuales y comunitarios y aun de Derecho Público-Administrativo en el mismo fenómeno, de manera que, como ocurre en otros muchos casos, la realidad va por delante de los instrumentos jurídicos creados para regular derechos y obligaciones de los implicados en tales situaciones, donde inciden, a veces en forma contradictoria, normas positivas de derecho voluntario (*ius facultativus*) con otras de derecho necesario (*ius cogens*), a las que hay que atender dentro de una interpretación superadora, ajustada a la realidad social del tiempo de su aplicación, para conseguir extraer el principio informador de dichas relaciones complejas, según el espíritu y finalidad de las mismas, que es la *ratio essendi*, junto a la equidad concurrente. Tal cosa ocurre con el fenómeno de las urbanizaciones privadas donde, al lado del Plan General o Particular aprobado por la Administración, existen de ordinario reglas asociativas por las que los propietarios de parcelas y edificios regulan sus relaciones comunes en orden a la defensa de sus intereses y que ha llevado a crear abundante literatura sobre la naturaleza jurídica y régimen de tales asociaciones de propietarios o vecinos, sin olvidar también el interés de los entes públicos que ha dado pie a disposiciones administrativas, entre las que cabe citar, con relación al recurso, la Ley Municipal o de Régimen Local de Cataluña y la Ley de Asociaciones de Vecinos, dentro de la Ley de «Associacions de Catalunya» 7/1997, de 18 de junio

C) Prehorizontalidad

Tienen especial interés, por su importancia y por el debate doctrinal que han suscitado, los supuestos de cesión de solar por pisos o locales y de sobre y subedificación.

a) Cesión de suelo por obra futura

La finalidad última del intercambio de solar por edificación se consigue normalmente mediante la constitución del régimen de propiedad horizontal del edificio construido para posibilitar la atribución de pisos o locales concretos y determinados al dueño del solar y al constructor, conforme a lo convenido entre ambos. Está clara, por tanto, la existencia de una comunidad de bienes en régimen de propiedad horizontal en la última etapa del *iter* negocial. Y si esto es así, la situación jurídica en las etapas anteriores, desde la formalización del contrato por el que se convenga el intercambio de solar por edificación, será una situación de prehorizontalidad, una situación de comunidad preparatoria de la comunidad de casas por pisos.

BATISTA MONTERO-RÍOS (70) creía que la cesión del suelo a cambio de pisos futuros responde a un tipo especial de convenio constitutivo de una forma intermedia entre comunidad y sociedad civil. CÁMARA ÁLVAREZ (71) se refiere

(arts. 35-42); y que la doctrina civilista ha asimilado bien a figuras de comunidad horizontal (atípica) o a una forma de propiedad especial (sobre derechos exclusivos, y servicios comunes), y, otras veces, a una modalidad de comunidad general de bienes o a una sociedad civil, siendo fuente de derechos y obligaciones en aplicación del principio de libertad de pactos.

(70) Cf. BATISTA MONTERO-RÍOS, J., «Comunidad para edificar», en *RDP*, 1969, pág. 99 y sigs. No estamos —añadía— ante un contrato asociativo normal, puesto que difícilmente puede hablarse de una sucesiva utilización; la comunidad para construir agota sus posibilidades en el momento en que se realiza el objeto, es decir, el de la terminación del inmueble, y hasta ese momento no hay beneficio en sentido estricto. Pero, *tempore intermedio*, la situación es la de una «comunidad activa» en la que hay una aportación de inmueble (la del dueño del solar), otra de industria (la del contratista) y puede haberlas de dinero (las de los adquirentes de los pisos si participan en esta relación originaria). Comunidad con un área de obligaciones y derechos perfectamente determinados en el contrato constitutivo. Pero, naturalmente, no hay autonomía patrimonial ni menos aún personalidad jurídica. Mientras esté pendiente de cumplimiento la aportación del constructor, no hay un régimen de propiedad horizontal; en la construcción del inmueble solo hay, desde el punto de vista real, un régimen comunitario sobre el solar y, por efecto de la accesión sobre las obras que se vayan incorporando. El régimen de administración y disposición resultará de lo pactado y, en su defecto, de las normas generales del Código, moduladas por el especial carácter de esta comunidad.

(71) Cf. CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA (con la colaboración de GARRIDO CERDÁ, E., y SOTO BISQUERT, A.), «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *RDN*, abril-junio de 1969, pág. 196 y sigs.

a este mismo supuesto como acto de comunicación de bienes, y considera que tanto el terreno como la edificación, a medida que se vaya ejecutando, devienen comunes en una determinada proporción. No es fácil, sin embargo —añade—, con base en esta concepción, estimar que *ab initio* surge la situación de propiedad horizontal, salvo que imaginemos ésta como una forma especial de comunidad (referida a todo el edificio) que se articula de modo especial. MUÑOZ DE DIOS (72) considera que, en este tipo de intercambio, la correcta calificación del negocio pasa por sostener que el cedente retiene un derecho de vuelo sobre las plantas o pisos reservados, transmitiendo al constructor la propiedad del solar, o retiene la propiedad de éste, cediendo al constructor un derecho de vuelo sobre los pisos resultantes.

CARRASCO PERERA (73) comenta que la construcción de MUÑOZ DE DIOS debió influir en la RDGRN de 16 de mayo de 1996. Dice esta Resolución que debe tenerse en cuenta que el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto que de presente implica la participación, por la cuota que se asigne al piso, en la comunidad recayente sobre el solar, comunidad que no es la ordinaria del Código Civil, sino una comunidad con su propia normativa rectora (cfr. art. 392.II CC) encaminada a regular el desenvolvimiento de la construcción prevista (quién ha de realizarla, a costa de quién, etc.); con la terminación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio resultante del régimen de propiedad horizontal y a la conversión de aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente; la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local en edificio anterior, a medida que avanzan las obras y el deber de entrega que en la escritura de permuta se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que debe cumplirse por medio de acta notarial deberá valorarse como la regulación del modo en que debe cumplirse la obligación de entregar por quien tiene la obligación de construir sobre el solar. El derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir tiene, pues, el carácter de un verdadero y actual derecho real, y nada obsta a su adquisición, y desde el mismo momento de su celebración, en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio si éste se otorga en escritura pública (cfr. arts. 609 y 1.462 CC).

Esta posición de la DGRN inspiró la reforma del RH de 1998, en cuyo artículo 13, parcialmente derogado, se decía que, al practicarse la inscripción, se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario.

(72) Cf. MUÑOZ DE DIOS, G., *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Madrid, 1987, pág. 58 y sigs.

(73) Cf. «Comentario de la RDGRN, de 16 de mayo de 1996», en *CCJC*, 1997, núm. 43, pág. 71.

