

II. Resoluciones de la Dirección General

POR LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA
Registrador de la Propiedad

ALGUNOS ASPECTOS DEL REGIMEN JURIDICO DE LAS COMUNIDADES EN DERECHO ESPAÑOL. (COMENTARIOS A LAS RESOLUCIONES DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1988, 18 DE MAYO DE 1983, 31 DE MARZO DE 1989, 20 DE FEBRERO DE 1989, 27 DE MAYO DE 1983, 16 Y 31 DE JULIO DE 1987 Y 28 Y 31 DE OCTUBRE DE 1988 SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LA PRIMERA DE ELLAS.)

— *Comunidad de bienes*: El mandamiento ordenando la anotación preventiva de embargo debe dirigirse contra los titulares registrales de la finca embargada, y no contra la Comunidad de Propietarios por ellos integrada, que, con independencia de su denominación funcional unitaria, carece de personalidad jurídica. (Resolución de 5-IX-1988/«BOE» 22-IX-1988, núm. 228.)

— *Comunidad funcional (Navarra)*: Propietario de un edificio destinado a garaje 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 vienze* y en la necesidad funcional impuesta por un destino común, mediante la enajenación simultánea de cuotas indivisas sobre la finca. (Resolución de 18-V-1983.)

— *Propiedad horizontal*: Patios, interiores y exteriores, los jardines y otras superficies de suelo descubiertas no son elementos esencialmente comunes y, en consecuencia, son susceptibles de propiedad separada. El principio de legitimación registral establece la presunción de privacidad de los espacios que, pese a su destino predeterminado, se contengan dentro del perímetro del elemento independiente. (Resolución de 31-III-1989.)

— *Propiedad horizontal*: Destino. Terminología —local comercial, local de negocios, garaje, servidumbres. Comunidad funcional. Adscripciones uso. Modificaciones: Autorización de la Junta.

1. Destino: El propietario de un elemento privativo, por regla general, puede destinar la finca al uso que libremente determine, siempre que éste sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal, formulados en términos claros e inequívocos.

2. Terminología: Las expresiones «local comercial», «local de negocios», son simplemente descriptivas y no delimitan usos específicos. Un local comercial se puede destinar a garaje.

3. Servidumbres: Las servidumbres que no afectan a los elementos comunes pueden establecerse sin acuerdo previo de la Junta, son resultado del ejercicio de las facultades dominicales del titular del elemento privativo —arts. 348 y 396 del Código Civil.

4. Comunidad funcional prodiviso: Los copropietarios de un local destinado a garaje pueden constituir, sin autorización de la Junta, una comunidad funcional entre ellos, por la que se distinguen tres zonas de distinto uso dentro del mismo —zona de maniobras, zona de acceso a la vía pública y zona de aparcamiento—, se adscribe a cada cuota el uso exclusivo de una plaza de garaje, dando a la cuota carácter indivisible y de libre disposición, se excluye la acción de división y el retracto de comuneros, y se constituyen servidumbres de paso entre las distintas zonas —se trata de dos locales independientes.

5. Adscripciones de uso: No implican subdivisión y, en consecuencia, están eximidas del requisito de la aprobación de la Junta de propietarios.

6. Modificaciones que no afectan al título constitutivo: No es necesario el acuerdo unánime de la Junta de propietarios de una comunidad para destinar —destino no expresamente prohibido— un local comercial a garaje, establecer una comunidad funcional y servidumbres entre los elementos privativos, sin percusión alguna sobre los demás elementos privativos y comunes, ni sobre la organización y funcionamiento de la comunidad. (Resolución de 20-II-1989.)

— *Propiedad horizontal: Comunidad funcional (Navarra), agrupación parcial de locales pertenecientes a distintos edificios. Modificación del régimen, consentimiento anticipado para agrupar, segregar y dividir.*

1. *Comunidad funcional (Navarra)*: El propietario de cinco locales independientes destinados a garaje 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 vienze* 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 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.

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. (Resolución de 27-V-1983.)

— *Propiedad horizontal: Cancelación por ejecución de un derecho preferente*. Sobre el supuesto de hecho de la adjudicación al acreedor hipotecario de una finca y la cancelación ulterior de su inscripción de dominio por ejecución de un

derecho preferente, podemos entender que si un edificio se divide en régimen de propiedad horizontal con posterioridad a la nota de expedición de certificación de cargas, por razón de un embargo anotado, procede la cancelación de dicho régimen mediante mandamiento judicial que decreta la cancelación genérica de las inscripciones posteriores y no preferentes al derecho del actor. (Resolución de 16-VII-1987.)

— *Propiedad horizontal: Adjudicación por ejecución de un derecho preferente.* Si un edificio se divide en régimen de propiedad horizontal y se extingue la comunidad preexistente con posterioridad a la nota de expedición de certificación de cargas, por razón de un embargo anotado, no procede la inscripción de la adjudicación de una quinta parte del edificio, sin la previa cancelación de dicho régimen y de la disolución de comunidad realizada. (Resolución de 31-VII-1987.)

— *Derecho real de uso del subsuelo para construir —derecho de subedificaciones:* Es posible la transmisión de una cuota de ese derecho, sin realizar previamente la construcción y la constitución del régimen de propiedad horizontal. Si bien la asignación de una porción determinada de subsuelo requiere el consentimiento de los demás titulares registrales del mencionado derecho. (Resoluciones de 28 y 31-X-1988.)

SUMARIO: (I Parte): I. RESOLUCION DE 5-IX-1988: 1.º PRESUPUESTO DE HECHO: A) *Objeto: Situación física y jurídica de la finca:* I. Situación física de la finca: parcelación. II. Situación jurídica sustantiva: propiedad y comunidad. Régimen jurídico de la comunidad. III. Situación jurídica-registral. B) *Actuación registral:* I. Título presentado: mandamiento judicial. II. Calificación: nota denegatoria. III. Informe del Registrador. C) *Recurso gubernativo:* I. Fundamentos de Derecho: informes preceptivos. II. Auto del Presidente de la Audiencia. III. Apelación del recurrente.—2.º RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: A) *Normativa aplicable.* B) *Doctrina: La comunidad ordinaria no tiene personalidad jurídica.* C) *Resolución.* D) *Comunidades atípicas.*—3.º COMENTARIO: A) *La personalidad jurídica:* I. Personas físicas y jurídicas: régimen jurídico. II. Capacidad y legitimación: la legitimación procesal. III. Legitimación procesal y titularidad de derechos. B) *La cotitularidad:* Cotitularidad de derechos. II. Cotitularidad y derecho de propiedad: a) Identidad cualitativa e identidad de objeto. b) Diversidad cualitativa e identidad de objeto. C) *La comunidad de bienes:* I. Comunidad ordinaria: comunidad romana y comunidad germánica. II. Comunidades especiales: a) La propiedad horizontal: La propiedad horizontal tumbada. La comunidad de propietarios. b) La superposición de comunidades dentro de la propiedad horizontal: Pluralidad de comunidades dentro del mismo régimen. Estatutos y normas de régimen interno: especial referencia a algunas de sus cláusulas más habituales: 1.ª Cláusula que delimita el uso y aprovechamiento del suelo. 2.ª Cláusula que determina las reglas de administración de la comunidad. 3.ª Cláusula que permite el cambio de uso o destino de los elementos privativos sin necesidad del consentimiento de los demás propietarios. 4.ª Cláusula que vincula a la titularidad de un elemento independiente uno o más anejos, comunes, privativos o procomunales. 5.ª Cláusula por la que el propietario único del edificio, o si son varios, todos o alguno de ellos, se reservan el derecho de vuelo o sobreedificación de una o más plantas sobre la cubierta, o incluso de subedificación. 6.ª Cláusula que establece el régimen de servidumbres dentro del edificio, o entre dos edificios contiguos. 7.ª Cláusula que recoge la distribución de los gastos generales o comunes entre los propietarios. 8.ª Cláusula por la que se reglamenta el uso de determinados elementos comunes. 9.ª Cláusula que faculta al constructor, dueño originario, para completar y rectificar la descripción de las fincas sin autorización de la Junta de Propietarios. 10. Cláusula que autoriza

al propietario —o propietarios— de determinados —o todos— elementos privativos para realizar en o con ellos subdivisiones, segregaciones, agrupaciones o agregaciones, sin necesidad del consentimiento de la Junta. 11. Cláusula por la que se autoriza a practicar segregaciones y agrupaciones entre dos edificios contiguos y sin autorización de las respectivas Juntas. 12. Cláusula —o pacto extraestatutario— que refleja el acuerdo entre los copropietarios de un elemento independiente relativo a la división futura del mismo. 13. Cláusula —o pacto extraestatutario— que limita la libre disposición de un piso o local independiente: titularidad *ob rem*. 14. Cláusula por la que se confiere el carácter procomunal a un elemento privativo o común. La comunidad funcional. —(II Parte): C) *Extinción de la propiedad horizontal por ejecución de un derecho preferente*: Ejecución hipotecaria de un elemento independiente. Ejecución ordinaria del edificio precedente. D) *Las comunidades atípicas*: I. Derechos reales atípicos: Resoluciones de 28 y 31-X-1988. II. La comunidad prodiviso: a) Derecho de superficie. b) Derecho de elevación. c) Derecho de subsuelo. III. La comunidad analógica: aplicación supletoria del régimen imperativo que rige la propiedad horizontal (urbanizaciones privadas, complejos inmobiliarios). IV. La multipropiedad. —4.º BIBLIOGRAFÍA Y NOTAS. —II. ANEXOS: 1.º JURISPRUDENCIA REGISTRAL SOBRE COMUNIDADES. —2.º PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE. —3.º DERECHO DE SUPERFICIE ATÍPICO. CASO PRÁCTICO. —4.º RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES DE 28 Y 31-X-1988. —5.º RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES DE 16 Y 31-VII-1988. —6.º RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN DE 31-III-1989. —7.º RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN DE 20-II-1989. —8.º RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES DE 18 Y 27-V-1983.

(PRIMERA PARTE)

I. RESOLUCIÓN DE 5-IX-1988

La importancia de la Resolución, objeto del siguiente comentario, no radica —obviamente— en declarar que la comunidad ordinaria carece de personalidad jurídica, como se deduce del punto 1.º del cuarto considerando, y que, en consecuencia, debe dirigirse la demanda contra los distintos comuneros, conforme a los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 140 de su Reglamento, sino más bien en la posibilidad o imposibilidad de que en virtud del principio de autonomía de la voluntad pueda atribuirse a una comunidad ordinaria personalidad jurídica, mutando su naturaleza jurídica y su régimen legal por el poder taumatúrgico de los pactos hacia una pretendida atipicidad o especialidad. Es decir, la importancia de esta resolución radica precisamente en los que deja entrever y no resuelve, en los razonamientos *obiter dicta*.

Y como quiera que el Registro de la Propiedad desarrolla una función esencial dentro del tráfico jurídico inmobiliario, a través de sus principios inspiradores, dotando a las titularidades de seguridad jurídica y a la publicidad de certeza, la atipicidad distorsionante, germen patológico de contiendas judiciales, no debe tener acceso *per se* a dicha institución, potenciando la labor calificadora, y a pesar del sistema *numerus apertus* que rige nuestros derechos reales, el deslinde entre los simples pactos personales y la creación de nuevos derechos que vienen a cubrir las lagunas del ordenamiento jurídico, sin merma de la nitidez y seguridad de las titularidades que publica. Así pues, ese ágil ajuste creativo entre la realidad social y la realidad jurídica, no debe quedar en manos de un futuro contencioso, ni amparar el posible fraude de ley.

Indagar, entonces, la verdadera naturaleza del derecho constituido, aparece como pieza clave de la tarea del Registrador, soslayando y excluyendo del amparo o del aparente amparo tabular los elementos distorsionantes de la relación jurídica inmobiliaria. El Registro debe publicar situaciones claras y no confundir

al menos avezado mediante la inscripción de derechos personales o pactos sin trascendencia real. Se inscribe, no se transcribe.

Y en base a esa anhelada claridad, vamos a continuación a intentar exponer, aunque sea sucintamente y dando por entendidos algunos conceptos previos sobre titularidad, las razones y sinrazones de este recurso.

1.º PRESUPUESTOS DE HECHO

A) *Objeto: situación física y jurídica de la finca*

I. Situación física de la finca: parcelación

El propietario, o propietarios —comuneros—, de una finca urbana proceden a lo que se denomina vulgarmente su parcelación, segregando sucesivamente hasta 59 fincas independientes que vende —o venden— a distintos compradores en unión de una cuota indivisa de la finca matriz, destinada —ésta— a viales y zonas comunes a dichas parcelas en su integridad —58.808 metros cuadrados. En definitiva, cada comprador ha adquirido una parcela en pleno dominio, y una cuota sobre la finca matriz, que pasa a ser copropiedad de los mismos.

No conociendo, como no conocemos, la distribución física de las parcelas, cabe entender que cada nuevo propietario tiene acceso directo a su respectiva finca, bien sea por lindar con una calle o vía pública, bien sea por ser titular de una servidumbre legal o voluntaria de paso, sin que sea precisamente la finca matriz —pues no consta— la que facilita el acceso a las parcelas, haciendo posible el ejercicio de cada uno de los derechos dominicales, y creando una situación, al menos, de dependencia física. Y si no consta su vinculación física, menos aún la jurídica, sin perjuicio de que los comuneros de la finca resto —matriz— hayan destinado ésta y en la realidad quede ocupada por tales viales y zonas comunes. Vendieron una finca y una cuota sobre otra en todos los casos, pero ello sin limitación alguna —del recurso no se deduce— en cuanto a la adquisición y ulterior transmisión de las titularidades por separado.

Posteriormente, un comunero realiza una serie de obras en la finca resto, por cuenta y a cargo de la comunidad, en ejecución de sentencia. La comunidad no satisface la deuda, y se procede al embargo de la finca.

II. Situación jurídica sustantiva: propiedad y comunidad. Régimen jurídico de la comunidad

De lo anterior se deduce que los presupuestos físicos de la finca y los actos realizados sobre la misma están imbuidos de juridicidad, siempre que la materialidad de la parcelación haya sido realizada por la persona idónea, persona capaz y propietaria, y que dicha materialidad tenga forma jurídica, como es lo que ocurre en cualquier caso —hechos físicos, hechos jurídicos—, al margen de la patología del Derecho.

En principio, partimos de la base de que la parcelación es una parcelación urbanística, que ha dado lugar a una urbanización privada, previas las licencias oportunas y con la cesión gratuita al Ayuntamiento de los terrenos correspondientes, conforme a los artículos 96, 52 y ss. de la Ley del Suelo. La parcelación, como dice GONZÁLEZ PÉREZ, es una actividad privada (1). En otro caso, si se trata

de una urbanización ilegal, quedaría fuera de nuestro alcance el discernir sobre la cesión obligatoria de los viales integrados en la finca resto, y su situación privada transitoria o no, sin entrar en la problemática de la política urbanística y el régimen de sanciones por infracciones de esta índole.

