

II. Resoluciones de la Dirección General

Por LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA y
FERNANDO CANALS BRAGE

PROPIEDAD HORIZONTAL: COMUNIDAD FUNCIONAL (NAVARRA). AGRUPACION PARCIAL DE LOCALES PERTENECIENTES A DISTINTOS EDIFICIOS. MODIFICACION DEL REGIMEN. CONSENTIMIENTO ANTICIPADO PARA AGRUPAR, SEGREGAR Y DIVIDIR (RESOLUCIÓN DE 27 DE MAYO DE 1983).

SUMARIO: A) SUPUESTO DE HECHO. B) NOTA DE CALIFICACIÓN. C) INFORME DEL NOTARIO. D) INFORME DEL REGISTRADOR. E) AUTO DEL PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA. F) APELACIÓN DEL NOTARIO. G) RESOLUCIÓN: DOCTRINA Y COMENTARIO: 1. *Comunidad funcional (Navarra)*: El propietario de cinco locales independientes destinados a garaje e integrados en tres edificios distintos puede constituir una comunidad permanente, que se caracterice por excluir la acción de división y los derechos de preferente adquisición de los comuneros, establecer sus causas de extinción y fundamentar su existencia en el principio jurídico de «paramiento fuero vianza» y en la necesidad funcional impuesta por un destino común, mediante la enajenación simultánea de cuotas indivisas sobre la finca. 2. *Agrupación impropia*: facultados por sendas cláusulas estatutarias, los propietarios actuales y futuros de los locales del sótano para agruparlos entre sí o con otros de edificio colindante, es posible llevar a cabo la agrupación de cinco locales destinados exclusiva y permanentemente a garaje e integrados en tres edificios contiguos, con la subsistencia de las fincas de procedencia dentro de su respectiva propiedad horizontal, coexistiendo los antiguos folios registrales con el nuevo. 3. *Modificación del régimen*: la agrupación practicada no altera el régimen de propiedad horizontal. No hay división, ni nuevos locales, ni aumenta el número de propietarios con derecho a voto. Es de aplicación el artículo 14 y no el 16.2 de la LPH. 4. *Consentimiento anticipado para agrupar, segregar y dividir*: no infringe el artículo 16.2 de la Ley de Propiedad Horizontal la cláusula estatutaria que autoriza para realizar tales actos sin consentimiento de los demás propietarios.

La Resolución de 27 de mayo de 1983 recoge la posibilidad de las agrupaciones temporales de fincas independientes con destino común, integradas en edificios contiguos sujetos a regímenes autónomos de propiedad horizontal, siempre que los estatutos respectivos contemplen dicha situación, e incluso la operatividad de la cláusula sin necesidad de la aprobación de las respectivas Juntas de propietarios. El fundamento jurídico de esta atípica figura se encuentra, según la

DG, en la insuficiencia normativa de la LPH, que no contempla «un fenómeno social posterior», cual es el de las distintas situaciones que la realidad económica va creando al margen de la previsión legal —urbanizaciones privadas, complejos inmobiliarios, garajes intercomunitarios—, provocándose un «vacío legal» que el Centro Directivo ha intentado llenar a través de distintas resoluciones.

A) SUPUESTO DE HECHO

El supuesto de hecho es el siguiente: 1.º Las escrituras de declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal de tres edificios contienen una cláusula idéntica «que faculta a los propietarios actuales y futuros de los locales de sótano para dividirlos, segregarlos, agregarlos o agruparlos entre sí, con otros colindantes, de la propia casa o de otra colindante». Presuponemos que dicha cláusula está inscrita y que admite su ejercicio sin el concurso de la voluntad de los copropietarios de los edificios de referencia (así se deduce del penúltimo considerando). 2.º La propietaria única de cinco locales, subterráneos y colindantes, que forman parte de las tres mencionadas edificaciones, procede a su agrupación y a la constitución de una comunidad sobre la finca agrupada. 3.º En la escritura de agrupación se hace constar que las cinco fincas independientes forman un sólo y único garaje, una «unidad económica de explotación»; que la agrupación registral «se entiende sin perjuicio de que los locales del sótano sigan integrados en las respectivas comunidades en propiedad horizontal»; que el acto no afecta a las comunidades existentes, para las que se tiene por no realizado; y que la nueva comunidad constituida excluye la acción de división y el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, y sólo se extinguirá por acuerdo unánime de los comuneros.