RUDA GONZÁLEZ (74), interpretando conjuntamente la Resolución de 16 de mayo de 1996, y los párrafos anulados del artículo 13 del RH, dice que la DGRN viene a anticipar en cierto modo el efecto propio de la constitución de la propiedad horizontal, consistente, como es sabido, en que cada propietario lo es exclusivamente de unos elementos privativos, pero al mismo tiempo es copropietario de unos elementos comunes, entre los que se encuentra el suelo (art. 396.1 CC). Esta anticipación es una posibilidad admitida también por la doctrina y alguna sentencia (STS de 18 de mayo de 1994), para las que el contrato de cesión de suelo por obra produce el efecto de crear una comunidad sobre el solar. De este modo, resulta que para esta resolución el cedente no ha transmitido todo el solar a la otra parte —tal como originariamente quería— sino que conserva o retiene una cuota indivisa del mismo. Este mecanismo es el que recogerá el artículo 13 RH. Ni la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996, ni el artículo 13 RH establecían una transmisión de la propiedad de cosas futuras, sino más bien una adquisición gradual de objetos actuales en transformación que son los pisos o locales futuros. Al existir una comunidad sobre el solar, la obra llevada a cabo por el cesionario accedería al suelo y las partes la adquirirían progresivamente a medida de su realización. Terminada la obra, se procedería a la división horizontal del edificio conforme a lo que disponía el artículo 13.II RH. En la medida en que pueda entenderse que la adquisición de la propiedad de la obra se produce por un mecanismo —la accesión— no regulado por el RH sino por el Código Civil (en especial arts. 353 y 358), y que la división de la cosa común para constituir el régimen de propiedad horizontal no constituye un acto traslativo de la propiedad, sino a lo sumo un acto con efecto extintivo de la anterior situación jurídica de comunidad y su conversión o modificación en otra situación diferente, no parece acertado atribuir al artículo 13 RH —como hace la sentencia (de 31 de enero de 2001)— la introducción en nuestro ordenamiento de un sistema de transmisión de la propiedad contrario al establecido por el artículo 609 del Código Civil... En definitiva, el contrato no producía los efectos queridos por las partes (transmisión del solar más transmisión de los pisos) sino un efecto distinto (constitución de comunidad sobre el solar). El artículo 13 RH hacía el resto para que, al final, el resultado práctico querido por las partes —el intercambio de solar por pisos o locales— acabase realizándose.

Tanto las opiniones doctrinales transcritas como la interpretación de la RDGRN, de 16 de mayo de 1996, y de los apartados derogados del artículo 13 del RH son favorables al criterio de que en la situación de prehorizontalidad del intercambio de suelo por obra existe una comunidad especial.

(74) Cf. RUDA GONZÁLEZ, A., «El contrato de cesión de suelo por obra tras la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 31 de enero de 2001», en *Revista La Ley*, Diario 5400 de 19 de octubre de 2001, págs. 1 a 6.

ALONSO PÉREZ (75) mantiene que debe quedar claro que la comunidad especial a la que aludía el artículo 13 del Reglamento Hipotecario no encaja en el concepto típico de comunidad que recoge nuestro Ordenamiento jurídico privado y resalta que hay acuerdo en evidenciar la diferente cualidad de la titularidad de una y otra parte de la relación: Así, GARCÍA GARCÍA y SERRANO CHAMORRO dicen: «Estas dos titularidades son las que forman la comunidad especial a que se refiere el artículo 13 RH, y tan especial, pues son titularidades de distinta naturaleza: una actual, sobre el solar; y la otra sobre objeto futuro...». Por su parte, ARNAIZ EGUREN (76) dice que habrá que apreciar sobre el solar una titularidad interina, la del cesionario, que se someta a determinadas limitaciones, y, además, una titularidad de pendencia atribuida al cedente que origina desde luego una situación de cotitularidad cuyo ejercicio se condiciona a la edificación o, al menos, a la constitución del régimen de propiedad horizontal; incluso piensa que esta comunidad podría calificarse como una situación de propiedad horizontal, por entender que participa de las notas definidoras del régimen al que tiende, es decir, el carácter funcional e indivisible de la propiedad horizontal.

ALONSO PÉREZ considera que, pese a ser cierto que lo normal hubiera sido que la situación de cesión de solar condujera a una situación de propiedad horizontal, esto no debería llevar a entender que la situación previa a la consolidación definitiva de la finca reunía los elementos típicos para haber entendido concurrente tal propiedad horizontal. Aunque ha sostenido la aplicación de este régimen a los derechos de sobre y subedificación (77), cree que en el caso del intercambio de solar por edificación falta uno de los elementos fundamentales para poderlo entender concurrente: ninguno de los componentes de la finca, susceptibles de ser objeto de titularidades jurídico-reales, pertenecería en común a quienes detentaran derechos de propiedad privativos sobre diferentes partes de la finca; es decir, mientras no se consolidaba definitivamente la estructura jurídica de la finca ya construida —normalmente a través de un régimen de propiedad horizontal— concurrían en la finca un derecho de propiedad sobre los pisos futuros que constituyen el precio por la cesión y, además, un derecho de propiedad sobre el suelo y el resto del edificio futuro; derechos de propiedad absolutamente independientes el uno del otro, puesto que, en ese preciso momento, no había ninguna de las partes de la finca en comunidad. Nos encontrábamos claramente ante una situación de disociación de la propiedad inmobiliaria: sobre una misma finca que conservaba su unidad

(75) Cf. ALONSO PÉREZ, M. T., «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación», en *RCDI*, núm. 665, mayo-junio de 2001, pág. 1039 y sigs.

(76) Cf. ARNAIZ EGUREN, R., *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 105.

(77) Cf., más adelante, la opinión de esta autora sobre la naturaleza jurídica de estos derechos.

se hacían concurrir dos derechos de propiedad absolutamente independientes el uno del otro.

Desde luego que esta comunidad especial no es una comunidad de bienes, ni romana o por cuotas ni germánica o en mano común, pero sí es una comunidad de intereses. El artículo 394 del Código Civil se refiere expresamente al «interés de la comunidad», y el artículo 398, párrafo 2.º del mismo Código, a «los intereses que constituyan el objeto de la comunidad». Será la existencia de un interés común objetivado y la supeditación al mismo de los intereses individuales (para la mejor protección de éstos) lo que determinará que una situación jurídica comunitaria sea una verdadera comunidad de intereses, diferenciándola de los supuestos de simple coincidencia de intereses (78). En el caso que nos ocupa, de prehorizontalidad en la cesión de suelo por edificación, el interés común será la construcción de un edificio del que se beneficiarán (mediante la distribución de los pisos o locales, conforme a lo convenido) los dos comuneros, es decir, el cedente del suelo y el constructor.