La urbanización es, en consecuencia, una urbanización privada, se han cedido los terrenos correspondientes, está dotada de su infraestructura urbanística propia —calles, jardines, escuelas, en su caso—, y está integrada por 59 fincas urbanas independientes, y sus propietarios respectivos, que, a su vez, forman una comunidad ordinaria como comuneros de la finca matriz, han destinado ésta a viales y superficies comunes, gozando así de una expansión natural de sus respectivas parcelas, sin haber derogado el régimen jurídico de ésta con limitaciones a la libre disponibilidad de las cuotas. Dicha comunidad se rige por el Código Civil, artículos 392 y ss.; la administración por el artículo 398, y en la medida que no se transgrede este precepto, por las reglas de funcionamiento interno que libremente entre los comuneros se pacten, tomando por base el principio de libertad de pactos —art. 1.255 del Cc—, limitadas, asimismo, por el contenido del restante articulado —pacto de indivisión, art. 400 del Cc, cosa esencialmente indivisible, art. 404, derecho de retracto, art. 1.522 Cc—. En el presente caso, la comunidad, autodenominada Comunidad de Propietarios Zona Oriental de Dunas de Odiel, de Mazagón, se rige por unos Estatutos, lógicamente aprobados conforme al Cc por los comuneros, cuyo contenido desconocemos, a excepción del artículo 2.2, que otorga a la comunidad «...personalidad jurídica y plena capacidad de obrar en todos sus actos, pudiendo comparecer y actuar ante cualquier clase de Autoridades, Organismos y Tribunales...», y del artículo 3.1 que determina sus fines, entre ellos: «...la utilización y aplicación en beneficio común de la zona indivisa de la finca E..., a cuyo objeto tendrá las más amplias facultades en orden a su administración, permuta, enajenación, hipoteca o gravamen...». Los Estatutos son pactos personales entre los comuneros y a ellos vinculan, en la medida que no contengan pactos nulos, por ser contrarios a normas de derecho necesario, y no se revoken por acuerdo posterior válidamente adoptado; no producen, en principio, efectos frente a terceros, y su posible trascendencia real, sólo derivaría de su inscribibilidad. Y éstos no están inscritos, ni parcial ni totalmente.

La comunidad, pues, se rige por el Cc, y en cuanto que sean jurídicamente admisibles por sus estatutos —régimen interno. Y habiendo sido requerida por el propietario de una finca integrada en la urbanización —no consta si, además era comunero de la finca resto— para que se realizasen las obras necesarias que le posibiliten acceder a un garaje de su propiedad, se negó a realizarlas, procediendo dicho propietario a demandarla en juicio, y en ejecución de sentencia a su favor, quedó facultado a realizarlas por sí mismo y a costa de la comunidad, cuyo importe justifica debidamente; y ante la negativa de la misma a satisfacerlo, reclama judicialmente, procediéndose contra ella mediante embargo judicial de la finca matriz.

III. Situación jurídica-registral de la finca

La finca matriz, tras las segregaciones practicadas, «aparece inscrita en favor de personas designadas nominativamente sin que resulte de la inscripción ninguna conexión concreta de cada cuota con determinada propiedad de parcela segregada o de cuota de ella» (Resolución citada, inciso final del considerando

1.º). Así pues, la finca en cuestión, con independencia de ser una finca resto, se halla inscrita a favor de una comunidad de propietarios individuales, personas físicas o jurídicas, titulares de distintas cuotas ideales o indivisas; y en la inscripción no constan régimen jurídico especial aplicable a la misma, por lo que rigen las disposiciones del Cc y de la LH y su Reglamento. No existen inscritas limitaciones algunas, ni pactos especiales reguladores o estatutos. Se trata de una comunidad ordinaria.

B) *Actuación registral*

I. Título presentado: mandamiento judicial

En el Registro de la Propiedad respectivo, se presenta un mandamiento judicial, dictado por la autoridad competente, ordenando la anotación preventiva de embargo de la finca matriz, en virtud de providencia de 24-7-86 y auto de 22-9-86, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por los titulares de dicha finca, siendo firme la providencia, y resolviéndose que debía proseguirse con la ejecución de sentencia en el mencionado auto. El mandamiento se dirige contra la Comunidad de Propietarios de la Zona Oriental Dunas de Odiel, a instancias del propietario de un garaje integrado en la urbanización antes referida, en virtud de sentencia condenatoria, y para asegurar el cobro de las obras realizadas por éste a costa de aquélla. La finca embargada aparece inscrita a favor de los diversos propietarios que integran la comunidad de bienes antes reseñada.

II. Calificación: nota denegatoria

El mandamiento fue calificado por el Registrador con la siguiente nota: «Devuelto hoy el precedente mandamiento, se DENIEGA la anotación preventiva de embargo ordenada en el mismo, por el defecto insubsanable de no haberse dirigido la demanda contra los titulares registrales de la finca embargada, y sí contra una comunidad de propietarios, que por carecer de personalidad jurídica, no tiene por sí titularidad dominical sobre dicha finca. Artículo 20, párrafos 1.º y 38, párrafo tercero de la Ley Hipotecaria...»

III. Informe del Registrador

Recurrida la nota de calificación en tiempo y forma, el Registrador emite el oportuno informe, fundamentando su actuación en lo siguiente:

1.^a La finca embargada es un resto de finca matriz, destinado a viales y superficies comunes de las fincas segregadas, sobre la que existe una comunidad de tipo romano por cuotas indivisas.

2.^a La Comunidad de Propietarios de la Zona Oriental de las Dunas de Odiel carece de personalidad jurídica, y sin perjuicio de que este tipo de comunidades se constituyan para defender los intereses particulares de los propietarios de una urbanización privada —dice en parcelas y chalets próximos para la defensa de intereses comunes—, a semejanza de la regulada en la LPH, es obvio que la comunidad de referencia no es titular dominical de la finca embargada, y la

pertenencia a la misma no es siquiera necesaria para ser copartícipe de la finca resto.

3.^a Los Estatutos de la Comunidad, de los que se pretende extraer su personalidad jurídica —que no consta—, no han sido inscritos y, en consecuencia, no perjudica a terceros, careciendo de trascendencia el poder de disposición que aquella atribuyen. Opera el principio de fe pública registral en su aspecto negativo.

4.^a Si se embargase la finca, se producirían los siguientes efectos: a) Indefensión de los titulares registrales. b) Vulneración del principio de tracto sucesivo. c) Incongruencia al embargar un bien que no es propiedad de la parte condenada —arts. 921 LEC y 141 RH.

5.^a La cuestión planteada la resuelven para un supuesto similar las Resoluciones de 27, 30-6 y 7-7-1986, para la comunidad en régimen de propiedad horizontal. Y en el precedente recurso deben aplicarse las normas del Código Civil, artículo 397, SSTSS 10-12-71, 18-3-72 y 31-1-73, entre otras. Los titulares registrales deben ser parte en la actuación judicial que da lugar al embargo.

(Como se verá el informe ha sido extractado.)

C) *Recurso gubernativo*

I. Fundamentos de Derecho: informes preceptivos

La nota denegatoria del mandamiento fue objeto de recurso, dando lugar, como es preceptivo, al informe del Registrador antes reseñado, en base a las siguientes alegaciones del recurrente que presentamos esquemáticamente:

1.^a Personalidad jurídica de la Comunidad: no es objeto de calificación, toda vez que su reconocimiento corresponde a órganos jurisdiccionales. Sin embargo, dicha Comunidad tiene capacidad jurídica y de obrar, en base al artículo 2.2 de sus Estatutos, y personalidad procesal, con arreglo a la doctrina científica y a la jurisprudencia del TS —STS 2-10-86—, sin perjuicio de considerar generalmente aceptada la falta de personalidad jurídica de las comunidades, tanto ordinarias como regidas por la LPH. Y es un hecho concluyente que la capacidad jurídica procesal ha venido siendo utilizada por la Comunidad en liza a lo largo de todo el pleito.

2.^a Posibilidad de embargo de bienes comunes: la personalidad de la Comunidad ha de utilizarse también para el reconocimiento de una capacidad de representación en la administración de los bienes comunes, y si se admite ésta, también deben admitirse las consecuencias negativas de tal administración, ya que lo contrario sería una interpretación parcial. En otro caso, se incurriría en el absurdo jurídico de poder ser condenada pero no ejecutada por una sentencia —problema ya resuelto por las RR de 27 y 30-6- y 7-7-1986.

La cuestión se centra, pues, en si los bienes embargados son privativos o, por el contrario, comunes, y de acuerdo con la Resolución de junio citada son los llamados al control de los órganos colectivos, y para ello hay que acudir a varios indicios que así lo demuestran: a) La defensa de estos bienes ha sido siempre asumida dentro del proceso por la Comunidad. b) Los Estatutos de esta señalan como sus fines, artículo 3.1, la utilización y aplicación en beneficio común de dichos bienes. c) La zona común en la realidad física se encuentra sin deslindes individualizados, e incluso en circulares de la propia Comunidad se habla de las

parcelas que posea al final de la zona. *d)* En las notificaciones sobre ejercicio de derecho de adquisición preferente que concedió el Patrimonio Forestal del Estado, se diferencia claramente lo que es una parcela individualizada y edificable de la cuota pro indiviso en una finca no parcelada. *e)* El hecho de aparecer estas cuotas proindivisas en titularidades independientes es la lógica consecuencia de la falta de personalidad jurídica de la Comunidad, salvo en la citada personalidad procesal. *f)* En síntesis, se puede decir que sin perjuicio de la falta de titularidad registral de la Comunidad, el embargo sobre bienes propiedad de los comuneros, que son de origen, destino, uso y disposición de los órganos de la Comunidad, no sólo son embargables, sino también esta diligencia es anotable en el Registro de la Propiedad.

Por su parte, el Registrador informó de los términos que hemos visto, ateniéndose como es lógico al contenido del Registro. Y el Magistrado-juez, órgano que dictó el mandamiento, a la vista del informe del Registrador y de las alegaciones del recurrente, partiendo de la base de que la mencionada Comunidad carece de personalidad jurídica, no es titular registral del bien embargado, y que la anotación supondría la más absoluta indefensión de los titulares registrales, entiendo que la denegación es acorde con los artículos 392 y ss. del Cc, 20-1 de la LH y 38-3 de la misma.

II. Auto del Presidente de la Audiencia

El Presidente de la Audiencia Territorial, por su lado, confirmó la nota denegatoria, al no ser la Comunidad propietaria de los bienes embargados, y no haber sido parte en el procedimiento los titulares registrales ni habérselos notificado el embargo, provocando su indefensión y, en suma, la vulneración del principio de tracto sucesivo —arts. 20-1, 38-3 de LH y 140-1 y 141 del RH.

III. Apelación del recurrente

El recurrente, ante el auto que dicta el Presidente de la Audiencia, apela a la Dirección General, manteniendo sus alegaciones, y añadiendo, como fundamento de su postura:

1.^a Que la comunidad de bienes ante la que nos encontramos, se rige por los artículos 392 y ss. del Cc, salvo pactos o disposiciones especiales, como señala el artículo 392, párrafo 2.^o

2.^a Que la capacidad procesal de la comunidad se justifica por el contenido de sus Estatutos reguladores, al amparo del artículo 392-2.^a citado, y, en la práctica, dicha capacidad le ha sido reconocida en múltiples ocasiones. Otra cosa sería ir contra la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe. Teniendo además que considerarse dicha capacidad al procesal amparo de la STS de 2-10-86, y de las citadas RRDDGG, que nunca la ponen en duda; de la aplicación analógica de la LPH, y de la posibilidad de defensa o reclamación por parte de quien realizó los obras comunes en beneficio de todos los comuneros, y previa aprobación de ésta por los órganos estatutarios. Esto es, porque no parece que haya de ser demandado quien no haya contratado las obras ni se le aprecie participación directa en el asunto. Y, en definitiva, por la participación de la Comunidad en todo el procedimiento, sin que se haya excepcionado falta de legitimación pasiva o falta de personalidad de la Comunidad demandada.

3.^a Si la Comunidad tiene capacidad procesal, lo consecuente es admitir la posibilidad de que pueda ser condenada y responder patrimonialmente con los bienes que pertenecen a los comuneros en régimen de comunidad.

4.^a Que el informe registral insiste en la falta de personalidad jurídica de la Comunidad, cuando el mandamiento se dirige contra bienes comunes inscritos a nombre de los comuneros, por lo que se duda se pueda denegar en base a la carencia aludida y no discutida en el procedimiento. Que desconoce la relación de este asunto con el artículo 12 LPH y el artículo 397 del Cc, citados por el Registrador, y la aportación por éste de la sentencia y resoluciones por él alegadas, donde, sin dudar de la capacidad procesal, se admite hacer efectiva la sentencia actuando sobre los bienes comunes —Res. 27-6-86. Y, por último, que no hay indefensión de los titulares registrales, ya que estos mediante un acuerdo estatutario han nombrado a sus órganos de representación y quedan vinculados por el mismo, sin que interfiera la falta de inscripción de los Estatutos, pues no son terceros los comuneros; que no se vulnera el principio de tracto sucesivo, si se traba embargo contra titulares de cuotas inscritas y tampoco se cae en la incongruencia de embargar un bien que no es de la parte condenada, si la condenada procesalmente es la Comunidad, y los bienes que responden son comunes —en este sentido la Res. 27-6-86.

5.^a Que el informe judicial obedece a un cambio de titular del Juzgado, ya que el juez anterior en el auto por el que rechaza el recurso interpuesto por la Comunidad alegando su carencia de personalidad jurídica, reconoció ésta en base a sus propios Estatutos.

6.^a Que la interpretación registral es absurda y nos lleva a un camino sin salida.

7.^a Se considera que una defectuosa interpretación jurídica puede desviar el sentido de la Ley; el considerando tercero de la citada Resolución 27-6-86, estimándose que en este caso la ejecución se persigue sobre bienes no ya que están a disposición de los órganos colectivos, sino que son incluso registralmente de la propia colectividad, mediante el único y lógico procedimiento de la asignación de las cuotas siendo evidente que al hablar de cuotas se está hablando de bienes comunes.

2.º RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A) *Normativa aplicable*

- Código Civil: Artículos 348, 349, 392 a 399 y 1.280.
- Ley Hipotecaria: Artículos 3 y 20.
- Ley de Propiedad Horizontal: Artículos 3, 9, 13 y 20.
- Resolución de 27-6-86: «Considerando que cuando por obligaciones contraídas se demanda y condena a una Comunidad de Propietarios, se demanda y condena realmente a los propietarios que la constituyen, puesto que la Comunidad en sí carece de personalidad jurídica; pero hay que tener en cuenta que la deuda que pueda establecer la sentencia es una deuda que sólo lo es de los propietarios a través de la Comunidad y únicamente se puede hacer efectiva sobre ellos de acuerdo con las peculiares normas que sobre gastos y deudas están contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal. /Considerando que conforme a estas normas hay dos modos de hacer efectiva la sentencia de condena dictada contra la Comunidad: a) Actuando sobre los bienes comunes (dinero,

créditos) que estén a disposición de los órganos colectivos de la Comunidad demandada. b) Actuando sobre los bienes privativos de los mismos propietarios al ser obligación de cada propietario contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, tal como establece el artículo 9, regla 5.ª, de la Ley de Propiedad Horizontal. /...cabía, sin duda, que el juez..., ordenara el embargo del dinero líquido común... o la retención del saldo... en cuentas... o la entera retención de lo que... debieren como cuota de gastos comunes los copropietarios. /...no sucede lo mismo cuando se trata de ejecutar... sobre los pisos... a que la Comunidad se refiere, ya que en cuanto bienes privativos... no tienen sobre los mismos ningún poder directo los órganos colectivos... /Considerando, por tanto que cuando la Comunidad incurra en responsabilidad se necesita todavía un acuerdo de la Junta de Propietarios, debidamente convocada, por el que se determine el tiempo y forma de la contribución de cada uno y no cabe proceder judicialmente frente al propietario que no cumpla hasta... transcurrir quince días... Artículo 20 LPH y bien es cierto que la actuación de la Junta puede ser suplida judicialmente... los propietarios debían ser personalmente convocados y requeridos... artículo 20 LPH y artículo 100 del Reglamento... titular registral... parte con carácter personal y directo, en las actuaciones judiciales.