B) NOTA DE CALIFICACIÓN

El Registrador deniega, por su parte, la inscripción solicitada, en base a los siguientes defectos: 1.º La agrupación quebranta el principio de unidad de edificio —art. 8 LPH. 2.º Su finalidad, mancomunidad de uso, no tiene cabida en los artículos 8.2 de la LH y 44.4 de su Reglamento, pues no se trata de una explotación industrial. 3.º Atipicidad de esta nueva entidad hipotecaria —la agrupación es y no es a un tiempo. 4.º Contraviene el artículo 16.2 de la LPH, ya que aunque las cuotas permanezcan intactas, el número de propietarios del local si se ve alterado. 5.º La comunidad constituida vulnera la imperatividad de los artículos 372 y 374 de la Compilación de Navarra y 400 y 1.522 del CC.

C) INFORME DEL NOTARIO

El recurrente, por su lado, entiende que deben practicarse los asientos que el documento contiene, porque: 1.º La agrupación no altera la unidad de edificio, que subsiste como si ésta no existiera. 2.º Que la unidad económica y jurídica de explotación y destino que se crea, agrupación excepcional o menos plena, se caracteriza, a efectos registrales, por la coexistencia del nuevo folio con el independiente del local afectado. 3.º Que la alteración del número de propietarios en modo alguno afecta a la propiedad horizontal, siendo inaplicable el artículo 16.2

de la LPH. 4.º Que el sistema de fuentes del Derecho Civil Foral de Navarra, en general —«paramiento fuero vienza»—, y del régimen de comunidad establecido en el artículo 371 de la Compilación, en concreto, afirman el principio de la prevalencia de la voluntad privada sobre las propias disposiciones forales. 5.º Que la misma Compilación da cabida a comunidades atípicas, y los garajes en comunidad son una modalidad de las denominadas comunidades funcionales, voluntarias, organizadas y permanentes. 6.º Que resultado de esa permanencia y organización —comunidad social— es la exclusión de los derechos de adquisición preferente y de la acción de división, interpretando que el artículo 401.1.º del CC también excluye la división material, económica y jurídica.

D) INFORME DEL REGISTRADOR

En consecuencia, el Registrador en el informe preceptivo entiende: 1.º Que para la legislación hipotecaria lo que existen son agrupaciones, sin graduación alguna de plenas y menos plenas, y que tal operación supone el cierre de los folios registrales de las fincas agrupadas. 2.º Que el artículo 44.1.º del RH prevé la agrupación de fincas colindantes que físicamente constituyan un solo edificio o casa-habitación. 3.º Que la pretendida asimilación de este supuesto al contemplado por los artículos 8.2.º de la LH y 44.4.º de su Reglamento, es evidente, aunque no se empleen en la escritura los términos «explotación industrial», caso ante el que no nos encontramos. 4.º Que la admisión de esa atípica comunidad colisiona con el principio de especialidad y acarrea perturbación y confusiónismo en el orden práctico. 5.º Que de la imperatividad del artículo 8 de la LPH se deduce la nulidad de la cláusula. 6.º Que la comunidad constituida es una comunidad ordinaria de tipo romano, divisible en cualquier caso, conforme a la Ley 274 de la Compilación, y que cuando ésta quiere excluir dicha acción lo hace expresamente. Lo mismo que ocurre, asimismo, con el retracto. La Ley 372 lo impone.

E) AUTO DEL PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA

El Presidente de la Audiencia, confirma en Auto la nota de calificación, por análogas razones a las que atiende el Registrador.

F) APELACIÓN DEL NOTARIO

Y el Notario recurrente apela a la DG, que resuelve el 27 de mayo de 1983.