Aunque ALONSO PÉREZ (79) cree que el párrafo 4.º del artículo 398 del Código Civil, que contempla el supuesto en el que «parte de la cosa pertenciere privadamente a un partícipe o a alguno de ellos, y otra fuere común», no es aplicable a la comunidad que nos ocupa, ya que no parece que en ella haya ninguna parte de la finca en comunidad, cabe opinar que sí que le es aplicable dicho precepto, pues, como decía COMAS (80), el que fuese propietario de parte determinada, mientras ésta no constituya por sí cosa distinta, «ha de encontrarse ligado, en razón de interés común, con los demás, relativamente a los componentes mediante los cuales su porción determinada fuese parte de la cosa perteneciente a varios». El artículo 398.4.º del Código Civil contempla la «cosa» (en nuestro caso, el edificio) como unidad económica de elementos con titularidades distintas, aunque vinculados todos ellos a un fin económico que justifica la consideración conjunta y la aplicación a esta situación de las normas del Código Civil sobre administración y mejor disfrute de la comunidad. Lo que mantenemos, en definitiva, es que en todo intercambio de suelo por edificación futura existe entre cedente del suelo y constructor una comunidad de intereses y en los casos en que se convenga la constitución del régimen de propiedad horizontal para la distribución de los pisos o locales entre el dueño del solar y el constructor, la situación de prehorizontalidad es un consorcio real.

(78) Como dice PESCARORE, S. (en *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milán, 1974, pág. 119), mientras la comunidad de intereses es una situación jurídica, la coincidencia de intereses es una mera situación de hecho.

(79) Cf. *ob. cit.*, pág. 1039, nota 21.

(80) Cf. COMAS, A., *La revisión del Código Civil español*, Madrid, 1902, pág. 128 y sigs.

b) Derecho de sobreedificación y subedificación

El artículo 16.2 del RH regula la inscripción del derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio, o realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserva el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca, o transmite a un tercero. Esta es la única norma de Derecho Común (y, además, no de rango legal sino solo reglamentario) relativa al derecho de sobreedificación y subedificación. Únicamente el Fuero de Navarra contiene una regulación completa de este derecho, cuyo concepto es recogido en su Ley 435 diciendo que «los derechos reales de sobreedificación y subedificación conceden a su titular la facultad de construir una o más plantas sobre un edificio o por debajo de éste, respectivamente, en un edificio ya existente o que se construyere con posterioridad».

El artículo 16.2.a) del RH dispone que en la inscripción se harán constar las cuotas que deban corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento o determinación. Se recogen aquí, como comenta FONT BOIX (81), dos posibilidades distintas: la fijación actual de las cuotas, lo cual implica una determinación también actual de la parte del solar que deberá transmitirse con el derecho de vuelo; y la fijación futura de esa cuota, cuando solo se establezcan las bases para su determinación, en cuyo caso no puede producirse una transmisión actual de una participación del solar. Surgen así —añade— dos especies de «derecho de vuelo», que más adelante analiza; a saber, el derecho de «vuelo» con transmisión actual de una cuota parte de la propiedad del solar y restantes elementos comunes, y la mera facultad de construir sobre un edificio, de manera que la propiedad del piso construido pertenezca al constructor junto con una copropiedad sobre los llamados elementos comunes del edificio, entre ellos el suelo.

El derecho de sobreedificación y subedificación puede, por consiguiente, configurarse de dos maneras diferentes: puede pactarse expresamente la transmisión al titular de dicho derecho de una cuota del suelo edificado desde el primer momento o, por el contrario, considerar implícita la transmisión de cuota de suelo y retrasarla hasta el momento en que se ejercite el derecho. En ambos casos, bien sea desde la concesión del derecho o desde su ejercicio, existirá una comunidad sobre el suelo correspondiente, siendo comuneros el propietario del edificio y el titular de los derechos de sobreedificación o subedificación.

Con independencia de la existencia necesaria de esa comunidad sobre el suelo, perteneciente al dueño o dueños del edificio y al titular del derecho de

(81) Cf. FONT BOIX, V., «El derecho de vuelo y de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *RDN*, julio-diciembre de 1967, pág. 39 y sigs.

sobreedificación y subedificación, este derecho se considera por una parte de la doctrina como un verdadero derecho de propiedad sobre la nueva edificación o subedificación, mientras otra parte de la doctrina estima que se trata de un derecho real limitado y limitativo del dominio del edificio sobre el cual o bajo cuyo suelo se puede edificar en el ejercicio de tal derecho de sobre o subedificación.

Una tercera posición toma en consideración la situación objetiva completa y definitiva (comprensiva del edificio base y de la nueva edificación) y estima que esa situación jurídica es una comunidad constituida por el propietario o los propietarios del edificio base y el titular del derecho de sobre o subedificación.

En el estudio del derecho de sobreedificación o subedificación —dice PÉREZ DE ONTIVEROS (82)— existe una corriente doctrinal para la que la construcción jurídica de esta figura solo puede articularse considerando que el titular de la facultad de construir nuevas plantas adquiere un derecho de propiedad pleno sobre el espacio superior o inferior a un fundo, que le permitirá edificar y adquirir la propiedad de la edificación resultante, como consecuencia del ejercicio de la facultad dominical que le corresponde.

Aunque en un principio hubo en los autores que defienden esta postura una transposición de la teoría de la propiedad del espacio de SAVATIER, después se han realizado planteamientos más ajustados a la realidad material y a la regulación jurídica del derecho de propiedad. Así, DE LOS MOZOS dice que el titular del derecho de vuelo adquiere lo mismo que tenía el propietario, aunque si bien éste lo tenía como extensión de su dominio, el edificante lo tendrá como un derecho real de propiedad, pero nuevo y distinto. GARCÍA-GRANERO sostiene que el titular del derecho de sobreedificación no tiene el vuelo, es decir, no es propietario del vuelo, sino que respecto a éste solo le corresponde el poder jurídico de utilizarlo en cierta medida, a fin de realizar para sí determinadas construcciones. Y DOMENGE AMER sostiene que lo que realmente se concede con el derecho de subedificación o sobreedificación no es la posibilidad de construir en todo el vuelo o subsuelo de un edificio sino la posibilidad de construir en un espacio previamente delimitado, de forma que, una vez realizada la construcción, el derecho del titular se habrá agotado, y el vuelo o el subsuelo situados a continuación de la nueva edificación serán nuevamente elementos comunes, con posibilidad de que sean cedidos nuevamente a terceros (83).

(82) PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Madrid, 2003, pág. 202 y sigs.

(83) Para un análisis más completo de esta postura doctrinal, puede verse PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El derecho de sobreedificación...*, cit., pág. 202 y sigs., de donde entresaco las opiniones recogidas en el texto.

La posición más generalizada es la de calificar el derecho de sobre y subedificación como derecho real limitado (84), si bien hay quienes la consideran compatible con la que mantiene que se trata de un derecho de propiedad. Si se transmite al sobre o subedificante una cuota del suelo, el derecho de sobre o subedificación será un derecho de propiedad; si no se transmite una cuota de suelo, se tratará de un derecho real sobre cosa ajena (85).