B) Doctrina: La Comunidad ordinaria no tiene personalidad jurídica

La doctrina que contiene la resolución de referencia, y sin insistir en lo adecuado de la terminología, ya que no se trata de pronunciamientos reiterados, puede resumirse en dos puntos:

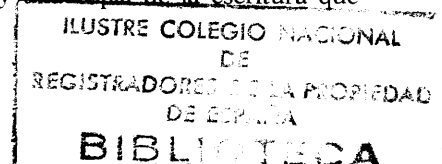
1.º La calificación registral debe basarse en el contenido del Registro, y no constando inscritos en el mismo estatutos o pactos válidamente adoptados por los comuneros, la comunidad ordinaria se rige por el Cc, y, en consecuencia, el procedimiento judicial para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de éstos, mediante la traba y anotación preventiva del embargo decretado, debe dirigirse contra los titulares registrales, conforme a los artículos 20 de la LH y 140 de su Reglamento.

2.º La comunidad ordinaria carece de personalidad jurídica y, por tanto, no basta dirigir la demanda contra ella, como entidad unitaria, sin hacerlo contra las personas, físicas o jurídicas, que la integran.

Estas dos conclusiones pueden extraerse del contenido del considerando cuarto en relación a la nota denegatoria y al auto apelado, que confirma. Y asimismo, destaca la necesidad de calificar la comunidad por su verdadera naturaleza jurídica, pues admite la existencia de comunidades atípicas, como la analógica de la comunidad en régimen de propiedad horizontal, con los problemas accesorios que pueden derivarse de la inscribibilidad de pactos personales reguladores de cada comunidad, que desnaturalizan o pueden llegar a desnaturalizar la comunidad ordinaria. Pero esto será objeto de estudio más adelante.

C) Resolución

Tomando por fundamento la normativa aplicable reseñada, y a la vista de una certificación registral de la finca resto y una copia de la escritura que



contiene los Estatutos de la Comunidad, la Dirección General resuelve considerando los siguientes presupuestos físicos y jurídicos:

1.º La finca resto, con una extensión de 58.908 metros cuadrados ocupados por viales y superficies comunes a las parcelas independientes segregadas, aparece inscrita en favor de personas designadas nominativamente sin que resulte de la inscripción ninguna CONEXION concreta de cada cuota con determinada propiedad de parcela segregada o cuota de ella. La finca se halla dividida en 121 cuotas ideales, muchas de las cuales pertenecen a varios cotitulares.

2.º En procedimiento contra la Comunidad, se embarga la finca resto, ordenándose la anotación preventiva de embargo en mandamiento judicial, que el Registrador deniega, fundándose en no haberse dirigido la demanda contra los titulares registrales, y sí contra una entidad carente de personalidad jurídica que no ostenta titularidad dominical sobre el bien embargado.

3.º El recurrente afirma que los cotitulares registrales del bien trabado han constituido una comunidad, cuyos Estatutos atribuyen personalidad jurídica a la misma, y, en consecuencia, plena capacidad de obrar, dotándola de capacidad procesal, debiendo practicarse la anotación, conforme a la Resolución 27-6-86, que dice que cuando por obligaciones contraídas se demanda y condena a una comunidad de propietarios, se condena y demanda realmente a los copropietarios que la integran, siendo esa sentencia directamente ejecutable sobre los bienes comunes que están a disposición de los órganos colectivos de la comunidad condenada.

4.º Sin embargo, de la inscripción registral no resulta que estemos ante un supuesto de comunidad en el que las cuotas sean inherentes e inseparables de la propiedad de las distintas parcelas, y no cabe, pues, la aplicación analógica —de momento— del régimen de propiedad horizontal, siendo aplicable a efectos de embargo, el régimen de la comunidad romana, que impide su anotación. No obstante, de los Estatutos invocados si resulta esa analogía, que no opera al no estar inscritos, y no podrán inscribirse hasta que conste el consentimiento unánime de los titulares registrales.

5.º No cabe pronunciamiento sobre la inscribibilidad de los Estatutos, y las consecuencias derivadas de su inscripción respecto de la anotación de embargo solicitada.

Se desestima el recurso.

D) *Comunidades atípicas*

Decíamos con anterioridad que el aspecto más interesante de esta resolución, a nuestro juicio, era lo que deja entrever y no resuelve. Es decir, la posibilidad de que el principio de libertad de pactos, al amparo de los artículos 392-2.º y 1.255 del Cc, llegue en nuestro Derecho a desarrollar nuevas figuras atípicas, al margen de la configuración de la comunidad romana que el Cc regula supletoriamente y de la comunidad en régimen de propiedad horizontal, aunque se aplique analógicamente como régimen jurídico dicha normativa de carácter imperativo, dentro de la configuración dada por el título constitutivo de la comunidad de régimen especial. Y nos preguntamos hasta qué punto la imperatividad estructural de determinadas normas del Cc, como el pacto de indivisión, puede enervarse, al tiempo que se busca amparo en la LPH, que rige con carácter obligatorio sobre una muy específica institución caracterizada por la yuxtaposición de titularidades inseparables, o si en otro caso, la aplicación de este régimen no conver-

tiría la comunidad atípica en una propiedad horizontal «tumbada», cuya singularidad se estrecha y cuya atipicidad se agranda, con la determinación de elementos comunes generales y de elementos comunes especiales. Y en el caso de las urbanizaciones privadas, constituidas por viviendas unifamiliares, con acceso directo a la vía pública o a ésta a través de un elemento común —el vial privado—, la cuota podría recaer no ya sobre el solar común —en el caso de que la propiedad de la parcela sea privativa íntegramente— sino sobre los elementos comunes —jardines, viales, abastecimientos de agua y energía eléctrica y solar resultante...— que posibilitan el ejercicio de la propiedad privada sobre el elemento privativo, vinculando inseparablemente ambas titularidades.

Se trataría de desarrollar el derecho con la debida seguridad jurídica, sin necesidad de crear figuras mixtas o intermedias, en base a la regulación local existente. Más adelante volveremos sobre ello.

3.º COMENTARIO

A) *Responsabilidad jurídica*

I. Personas físicas y personas jurídicas; régimen jurídico

Como es lógico, y teniendo en cuenta el objeto de este comentario, los conceptos generales a los que alude el sumario van a ser tratados muy brevemente, dejando a un lado su problemática doctrinal, y atendiendo brevemente a su desarrollo esquemático, como fundamento integrador de las conclusiones a que llegamos en el estudio de la resolución de referencia.

Extraídos de la lengua, expresión social del espíritu del hombre, el Derecho de contenido jurídico a los términos persona y personalidad, y no porque el ordenamiento —como apuntan Díez-PICAZO y GULLÓN— (2) atribuya personalidad al hombre «sino que reconoce lo que por su misma naturaleza racional y libre le corresponde». «Se considera persona, pues —art. 10 de la Constitución española de 1978— al hombre en su traducción jurídica, revestido de lo que se llama su dignidad, y titular de unos derechos inviolables». El hombre es persona, y en cuanto titular o sujeto de derechos y obligaciones públicas y privadas, tiene personalidad jurídica o capacidad jurídica, y en la medida que esté dotado de «aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o, en otros términos, la capacidad para adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones» (2), tiene capacidad de obrar. Y conforme a los artículos 29 y ss. del Cc, «el nacimiento determinará la personalidad», dentro del ordenamiento jurídico-privado, dotando al hombre de capacidad jurídica y en tanto reúna los requisitos previstos por la norma, capacidad de obrar —edad, estado civil—. Pero no sólo el hombre, la persona física, tiene personalidad jurídica, sino una serie de entes —sociales— a los que el ordenamiento también se le atribuye («La persona jurídica ni se ve ni se toca; se nos presenta con los signos de una enteología jurídica») (3). La realidad social se impone, y a través de una ficción jurídica, se crea la persona jurídica, sujeto de derecho, dotada de una independencia y autonomía que la separan de las personas físicas que la integran: son agrupaciones humanas, sociales, con patrimonio —en principio— propio y autónomo que desarrollan sus fines dentro de su régimen jurídico específico. «El nacimiento —pues— determina la personalidad», el nacimiento de la persona jurídica, pública o privada, válidamente constituida.

La persona jurídica se caracteriza, según DE CASTRO (3) por las siguientes notas: 1. Propia e independiente capacidad jurídica y de obrar (arts. 38 Cc y 2 Lec). 2. Estructura artificial. 3. Finalidad u objeto lícito (art. 39 y 1.666 del Cc). 4. Los bienes de la persona jurídica constituyen un patrimonio personal, separado del patrimonio de cada uno de sus miembros o representantes. 5. Publicidad. Estos caracteres se aplican por igual a las personas jurídicas perfectas e imperfectas —obviamente la distinción y la problemática de la instrumentalidad del nombre y formas, a las que alude DE LOS MOZOS (4).

Como indican Díez-PICAZO y GULLÓN (2), nuestro Cc en su artículo 35 sólo considera —*numerus clausus*— persona jurídica: 1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. 2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda la personalidad propia, independiente de la de cada uno de sus asociados. Y su capacidad se regula en el artículo 38 del citado Código. Es la ley, en definitiva, la que atribuye la personalidad, y no la voluntad de los particulares, ésta sólo dentro de aquélla. La persona jurídica —arts. 37 y 38 Cc— posee una completa capacidad jurídica, plena, aunque se extralimite a su fin (STS 5-11-59, citada por Díez-PICAZO y GULLÓN) (2).

Así pues, la concesión de la personalidad jurídica a una institución, como es la comunidad, no corresponde a los miembros que la integran, comuneros, sino al ordenamiento jurídico.

II. Capacidad y legitimación: La legitimación procesal

Si la personalidad era un atributo o cualidad de la persona, y la capacidad jurídica la aptitud o idoneidad de ser sujeto de derecho, la capacidad de obrar plena habilitaba a la persona para actuar válidamente en derecho, y esa validez en la actuación provoca y refleja el concepto de legitimación —directa, indirecta y excepcional. Legitimación y capacidad de obrar se encuentran, así, hermanadas con independencia de los supuestos de capacidad de obrar menos plena, consecuencia de las distintas situaciones en que se pueden encontrar las personas. Y cuando la legitimación se refiere a la posibilidad de actuar ante los tribunales, se denomina legitimación procesal, activa o pasiva, según sea la situación jurídica del legitimado, de la persona, del sujeto de derecho —demandante o demandado.

De esta forma, dentro del campo de la capacidad y de la legitimación, surge el concepto de legitimación procesal, sea aquella directa, indirecta o excepcional —en virtud de la actuación en la esfera jurídica propia o ajena, con mandato representativo o sin él—. Y aún más, una entidad sin personalidad jurídica puede tener capacidad procesal. Es el caso de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal (5). A veces, la realidad jurídica es tan compleja, que legislador legitima procesalmente a una entidad que no es persona jurídica. Su legitimidad surge por mandato imperativo de la norma, y no por voluntad de las personas físicas que la integran —son las llamadas personas jurídicas de capacidad limitada, de capacidad de obrar limitada de su órgano representativo, sin que por ello se le otorgue otra capacidad que la predeterminada legislativamente—. Esta situación crea confusión, pero la necesidad jurídica se impone. Crea confusión, pero no debe confundirnos.

III. Legitimación procesal y titularidad de derechos

Esa legitimación procesal atribuida a un ente sin personalidad jurídica no convierte, evidentemente, a éste en sujeto de derecho y en titular de la relación jurídica. El efecto está tan delimitado que no trasciende a ese cuerpo social. En la comunidad, la titularidad la detentan los comuneros. Se habla de comunidad cuando el objeto de derecho pertenece a varias personas físicas y/o jurídicas. El objeto les pertenece en común, pero el conjunto de titulares, con independencia de su estructura administrativa, no se personifica con independencia de sus miembros. La comunidad no tiene capacidad de obrar plena, ni capacidad jurídica en sentido estricto. Lo actuado por los comuneros, en el marco de sus pactos personales y del Cc repercute en la comunidad, como la del representante en la del representado. Hablamos de comunidad en sentido lato. «La comunidad existe cuando un derecho corresponde en común a varios sujetos» (6). Según el artículo 392-1 del Cc: «Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas.»

El Tribunal Central de Trabajo, en sentencia de 4-11-1983 (7), afirma que «las comunidades de bienes, aún sin personalidad jurídica, tienen cualidad de empresarios y consecuentemente ha de reputárselas legitimadas pasivamente para aportar las acciones laborales que contra ellas deduzcan sus trabajadores, sin necesidad de que la acción vaya dirigida contra todos y cada uno de sus miembros» Y «a satisfacer las mismas necesidades prácticas se debería llegar con otra fundamentación dogmática, como, por ejemplo, la solidaridad pasiva», dice MIGUEL GONZÁLEZ (7). Así pues, la legitimación procesal y titularidad de derechos son conceptos jurídicos divergentes, sin perjuicio de los problemas prácticos que plantean las reclamaciones inmobiliarias contra las comunidades de bienes, al disociarse legitimación pasiva y titularidad, como pusimos de manifiesto en otro lugar (5), y la ficción jurídica que supone, al margen de lo procesal, la consideración fiscal y laboral —sujeto pasivo del impuesto y empresario (7, pág. 12) unitaria de las comunidades, justificadas en fundamentos metajurídicos.

B) La cotitularidad

I. La cotitularidad de derechos

Dentro de la teoría general del Derecho, nace el concepto de titular de la relación jurídica, tanto desde el aspecto activo —sujeto de derecho— como pasivo —obligado—, en la medida en que el vínculo jurídico que entraña la relación comporte la atribución de una facultad a una persona y de una obligación a otra —dar, hacer o no hacer—; surge, en definitiva, y desde el aspecto positivo y con independencia de la determinación del obligado, el titular del derecho subjetivo. Derecho subjetivo que en cuanto se atribuya a una pluralidad de personas —sujetos—, su titularidad compartida se denomina cotitularidad, término expresivo de esa atribución común y de su ejercicio y defensa conjunta.

La cotitularidad o pluralidad de sujetos en la relación jurídico-obligacional puede presentarse también en materia de relaciones jurídico-reales, como indica Díez-PICAZO (8, pág. 111), aunque la identidad entre ambos fenómenos no sea absoluta. «Es posible, ante todo, una titularidad plural de los derechos reales: el derecho de propiedad sobre una cosa pertenece al tiempo a varias personas» —aspecto activo.