G) RESOLUCIÓN: DOCTRINA Y COMENTARIO

La doctrina de la DG —habida cuenta que el plan de reparcelación y proyecto de urbanización señala como único destino, exclusivo y permanente, de los locales de sótano el de garaje, que éste en la realidad es único, que algunas plazas están a caballo y que cuenta con licencia municipal de apertura— es la siguiente (1):

(1) Puede observarse la tendencia de la DG en la actualidad a fundamentar las Resoluciones en la realidad extrarregistral —del primer considerando no resulta que su

1. *Comunidad funcional (Navarra): El propietario de cinco locales destinados a garaje e integrados en tres edificios puede constituir una comunidad permanente, que se caracterice por excluir la acción de división y los derechos de preferente adquisición de los comuneros, establecer sus causas de extinción y fundamentar su existencia en el principio jurídico de «paramiento fuero vienz» y en la necesidad funcional impuesta por un destino común, mediante la enajenación simultánea de cuotas indivisas sobre la finca*

La insuficiencia normativa que la DG y la propia doctrina y jurisprudencia advierten en el articulado de la LPH es evidente. A los veintinueve años de su vigencia, la realidad social impone su desarrollo y adaptación, dando nuevo cauce a situaciones nuevas, nacidas de la voluntad privada en el desenvolvimiento económico de las instituciones. El problema no es ése, sino el de la atemperación de las soluciones prácticas a la normativa vigente. Se puede crear derecho, pero, en tanto el legislador encauza la realidad, debe hacerse por la aplicación analógica, si es posible, antes de recurrir a la atipicidad. La atipicidad, bajo la amenaza de la nulidad judicial, es un terreno resbaladizo. Son necesarias Instrucciones y no Resoluciones para resolver el problema, reformas reglamentarias con la viveza que la sociedad reclama. La seguridad jurídica debe imperar.

Tendríamos que preguntarnos si la LPH y el CC no permiten una solución analógica distinta de la comunidad funcional y de las adscripciones de uso, si cada comunero puede ejercitar en todo momento, la que podríamos llamar acción de división horizontal. Si la indivisibilidad del garaje, como unidad económica y jurídica, impide la división material de éste, formando nuevas fincas independientes, con una serie de elementos comunes —acceso y viales— que hagan factible el ejercicio de la propiedad separada, fuera ya del posible fraude de Ley —civil y fiscal— que tal vinculación atípica puede materializar. La comunidad funcional es un «ex-abrupto», donde confluyen la comunidad ordinaria por cuotas ideales y la comunidad «pro-diviso» en el uso exclusivo de las plazas individuales. Sería, quizá, más sencillo admitir la acción de división horizontal. Como indica el TS, la indivisibilidad de cosa, según destino, no obliga necesariamente a la enajenación en pública subasta, si cabe su división en régimen de propiedad horizontal —ver arts. 400 y 401 del CC: S. de 9 de mayo de 1988 (2). La acción de subdivisión, en este caso, evitaría los problemas de la atipicidad comunitaria, sin tener que recurrir a la exclusión de los derechos de preferente adquisición y de la acción de división. El garaje por destino será indivisible, pero el aprovechamiento puede dar lugar a una sólida titularidad dominical, más allá de la simple adscripción, apoyada, hoy por hoy, en un simple artículo reglamentario, que más obedece en su fundamento a resolver un problema de mecánica registral que de derecho sustantivo. Analogía y no atipicidad.

(Sobre comunidad funcional, hay que tener en cuenta, además, las Resoluciones de 18 de mayo de 1983 y 20 de febrero de 1989, objeto de comentario en otro lugar.)

contenido se incluya en el documento presentado—. Destacamos con mayúsculas la doctrina extraída y añadimos un breve comentario.

(2) *RCDI* núm. 591, pág. 517: La venta en pública subasta de un edificio común está supeditada a que no sea posible la adjudicación de pisos o locales independientes, mediante la formación de los correspondientes lotes entre los comuneros y la constitución, en suma, del régimen de propiedad horizontal (STS 9 mayo 1988).

2. *Agrupación impropia: facultados por sendas cláusulas estatutarias, los propietarios actuales y futuros de los locales de sótano para agruparlos entre sí o con otros de edificio colindante, es posible llevar a cabo la agrupación de cinco locales destinados exclusiva y permanentemente a garaje e integrados en tres edificios contiguos, con la subsistencia de las fincas de procedencia dentro de su respectiva propiedad horizontal, coexistiendo los antiguos folios registrales con el nuevo*