PÉREZ DE ONTIVEROS (86) opina que la existencia de un edificio en el que se integre la construcción resultante es requisito para el nacimiento del derecho real de sobre y subedificación, pese a que sea posible articularlo pendiente del cumplimiento de la obligación de edificar; lo que el artículo 16.2 del RH requiere no es tanto la existencia física del edificio sino la necesidad de que la edificación resultante se integre en un régimen de propiedad horizontal. Lo gravado será el edificio en su conjunto, que forma una unidad con el suelo en que se asienta, de manera que, al efectuarse la construcción, el titular de las nuevas plantas adquirirá una cuota o parte de éste y también la que le corresponda en el resto de los elementos comunes.

De los Fundamentos de Derecho de las Resoluciones de la DGRN, de 6 de noviembre de 1996 y 29 de abril de 1999, deduce PÉREZ DE ONTIVEROS (87) que, para la Dirección General, el derecho real configurado en el artículo 16.2 del RH es un derecho real en cosa ajena que, como tal, exige la determinación exacta de su contenido, no pudiendo incluirse en el ámbito del precepto aquellos casos en los que, tras la aparente indeterminación, se está sustrayendo con carácter perpetuo una facultad dominical que eventualmente pudiera surgir en el futuro. La Resolución de 6 de noviembre de 1996 se refiere concretamente a la materialización del aprovechamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias que, en el futuro, pueda decidirse, conforme a la normativa urbanística, que corresponderían al propietario. En ambas resoluciones se reitera la doctrina conforme a la cual la jurisprudencia registral ha negado la inscribibilidad, por falta de

(84) En términos generales —dice PÉREZ DE ONTIVEROS, en *ob. cit.*, pág. 236 y sigs.— existe una opinión doctrinal favorable a su configuración como derecho real limitado del dominio. Tanto en su redacción original como en la practicada tras la reforma del Reglamento Hipotecario, el artículo 16.2 señala que este derecho nace bien mediante la reserva efectuada por el titular al enajenar toda o parte de la finca, bien mediante su transmisión a tercero, conservando el concedente la propiedad del edificio que sirve de apoyo. Sin embargo, se admite también la reserva de estos derechos de sobre y subedificación aunque no se produzca enajenación de todo o parte de la finca, por ejemplo, cuando el propietario de un edificio se limita a constituir el régimen de propiedad horizontal del mismo.

(85) Cf. ALONSO PÉREZ, M. T., *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación)*, Madrid, 2000, pág. 208 y sigs., y «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura...», cit., en *RCDI*, mayo-junio de 2001, pág. 1059 y sigs.

(86) *Ob. cit.*, págs. 240 y 244.

(87) *Ob. cit.*, pág. 255 y sigs.

determinación del inmueble o de los requisitos necesarios para la efectividad del derecho a causa de los factores de indeterminación (88).

(88) La DGRN se refiere, en la Resolución de 6 de noviembre de 1996, a un supuesto de división de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en el que las dueñas del mismo se reservan, en los estatutos respectivos, el derecho a elevar las plantas que ahora o en lo sucesivo permitan las ordenanzas municipales para ellas y sus sucesores, con previsión de fijación de cuotas entre las existentes y las que se edifiquen en proporción a la superficie resultante. El Registrador suspende la inscripción por indeterminación de dicha cláusula estatutaria, al conculcar el principio de especialidad ya que: *a)* no se concreta el número de plantas por edificar, y *b)* no queda especificado hasta cuándo las dueñas del edificio van a poder seguir haciendo uso de dicha facultad que se reservan ya que el derecho de vuelo no tiene fijado plazo para su ejercicio. Ciertamente, las exigencias del principio de especialidad, que impone la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro, así en sus elementos subjetivos y objetivos cuanto en su contenido y alcance (cf. arts. 9 de la LH y 51 del RH), impediría la inscripción de un derecho como el cuestionado que, además de presentar contornos especialmente difusos, produce una clara indeterminación en la extensión de los derechos de propiedad especial y separada recayente sobre los distintos pisos y locales configurados como elementos privativos en el régimen de propiedad horizontal constituido (la cuota que en los elementos comunes corresponde actualmente a cada uno de los pisos y locales, así como las características generales del complejo urbanístico quedarán en una situación permanente de provisionalidad, en función de la siempre posible modificación de las ordenanzas municipales). Lo que ocurre en el caso debatido es que, tras esa aparente falta de determinación (no especificación del número de plantas a construir, del plazo de desenvolvimiento o realización de la construcción, duración, imprecisión de los criterios de fijación de las futuras cuotas en la comunidad, etc.), lo que subyace no es un derecho de los configurados en el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, imperfectamente definido, sino la suscripción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es la materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística; se trataría, pues, de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso tendría que integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales en los casos de los arts. 368 y sigs. del CC), lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real (ni, por tanto, ser susceptible de inscripción, conforme a los arts. 1 y 2 de la LH) pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro ordenamiento jurídico (vid. arts. 2 de la LH y 7 del RH), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico-política y su trascendencia *erga omnes*) que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (vid. arts. 513, 526, 546, 1608 y 1655 del CC), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad. La RDGRN, de 29 de abril de 1999, se refiere a un supuesto similar, y la Dirección General sienta la misma doctrina. En ambos casos se trata de reservas de derecho de vuelo con motivo de la constitución de sendos regímenes de propiedad horizontal, sin que exista enajenación del edificio o de parte de él, por lo que no puede plantearse la posible constitución de ningún derecho real sobre cosa ajena; más que la indeterminación temporal del derecho que se constituye, lo que motiva la inadmisibilidad del recurso es la pretensión de crear un derecho exorbitante que se equipara a un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales en los casos de los artículos 368 y siguientes del Código Civil. Idéntica doctrina se estable-

A partir de la consideración de los tres tipos de derechos reales limitados (de goce, de garantía o realización de valor y de adquisición), la doctrina se inclina por considerar al derecho de sobreedificación y subedificación como un derecho de naturaleza análoga a la de los de adquisición. Si bien en éstos (tanteo, retracto y opción) —dice GARCÍA-GRANERO (89)— la propiedad se adquiere mediante el pago de una suma de dinero, en el derecho de sobreedificación o subedificación la propiedad se adquiere mediante el ejercicio de una facultad de construir y edificar (90).

Algunos autores han planteado el estudio de la naturaleza jurídica de estos derechos de sobreedificación o subedificación considerándolos objeto de comunidad junto con el derecho o los derechos relativos al edificio ya construido o pendiente de construcción.

PÉREZ DE ONTIVEROS (91) dice que, inicialmente, solo desde su posible configuración como una situación especial de prehorizontalidad es posible articular jurídicamente la construcción del derecho de sobreedificación o subedificación como una forma específica de comunidad; solución que resulta más factible cuando sea la construcción de nuevas plantas el hecho que determine el nacimiento del régimen de propiedad horizontal, pero que es más difícil argumentar cuando el derecho se constituye vigente el régimen.