La cotitularidad, pues, dentro del campo de los derechos reales, puede recaer sobre cualesquiera de ellos: propiedad, usufructo, servidumbre, hipoteca..., dando lugar a distintas situaciones en cuanto son diversos los regímenes jurídicos aplicables a cada uno de ellos. Y esa cotitularidad, desde el punto de vista registral, hace necesaria la especificación de todos y cada uno de los cotitulares en el Registro de la Propiedad —cotitulares registrales—, nominativamente, sean personas físicas o jurídicas, ya que —como indica Díez-PICAZO (8, pág. 117)— «en nuestro Derecho Hipotecario, parece que no es posible realizar la inscripción... en favor de comunidades o de agrupaciones que no posean personalidad jurídica, en cuanto tales comunidades o agrupaciones... Y no es posible, en base a los principios de especialidad (9, pág. 553), publicidad, seguridad jurídica... que garanticen la eficacia de la institución con la claridad de su contenido. El titular registral debe ser una persona con capacidad jurídica, determinada o determinable. El titular y el cotitular, evidentemente (arts. 9-4 de la LH y 51-9 y 51-10 del RH).

II. Cotitularidad y derecho de propiedad

En definitiva, la cotitularidad viene definida por la existencia de una pluralidad de sujetos en la relación jurídica, y desde el punto de vista activo de la relación —cotitularidad activa— determina quiénes están legitimados para el ejercicio del derecho objeto de la misma, es decir, quiénes son sujetos de derecho. La cotitularidad, entonces, parte de dos presupuestos: pluralidad, sujetos e identidad de objeto. Y dentro de la misma, se distingue entre titularidad compartida y cotitularidad, según sea el derecho atribuido a los distintos sujetos de diversa o idéntica naturaleza, restringiéndose el concepto de cotitularidad a aquellos supuestos en que la titularidad sobre el mismo objeto es cualitativamente idéntica. Así dentro del ámbito de las relaciones jurídico-reales, se habla de cotitularidad en el caso de la comunidad de bienes donde a cada comunero le corresponde un derecho igual sobre la cosa —identidad cualitativa— con independencia de la extensión de éste —diversidad o identidad cuantitativa, según la cuota sea la misma para cada comunero o no—, y de titularidad compartida en la desmembración o división del dominio, en los supuestos respectivos del usufructo y la nuda propiedad y del censo, donde la naturaleza del derecho de cada titular es diversa, a pesar de recaer sobre un único objeto.

a) Identidad cualitativa e identidad de objeto

Como hemos visto, cuando el objeto de la relación es único y la titularidad se comparte de una forma cualitativamente idéntica sobre el mismo, con independencia de la cantidad o cuantía que corresponde a cada titular, y ese objeto no es otro que el derecho de propiedad, nace el concepto de comunidad. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el objeto de la relación jurídica —objeto lícito, determinado o determinable, dentro del tráfico jurídico...— varía según la naturaleza de ésta, sea una obligación —dar, hacer, o no hacer— o un derecho real —inmediatividad y absolutividad— su contenido, y que la comunidad puede darse en el derecho de propiedad o en cualquier otro —usufructo, dominio directo, servidumbre...—, recayendo sobre bienes muebles e inmuebles.

Y cuando el dominio recae sobre un inmueble, no tiene por qué darse una

identidad entre el objeto físico en sí mismo considerado y el objeto jurídico, como ocurre con el derecho de superficie. Sólo el objeto jurídico debe ser idéntico, con independencia de la situación física de interdependencia que se produce al recaer derechos diversos y plenos sobre objetos distintos integrados en una única realidad física.

b) Diversidad cualitativa e identidad de objeto

Tiene lugar esta concurrencia, según vimos cuando los derechos son de distinta naturaleza —usufructo y nuda propiedad— y el objeto jurídico es el mismo, a diferencia de la situación que se produce cuando se separa el dominio —superficie— o los distintos aprovechamientos independientes de un finca pertenecen a distintos titulares —suelo y vuelo—, donde la identidad física del objeto se conjuga con la pluralidad de objetos de derecho, dando lugar a las denominadas comunidades *pro diviso*, cuya nomenclatura responde, quizá, a la idea tradicional de la indivisibilidad de las cosas materiales (12).

En cualquier caso, la cotitularidad del derecho de propiedad sobre inmuebles centra el objeto de este comentario, dejando a un lado otras cuestiones dogmáticas sobre los conceptos generales que preceden, reflejados siquiera como presupuestos jurídicos y prácticos de nuestras conclusiones.

C) La comunidad de bienes

«Existe comunidad, en sentido genérico, siempre que un derecho o conjunto de derechos están atribuidos a una pluralidad de sujetos, correspondiéndoles en común» (10), o más brevemente, «cuando un derecho corresponde en común a varios sujetos» (6). La doctrina —como vemos— hace hincapié en las dos notas apuntadas, identidad de objeto —derecho— y pluralidad de sujetos —con identidad cualitativa en la atribución, podríamos añadir. El Código Civil con cierta imprecisión terminológica [(10, pág. 448) (7, pág. 5) (8, pág. 757) (6, pág. 6)], define la comunidad en su artículo 392, párrafo 1, diciendo: «hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas». Fórmula expresiva de la situación de comunidad con carácter general, sin aludir ni a su origen ni a la voluntad de los copropietarios (7, pág. 5), efecto que se produce al margen de ésta; y admitiendo con expresión desafortunada la comunidad de derechos, pasa a regular una especie de comunidad, la copropiedad, dejando fuera de su ámbito el género, sin perjuicio de disposiciones especiales —sociedad de gananciales, comunidades de pastos...

Esta formulación genérica que hace el Cc, a la par que regula una especie de comunidad —el condominio—, plantea sustancialmente tres cuestiones jurídicas: 1. Naturaleza jurídica de la comunidad. 2. Clases de comunidad. 3. Régimen jurídico de la comunidad.

Sobre la primera de ellas, se han formulado distintas teorías (8, págs. 763 y ss.), teorías de la interinidad, de la unificación del derecho de la propiedad, de la división y de la propiedad plúrima total, caracterizada ésta por entender que en la comunidad se ha de ver la concurrencia de varios derechos sobre toda la cosa, correspondiendo a cada comunero no ya una parte ideal en que se divide un único derecho, sino un derecho pleno en cuanto a su extensión, cualitativamente igual al derecho de propiedad exclusivo, limitado en cuanto a su ejercicio

por la existencia de los derechos de los demás, «lo que probablemente —indica Díez-Picazo— origina la necesidad de una determinada organización en orden al ejercicio de las facultades que constituyen el contenido de cada uno de estos derechos». Teoría que, sin embargo, no convence a todos los autores. Así MIQUEL (7, pág. 10) entiende, a la luz de nuestro Derecho positivo, artículos 394, 398 y 995 del Cc, que el copropietario no tiene las mismas facultades que un propietario individual —«aunque reducidas, tiene facultades distintas»—, y que más bien se ajusta a la explicación clásica de la propiedad plúrima parcial (7, pág. 13). En cualquier caso, pues, parece claro que los derechos de los cotitulares, cualitativamente idénticos y cuantitativamente diversos o iguales, se encuentran recíprocamente condicionados en cuanto a su ejercicio, delimitándose facultades comunes e individuales, y obligaciones, asimismo, individuales y comunes. Figura jurídica, por su parte, autónoma, y distinta de otras instituciones afines y formas dudosas de comunidad (10, págs. 455 y ss.), tales como la sociedad, la medianería y los supuestos de dominio separado, dividido y desmembrado, carente por demás, de personalidad jurídica (7, pág. 11).

La segunda de las cuestiones planteadas —clases de comunidad— nos lleva a distinguir entre la comunidad romana (caracterizada según CASTÁN, por la pluralidad del sujeto, la unidad de objeto o indivisión material y la atribución de cuotas o división intelectual) (10, págs. 510 y ss.) o *pro indiviso*, la comunidad germánica o en mano común (o sin atribución de cuotas ideales). Caso de la sociedad de gananciales (6, pág. 15), la comunidad hereditaria (configurada, según ROCA, en nuestro Código como una comunidad romana: arts. 1.067, 1.965, 1.051, 1.700... Cc/STS 25-6-45. No obstante, son diferentes según el TS: 6, págs. 17 y 18), la comunidad de pastos y leñas (arts. 600-603 Cc, con la dificultad práctica de su distinción de la servidumbre de pastos: 10, pág. 466), y la impropia y *pro indiviso* (singularizada por la identidad de objeto físico y la diversidad de derechos atribuidos a distintos propietarios que sobre aquel recaen), sin entrar, por ahora, en comunidades atípicas o especiales, como la comunidad en régimen de propiedad horizontal, la comunidad funcional o la comunidad analógica de la propiedad horizontal, de la que trataremos con posterioridad.

Y finalmente, dentro de nuestro Derecho, el régimen jurídico de la comunidad, establecido en el párrafo 2 del artículo 392 del Cc con carácter general («A falta de contrato o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este Título»: arts. 393-406) plantea el problema de las fuentes legales y su jerarquía, resuelto por CASTÁN (10, pág. 450) entendiendo que rigen en primer lugar, el pacto o contrato cuando la comunidad tenga un origen voluntario, en segundo, las disposiciones especiales de la comunidad de que se trate, y, por último, las generales del Cc (arts. 393-406). Solución no exenta de matizaciones, en cuanto a la voluntad de los comuneros no puede derogar las normas imperativas que regulan específicamente cada especie de comunidad, bien sea una copropiedad, una sociedad de gananciales o una comunidad hereditaria... Lo que hace necesario en cada caso, previa calificación de la naturaleza jurídica de la institución y de la especie de comunidad en cuestión, determinar el régimen jurídico necesario y voluntario aplicable, excluyendo —en el caso del Registro de la Propiedad— los pactos nulos en las de origen voluntario o contractual.

Y todo ello nos lleva al punto fundamental del recurso que la resolución resuelve y plantea, esto es, ante qué tipo de comunidad nos encontramos, cuál es su régimen jurídico y qué eficacia hubiera tenido la inscripción de los Estatutos, y cómo responde de sus obligaciones.

Según el Registro de la Propiedad, debe tratarse de una comunidad ordinaria regulada por el Cc, artículos 393-406, ya que, a pesar de constar el destino de la finca resto —como una simple manifestación, sin eficacia jurídica alguna—, no existen puntos especiales inscritos que le otorguen otra naturaleza, ni siquiera vinculación jurídica alguna con las fincas segregadas —titularidad *ob rem*: Res. 3-9-1982—, siendo, en consecuencia, necesario dirigir la demanda, a efectos de practicarse la anotación preventiva de embargo, contra los titulares registrales —comuneros— por las siguientes razones: 1. La comunidad ordinaria no tiene personalidad jurídica [así lo entiende la doctrina y la jurisprudencia: STS 13-11-59, la comunidad carece «de personalidad jurídica independiente de los comuneros...» (6, pág. 21), STS 11-11-70, Res. 30-1-70... El art. 1.669 del Cc emite al régimen de la comunidad a las sociedades sin personalidad jurídica, luego —como dice MIQUEL (7, pág. 12)—, y a pesar del artículo 405 del Cc la comunidad carece de personalidad. El propio art. 35 Cc antes aludido —*vid supra*— también a *sensu contrario* la excluye]. 2. La comunidad en régimen de propiedad horizontal dotada de una singularidad y estructura orgánica superior, tampoco (v. 5, pág. 1192). 3. La legitimidad procesal pasiva apreciada por el juez, por analogía con la comunidad en régimen de propiedad horizontal, no incide ni en la titularidad registral ni atribuye personalidad jurídica (v. 5, págs. 1192 y ss.). 4. La demanda de una comunidad denominada unitariamente, no implica la demanda de los comuneros (esta conclusión puede extraerse de la Res. de 27-6-1986, que por demás afirma la carencia de personalidad en la comunidad de propietarios —como veremos). 5. El principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución exige la demanda del titular registral o, en su caso, la notificación personal en los términos que señala la STC de 20-4-1988 —más adelante tratada—, impidiendo su indefensión, tal y como dice el Auto del Presidente de la Audiencia en este recurso. 6. La naturaleza del crédito reclamado contra la comunidad, no supone la responsabilidad intertemporal del comunero al tiempo de la anotación de embargo. Es decir, la transmisión de una cuota no conlleva la de la responsabilidad del comunero deudor personalmente y, en consecuencia, no sería efectiva la garantía pretendida contra el nuevo titular registral, sin perjuicio de tener en cuenta la fecha del embargo no anotado conforme a la Resolución 6-9-1988. 7. Los estatutos no inscritos no producen efecto contra tercero, no obstante la problemática de su posible inscribibilidad, tal y como indica la Resolución comentada. 8. La comunidad no es el titular registral —ni puede serlo (art. 20 LH): principio de tracto sucesivo.

En consecuencia, y atendiendo a estas razones, vamos a dar paso al estudio del régimen necesario de la comunidad de bienes, destacando la existencia de comunidades especiales y atípicas, su responsabilidad, y la problemática del artículo 392-2 del Cc en relación a los pactos válidos e inscribibles. Tratamiento que justifica, a nuestro parecer, la tediosa exposición anterior.

I. Comunidad ordinaria: comunidad romana y comunidad germánica

La comunidad de bienes que nuestro Cc regula, y a pesar de la rúbrica genérica del título que le dedica, según la doctrina imperante y la jurisprudencia, es la denominada comunidad romana o condominio, caracterizada, como vimos (10, pág. 450), por pertenecer la cosa a los comuneros o condóminos por cuotas o partes intelectuales *pro indiviso*, pudiendo cada uno de éstos disponer de su cuota e instar la división, a diferencia de la comunidad germánica o en mano

común, donde al no existir propiamente cuotas, no existe la posibilidad de disponer de ellas ni de instar la división (10, págs. 450 y 451). Como dice GARCÍA GRANERO (10, nota 1, pág. 451), «la comunidad germánica no excluye toda cuota-parte, sino solamente aquella que determina la división en porción separada e independiente».

No obstante, esta figura de la comunidad germánica no es extraña a nuestro Derecho. Así se reconoce su naturaleza en la sociedad de gananciales (RR 30-6-27, 12-12-35, 8-11-44...), en la comunidad matrimonial dentro de los derechos forales (10, pág. 454), en los aprovechamientos comunales de pastos y leñas, en la comunidad hereditaria (como indica CASTÁN, en base a la jurisprudencia registral: 10, pág. 454), y en la propiedad comunal, o incluso para Díez-PICAZO, en las sociedades sin personalidad (10, nota 1, pág. 454). Sin embargo, y a la vista de los pronunciamientos del Cc, dichas manifestaciones carecen de una regulación específica de carácter general, debiendo aplicarse sobre las construcciones doctrinales y jurisprudenciales, la normativa especial dictada para cada caso concreto, supliendo conforme a su naturaleza las insuficiencias que se advierten, y que han dado lugar a una interpretación contrastada. Tal es el caso de la sociedad de gananciales, donde el Cc establece normas reguladoras y la jurisprudencia perfila y da contenido a los supuestos no contemplados (Res. 2-2-1983).

Y si la comunidad germánica es excepcional en nuestro Derecho, la ubicación de una comunidad atípica dentro de su ámbito choca, cuando no responde a los moldes acuñados, con el régimen jurídico recogido en el apartado 2 del artículo 392. Por lo que, en principio, hemos de determinar su alcance e interpretación.