La excepcionalidad de ciertas agrupaciones, recogida en los artículos 8.2 y 44 de la Ley y Reglamento Hipotecarios (las denominadas fincas funcionales), a diferencia de esta agrupación impropia, más atiende al problema físico de la no colindancia que al problema jurídico de la unidad: la finalidad da una estructura organizativa y económica a la diversidad de elementos que componen un todo —a veces—, parece un patrimonio separado. Los actos de división, segregación, agregación o agrupación son actos formales que persiguen dar carta de naturaleza a un nuevo objeto jurídico. El nuevo objeto forma un todo, y la independencia de los elementos que lo componen desaparece. Es por ello que esta agrupación es más impropia de lo que parece. La finalidad o destino es común. Las fincas agrupadas subsisten. La singularidad, a diferencia de las agrupaciones temporales de empresa, no está en la titularidad. Incluso en éstas lo determinante es la comunidad que entre ellas forman, la participación indivisa de cada una, ya que la agrupación en sí no tiene personalidad jurídica (3). La singularidad, pues, de esta agrupación excepcional está en el objeto. Se crea un nuevo objeto. No se pueden agrupar físicamente elementos independientes integrados en edificios contiguos. La especial naturaleza jurídica de la propiedad horizontal lo impide. El destino puede ser común, pero el objeto físico no. Los locales en planta baja participan necesariamente de los elementos comunes de cada edificio, y en concreto del suelo. Física y jurídicamente los locales siempre dependerán en determinada medida de su edificio matriz.

En definitiva, la DG lo que hace es reconocer la existencia de una finca nueva de carácter formal —el Registro se lleva por fincas—, que carece de autonomía, sin sustantividad física ni jurídica, dependiente de la subsistencia y régimen de tres comunidades horizontales, a través del establecimiento de la excepcional reglamentación de una comunidad atípica, a caballo sobre esas tres. Propiamente, no hay agrupación, el folio se abre para dar cabida al estatuto jurídico, en orden a la administración y disposición, de cinco locales poseídos *pro indiviso* con destino común. Luego, ¿para que agrupar? Hubiese bastado hacer constar en los folios respectivos ese especial estatuto jurídico y el régimen de servidumbres recíprocas existente entre los mismos. La razón, pues, del nuevo folio no puede ser otra que clarificar —¿?— el contenido del Registro, a la hora de practicar las «segregaciones» de las plazas de garaje adscritas a las cuotas, o facilitar la venta de cuotas sin determinar el local y edificio en que se concreta, ya que en

(3) ¿Qué ocurrirá entonces con los embargos?, ¿debe dirigirse la demanda contra la agrupación, aparente titular, o contra cualquier empresa? Es indudable que la adjudicación a un tercero de la participación de un empresa desnaturaliza la especial relación que la unión crea. Los partícipes no son sustituibles. Teniendo carácter temporal la agrupación, tal vez, cabría entender que es necesario que la demanda se dirija contra la agrupación por deudas de uno de sus miembros, o que la adjudicación a un tercero de la participación lo único que arrastra es la exclusión del patrimonio separado común de dicha participación, subsistiendo la relación especial preexistente.

todo caso habrá una equivalencia o proporcionalidad entre esa cuota y la cotitularidad de los cinco locales. El «dueño» de una plaza de garaje será comunero sobre los cinco locales, con independencia de su situación física. Si estas fincas no desaparecen, alguien será su titular, no creo que la comunidad funcional tenga personalidad jurídica. Y los titulares serán todos los comuneros, si no la adscripción tendría el mismo efecto que el pleno dominio sobre la plaza, resultado de la división. De esta forma cualquier copropietario puede instar judicialmente la readscripción, ya que a igualdad o superioridad de cuota usa una plaza de menos valor —superficie, situación—. El vendedor transmite cinco cuotas sustantivas, una funcional y adscribe una plaza de garaje. Desde luego, no es el camino más corto para vender una plaza de garaje. Bastaría con la subdivisión horizontal de cada local y el establecimiento de servidumbres recíprocas, con su correspondiente previsión estatutaria. Subdivisión horizontal más acorde con la Resolución de 4 de abril de 1980 (4) que esta impropia agrupación innecesaria. O con la creación de cinco elementos procomunales, en utilidad y servicio de los comuneros respectivos, interdependientes por razón de un único destino o estableciendo servidumbres recíprocas interpretando la palabra «todos» del artículo 4 de la LPH como todos los comuneros y no todos los copropietarios del edificio (5). O bien pudo recurrirse a la figura de la titularidad *ob rem* recíproca entre los cinco locales.