ALONSO PÉREZ considera que nos encontramos ante una especial relación de comunidad únicamente cuando se pacte la transmisión de una cuota del suelo al titular del derecho de sobre y subedificación desde el primer momento (no en el caso de que se retrase la transmisión de dicha cuota del suelo

ce en el Fundamento 2 de la RDGRN, de 18 de noviembre de 2002 [dictada después de las sentencias del TS de 24 de febrero de 2000 y 31 de enero de 2001, que anulaban, respectivamente, los apartados *c)* y *b)* del art. 16.2 del RH en su regulación de la reforma de 4 de septiembre de 1998], al desestimar el recurso en cuanto a la falta de especificación de las plantas a cuya construcción faculta el derecho de sobreelevación constituido y del tiempo en que se podrá ejercitar el mismo; en cambio, en el Fundamento 3 de esta RDGRN, de 18 de noviembre de 2002, se establece que «en cuanto al defecto que, aunque formulado con notable imprecisión, parece referirse a la falta de plazo de duración del derecho sobre lo construido, debe ser revocado. El derecho de sobreelevación constituido trae como consecuencia que, realizada la construcción, sobre lo construido surgen nuevos elementos privativos en propiedad horizontal sobre los que recae un derecho de propiedad y copropiedad, el cual no tiene por qué estar limitado en el tiempo».

(89) GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Derecho de sobreedificación», en *Conferencias sobre Derecho Foral. Seminario de Derecho Foral*, 1975-76.

(90) Es esta analogía con los derechos reales de adquisición lo que más puede influir en la defensa de la naturaleza del derecho de sobre y subedificación como derecho real limitativo del dominio. Pero esta analogía no parece muy clara. Los derechos de tanteo, retracto y opción otorgan a su titular una posibilidad de adquisición de una cosa ajena; en el derecho de sobre o subedificación no se da una mera posibilidad sino una reserva, una transmisión o una adquisición efectivas del ejercicio del *ius aedificandi* que es inherente a la propiedad, que es el contenido de la propiedad misma, derecho real pleno y no limitativo del dominio.

(91) *Ob. cit.*, pág. 306.

hasta el momento en que se ejercite el derecho) y que puede intentarse en este caso la aplicación del régimen de la propiedad horizontal, pero, ante los recelos que puede suscitar tal solución, estima que puede entenderse concurrente el supuesto de hecho del artículo 398.4 del Código Civil (92). Advierte, sin embargo, que la regulación aplicable a la relación es sustancialmente coincidente; la única diferencia significativa es que, de entenderse aplicable el artículo 398.4 del Código Civil, podría enajenarse separadamente la cuota del suelo de la facultad de sobre o subedificar; no obstante, la posibilidad de enajenar separadamente la propiedad del suelo y el derecho de sobre o subedificar supondría la posibilidad de concertar un derecho de superficie (93).

SOTO BISQUERT (94) conceptúa el derecho de vuelo urbanístico como una propiedad sobre el espacio aéreo situado encima de un edificio construido, en construcción o proyectado, pudiendo ocurrir que al constituirse dicho derecho exista ya un régimen de propiedad horizontal o, al menos de prehorizontalidad, que se ampliará; de no ser así, la concesión o reserva del derecho de vuelo urbanístico desembocará en una situación de propiedad horizontal. En definitiva, siempre que se cree un derecho de vuelo urbanístico se constituirá una comunidad en régimen de propiedad horizontal.

FRANCO PAZ (95) plantea la posibilidad de que el sobreedificante sea un peculiar partícipe en el dominio del suelo y considera que, para sostener tal hipótesis, es necesario analizar si la copropiedad de bienes del Código Civil admite esa configuración. Distingue los tres supuestos de que el suelo y edificio pertenezcan a un único propietario, a varios condóminos o a varios titulares en un régimen de propiedad horizontal; si a cada uno de estos casos se añade la existencia de un derecho de sobreedificación a favor de otro titular diferente, tendremos la situación que nos ocupa.

Cuando el suelo y el edificio perteneciesen a un solo dueño, a partir de la constitución del derecho de sobreedificación habría una copropiedad sobre el suelo mientras el edificio seguiría bajo el dominio de aquél. En el caso de la copropiedad sobre suelo y edificio, el sobreedificante pasaría a ser uno de los cotitulares del terreno, quedando la copropiedad del edificio con los mismos titulares anteriores. En ambos casos, por la relación entre el sobreedificante y el resto de propietarios, no operaría el principio *superficies solo cedit*.

En el supuesto de propiedad horizontal, como el suelo es elemento común que, junto con los demás, se encuentra en una situación de dependencia res-

(92) Recordemos que este precepto dice que cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a algunos de ellos, y otra fuere común, solo a ésta será aplicable la disposición anterior.

(93) Cf. ALONSO PÉREZ, M. T., *Una alternativa...*, cit., pág. 1060 y nota 41.

(94) Cf. SOTO BISQUERT, A., «El derecho de vuelo», en *RCDI*, julio-agosto de 1971, pág. 930 y sigs.

(95) Cf. FRANCO PAZ, F. DE, *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, Pamplona, 2001; en particular, págs. 159 y sigs. y 257.

pecto a los elementos privativos, no es posible que el sobreedificante pueda tener una participación en el suelo sin ser titular de algún piso o local. Sin embargo, como es admisible que el suelo del edificio en régimen de propiedad horizontal pertenezca a un tercero, teniendo vida jurídica al margen del edificio, entiende FRANCO PAZ que la constitución de un derecho de sobreedificación sobre el mismo edificio exigiría la simultánea desafectación del suelo como elemento común, mediante el correspondiente acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, de modo que, a partir de ese momento, el suelo pertenecería en régimen de comunidad a los antiguos propietarios y al sobreedificante, no operando tampoco el principio *superficies solo cedit* a causa de la relación jurídica establecida entre unos y otro (96).

La tesis que propone FRANCO PAZ acerca de la naturaleza jurídica del derecho de sobreedificación, a partir de las anteriores consideraciones y del análisis de los diferentes tipos de comunidad de bienes admitidos en nuestro sistema jurídico, es la de que dicho derecho implica la existencia de una comunidad ordinaria sobre el suelo, siendo el sobreedificante uno de los comuneros, con su correspondiente cuota de participación. Esta comunidad ordinaria tiene un carácter peculiar: por una parte el sobreedificante ostenta, al igual que los demás comuneros, el poder de edificar, pero no podrá realizarlo hasta que haya un edificio base, lo cual se desprende de lo implícitamente pactado al constituir el derecho de sobreedificación; por otra parte, todos los comuneros están desprovistos de la facultad de pedir la división de la cosa común.