«No contiene el Código ningún precepto —destaca MIQUEL, 7, pág. 32— que regule la constitución de la comunidad y este silencio es muy significativo, porque, como se ha dicho acertadamente, no hay modos específicos de constitución de la comunidad de bienes, sino que lo serán los modos de adquisición de los derechos... consideración... especialmente importante, porque a veces por olvidarlo, se entiende equivocadamente..., la distinción sociedad-comunidad.» «Esta consideración elemental pone de relieve que no se puede hablar de contrato de comunidad, en el sentido de un contrato por el que nazca la comunidad...» (7, pág. 33). La comunidad nace, añade, por un contrato con un tercero, a diferencia de la sociedad, cuando varias compran o adquieren conjuntamente un bien, o una cuota-parte de un objeto. Y de esta forma, puntualiza que, en todo caso, es muy discutible que sea un contrato creador de una comunidad, regida en todo por las disposiciones de la comunidad, aunque el párrafo 2 del artículo 392 aluda al origen contractual, ya que el contrato generador no está regulado por las disposiciones de la comunidad (sólo rigen a falta de contrato). Y si el contrato constitutivo establece que se regirá por estas reglas, nadie estaría obligado a permanecer en la comunidad, salvo el pacto de indivisión, con los límites establecidos. La comunidad es, pues, una situación que se produce cuando varias personas adquieren algo en común, aún sin voluntad específica de hacerlo. Por ello, la copropiedad es calificada de comunidad incidental y «la construcción de un contrato innominado de comunidad, como hace la Resolución de 16-5-1979, no puede ocultar que tal contrato no puede ser causa de la adquisición de la propiedad (copropiedad) si no expresa otro contenido que la voluntad de constituir una comunidad» (7, pág. 35).

De esta forma, en cualquier caso, si no existe contrato constitutivo de la comunidad y regulador de ésta o si el contrato se limita a sujetarse a las normas de copropiedad, y la comunidad es incidental en consecuencia, queda planteado el problema de las comunidades atípicas, establecidas en base a un contrato

innominado, y regidas por las normas en él contenidas, partiendo de la premisa equívoca del carácter dispositivo de los artículos 393-406 del Cc. Lo que nos lleva al punto de partida, esto es, al estudio de las fuentes.

El artículo 392-2, a pesar de su texto literal, no da cabida a una regulación contractual al margen del régimen que sigue, ya que establece una regulación general independiente del origen de la comunidad («La comunidad de bienes no produce diferentes efectos porque lo sean los títulos de donde proceda», argumentó la Comisión de Codificación al adoptar el texto vigente, rechazando la distinción que proponía un miembro: 7, pág. 53), y conforme al artículo 1.669, aunque el origen sea el contrato de sociedad, la comunidad que surge se regirá por dichas normas —arts. 393-406—. Es curioso, al hilo de este comentario, la remisión del artículo 1.669 del Cc a las normas de la comunidad, pues la asimilación se produce en el supuesto de sociedades sin personalidad jurídica (8, pág. 760). Y es difícil, asimismo, pensar en contratos de puesta en común de bienes que no sean de sociedad, fuera de los casos relacionados en el artículo 32 del Cc.

Además, y aunque admitiéndose la existencia de contratos innominados generadores de comunidades atípicas, sus disposiciones no podrían derogar en ningún momento las normas imperativas contenidas en el Cc, siempre que su naturaleza jurídica no revele que se trata de una comunidad especial con legislación propia, enervando el último inciso del párrafo 2 del artículo 392. Luego salvo este supuesto, la jerarquía normativa no será la que parece ser, sino que se aplicarán en primer lugar las reglas imperativas que el Cc establece, y en segundo término, los pactos establecidos por los interesados, surgiendo la necesidad de determinar cuales de aquellas reglas tienen tal carácter.

Para MIGUEL GONZÁLEZ (7, págs. 55 y ss.), son imperativas las normas contenidas en los artículos 398-3, 399, 400, 403 y 405, y dispositivas las restantes, resultando dudoso el carácter del artículo 396. Otros autores —MANRESA (7, nota 82, pág. 55), por ejemplo—, consideran igualmente imperativas las contenidas en los artículos 392 y 393, e incluso, para algunos la del artículo 395. Y delimita el ámbito de aplicación del título que el Cc destina a la comunidad de bienes —título III del libro III—, de esta forma: 1. Cuando la comunidad sea consecuencia de un contrato entre comuneros, por el que se obliguen a poner en común bienes, probablemente será un contrato de sociedad —objeto amplio—, y si no lo es, sus relaciones internas se regirán, por analogía, por las normas de la sociedad, en base a los artículos 392-2 *a contrario* y el 1.669 del Cc —otra cosa serán las relaciones externas. 2. Las relaciones externas, en el caso anterior se regirán por las reglas de la comunidad en el supuesto del artículo 1.669 del Cc. 3. En el supuesto de que no haya contrato, los pactos reguladores —no generadores— de la situación de comunidad regirán la comunidad en tanto no violen ningún precepto de derecho necesario. 4. Las disposiciones contenidas en el Cc son aplicables en general a las situaciones de comunidad, y, por tanto, supletorias de las especiales que rigen cada una de ellas. Esta supletoriedad sólo es posible cuando la especialidad lo admite y el legislador no ha regulado la materia por estarlo ya en el título de la comunidad.

Pasemos ya a realizar un breve análisis estructurado del contenido regulador de la comunidad de bienes en el Cc, destacando la naturaleza imperativa o dispositiva de sus normas:

Art. 392-1: Concepto de comunidad de bienes, naturaleza.

Art. 392-2: Ambito de aplicación.

El concepto de comunidad de bienes o derechos utilizado por el Cc, aparte de

la advertida imprecisión terminológica, contiene los dos elementos básicos definitorios de la misma: cotitularidad —identidad cualitativa— y objeto común —identidad de objeto jurídico.

DÍEZ-PICAZO (8, pág. 766), al establecer los principios jurídicos rectores de la comunidad (principios de autonomía de la voluntad, proporcionalidad, democrático de administración y libertad individual), señala en base al primero de ellos, que este artículo refleja que la ley fundamental de organización y disciplina de la comunidad —su estatuto— son los contratos, acuerdos y convenios entre los comuneros, afirmando el carácter dispositivo general de la regulación legal. En idéntico sentido, la Resolución de 18-5-1983 reconoce y declara, al amparo del artículo 392, la primacía del título constitutivo en orden a la regulación de las relaciones jurídicas comunitarias (inciso primero del séptimo considerando: 73, pág. 576).

BONET CORREA (11, págs. 139 y ss.), en su extracto jurisprudencial, recoge los pronunciamientos, entre otras, de las siguientes SSTs: S. 22-6-1892 (el condominio absoluto consiste en el libre goce de la cosa y sus frutos por todos los partícipes en proporción a sus respectivas participaciones, sin más limitación que el lograrlo del modo mejor y más equitativo, con exclusión del disfrute exclusivo de un condueño), S. 6-6-1894 (las participaciones no son realidades físicas, sino entidades matemáticas), S. 24-11-1913 (el art. 392 recoge el condominio de derechos), S. 28-4-1923 (todos los derechos derivados de la propiedad en su amplitud jurídica le corresponde a los comuneros por imperio de la ley), S. 28-2-1925 (la relación jurídica de condominio es idéntica a la que nace del dominio, y sólo a falta de contrato, rige el Cc), S. 6-10-1925 (las cuotas son ideales, cada partícipe goza de un derecho completo), S. 7-10-1927 (la comunidad tiene como elementos la unidad en el objeto y la pluralidad en el sujeto, siempre que permanezca en una integridad física sin distinción ni distribución material en varias partes; son sus fuentes, cuando nace por disposición de la ley, ésta, cuando nace del contrato, la voluntad de los contratantes, cuando la crea en el caso fortuito, las reglas de accesión...), S. 13-10-1927 (hasta las alteraciones ventajosas requieren el consentimiento de todos los partícipes conforme al art. 397), S. 21-11-1929 (comunidad: pluralidad de sujetos y unidad de objeto, sin faltar ningún elemento esencial del dominio), S. 24-5-1943 (libre transmisión de la participación), S. 23-11-1943 (derecho cualitativamente igual de cada partícipe), S. 12-6-1982 (la atribución de una plaza de garaje en propiedad exclusiva no elimina la situación de copropiedad sobre los elementos comunes). Como vemos existe sólido fundamento jurisprudencial para determinar los caracteres de condominio.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la comunidad, resta indicar, aparte de lo dicho, que la STS de 23-5-1986 recoge la teoría de la propiedad plúrima total (derecho de dominio pleno en cuanto a su extensión, y limitado en su intensidad por la concurrencia de los demás) como la mejor fundada y acorde con nuestro ordenamiento jurídico. Y respecto al ámbito de aplicación de las normas recogidas en el Cc, baste añadir que cuando el origen contractual es un contrato de sociedad, no obstante la remisión del artículo 1.669 del Cc —para las sociedades sin personalidad— a las normas de la comunidad, la equiparación no es plena. Es decir, la sociedad cuyos pactos se mantengan ocultos entre los socios —sociedad irregular que reúna los requisitos formales establecidos por la ley—, se regirá en cuanto a las relaciones internas por lo pactado (SSTS de 5-7-1982 y 30-4-1986, ésta dice: «el art. 1.669 Cc no supone necesariamente que la falta de elementos formales se someta totalmente al régimen de la copropiedad»: 14, pág. 1177), y en cuanto a las externas por las reglas de la comunidad, lo que quizá resuelva el

supuesto planteado por el Seminario de Alicante sobre titularidad de los bienes de las sociedades civiles constituidas en documento privado (15, pág. 2187). Díez-PICAZO, asimismo, entiende que la equipación de ambas instituciones no es plena, y la aplicabilidad de las normas de la comunidad a la sociedad sin personalidad jurídica, es sólo una remisión al régimen jurídico (8, pág. 762).

Finalmente, en relación al carácter de la norma, la entendemos dispositiva (mientras no se contravenga el contenido necesario de la regulación legal, la voluntad privada rige la comunidad; y dispositiva precisamente por esta salvedad).

Art. 393-1: Principio de la proporcionalidad.

Art. 393-2: Presunción de igualdad.

MIQUEL (7, pág. 61) entiende que este precepto es dispositivo, en contra de la opinión de MANRESA, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad, donde el reparto de ganancias es causa del contrato; si bien ese mayor beneficio obtenido sin proporcionalidad a la cuota de cada uno, debería traducirse en un derecho real de goce —por ejemplo, constituyendo un usufructo—, con la limitación, en el caso que se acuerde que uno de ellos soporte mayores cargas, de que éste lo consienta al adquirir la cuota (proporcionalidad, en suma, entre beneficios y cargas; imperatividad —127). A nuestro juicio, sin embargo, al margen del posible pacto derivado de ese carácter dispositivo, la lógica de la proporcionalidad en la realidad se impone, pues, la ponderación de las cualidades personales del comunero —justificación de la desproporción— suele hacerse en orden a la administración, causa de una remuneración superior y autónoma; y, únicamente, en el caso de la copropiedad dimanante del régimen de propiedad horizontal, donde a veces no se valora al fijar la cuota el uso exclusivo de un bien común —terrazas, patios de luces...— por la inocuidad o falta de posible aprovechamiento por el resto de los comuneros, aparecen situaciones de utilización desigual o no proporcional de la cosa común, sin desnaturalizarse ésta (STS 20-3-1984: «el uso exclusivo no altera el destino del elemento común —16, pág. 488). Pues, por ejemplo, en el caso del uso exclusivo de una casa existente en una finca común, puede obedecer a la contraprestación tácita de su conservación o vigilancia —la causa es siempre extraña a la situación de comunidad.

Por otro lado, observa MIQUEL (7, pág. 65), la tendencia jurisprudencial a imponer la responsabilidad solidaria de los comuneros en los casos de compra conjunta (SSTS 23-3-1950, 7-1-1970, 30-3-1973 y 2-6-1980), fuera de la proporcionalidad resultante de la titularidad de la cuota. Ello habrá de entenderse, sin duda, sin perjuicio del derecho de repetir contra los demás por parte del comunero que satisfaga la reclamación (de lo que deberían responder especialmente las cuotas del resto de los copartícipes).

La presunción de igualdad de las cuotas, artículo 393-2, no obsta para que registralmente sea precisa su determinación, a efectos del principio de especialidad y conforme al artículo 54-1 del RH. Así lo tiene declarado la DG en Resolución de 29-10-1906 (128).

Art. 394: Uso por los copartícipes según destino.

Este artículo, aunque, en principio, algunos autores —así MIQUEL (7, pág. 76)— lo consideran dispositivo, encierra en sí mismo un contenido inderogable, consustancial a la existencia misma de la comunidad, latente en la teoría de la comunidad plúrima total: el derecho al uso concurrente de la cosa común según su destino y el derecho individual de cada comunero a la defensa de la misma. Es difícil de imaginar que el titular de una cuota quede excluido por un pacto unánime del uso y aprovechamiento perpetuo de la cosa común o que renuncie

a su facultad de ejercitar acciones en interés de la comunidad —renuncia anticipada de derechos: nula. Tal exclusión o autoexclusión —ya que se requiere unanimidad— carece de causa, salvo que en el caso del uso, se tratase de una disposición a título gratuito sin otro sentido —pues renuncia al beneficio, y no puede renunciar a la carga, art. 395— que la mera liberalidad sin renunciar al uso y a los beneficios, entendiendo aquel como integrado en estos.

La naturaleza ideal de la cuota se manifiesta precisamente en lo que denomina MIQUEL (7, pág. 71) uso solidario, esto es, la facultad de cada condueño a usar de toda la cosa, con la limitación de la concurrencia, reflejo del dominio del copropietario (derecho de señorear la cosa). Y junto a la limitación consustancial al derecho de cada uno, que es el derecho de los demás, se admiten pactos delimitativos del uso, que en cuanto sean de carácter permanente y más allá de la administración, se requerirá el acuerdo unánime (7, pág. 77), si bien la doctrina admite el acuerdo por mayoría para el establecimiento del arrendamiento de la cosa común (derecho personal y temporal, salvo los regulados por leyes especiales, para los que considero necesario el poder de disposición que sólo nace de la unanimidad). En este sentido, la STS 15-11-1986 (17, pág. 1892) declara que para constituir una servidumbre sobre un elemento común se requiere acuerdo unánime de los condueños, conforme a los artículos 394, 396 del Cc y 10-1, 11 y 16 LPH (sobre coposición, ver HERNÁNDEZ-GIL: 7, pág. 77, nota 15).

Idénticas o mayores son las dificultades que surgen ante un pacto que excluya a uno o a todos los comuneros del ejercicio individual de acciones en defensa de la comunidad (STS de 18-2-1972, recogida por BONET —10, pág. 150— o las de 31-1-1973, 14-3-1978, 7-2-1981 y 15-6-1982, citadas por MIQUEL —7, pág. 81—), siendo anómala la legitimación procesal activa de la propia comunidad al carecer de personalidad jurídica (caso de la Res. comentada), y la intervención de uno en nombre de todos especialmente facultado no va más allá del simple apoderamiento (para el caso del requerimiento al comprador, si requiere que lo realicen todos los comuneros —STS de 6-2-1984, 11, pág. 151) (v. STS de 28-5-1986, 21, pág. 1863).

Art. 395: Obligación a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. Deber inexcusable, salvo renuncia a la cuota.