En la subdivisión horizontal, entiendo analogía, en el establecimiento de un elemento procomunal, interpretación, y en la agrupación impropia, atipicidad. Ante la insuficiencia normativa de la LPH, el TS sigue y la DG suele seguir el camino de la analogía y no el de la atipicidad, salvo en este caso. Razones: vacío legal, necesidad social, unidad orgánica del garaje, agrupaciones excepcionales existentes —reguladas, arts. 8 y 44 de la L. y RH, y no reguladas, Resolución 2 de abril de 1980, coexistencia de regímenes jurídicos —propiedad horizontal, comunidad funcional—. Problemas: transcendencia substantiva de la agrupación, de la comunidad funcional y de la adscripción de uso —impugnación, nulidad.

La siguiente cuestión que plantea esta agrupación es la de la hipoteca y el embargo de las cuotas. ¿Dónde deberá practicarse el asiento?, ¿en los folios de las fincas independientes, en el de la matriz o en el de la adscripción?, ¿sigue el folio de los cinco locales «entreabierto» a estos efectos, o el historial debe continuar exclusivamente en el filial de la adscripción?, ¿deben ponerse notas de relación en la agrupación y en los folios correspondientes?, ¿y si el mandamiento persigue la cuota sobre un local independiente, habría que denegar?, ¿y si se persiguen y se ejecutan gastos comunes impagados de un local, cediéndose el local a un tercero, se extingue la comunidad sin más sobre local? —éste responde individualmente por el artículo 9 de la LPH. Como vemos la cuota de equivalen-

(4) Imaginamos que el considerando 5.º de la Resolución de 27 mayo 1983 alude a la Resolución de 2 abril 1980 sobre urbanizaciones privadas en cuanto admite otra agrupación excepcional, puesto que no es lo mismo la superposición de propiedades horizontales —analogía: sistema de la muñeca rusa—, que la desviación a folio separado —finca independiente— al régimen jurídico de determinada comunidad, generando una situación atípica en la forma —agrupación— y en el fondo —comunidad funcional.

(5) Para POVEDA el elemento procomunal es un elemento común accidental, calificación que, si la seguimos, plantea el problema de la titularidad —todos—, aunque no del uso, que puede atribuirse exclusivamente a señalados copropietarios (v. POVEDA DÍAZ, J.: *Los elementos procomunales en la propiedad horizontal*, ed. CEH, Madrid 1983, págs. 55 y sigs.

cia es necesaria y la adscripción de uso en folio separado debe contener la expresión del local donde se ubica la plaza, de otro modo surge la duda del lugar donde debe practicarse el asiento, sobre todo si subsiste la responsabilidad individual de la finca independientemente por el artículo 9, ya que la Resolución dice que esta agrupación en nada afecta a las respectivas propiedades horizontales. O el contrato pormenoriza todos estos extremos o la confusión nace. Las cuotas de la comunidad funcional responden por un lado —folio de la agrupación o folio de la adscripción—, y los locales por otro —dentro de su propio régimen—. El nuevo objeto de tráfico jurídico se desdobra. Si se ejecuta y adjudica a un tercero un local situado en el medio del garaje, el destino común no puede desarrollarse, ¿qué adquiere el adjudicatario: un local en dominio o las cuotas equivalentes?, ¿le vincula la comunidad funcional?, ¿y se anota y ejecuta el local por la responsabilidad legal tácita del artículo 9...? El mismo problema plantearía la destrucción de un edificio, o la extinción del régimen de propiedad horizontal de otro por la ejecución de una carga preferente —hipoteca, embargo—, o por expropiación forzosa. Si no se sabe o no se puede determinar la titularidad equivalente a cada local, la duda surge, ya que la extinción de cualquiera de las propiedades horizontales constituidas arrastraría a la propia comunidad funcional, ¿qué ocurriría con las adscripciones de uso correspondientes al local desaparecido?, ¿dónde depararían las cuotas de los comuneros afectados, adjudicadas todas las plazas?, ¿se tratará de cuotas sin derecho de uso?, ¿por qué?: todo ello lleva a la ilícita exclusión singular de un comunero en el aprovechamiento de la cosa común, a la acción judicial correspondiente y a la subdivisión horizontal o a la enajenación en pública subasta, al margen de la previsión estatutaria del acuerdo unánime como único medio de extinción de la comunidad.