Acabo de referirme a las posiciones doctrinales que consideran que la situación jurídica existente al constituir, transmitir o reservar un derecho de sobreedificación o subedificación responde al régimen de propiedad de casas por pisos o propiedad horizontal; PÉREZ DE ONTIVEROS y ALONSO PÉREZ admiten esta explicación solo en supuestos concretos, y SOTO BISQUERT la acepta con carácter general. Por otro lado, FRANCO PAZ propone su tesis de una comunidad ordinaria peculiar que refiere únicamente a lo sobre o subedificado (97).

Para la comprensión de la figura que analizamos parece necesario tomar en consideración la situación jurídica completa, resultante del ejercicio proyectado o efectivo del derecho de sobre o subedificación. Sobre el edificio definitivo, los propietarios del edificio base y los titulares del derecho de sobre o subedificación no tienen una copropiedad ordinaria de bienes porque

(96) PÉREZ DE ONTIVEROS, en *ob. cit.*, pág. 248, considera que esta solución resulta un tanto forzada y continúa dejando al margen la forma en la que el posible ejercicio de la facultad de edificar afectará al resto de los elementos comunes.

(97) En la conclusión decimocuarta (cf. pág. 257 de su *ob. cit.*) dice: «Si se estima que el sobreedificante es un copropietario del suelo, adquirirá el dominio de lo sobreedificado mediante la accesión. Sin embargo, no será condueño del edificio base porque éste y el suelo se consideran dos objetos jurídicos distintos». Se trata, pues, no de una comunidad, sino de tres comunidades que tienen por objeto el suelo, el edificio base y lo sobreedificado.

unos y otros propietarios lo son de objetos diferentes; lo que sí que tienen es una comunidad de intereses de estructura consorcial.

Para mantener la existencia de esta comunidad de intereses de estructura consorcial, lo que importa destacar es que el párrafo último del artículo 398 del Código Civil contempla también y sobre todo la integridad de una «cosa» (precisamente aquella a que aluden los párrafos precedentes del propio artículo) que será objeto de un interés común (cf. los párrafos 2 y 3 de este artículo, que expresamente hablan de «intereses que constituyan el objeto de la comunidad» y de «interesados en la cosa común»).

Según esto, cabe pensar que el artículo 398.4.º puede referirse a la «cosa» como unidad económica de elementos con titularidades distintas: la plural sobre unos y las privativas sobre otros, aunque vinculados todos ellos, voluntaria o necesariamente, a un fin económico que justifica la consideración conjunta y la aplicación a esta situación de las normas sobre administración y mejor disfrute de la comunidad, excluyéndose la aplicación de las normas generales reguladoras de la disposición y división de las cosas comunes. En cuanto a éstas, habrá que estar únicamente a los contratos y a las disposiciones especiales a que alude el párrafo 2.º del artículo 392; en cambio, en cuanto a las facultades de administración y mejor disfrute se aplicarán las normas generales del Código contenidas en su artículo 398. Además y sobre todo, el interés común de las situaciones de estructura consorcial es un interés objetivado, un interés que tiene «carácter objetivo y es apreciable en abstracto, en una simple relación del bien común con los bienes individuales contiguos, sea de utilidad o necesidad (98). La inseparabilidad de los elementos comunes y privativos es el instrumento idóneo para satisfacer las necesidades o conveniencias de todos los comuneros que, únicamente con la continuidad de ese nexo jurídico entre unos y otros elementos, pueden ejercer su derecho de propiedad.

Son muchos los supuestos de comunidad de intereses de estructura consorcial (99). También el supuesto que nos ocupa de derecho de sobre o subedifi-

(98) Cf. DELHAY, F., *La nature juridique de l'indivision*, París, 1968, pág. 229.

(99) Al analizar ALONSO PÉREZ (en *La construcción en finca ajena...*, cit., pág. 207) el párrafo último del artículo 398 del Código Civil, considera que «puede estar refiriéndose a situaciones distintas a las típicas de propiedad horizontal, aunque resulte difícil imaginar otras situaciones concretas de disociación, diferentes a las de propiedad horizontal, que puedan entenderse aquí contempladas. En efecto —dice—, el tenor literal del precepto permite plantear que quepan en él situaciones de disociación sobre fincas con características diferentes a las que, en principio, parecen aptas para ser constituidas en régimen de propiedad horizontal. En cuanto a la estructura de la disociación a la que alude el artículo 398.4 solo está claro que contempla un supuesto en el que sobre una parte o varias de la finca recaen derechos de propiedad privativos, mientras que otras están en comunidad. De modo que, sería posible, que, por ejemplo, estuviera contemplado el siguiente supuesto de hecho: una finca en la que hay una serie de elementos en comunidad, como por ejemplo, el subsuelo, mientras solo uno de los comuneros del suelo detenta un derecho de propiedad privativo sobre el edificio que se encuentra encima. Este caso no es una situa-

cación puede explicarse como una comunidad de intereses de estructura consorcial entre el propietario o propietarios del edificio construido o cuya construcción se tiene convenida con el titular del derecho de sobreedificación o subedificación y este titular; el objeto del derecho de cada uno de estos comuneros es distinto (edificio construido o pendiente de construcción y edificación sobre él o bajo su suelo), por lo que no hay un bien único objeto de la comunidad, pero sí un interés común en la realización de la nueva construcción; el resultado último del cumplimiento de ese interés común será la constitución de un solo régimen de propiedad horizontal para la antigua y la nueva construcción o la de varios regímenes de propiedad horizontal interrelacionados, con elementos comunes conjuntos o independientes, pero siempre con un elemento común básico que es el suelo, lo que puede dar lugar a la existencia de comunidades y subcomunidades, de consorcios reales de diverso orden (100).

D) *Otras situaciones de consorcio real en la propiedad urbanística*

Una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 31 de diciembre de 2001, relativa a un cambio de uso urbanístico que había sido denegado por el Ayuntamiento competente, contempla una situación de consorcio real urbanístico y, en función de ella, niega la legitimación de la parte demandante para interponer el recurso (101).

ción típica de Propiedad Horizontal, y, sin embargo, hay disociación de la propiedad inmobiliaria que cabría en el supuesto de hecho del artículo 398.4 del Código Civil».

(100) Conforme a la RDGRN, de 19 de junio de 2001, es posible inscribir la constitución del régimen de propiedad horizontal sobre una parte material de un edificio que aparece inscrita, con otras partes del mismo, bajo un único número registral. No es un supuesto de modificación del régimen de propiedad horizontal existente a través de la división de una de las entidades que lo integran en otras que se pretenda queden integradas en él sino de la superposición de dos regímenes independientes, de un lado el preexistente, en el que la finca subdividida conservará su identidad, número, cuota y representación unitaria cual si no se subdividiera, y el de ésta, referido tan solo a ella, con sus propios elementos independientes a los que corresponderá una participación en sus propios elementos comunes entre los que necesariamente estará la cuota de participación que al elemento subdividido corresponde en la propiedad horizontal superior.