Parece clara la imposibilidad de excluir de estos gastos a un comunero por pacto o, al menos, la autoexclusión, ya que si los demás comuneros quisieran excluir con causas de los gastos a un comunero, esta exclusión no sería total, afectando únicamente a los derivados de la utilización de la cosa común, no de la propia conservación de ella. De esta forma, la STS de 2-10-1986 (14, pág. 1219) reconoce la obligación de los propietarios de los locales de negocio de contribuir a la sustitución del ascensor que no utilizan, estando excluidos de contribuir al sostenimiento por los Estatutos (sostenimiento sí, sustitución no). En definitiva, se puede modalizar la contribución, aunque no excluirla totalmente.

Y en este punto, cabe hablar de la responsabilidad frente a terceros de los comuneros por impago de los créditos contraídos, excluida la legitimación procesal pasiva de la propia comunidad, por idénticas razones que la activa, y sin afectar ello a la titularidad (sobre legitimación procesal activa y titularidad de derechos en un supuesto de propiedad horizontal, puede verse el trabajo recogido en la nota 5). El Tribunal Constitucional, en S. de 20-4-1988 (18, pág. 1683), resuelve que, demandados en juicio diversos copropietarios de una finca (se dirigió la demanda contra algunos comuneros nominativamente «y además» contra otros comuneros cuya identidad no se refleja —por desconocerla los actores—, a pesar de que se acompaña aquélla de certificación registral que

recoge a todos los cotitulares con expresión de su domicilio —al menos si constaba el del recurrente, el resto no lo aclara), es necesaria la citación personal del titular registral, cuyo domicilio consta en la certificación registral aportada por la actora, no siendo suficientes la citación por edictos, conforme a los artículos 264, 266 y 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina del propio Tribunal (la notificación debe ser personal siempre que se pueda, art. 269 de la citada Ley), en virtud del principio constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), evitando la indefensión del demandado. Y si no puede demandarse a varios comuneros cuyos domicilios constan genéricamente, menos aún cabría demandar a una comunidad sin más.

Respecto a la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, las Resoluciones de 1-9-1981, 27-6 y 30-6-1986 y 7-7-1986, destacan la falta de personalidad jurídica de la comunidad de propietarios, y a las tres últimas, al margen de la legitimación procesal, señalan la necesidad de demandar a los titulares registrales de los elementos privativos para hacer efectiva la responsabilidad contraída por la misma, dado el carácter inseparable de éstos y de los elementos comunes. Y la Resolución de 27-6-1986, si bien admite que si se demanda a la comunidad por sus deudas, se demanda a los propietarios que la constituyen, delimita los bienes sobre los que se puede hacer efectiva la ejecución; o sobre los bienes comunes, dinero y créditos (no inmuebles, ya que carece de carácter de titular registral, y los elementos comunes están indisolublemente unidos a los privativos —para perseguir a los comunes debe hacerse a través de los privativos), o sobre los privativos, previo acuerdo de la Junta por la que se determine la forma y tiempo de la contribución adeudada por cada uno, o acuerdo judicial supletorio, debiendo ser convocados y requeridos personalmente los propietarios titulares registrales, conforme al artículo 20 LH. A diferencia de lo que sostiene el recurrente en la Resolución objeto de este comentario, los bienes comunes a disposición de la comunidad son sólo muebles, ya que en otro caso aparecerían a nombre de los comuneros al tiempo de la adquisición y no de la comunidad y nunca serían los elementos comunes inmobiliarios (no cabría respecto del ascensor, por ejemplo, u otros objetos inmuebles, art. 334 Cc). Y además para reclamar sobre los elementos privativos, se necesita el acuerdo de referencia, porque se trata de un derecho de crédito que se quiere hacer efectivo, debiendo determinarse, fuera del artículo 9 LPH, quien es el obligado al tiempo que se contrajo —puede ser distinto del actual propietario. La Resolución de 27-6-1986 se refiere a la naturaleza de la deuda en estos términos: «...la obligación de cada copropietario de contribuir a satisfacer la obligación establecida en la sentencia no surge entre él y el acreedor sino mediatamente a través de la comunidad, y esta obligación es una coligación *propter rem*, es decir, incumbe a quien sea propietario del piso o local cuando tal obligación de contribuir vence según el acuerdo de la Junta determinando el tiempo y forma de su cumplimiento art. 20 LPH y STS de 6-6-1968 ...siempre quedan a salvo las repercusiones que por razón del pago puedan proceder entre antiguo y nuevo dueño...» (19, pág. 1704).

La responsabilidad del comunero frente al acreedor y por razón de los gastos de conservación de la cosa común, al margen de los pactos o acuerdos válidamente adoptados, surge en todo caso, tanto participe o no en los beneficios, utilidades o gastos de mantenimiento. Y responde con su cuota en la cosa común, en principio y sin perjuicio de la responsabilidad personal que corresponda, ya que es deudor a través de la comunidad, pudiendo el comunero que adelante el importe de las reparaciones necesarias en la cosa o en los gastos de conservación,

en general, reclamar de los otros condueños las expensas indispensables hechas (STS de 3-7-1929, 11, pág. 152). La posibilidad de repetir contra los demás comuneros parece inevitable, por parte del comunero, contra todos y cada uno de ellos, y por parte del acreedor de la comunidad, también, aunque siempre debe demandarse y condenarse a estos en los términos expresados (ver Res. de 8-3-1950, 20, pág. 217).

Art. 396: Propiedad horizontal (será objeto de análisis en otro punto del sumario).

Art. 397: Principio de inalterabilidad individual de la cosa común.

Consecuencia de la limitación intrínseca derivada de la concurrencia de varios sujetos en la titularidad de una cosa, el Cc recoge en este precepto la imposibilidad de que un comunero sin concurso de los demás pueda alterar el bien común, aunque se trate de alteraciones ventajosas (11, págs. 168 y 169; SSTs de 25-9-1896, «el art. 397 prohíbe en absoluto hacer alteraciones... sin el consentimiento de todos los partícipes»; 13-10-1927, «hasta las alteraciones ventajosas requieren el consentimiento de todos...»; 24-1-1966, «mientras los actos de administración se refieren al aprovechamiento y son —sus— resultados transitorios, las alteraciones...», art. 397 son de resultado permanente y afectan a la sustancia o forma de la cosa... la doctrina del Tribunal Supremo tiene reiteradamente establecido que el arrendamiento es un acto de administración»; 5-4-1968, «el ejercicio de acciones no constituye alteración»; 12-5-1972, «...arrendamiento... en algunos casos por la naturaleza de las cosas a que se contraiga, rebasa... los límites de la mera administración...»; 31-1-1973, «...no podrá llevar a cabo actos dispositivos si no media el consentimiento unánime... ni... de mera administración —sin— ...que sean decididos por la mayoría...»; 14-6-1976, «...unanidad... por acto que afectaba al *ius disponendi*...»; 23-6-1976, «unanidad para vender»; 13-3 y 10-4-1981, «la atribución de uso común... a uno solo... requiere el consentimiento de todos...»; 30-6, 3-11 y 23-12-1982, obras que alteren la configuración de las cosas necesitan unanimidad; 8-11-1983, la venta requiere unanimidad, así también la de 6-2-1984 y la de 9-12-85). La línea divisoria entre la autonomía de la voluntad y el derecho necesario viene dada por la naturaleza del acto, bien sea de mera administración —mayoría—, bien sea de disposición —unanidad—; y como quiera que este artículo se refiere a los actos de disposición, debemos entenderlo como imperativo, toda vez que el acuerdo unánime consistiendo en la realización de actos de disposición por un comunero o un tercero no es más que un apoderamiento, como reconoce la STS de 19-11-1982 (11, pág. 174). Y el apoderamiento es, en principio, revocable, aunque se incorpore al estatuto orgánico de la comunidad, como lo prueba la necesidad de prestar su conformidad el nuevo adquirente de una cuota (v. STS de 28-5-1986, 14, pág. 1180; v. Comentario de AMORÓS a la Res. de 7-4-1970, 22, págs. 204 y ss.), y la imperatividad que nace de la LPH, al exigir el artículo 8 la aprobación de la Junta de Propietarios —unanidad— para la división de un elemento privativo, no obstante la jurisprudencia contradictoria en esta materia sobre la validez del pacto estatutario inscrito que permite al propietario realizar la división y redistribuir la cuota originaria en base al criterio legal de proporcionalidad, siempre que no se altere o afecte la cosa común (2, pág. 258; 7, pág. 250; según veremos), en un supuesto, este de la propiedad horizontal, mejor estructurado organizativamente por la Ley, con las limitaciones que comporta su régimen necesario. Es decir, si en la LPH hay trabas, al entender el legislador que el funcionamiento de la comunidad no puede quedar al arbitrio de los propietarios, más aún en la comunidad ordinaria que pretenda la finalidad de ésta sin someterse a su régimen —nos referi-

mos a las comunidades analógicas, resultantes, sobre todo, de las urbanizaciones privadas.

Finalmente, sólo indicar que sobre la posible revocación del apoderamiento dado, tanto se realice en los propios estatutos o en pacto separado, se ha pronunciado afirmativamente la DG con ocasión de la Resolución de 7-4-1970 (22, pág. 197, y 23, pág. 1772). La prohibición de esta facultad característica del poderdante, o lo que es lo mismo, la atribución de la naturaleza irrevocable al poder, sin concurso de todos los comuneros, sería nula, o al menos, inoperante, puesto que el copartípite puede instar la nulidad del pacto ante los Tribunales, sin entrar por ahora en la posible vulneración del artículo 20 de la Ley de Defensa de los Consumidores que se produciría respecto del adquirente de una cuota de la comunidad regida por ese pacto —contrato de adhesión.

Art. 398: Principio de administración democrática proporcional a las cuotas.

La comunidad se rige por el principio de mayoría simple en cuanto a los actos de mera administración y disfrute, y por el de unanimidad en lo referente a los de disposición —como hemos visto. El problema surge respecto de aquellos actos que presentan una naturaleza mixta o heterogénea, o que por la incidencia de normas imperativas de índole social o política han ido desnaturalizándose. Así, en este punto, el acto más problemático es el arrendamiento considerado por la jurisprudencia acto de administración, siempre que su plazo no tienda a perpetuarse (STS de 10-3-1905, 1-7-1909, 9-6-1913, 24-1-1941, 31-1-1960 y 6-10-1970; 11, pág. 172; se refieren a los arrendamientos inscribibles que se celebran por un plazo superior a seis años, que rebasan la mera administración).

La mayoría se establece por razón de la participación en la cosa común, y no por el número de comuneros, límite, a nuestro juicio, imperativo, o cuya transgresión requiere, al menos, la anuencia de los perjudicados, que cuentan que en todo caso que la posibilidad que le brinda el párrafo 3 (norma imperativa, según MIQUEL: 7, págs. 55 y ss.), garantía establecida por la ley en favor de los copropietarios (STS de 4-4-1963: 11, pág. 173).

La unanimidad en la comunidad sólo se logra en el concurso de todos los partícipes, a diferencia de lo que ocurre en el régimen de propiedad horizontal, donde cabe la llamada unanimidad tácita (MIQUEL, 7, pág. 333), conforme al artículo 16-1 LPH, si bien con la salvedad de que, en caso de litigio, sólo se logra cuando concurren a él, personalmente o representados, todos los propietarios, ya lo sean como demandantes o como demandados, discutiendo la reforma del título constitutivo, que, en su caso, ha de sancionar el órgano jurisdiccional (STS de 9-4-1984, 16, pág. 491: la comunidad de propietarios pretendía que se declarase elemento común un elemento privativo destinado, con anterioridad a la división horizontal, a portería por el propietario único del edificio).

Estos presupuestos plantean el problema de la validez de los pactos que se establezcan sobre la administración. MIQUEL GONZÁLEZ (7, págs. 420 y 421), distingue dos tipos de pactos: 1. Pactos que afectan al contenido del derecho: unanimidad (por ejemplo: pactos por el que los acuerdos de administración requieran unanimidad, o de exclusión del derecho de voto de un copartípite, o de un sometimiento a un arbitraje de las cuestiones que suscite la administración). 2. Pactos que afectan a la modalidad de la administración: mayoría (por ejemplo: la necesidad de convocar a los partícipes; nombramiento de administrador...). Los pactos que afectan al contenido producirán efecto frente al tercer adquirente, si constan inscritos.

La STS de 12-12-1983 (16, pág. 507), destaca que el artículo 398 no exige la

constitución de la junta comunitaria para tomar acuerdos sobre administración y disfrute de la cosa común, bastando la voluntad de la mayoría.

Art. 399: Principio de la libre disponibilidad de la cuota.

Siendo los condueños propietarios de la cosa común (1, pág. 174; SSTs de 4-2-1957, 23-6-1976 y 26-2-1982), y estando ésta distribuida entre aquéllos por cuotas ideales, la ley permite la libre disposición de la cuota o participación por parte del comunero titular como un derecho sustantivo del partícipe, conformador del condominio, con carácter imperativo (7, págs. 55 y ss.), admitiendo, claro está, los apoderamientos pactados entre todos los copropietarios sobre disposición de la parte individual (STS de 19-11-1982, 11, pág. 174), como propios del tráfico jurídico.

El adquirente de la cuota —indica MIQUEL: 7, pág. 435— únicamente se verá afectado por los pactos inscritos de alcance real, y no por las obligaciones contraídas por el transmitente, que necesitarían del pacto de asunción de deuda con los acreedores, y por los pactos que impliquen prohibición de disponer con eficacia real entre los comuneros —7, pág. 437— salvo lo relativo a derechos personales excluidos del ámbito del artículo 399 —uso, habitación, o en el caso de la sociedad irregular, cuando la cualidad personal determine la condición de socio (7, págs. 437 y 438), donde el alcance lo establece la propia norma.

El artículo 1.522 del Cc establece el retracto de comuneros para el caso de enajenarse una cuota a un extraño, siendo dudosa la validez del pacto entre comuneros renunciando al retracto con la única base del artículo 1.255 del Cc (2, pág. 89; 13, pág. 518; 6, pág. 35); renuncia anticipada de derechos, por demás. Dicho retracto tiene lugar aunque el edificio sobre el que recae la comunidad se divida horizontalmente, como declara la STS de 13-5-1988 (24). La situación de comunidad subsiste mientras no se extinga por cauce legal, y es insuficiente la adjudicación en pleno dominio de elementos privativos a cada condominio, al no admitirse la extensión tácita de la comunidad (STS de 2-4-1971; 25) (129).

Art. 400: Principio de divisibilidad de la cosa común.

Con carácter absoluto, imprescriptible e irrenunciable, se configura la facultad de comunero para instar la división que regula el artículo 400, transido de la concepción romana de condominio, con imperatividad declarada por la doctrina y por la jurisprudencia (MIQUEL, págs. 438 y ss., BONET, págs. 175 y ss.; 7 y 11), desde la Ley 3 del título 5 partida 5 (que trae a colación la STS de 30-11-1979, —11, pág. 177—, y dice: «...si uno de dos señores quisiere libentar al siervo común, puede comprar la parte del otro, aunque —éste— no quiera, dándole el justo precio...»; según el extracto de que dispongo —26, pág. 27— la Ley 55, por su parte dispone: «El que tenga cosa común con otro puede vender su parte a cualquiera de ellos; y también al extraño, antes de comenzar en juicio el pleito de su participación, pero no después sin asenso de sus compañeros; y vendida al extraño, debe preferirse por el tanto cualquiera de aquellos», en consonancia con los artículos 399 y 1.522 del Cc —26, pág. 54) hasta la STS de 9-10-1986 (17, pág. 1885) que reconoce la imperatividad de los artículos 400 y 404, pasando por la de 15-2-1900 (11, pág. 175), y la de 28-11-1957 (7, pág. 444).