3. *Modificación del régimen: la agrupación practicada no altera el régimen de propiedad horizontal. No hay división, ni nuevos locales, ni aumenta el número de propietarios con derecho a voto. Es de aplicación el artículo 14 y no el 16.2 de la LPH*

Si la agrupación practicada sólo vincula jurídicamente a los titulares de los locales que los conforman, y en nada afecta a la situación física y jurídico-registral de las tres comunidades horizontales respectivas, deberá existir, como apuntábamos, una correspondencia proporcional entre la cuota indivisa sobre toda la comunidad y la cuota de cada local, para que en orden a la representación no se altere el régimen autónomo de los edificios, patentizándose la accesoriedad formal de la adscripción de uso, ya que los titulares de las adscripciones correspondientes a un local determinado no son los únicos titulares *pro indiviso* del mismo. No se vulnera el artículo 16, dice la DG, porque no hay división material ni nuevos locales, pero se disocia abiertamente el uso o aprovechamiento y la titularidad. Habrá copropietarios que no tengan derecho alguno de utilización y aprovechamiento de un local determinado, exclusión que le faculta para ejercitar el contenido de su derecho en otro local distinto, pero que supone una importante excepción al régimen general de la propiedad horizontal, acercándose al del negocio indirecto. Si la adscripción no divide materialmente, sí divide el aprovechamiento, y determinados propietarios estarán representados en la junta de un edificio del que no participan, haciendo cesión de los beneficios y no de las cargas.

De la Resolución de referencia no resulta el régimen representativo, ni la equivalencia o proporcionalidad entre la cuota de la comunidad funcional y la

de cada local, aspecto al que —entiendo— alude el defecto número 4 de la nota de calificación. Del recurso no queda claro si afecta o no afecta la nueva cotitularidad a las comunidades horizontales autónomas. La única interpretación posible es la de la cotitularidad equivalente, disociada de las adscripciones de uso (6).

4. *Consentimiento anticipado para agrupar, segregar y dividir: no infringe el artículo 16.2 de la Ley de Propiedad Horizontal la cláusula estatutaria que autoriza para realizar tales actos sin consentimiento de los demás propietarios*

Esta cláusula, que, por su habitualidad en el tráfico jurídico, se ha convertido en casi cláusula de estilo, ha arrastrado tras sí numerosos pronunciamientos jurisprudenciales. La doctrina se muestra, en principio, recelosa a admitirla sin cautelas. ROCA SASTRE (7) se manifiesta favorable a su admisión por su gran utilidad, sobre todo tratándose de locales de negocio, en la mayoría de los casos diáfanos, y sujetos a la demanda económica de los particulares, en cuanto a su ubicación y superficie. MONET, por su parte, también se muestra a favor de su licitud; JOSÉ LUIS ALVAREZ opta por una ratificación en primera junta, y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA entiende, con buen acuerdo, que siendo el interés protegido legítimo, si se admite la reserva del derecho de vuelo, que es lo más, debiera admitirse ésta, que es lo menos, apuntando, a su vez, la diversa situación que se produce según la amplitud de la cláusula y el momento en que se ejercita, e inclinándose por su aplicación a los locales en construcción, y no aquellos pisos o locales perfectamente delimitados y acabados (8). Es de advertir que estos criterios se expresaron cuando a la materia se refería únicamente una STS, sin consideración, entonces, de doctrina legal.

La jurisprudencia del TS se pronuncia, en primer término, en contra de la cláusula, amparando su nulidad en los artículos 5, 8, 11 y 16 de la LPH y en la imperatividad de la propia Ley. Así, las SSTSS de 30 de diciembre de 1975, 7 de febrero de 1976 y 31 de enero de 1987. Singularmente, la segunda de ellas, objeto del comentario de GARCÍA GARCÍA y la más reciente, en cuanto la confirma, han vuelto a dar actualidad a este tema. Existen, sin embargo, fallos a favor, pudiendo citarse las SS. de 14 de marzo de 1968, de 5 de mayo de 1986 y, últimamente, la de 30 de octubre de 1988, que al ocuparse de los límites de la facultad de dividir locales comerciales no cuestiona la validez de la cláusula estatutaria que autoriza