(101) Dice así: para la apreciación de la concurrencia o no concurrencia de la legitimación de la parte demandante, resulta necesario analizar previamente la conexión existente entre la comunidad en régimen de propiedad horizontal del edificio construido por la mercantil P. G., S. L., comunidad de la que forman parte los propietarios de los trece estudios profesionales cuyo cambio de uso urbanístico es denegado por el acuerdo municipal que se recurre, y la titularidad del patio interior formado por terrenos de varias propiedades en cuya existencia pretende fundamentar su pretensión la parte demandante. ...Tienen interés legítimo en el presente recurso los dueños de los terrenos que, por agrupación de hecho, forman el patio interior de manzana sobre el que se abren los huecos de los estudios profesionales cuyo cambio de uso se pretende.

Otra sentencia de la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 29 de febrero de 2002, relativa al Proyecto de Reparcelación de una unidad de actuación, contempla otra situación de consorcio real urbanístico y, en función de ella, acepta la legitimación de la parte demandante para interponer el recurso (102).

Los dos casos descritos de consorcio real urbanístico, analizados por un mismo Tribunal en el plazo de dos meses, parecen ser, al menos, indicio de la existencia de numerosas situaciones jurídicas urbanísticas, de muy diversa configuración, que deben responder a la estructura del consorcio real (103).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO PÉREZ, M. T., *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación)*, Madrid, 2000.

(102) Dice así: La Sociedad codemandada P. la C., S. A., es la única propietaria de los terrenos de la Unidad de Actuación número 12 del Plan Especial de Reforma Interior de El Algar, cuyo Proyecto de Reparcelación es objeto de impugnación en el presente recurso. En dicho proyecto de reparcelación se describen las dos fincas de origen aportadas a la misma y veintitrés fincas resultantes de la reparcelación, de las cuales las números 1 a 5 son de cesión obligatoria y gratuita y en la 6 se comprenden las subparcelas destinadas a calles y avenidas, describiéndose la número 6.3 del siguiente modo: «Calle Sartén. Situada en la zona Norte de la unidad de ejecución, desarrollándose en prolongación de la calle del mismo nombre en dirección Este, hasta la calle Azabara, con una anchura de 5 metros para ampliar el tramo existente y de 9 metros para el tramo que va desde la Avenida de Asturias hasta la calle Azabara». Es en el tramo de la calle Sartén que se dice se ampliará con una anchura de 5 metros, en el que se considera que existen terrenos ya destinados a calle y que, sin embargo, ha quedado probado que pertenecen a propietarios que no han participado en el proyecto de reparcelación. Uno de estos propietarios es el demandante don F. L. G. y la propiedad del mismo y de otros dueños de varias casas con fachada principal en la calle Juan Bravo de El Algar es una franja de dos metros de anchura, situada en la parte posterior de estas casas, que, según inscripción registral, fue dejada para el servicio de los patios de las viviendas y a la que se abren puertas de las mismas viviendas... Ninguno de los propietarios de la franja de dos metros cuyo destino urbanístico se plantea en esta *litis* ha participado en ningún momento en la tramitación del expediente administrativo de aprobación de Proyecto de Reparcelación de la Unidad de Actuación número 12 del PERI de El Algar, por lo que no puede pretenderse que, en aplicación de los preceptos que regulan la reparcelación urbanística y para el cumplimiento de los fines que la misma persigue, queden desposeídos de su propiedad los dueños de terrenos extraños al procedimiento de reparcelación.

(103) La falta de regulación positiva de la figura del consorcio real hace difícil la búsqueda de estas situaciones en nuestra jurisprudencia. Si realizamos esa búsqueda en una base de datos, a partir de las referencias al párrafo 4.º del artículo 398 del Código Civil, que es el precepto fundamental para la construcción doctrinal de la comunidad de intereses de estructura consorcial, lo normal será que no encontremos información alguna. Por ello me he tenido que limitar a exponer los dos supuestos de los que he tenido conocimiento directo y que revelan que, al menos en materia de legitimación, la figura del consorcio real tiene indudable interés.

- «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subdividificación», en *RCDI*, núm. 665, mayo-junio de 2001.
- ARNÁIZ EGUREN, R., *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- ÁVILA ÁLVAREZ, P., «El régimen jurídico privado de las urbanizaciones», en *RDU*, mayo-junio de 1978.
- BALLARÍN MARCIAL, A., *Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria*, Madrid, 1975.
- BÄRMANN, J., «Sobre la dogmática del condominio», en *RDN*, julio-diciembre de 1956.
- BATISTA MONTERO-RÍOS, J., «Comunidad para edificar», en *RDP*, 1969.
- BENACCHIO, G., *Il condominio edilizio*, Padua, 1969.
- BUEN, D. DE, «Servidumbre de medianería», en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXVIII.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA (con la colaboración de GARRIDO CERDÁ, E., y SOTO BISQUERT, A.), «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *RDN*, abril-junio de 1969.
- CÁMARA, GARRIDO y SOTO, «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid, 1975.
- CARRASCO PERERA, A., «Comentario de la RDGRN, de 16 de mayo de 1996», en *CCJC*, 1997, núm. 43.
- COMAS, A., *La revisión del Código Civil español*, Madrid, 1902.
- *Proyecto de Reforma del Código Civil español*, Madrid, 1900.
- CORRAL DUEÑAS, F., «Comentario a la RDGRN, de 20 de julio de 1998», en *RCDI*, 1999.
- CREHUET, P., «Sugerencia y glosa a la Ley sobre Comunidades de Aguas de 27 de diciembre de 1956», en *ADC*, 1957.
- DELHAY, F., *La nature juridique de l'indivision*, Paris, 1968.
- DÍAZ-SAAVEDRA Y NAVARRO, N., «La heredad de aguas de riego o régimen del inmueble inmóvil», en *Revista del Foro Canario*, núm. 11, septiembre-diciembre de 1955.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Relaciones jurídico-reales. Registro de la Propiedad. La posesión*, Madrid, 1978.
- «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», en *RDU*, 1971.
- «Los procesos de urbanización y el marco del derecho de propiedad», en *Curso de Conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Madrid, 1973.
- DORREGO DE CARLOS, A., «Los complejos inmobiliarios en la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999», en *RCDI*, núm. 655, noviembre-diciembre de 1999.
- ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, F., «Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», en *RCDI*, septiembre-octubre de 1967, núm. 462.
- ESTRUCH ESTRUCH, J., y VERDERA SERVER, R., *Urbanizaciones y otros complejos inmobiliarios en la Ley de Propiedad Horizontal*, Navarra, 2000.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Derecho Administrativo, Sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972.
- FERRARA, F. (Sr.), *Escritos jurídicos*, III.
- *I consorzi per l'esercizio dell'agricoltura*, Atti del primo Congr. naz. di dir. agr. Firenze, 1935.
- FONT BOIX, V., «El derecho de vuelo y de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *RDN*, julio-diciembre de 1967, pág. 39 y sigs.
- FRANCO PAZ, F. DE, *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, Pamplona, 2001.
- FUENTES LOJO, J. V., *Suma de la propiedad por apartamentos*, t. I, Barcelona, 1969.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 2002.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario a la STS de 28 de abril de 1972», en *RCDI*, núm. 498, 1973.
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Derecho de sobreedificación», en *Conferencias sobre Derecho Foral. Seminario de Derecho Foral*, 1975-76.
- GARRIDO PALMA, V. M., «Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil», en *RDP*, septiembre de 1972.
- GOMÁ LANZÓN, I., «Las insuficiencias del régimen de la propiedad horizontal. Casas empotradas y a caballo», en *Revista La Notaría*, núm. 9-10, septiembre-octubre de 2001.
- GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Barcelona, 2004.
- GRAU, S., *Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes*, Madrid, 1966.
- GRECO, Paolo, *Le società nel sistema legislativo italiano, Lineamenti generali*, Turín, 1959.
- JORDANO BAREA, J. B., «Comunidad y sociedad en la explotación agraria», en *AAMN*, t. XVIII.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, 2, Barcelona, 1980.
- «Elementos de Derecho Civil, III, Derechos reales», vol. II, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, Barcelona, 1991.
- LEGUINA VILLA, J., «Las facultades dominicales de la propiedad forestal», en *REDA*, núm. 3, octubre-diciembre de 1974.
- LÓPEZ FRÍAS, M. J., «La superposición de inmuebles: Estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo», en *RCDI*, núm. 650, enero-febrero de 1999.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española*, Murcia, 1965.
- MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo III, Madrid, 1952.
- MANZANEDO MATEOS, J. A. (*Curso de Derecho Administrativo económico*, de MANZANEDO, J. A.; HERNANDO, J., y GÓMEZ REINO, E.), Madrid, 1970.
- MARÍ CASTELLÓ-TÁRREGA, *Los heredamientos y comunidades en su Ley reguladora*, Estudios de Derecho Administrativo especial canario, III, Tenerife, 1969.
- MARTÍN MATEO, R., *Los consorcios locales*, Madrid, 1970.
- MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *Urbanizaciones privadas*, Academia Sevillana del Notariado, t. XIII, Madrid, 2003.

- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *Los consorcios en el Derecho español (análisis de su naturaleza jurídica)*, Madrid, 1974.
- MELÓN INFANTE, C., «En torno a la situación de medianería en el Código Civil español (Notas para su estudio)», en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1963.
- MONEDERO GIL, F., «La comunidad de propietarios. Sus órganos: la junta de propietarios. Régimen de los acuerdos. El Presidente. La representación de la comunidad. El Administrador», en *Rev. Pretor*, núm. 23, septiembre-octubre de 1964.
- MONET Y ANTÓN, F., «Estatutos de propiedad horizontal», en *AAMN*, t. XII, 1961.
- MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, Tomo VII, Madrid, 1943.
- MUÑOZ DE DIOS, G., «Posibles formas empresariales en la propiedad horizontal», en *RCDI*, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553.
- *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Madrid, 1987.
- NIETO, A., *Bienes comunales*, Madrid, 1964.
- «Hacia una teoría consorcial de las comunidades de aguas canarias», en *Estudios de Derecho Administrativo especial canario*, Tenerife, 1969.
- «Las Comunidades de aguas canarias en 1956», en *Estudios de Derecho Administrativo especial canario*, III, Tenerife, 1969.
- OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padua, 1959.
- PELAYO HORE, S., «La indivisión perpetua en el Código Civil», en *RDP*, 1942.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. T. I. *Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*, Madrid, 2001.
- *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1982.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Madrid, 2003.
- PÉREZ PASCUAL, E., *El derecho de propiedad horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, Madrid, 1974.
- PESCARORE, S., *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milán, 1974.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Pamplona, 1999.
- ROCA JUAN, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, t. VII, vol. 2, Madrid, 1990.
- RUDA GONZÁLEZ, A., «El contrato de cesión de suelo por obra tras la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 31 de enero de 2001», en *Revista La Ley*, Diario 5400 de 19 de octubre de 2001.
- SAPENA TOMÁS, J., «Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas», en *RDN*, 1967, 3.
- SOTO BISQUERT, A., «El derecho de vuelo», en *RCDI*, julio-agosto de 1971.
- TORRALBA SORIANO, O. V., «Las obligaciones derivadas de la situación de propiedad horizontal», en *Documentación Jurídica*, julio-diciembre de 1975.
- VENTURA TRAVESET, *Derecho de propiedad horizontal*, Barcelona, 1976.
- WOLF, M., *Derecho de cosas*, 3.ª ed., t. III, vol. 1, del Tratado de Derecho Civil de Ennecerus-Kipp-Wolf. Traducción y notas de PÉREZ y ALGUER. Barcelona, 1971.

RESUMEN

CONSORCIO REAL
PROPIEDAD

En nuestro Derecho Positivo es posible ver recogida la figura de la comunidad de intereses, a la que aluden los artículos 394 del Código Civil (al ordenar que no se perjudique «el interés de la comunidad») y 398 del mismo Código, que reconoce expresamente la objetivación de intereses al aludir a los «que constituyan el objeto de la comunidad»; el último párrafo de este artículo 398 se refiere al supuesto de cosas compuestas de partes privativas y comunes, permitiendo ver en él el tipo de comunidad de intereses de estructura consorcial (consorcio real) que explica la naturaleza jurídica de la gran mayoría de cotitularidades inmobiliarias, desde las más simples, como las medianerías vertical y horizontal, pasando por los consorcios reales en suelo rústico y los consorcios reales hídricos y mineros, hasta los relativos a la propiedad urbanística, que actúan en los procesos de urbanización o son resultantes de los mismos.

ABSTRACT

CONSORTIUM IN REM
PROPERTY

The concept of the «community of interests» can be seen to be included in Spanish positive law. The community of interests is alluded to by article 394 of the Civil Code, which dictates against injuring «the interest of the community», and article 398 of the same code, which expressly recognises the objectification of interests in alluding to interests «that constitute the object of the community». The last paragraph of article 398 refers to events where things comprise privately owned parts and common parts. There the definition of a community of interests of a consortial structure (consortium in rem) can be seen, which explains the legal nature of the vast majority of joint real property ownership arrangements, ranging from the simplest (such as vertical and horizontal party walls) to consortiums in rem of rural land and consortiums in rem referring to water and mining assets, to consortiums in rem concerning ownership interests in developments (which interests act in or are the result of land development processes).

(Trabajo recibido el 22-12-09 y aceptado para su publicación el 15-3-2011)