La acción de división solamente encuentra excepciones en las comunidades especiales, como la propiedad horizontal, la comunidad funcional de la multipropiedad «Los Estatutos de inmuebles en régimen de multipropiedad contienen precisamente una renuncia a la acción de división de modo perpetuo e irrevocable, además de la afirmación de que su ejercicio constituiría un evidente abuso de derecho —PAU PEDRÓN—...» (7, pág. 445).

La imprescriptibilidad deriva del artículo 1.965 del Cc, el carácter absoluto e

irrenunciable del 400, con las limitaciones que establecen su párrafo final —pacto de indivisión— y el propio artículo 401, además de la posible aplicación analógica del artículo 1.705 del Cc —«buena fe en tiempo oportuno»— que apuntó Díez-Picazo (8, pág. 775) en cuanto a la buena fe, y directamente aplicable por imperativo del artículo 7, según Miquel (7, pág. 458: «hace innecesario recurrir a la aplicación analógica del art. 1.705»); «tiempo inoportuno, en sentido objetivo, no hay en la comunidad, o es irrelevante; tiempo contrario a la buena fe, sí es relevante», pág. 458).

Miquel (7, págs. 459 y ss.) se plantea el problema de si el pacto de indivisión convierte a la comunidad en otra figura, al partirse de la base de que el origen de la comunidad ha de ser incidental, haciendo tránsito precisamente a la sociedad; sin embargo, el pacto de indivisión no es equiparable a un contrato de sociedad, al no ser causa de atribuciones patrimoniales (pág. 460). Y añade (pág. 461) que dicho pacto puede tener eficacia real, si en él se excluye el derecho a pedir la división durante su vigencia, y que producirá efectos contra tercero si se inscribe el Registro de la Propiedad.

Lo que no está del todo claro es que la comunidad regulada por el Cc sea siempre incidental, ya que, a pesar de ser conforme aquélla como una situación transitoria, por razón de su origen la situación puede producirse por voluntad de los copartícipes, como ocurre en los supuestos de adquisición de bienes en común, o de adjudicación de bienes pro indiviso en la partición de la herencia, donde la comunidad se presenta como querida por los comuneros, dotándola de una cierta permanencia —si se conjuga con el pacto de indivisión— y más cuando el bien adquirido o adjudicado es sustancialmente indivisible (STS de 13-12-1986, 14, págs. 1266 y ss., es la adjudicación en virtud de la partición, y no la simple aceptación, la que convierte la comunidad hereditaria en ordinaria: voluntad de constitución de una comunidad. STS de 14-4-1986 —14, pág. 1176—, todos los herederos pueden disponer de un bien sin hacer la partición, entendiéndose el bien adjudicado pro indiviso —comunidad incidental.)

Respecto a las prohibiciones de disponer y de dividir impuestas por el donante o testador —a título gratuito— que son válidas siempre que no transgredan el artículo 781 del Cc al margen del artículo 400-2 (7, pág. 466), y advertir que la prohibición de dividir no comporta la de transmitir (7, pág. 463).

Finalmente, cabe señalar la validez e inscribibilidad de los pactos relativos al modo de practicar la división, concretamente aquel que establece que la división sólo podrá efectuarse por la división material, precisando las partes en que se divide (Res. de 18-4-1981: de la inscribibilidad derivará su eficacia frente al tercer adquirente —17, pág. 466) (130).

Art. 401: Indivisibilidad de la cosa. Acción de división horizontal.

La indivisibilidad a que se refiere este artículo es la indivisibilidad material, situación objetiva apreciable por los Tribunales, que deriva del uso para que se destina la cosa común, situación cambiante a lo largo del tiempo y conforme con la propia naturaleza de la cosa, según la finalidad económica que se persiga. Esto es, si se trata de una finca rústica, la indivisibilidad puede surgir de la naturaleza del aprovechamiento o explotación que en ella se realiza, si de la división resulta un perjuicio económico para la comunidad, obligando al cambio de cultivo o explotación con evidente detrimento para los intereses comunes, como los resultados de la no amortización de la inversión realizada, cuando el destino es transitoriamente permanente —permanente y no perpetuo, en tanto las circunstancias económicas generales lo permitan. Sin embargo, también puede darse el caso de que una finca urbana sostenga un destino no acorde con su naturaleza

—huerto—, y que la división sea aconsejable y el cambio de destino sea precisamente necesario. Como vemos, la indivisibilidad es una cuestión de hecho, y así el TS declara que para «llegar a la disolución de la comunidad, por la venta de la cosa y reparto del precio, es indispensable que concurran las dos circunstancias de indivisibilidad o peligro de gran desmerecimiento de la cosa y no haberse logrado el convenio para su distribución, y que la determinación de la inservibilidad o indivisibilidad de la cosa... habrá de ser apreciada, en cada caso, por el Tribunal sentenciador» (SSTS de 28-11-1957, 28-12-1928, 30-5-1933 y 18-1-1968, entre otras; 10, pág. 524; y dentro de la jurisprudencia más reciente, STS de 9-2-1983: pág. 179).

El párrafo 2 del artículo 401 contiene la que podríamos llamar acción de división horizontal, para los edificios cuyas características lo permitan, posibilidad, apuntada por la jurisprudencia con anterioridad a la LPH —que introduce este párrafo en el Cc (STS de 9-7-1951: 10, pág. 325; STS de 4-12-1953: 7, pág. 481)—, que cabe imponer a solicitud de cualquier interesado. Si existiera oposición en cuanto a la forma de división (7, pág. 483), ha sido asimismo apreciable por los Tribunales la idoneidad del destino que aconseja la división (STS de 20-11-1985 «...que el destino y explotación más adecuados es el de aparcamiento para vehículos...», 11, pág. 180; supuesto —el de garaje en condominio— al que también MIQUEL entiende aplicable analógicamente el artículo 401-2 del Cc en cuanto las plazas son susceptibles de aprovechamiento independiente; 7, págs. 486 y 487).

PUIG BRUTAU (6, págs. 47 y 48) plantea la interesante cuestión de la interferencia de la legislación administrativa especial en materia de urbanismo y de fincas rústicas, que atribuyen el carácter indivisible a determinadas parcelas, exigiendo la STS de 29-3-1968 la validez civil de la división realizada al amparo del artículo 400 del Cc (v. 1, págs. 948 y ss.; 13, pág. 659).

En cuanto a la naturaleza de la cuestión, ha sido considerada mixta y declarativa por algunos —MUÑOZ XANCO, 41— y traslativa, por otros —MANRESA, 13, pág. 681.

Art. 402: Legitimación para realizar la división.

La división de la cosa común, fuera del supuesto contemplado por el artículo 401-1, puede hacerse bien por los propios comuneros de común acuerdo —unanimidad—, bien por los arbitrios o amigables componedores, bien judicialmente, dando lugar a la extinción de la comunidad, conforme a los artículos 401-2, 402 y 404 (v. STS de 23-9-1983; 11, pág. 181). Y según vimos, también cabe el pacto anticipado sobre la forma de realizar la división (Res. de 18-4-1981).

Art. 403: Intervención de los acreedores y cesionarios en la división.

«Para el régimen de copropiedad existe el precepto específico del artículo 403, el cual, según la jurisprudencia y la doctrina más autorizada, concede a los acreedores y a los cesionarios... tres derechos... el de oponerse a la división, el de concurrir a la misma y el de impugnar la división consumada en los supuestos que se contemplan...» (STS de 13-12-1985: 11, pág. 183).

Este artículo, no obstante su aparente sencillez, plantea dudas sobre el concepto de cesionario, de lo que se ocupa MIQUEL y a él nos remitimos (7, págs. 502 y ss.), ya que registralmente pocos problemas puede plantear, salvo los relativos a la partición de herencia, a que alude. Su carácter imperativo, por otro lado, parece evidente, un pacto entre comuneros no puede enervar el derecho de acreedores y cesionarios.

Art. 404: Venta de la cosa común indivisible; la división civil o económica.

El carácter imperativo de esta norma ya fue puesto de manifiesto con ante-

rioridad, a él alude la doctrina (7, págs. 55 y ss.) y la jurisprudencia (STS de 9-10-1986: 17, pág. 1885), y de su aplicabilidad en relación con el artículo 1.060, ya se ha ocupado la DG en Resolución de 27-11-1986 (v. 27). Sobre el reparto del precio obtenido, el TS se ha pronunciado en distintas ocasiones (11, pág. 183).

Art. 405: Efecto frente a tercero de la división de la cosa común.

Este precepto es, asimismo, imperativo (7, págs. 55 y ss.). La problemática registral del mismo se centra, sobre todo, en la extinción de comunidad cuando alguna de las cuotas está gravada, objeto de consideración y estudio por varios autores (28).

Art. 406: Régimen legal supletorio.

Con independencia de las posturas doctrinales (BELTRÁN DE HEREDIA interpreta el artículo restrictivamente, entendiéndolo aplicable sólo a las operaciones materiales; GULLÓN lo interpreta ampliamente, como también lo hace MIQUEL —7, pág. 532; PUIG BRUTAU entiende aplicables a la comunidad las reglas que se refieren a la partición y en especial al art. 1.062, que es, a su juicio, un desarrollo del 404-6, pág. 44), la STS de 2-5-1964 (7, pág. 533) entiende que la aplicación del artículo 406 es de carácter supletorio en cuanto no contravenga las disposiciones específicas consignadas en los artículos 400-406, destacando las diferencias entre ambas comunidades por la diversidad de contenidos de los artículos 404 y 1.062, a efectos del ejercicio de la *actio comuni dividundo* y *familiae erciscunde*, si bien el artículo 1.062 es frecuentemente empleado por el TS a la comunidad de bienes, como observa MIQUEL (7, pág. 534).

Finalmente RODRÍGUEZ LÓPEZ (29) trata de la extinción parcial de la comunidad, afirmando que la exclusión de uno o más comuneros ocasiona la extinción total de la comunidad, y la constitución, en su caso, de otra nueva.

Examinado ya el régimen jurídico de la comunidad de bienes en el Cc cabe preguntarse: 1. ¿Son inscribibles los pactos o acuerdos integradores del estatuto específicos de cada comunidad? 2. ¿Son inscribibles todos los pactos?

El principio hipotecario de inscripción viene delimitado en cuanto a su contenido por el de especialidad o determinación, de tal suerte que estableciendo los artículos 2 de la LH y 7 de su Reglamento en nuestro Derecho el sistema denominado de *numerus apertus* de los derechos reales, la potencialidad creadora de estos derechos por la voluntad de los contratantes queda limitada por la necesidad de que el derecho creado reúna los requisitos constitutivos de la relación jurisdiccional sobre un objeto inmueble de existencia actual o futura —a pesar de lo que dice Díez-Picazo: 8, pág. 131—, lícito y determinado, requisitos de absolutividad e inmediatez en la teoría clásica (2, pág. 41), y facultades de realización directa, exclusión, persecución, disposición y prioridad en la concepción de Díez-Picazo (8, págs. 690 y ss.). Debe tratarse, además, de un derecho «perfectamente delimitado en cuanto a su contenido, duración y titularidad» (9, pág. 553). Elementos todos que restringen notablemente la capacidad creativa de derechos reales, sin perjuicio de la dificultad adicional que supone la inscribibilidad de los pactos con trascendencia real (art. 7 RH). Así pues, el presupuesto básico de la registración de los derechos y pactos reales sobre la base de la distinción derechos reales-derechos obligacionales, no obstante la existencia de situaciones o derechos intermedios (*ius ad rem*, derecho real *in faciendo*, obligaciones *propter rem*, titularidades *ob rem*) y las excepciones especialmente recogidas en la legislación, debe mantenerse como criterio diferenciador por imperativo de los artículos 7, 17 y 35 RH y 98 de la LH. La DG en distintas ocasiones ha destacado las dificultades que esta distinción y exclusión comportan, reconociendo el sistema de *numerus apertus* como propio de nuestro Derecho, dejando

al prudente arbitrio de Notarios y Registradores la misión de delimitarlos (ver RR de 27-3-1947, 7-7-1949, 9-5-1952, 29-3-1955, 20-9-1966 y 19-9-1974: «...ha habido necesidad de restringir la libertad de estipulación, para que no pueda atribuirse naturaleza real a toda convención que no reúna los requisitos típicos de estos derechos...», Res. de 20-9-1966), observando GARCÍA GARCÍA (9, pág. 553) la tendencia actual favorable al sistema de *numerus apertus*, mientras VALLET DE GOYTISOLO critica lo absoluto de la distinción y la tendencia —escribe 1961— de la DG de aproximarse al sistema de *numerus clausus* (30) y ROCA (31) destaca cómo en nuestro Derecho positivo viene a regir en la práctica este último sistema.

En cualquier caso, y por lo que respecta al tema que estamos tratando, parece claro que, dado el carácter excepcional e imperativo de la LPH, que recoge la inscribibilidad de los estatutos de este régimen jurídico, los pactos entre comuneros, en principio, no serán objeto de inscripción, y solamente aquellas disposiciones que entrañen prohibiciones de disponer a título gratuito —o de dividir— podrían tener acceso al Registro (arts. 26 y 27 LH), así como aquellas otras que por afectar al poder de disposición, nacidas de pactos adoptados unánimemente entre los condueños, no deroguen el régimen necesario establecido en el Cc; de este modo, sería inscribible el pacto de indivisión en los términos del artículo 400-2, pero no los de exclusión del derecho de retracto —no sería oponible a tercero— ni de contratar arrendamientos inscribibles sin el concurso de todos los partícipes, ni declarar obras nuevas —acto de administración de riguroso dominio— ni divisiones horizontales, segregaciones, agrupaciones, divisiones materiales, ni pactos sobre la mera administración y disfrute de la cosa común —no adscripciones de uso— incluidos los apoderamientos personales o al cargo de la comunidad —si existe junta— ni cualesquiera otros relativos a la organización interna de la comunidad o atributivos de personalidad jurídica al margen del artículo 35 del Cc, párrafo 2 (art. 36: «...se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad...»; art. 37: «La capacidad civil... de las asociaciones —se regulará— por sus estatutos...»; art. 1.669: «No tendrán personalidad jurídica... se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes»; o asociaciones con personalidad jurídica —arts. 35-2, 36 y 37—, regidas por sus estatutos y por las normas que rigen el contrato de sociedad, o comunidad y sociedad sin personalidad —art. 35-2 *a contrario* y 1.669— reguladas por disposiciones del Cc para la comunidad de bienes).

La jurisprudencia hipotecaria ha resuelto buena parte de los problemas que plantea el condominio en relación al Registro de la Propiedad; desde los relativos a su naturaleza jurídica (Res. 6-10-1925), tipos (Res. de 8-7-1933), diferencias con la comunidad hereditaria (Res. de 29-8-1925), carácter de la división (Res. de 29-6-1936), determinación de las cuotas (RR de 6-6-1894, 18-8-1894 y 5-6-1964), hasta los referentes a la personalidad, representación e indefensión (RR de 8-3-1950 y 5-9-1988), como en otro lugar más pormenorizadamente veremos (anexo 1.º) (131).