(6) La equivalencia proporcional puede hallarse por una simple operación matemática —regla de tres—. Ahora bien, ¿serán de aplicación a este supuesto la necesaria determinación porcentual de las cuotas correspectivas, como, con carácter general, pregona la jurisprudencia hipotecaria, en contra del predicado del CC, que expresa que las participaciones se entenderán iguales si no se indica otra cosa? Entendemos que no, que si por operación matemática puede hallarse, no es necesaria su expresión. Lo que sí sería necesario, y del recurso no resulta, es la clara determinación de esa correspondencia equivalente; en otro caso, la duda y la obscuridad ensombrecen la claridad que preside el sistema registral.

(7) ROCA SASTRE, R.: *Derecho Hipotecario*, ed. Bosch, Barcelona 1979, tomo II, págs. 393 y sigs.

(8) PONS GONZÁLEZ/ ARCO TORRES: *Régimen jurídico de la propiedad horizontal*, ed. Comares, Granada 1987, págs. 17-18.

la división sin autorización de la comunidad, confirmando la Sentencia de 1.^a Instancia que su licitud declara. Tan sólo limita objetivamente la facultad: los locales así formados deben tener acceso independiente —art. 396 CC—, no alterar la estructura, seguridad, configuración, estado exterior del edificio o de algún elemento común, y no perjudicar los derechos de otro propietario —arts. 7.1.º y 11 LPH (9).

La DG, en reiterada jurisprudencia, por su lado, manifiesta la oportunidad y validez de esta cláusula, sin dar carácter imperativo a todos y cada uno de los preceptos contenidos en la LPH, y en especial el artículo 8. La propiedad horizontal —dice— se rige «por la voluntad de los interesados salvo cuando las disposiciones legales especiales impongan con carácter imperativo otro régimen», y éste no es el caso. Las razones de la DG son obviamente prácticas. Pueden verse las Resoluciones de 7 de abril de 1970, 31 de agosto de 1981, 27 de mayo de 1983 y 26 de febrero de 1988, particularmente esta última, que analiza la cláusula a raíz de la más reciente jurisprudencia —STS de 31 de enero de 1987—; y ello, no obstante el penúltimo considerando de la de 21 de octubre de 1980, donde declara la necesidad del acuerdo comunitario, sobre el presupuesto —claro está— de la ausencia de cláusula estatutaria al respecto (10).

Podría fundamentarse su ilicitud, además, con la opinión de AMORÓS GUARDIOLA, al comentar la Resolución de 7 de abril de 1970 (11). Pero, a la luz de

(9) SSTTSS de 30 diciembre 1975 y 7 febrero 1976: resumen, CAMY B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo IV, pág. 241.

— STS. de 7 febrero 1976: GARCÍA GARCÍA, J. M.: *RCDI* núm. 519/1977, págs. 438 y sigs. Resumen, PONS/DEL ARCO (8, pág. 18).

— STS de 31 enero 1987: Aranzadi 329/1988.

— SSTTSS de 14 marzo 1968 y 5 mayo 1986: *BCNR* 243/1988, pág. 610.

— STS de 5 mayo 1986: *RCDI* 577/1986, pág. 1860.

— STS de 30 octubre 1988: *RCDI* marzo-abril 1989.

(10) *BCNR* respectivo. Ver AMORÓS/PAU: *Jurisprudencia registral*, ed. Tecnos, Madrid 1986, págs. 306 y sigs. (R. 21/1980), 370 y sigs. (R. 31 agosto 1981) y 579 y sigs. (R. 27 mayo 1983).

(11) Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ed. CEH-CNRPYM, págs. 197 y sigs. (reserva estatutaria del derecho de vuelo).

AMORÓS GUARDIOLA muestra en sus comentarios a la Resolución de 7 abril 1970 serias objeciones a su admisibilidad, siendo partidario de una fórmula intermedia caracterizada por la validez de la cláusula —art. 16.2 RH— y la nulidad el consentimiento anticipado. Una vez ejercitado el derecho de sobreedificación —al de subedificación puede aplicarse la misma doctrina—, la modificación del título deberá aprobarse por la comunidad.

Plantea AMORÓS, en primer término, el tema de la naturaleza jurídica de este derecho, y lo considera un derecho de vuelo, distinto de la superficie, regulado directamente por los artículos 11 de la LPH y 16.2 RH. —si entendemos a que este artículo vigente, tras la LPH—, y supletoriamente por las demás normas civiles e hipotecarias; y en segundo lugar rechaza el consentimiento anticipado por las siguientes razones: 1.^a El apoderamiento, como poder de legitimación voluntario, debe conferirse por cada propietario individualmente —escritura pública, no por adhesión a unos estatutos en los que no interviene. 2.^a La revocación del poder puede tener lugar en cualquier momento —si se contiene en los estatutos se requerirá el consentimiento unánime de los demás, extraños a la relación personal—. 3.^a El pacto de adhesión que supone la inclusión en los estatutos de esta cláusula contraviene la esencia del poder, son incompatibles. 4.^a

la jurisprudencia, sólo cabría recomendar *ex lege ferenda* y hoy día, en todo caso, la solución apuntada: admitir la cláusula, inscribirla en el Registro, instar a que tengan la precaución los vendedores de que los adquirentes acepten expresamente los estatutos y en concreto esta facultad al tiempo de realizar las ventas, y hacer constar tal aceptación en la inscripción que se practique en el folio de la finca enajenada y por nota al margen de la inscripción de la propiedad horizontal, para que en el momento de su ejercicio resulte del propio Registro el reconocimiento de su virtualidad por todos los propietarios, aplicando la doctrina de los actos propios, y evitando los problemas que pueda plantear la acción judicial de nulidad por infracción de Ley o de doctrina legal. La eficacia de esta prevención se ve potenciada por la calificación como pacto de adhesión de la aceptación de los estatutos preexistentes por parte de los compradores de los pisos y locales, que hace la STS de 7 de febrero de 1976, ya que dichos adquirentes —entendemos— al comprar no pueden rechazar una cláusula estatutaria o los propios estatutos inscritos, salvo tacha de nulidad. Los estatutos inscritos producen efecto frente a tercero, aunque en el contrato nada se diga. Y es precisamente por esto, por lo que se advierte la conveniencia de su transcripción en la escritura de venta y su aceptación expresa doctrina de los actos propios y de la convalidación, que acerca a la cláusula al terreno de la anulabilidad, substrayéndola del campo de la nulidad absoluta o *ipso iure*.

En este caso, además, el tema se complica. De un acto voluntario del propietario único de los locales radicantes en tres edificios autónomos va a resultar la vinculación permanente de los mismos sin mediar los acuerdos unánimes de las respectivas comunidades. Vinculación que supone la creación de un local único, sin paredes divisorias, alterándose la estructura interna de los mismos. En este aspecto, la agrupación formal sí trasciende física y jurídicamente. Físicamente, por abrir un nuevo acceso al edificio, en detrimento de su seguridad e independencia. Jurídicamente, por entrar de lleno en el ámbito del artículo 16, a pesar del texto del penúltimo considerando. ¿No son las paredes divisorias o medianeras entre los edificios elementos comunes? (12). Creemos que sí, la estructura interna se ve afectada. No se trata ya de agrupar o dividir elementos individuales en virtud de una autorización estatutaria, creando o suprimiendo éstos. Ahora se entra de lleno en el patrimonio común de los copropietarios. La cláusula rechina aún más, si cabe.

LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA

Registrador de la Propiedad
(CEH de Canarias)

Podría suponer dicha reserva y facultad un fraude de ley, al fijar el propietario único los porcentajes cuotas, aunque se prevenga genéricamente la proporcionalidad, e implicaría, asimismo, la renuncia anticipada y genérica de un derecho futuro e indeterminado en toda su extensión y límites.

(12) CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, ed. Aranzadi, tomo IV, pág. 241. STS de 21 octubre 1976: «...Apertura de hueco para comunicar dos garajes de distintos edificios, la servidumbre de paso constituida por el propietario único de dos fincas colindantes respecto a los sótanos destinados a plazas de garaje, para cuando se produjera la enajenación a terceros, carece de trascendencia real, pues no cabe la constitución unilateral de servidumbres afectantes a elementos comunes del edificio, teniendo sólo alcance de una simple proyección de futuro».