II. Comunidades especiales

Dentro del estudio genérico de la comunidad de bienes, la especialidad como criterio distintivo, parte del presupuesto de la existencia de una propiedad plena y de una comunidad ordinaria; y en nuestro Derecho, esa comunidad es la comunidad romana —como hemos visto—, definida por dos elementos, cotitula-

ridad y atribución por cuotas ideales de un objeto único —idéntica pretensión jurídica mutuamente condicionada o limitada.

De esta forma, la especialidad puede venir definida por razón del sujeto —si es público o privado—, del objeto jurídico —no físico—, y de la atribución de titularidad, dando lugar a las comunidades germánicas o en mano común, pro diviso, multipropiedad, propiedad horizontal, comunidades de pastos y leñas, medianería, propiedad comunal, urbanizaciones privadas y aquellos otros supuestos donde los elementos constitutivos de la comunidad ordinaria no aparecen definidos, reguladas por un régimen jurídico específico, sin perjuicio de la problemática que plantea la carencia de normas legales, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, dictadas para regir alguna de esas instituciones.

Vamos a dar paso al análisis de algunas de estas comunidades especiales, relacionadas con el tema propio del presente comentario, dejando a un lado las comunidades de pastos y de leñas, propiedad comunal (42), comunidad germánica y medianería, para luego ocuparnos de las comunidades atípicas. Atipicidad referida fundamentalmente al objeto del derecho materialmente considerado, es decir, al objeto como unidad física —cosa material o corpórea—. Son los supuestos de la multipropiedad, de las urbanizaciones privadas de hecho, de los derechos de superficie... donde se disocian objeto físico y objeto jurídico, atendiendo bien a un criterio de temporalidad, bien a la propia extensión del derecho que se ejercita sin perjuicio del contacto jurídico que la titularidad de cada copropietario pleno conlleva, resultado de la conexión material del objeto, insalvable en la práctica y determinante de lo que podríamos llamar unas relaciones de buena vecindad, o admitir la existencia de derechos intrínsecamente limitados por razón de su objeto.

a) La propiedad horizontal

Ríos, amazónicos ríos, mares de tinta han corrido de las ágiles plumas de los más diversos e imaginativos estudiosos del Derecho para dar cumplido análisis de esta institución, impuesta por la realidad social urbana que rompe en añicos el precioso mosaico de los derechos reales clásicos, finamente trabajado en taller artesano de pretéritos siglos, donde la herencia romana moldea la arcilla fresca de la actividad privada. Análisis teóricos sobre su naturaleza jurídica tan sólo superados por la realidad de las disposiciones legales y de la jurisprudencia, informadores de éstas y continentes de un potencial reformador.

Institución que, como cabeza de Jano, mira dos horizontes, si no temporales al menos diversos, el de la propiedad y el de la comunidad, presentando cierta analogía con las denominadas comunidad pro indiviso, donde concurren distintas propiedades plenas sobre objetos distintos integrados en una única realidad física, generadora de una «comunidad» de hecho impuesta por esa conexión material, que si bien no se cifra en cuotas pro indiviso sobre partes deslindadas de la cosa —elementos comunes: solar, escalera...—, sujeta a las titularidades sobre los aprovechamientos independientes a una relación típica, pareja a la comunidad sobre fachadas y suelo de los elementos privativos de la propiedad horizontal (pensamos en las superficies urbanas perpetuas sobre la primera planta de un edificio y en las rústicas —perpetuas y gratuitas— de vuelo, pastos o derechos de labor), donde se impone la participación de los propietarios individuales en el mantenimiento de la cosa común, aunque ésta, a veces, se circunscriba a un no hacer (no hacer labores que perjudiquen el suelo o el arbolado; no

hacer obras que los cimientos no puedan soportar...), fuera de los casos en que el ejercicio de cada derecho requiera la utilización o limitación de las facultades del otro propietario, sin delimitarse específicamente un elemento común (por ejemplo: el acceso o paso por la finca para aprovechar el arbolado sobre el suelo ajeno, o la salida a la vía pública a través de la planta de *dominus soli*), donde puede hablarse de servidumbre, servidumbre positiva o comunidad, y en la medida que el contrato constitutivo no lo contemple, esa necesidad de contribución al sostenimiento de la cosa utilizada en común vendría impuesta por un principio tan general como insoslayable, la equidad (ver ROCA, 31).

En cualquier caso, las teorías acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal gravitan sobre tres ejes distintos, según partan de la propiedad, la comunidad, o de ambas sin prevalencia entre ellas, para explicar o definir los elementos constitutivos de esta figura, dando lugar a las tesis de la propiedad especial (32, pág. 73; 7, pág. 134), de la comunidad específica —monistas— y de la yuxtaposición indisoluble de la titularidad dual —dualistas (43)—, sin predominio cualificador de ninguna de las dos propiedades que recaen, respectivamente, sobre los elementos privativos y comunes. Existiendo, asimismo, autores que se desvían de estos tres ejes directrices para configurar la propiedad horizontal como una persona jurídica de tipo asociativo o una unidad vecinal, reparando en la organización interna o en la relación social a que da lugar. Son todas ellas las teorías de la comunidad especial por su origen —NAVARRO AZPEITIA—, comunitaria —DE LA CÁMARA, GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT—, comunidad asociativa —MONEDERO GIL—, comunidad prodiviso —ROCA, DESANTES—, comunidad por cuotas —VENTURA TRAVESSET—, institución compleja —GONZÁLEZ PORRAS—, figura intermedia entre comunidad y sociedad —ESCRIVÁ DE ROMANÍ—, propiedad especial —MONET Y ANTÓN—, propiedad anómala —ALONSO PÉREZ— o de las unidades vecinales —BASILE— a las que se refieren PON Y DEL ARCO (35, págs. 5-9). Sin olvidar, claro está, a la luz de nuestro Derecho positivo, la postura jurisprudencial que se refiere a la propiedad horizontal como «institución especial de carácter complejo», que surge de la yuxtaposición de dos propiedades distintas, la singular sobre los elementos privativos y la comunitaria sobre los comunes —comunidad *sui generis*— (35, pág. 9; STS de 2-4-1971), no son titubeos, y la de la Dirección General de los Registros que habla de propiedad particular (Res. de 14-12-1935; propiedad separada prevalente y cualificadora, RR de 12-12-1986 y 20-2-1989) (6, pág. 68).

De todas formas sea cual fuere su naturaleza jurídica, parece claro que para nuestro legislador, la propiedad horizontal presenta caracteres propios de esos tres frentes que hacen de su establecimiento: propiedad privada sobre el elemento privativo vinculada perpetuamente a la copropiedad sobre los comunes, derivando una sólida relación de vecindad, situación no parangonable con ninguna otra dentro de los moldes clásicos, robustecida por una compleja organización que no llega a dotarla de personalidad jurídica (5) (35, pág. 10), y que recuerda en su origen y articulación a una institución también compleja, pero más simple y menos elaborada, la comunidad pro-diviso.

— La propiedad horizontal tumbada

Edificios complejos, urbanizaciones privadas, complejos inmobiliarios... Son distintas las denominaciones utilizadas para designar la situación física y jurídica que se crea mediante la parcelación de terrenos. Situación que carece en nuestro

ordenamiento de una regulación normativa específica, al margen del mero acto de parcelación, del que se ocupa la legislación urbanística, como advertimos al principio y que da lugar a la ardua problemática de la licitud e ilicitud administrativa de la división de terrenos sin licencia, en suelo rústico y urbano por debajo de las unidades mínimas prescritas, y en cuanto al acto divisorio en sí mismo considerado. Problemática abordada por UTRERA RABASSA en su comentario al Auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla de 30-6-1979, a la STS de 13-5-1980 y a la RDGR y N. de 16-12-1981 (44), en esos «Nuevos retornos al Código civil», en cuanto a su validez civil, resultado del ejercicio de la *actio communi dividundo* y por LASO MARTÍNEZ (45) en su estudio *Ilícitud administrativa y validez civil*, sin entrar en las soluciones prácticas proporcionadas por los Protocolos de Urbanismo entre Comunidades Autónomas y Colegios Notariales y Nacionales de Registradores, intentando solucionar su dimensión jurídica, situación que afecta a las segregaciones y divisiones de terrenos rústicos en la Comunidad Autónoma de Canarias por Ley de 7-4-1987, y obviando las dudas que plantea registralmente el equívoco término «núcleo urbano de población» que emplea la Resolución de 1981 (¿cuántas segregaciones hay que hacer?, ¿debe constar el destino de la finca segregada?, ¿y con qué efectos?, ¿a qué distancia de la población principal?, ¿qué pasa con los municipios sin plan...?).

Considerando el complejo inmobiliario el género, y la urbanización privada, la especie, se define aquél como «un supuesto especial en que se combina la propiedad privativa ordinaria como una atribución de titularidad *ob rem* o con la imposición de unas *obligaciones propter rem*, según los supuestos, pudiendo existir simultáneamente la titularidad *ob rem* respecto a ciertos elementos y la obligación *propter rem* respecto a otros servicios», sin llegar a constituir una persona jurídica (46, pág. 20), situación derivada de la propiedad privada de una finca —parcela— y la copropiedad indivisa sobre otra —parcela común— vinculada jurídicamente a una titularidad de aquélla —*ob rem*— con la obligatoriedad del mantenimiento de los servicios comunes —*propter rem*—, situación que puede configurarse jurídicamente, ante la ausencia de regulación legal, de las más diversas maneras: bien como una sola finca, distribuyendo las parcelas como elementos privativos y comunes, al modo de la propiedad horizontal, con la particularidad de que no se trata de un único edificio, sino de tantas edificaciones como elementos privativos, dotados de una infraestructura común, pudiendo existir otras de carácter común —garajes, club, zonas deportivas...—, dotadas de un estatuto orgánico; bien como fincas independientes las parcelas individuales vinculadas *ob rem* y *propter rem* a otras zonas y servicios comunes; bien con la superposición de propiedades horizontales, correspondiendo una general al grupo de edificios y otra a cada uno de ellos, con las respectivas cuotas porcentuales generales y particulares correlativas al conjunto y al edificio en concreto dividido horizontalmente; bien como un grupo de parcelas individuales con acceso directo a viales públicos, agrupadas estatutariamente en cuanto a unos servicios comunes que se prestan en cada parcela individual —mantenimiento, jardinería, seguridad...—, que da lugar a una contribución individual —obligación *propter rem*— fijada por cuotas... Como vemos, las aplicaciones en la práctica y en tanto no se aprueben sus disposiciones reguladoras son múltiples, planteando el problema de su naturaleza jurídica en orden a la determinación del régimen jurídico aplicable directo y supletorio. Y respecto a esos conjuntos inmobiliarios se postula *ex lege ferenda*, la atribución de una personalidad jurídica limitada al órgano de gestión (46, págs. 19 y ss.) o a la entidad de conservación (44, pág. 47), integrándolos en las llamadas titularidades de actuación sin atribución patrimonial, en-

tendiéndose legitimados para la gestión y administración de los elementos y servicios comunes, procesalmente, asimismo, y capacitados para adquirir bienes muebles o incluso inmuebles con el efecto necesario de que tendrán carácter de elemento común o desafectación de los existentes innecesarios para su enajenación (46, pág. 19). Esta atribución de personalidad deberá hacerse necesariamente por ley, sin que pueda hablarse de personalidad jurídica del conjunto (46, pág. 16) por lo que se recomienda, en cuanto al nacimiento de esta nueva persona, que se produzca por su inscripción en el Registro, sea el Mercantil, al amparo del artículo 16 del Código de comercio, sea en el de la Propiedad, en el mismo folio de la urbanización o en éste y en un libro especial, a efectos de una publicidad plena frente a terceros de esta nueva situación jurídica —inscripción de los estatutos. Ese libro especial ya existe y la posibilidad de su constancia registral también, si bien limitado a las resoluciones judiciales que afectan a la capacidad civil de las personas físicas y jurídicas, siendo sólo necesario su habilitación para que consten supuestos especiales de capacidad, como el del presente caso.

Finalmente y en cuanto a la responsabilidad del órgano gestor, desarrollará toda su eficacia la doctrina contenida en la Resolución de 27-6-1987 en materia de embargo, que no se ha visto afectada por la ley de reforma de la propiedad horizontal, Ley 2/1988, de 23 de febrero (48), restringiéndose a los bienes muebles en poder del órgano gestor, como la DG manifiesta, y sin perjuicio de repetir contra los elementos privativos.

La doctrina, por otra parte, al tratar de las urbanizaciones privadas en sentido estricto, encuentra notable analogía entre la situación que en éstas se crea y la propiedad horizontal (47, pág. 68). Así, entre otros, SAPENA TOMÁS habla de propiedad horizontal «tumbada», para aplicar el régimen contenido en la LPH a dichas urbanizaciones, advirtiendo que no se trata de un idéntico supuesto, aunque las relaciones entre condueños son similares (35, pág. 22); DíEZ-PICAZO destaca esa semejanza (49) y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO la denomina propiedad horizontal atípica, otros admiten la aplicabilidad de la LPH sin titubeos (35, página 23), sin olvidar aquellos que, como FUENTES LOJO (32, pág. 1239), consideran que esta situación jurídica debe regirse por sus estatutos, al amparo del artículo 392-2 del Cc y por las disposiciones del Código civil sobre comunidad de bienes, mientras que el legislador silencie una solución legal (para nosotros las dificultades derivarían de la imposibilidad de la degradación del régimen necesario de la comunidad de bienes, y en particular lo relativo a los derechos de tanteo y retracto y a la acción de división, como anteriormente expusimos). Aplicabilidad analógica de la que no duda —de la LPH, se entiende— RUIZ-RICO (36, página 113) después de la última jurisprudencia. En definitiva, y a pesar de que se reconoce la novedad de esta figura, la doctrina y la jurisprudencia se inclina por la aplicación analógica, olvidando construcciones más complejas, como la de las servidumbres recíprocas, que no solucionan el problema organizativo. GARCÍA GARCÍA, VIDAL FRANCÉS y ALVAREZ BELTRÁN (46, pág. 18), destacan la inconveniencia de la comunidad romana para solucionar el problema de los complejos inmobiliarios, y la necesidad de superar la LPH por la dificultad añadida de estos complejos, aunque sólo lo sea numéricamente, el órgano de gestión debe robustecerse para simplificar —al modo de la PH— la actuación del conjunto.

La jurisprudencia, como decíamos al ocuparse del tema, se inclina por la analogía. La DG en Resolución de 2-4-1980 admite la figura y articula el sistema del triple folio registral «...Y todo ello sin necesidad de acudir a operación de división o segregación alguna de terrenos y sin mengua de la claridad que el

principio de especialidad exige...» en el supuesto de que la finca originaria no desaparezca, ya que en el caso de la propiedad horizontal tumbada propiamente dicho, señala que, ante el vacío normativo, puede acudirse a la situación de comunidad o al establecimiento de limitaciones o servidumbres recíprocas. El Tribunal Supremo en sentencia de 28-5-1986 (21) admite claramente la solución analógica, destacando que «la servidumbre no es el único derecho limitativo del dominio en relaciones de vecindad, sino que las limitaciones nacen, por vía contractual, con apoyo legal, en otras situaciones como la que contempla, en las que existe una especial comunidad, como la que deriva de las urbanizaciones cuya analogía con la propiedad horizontal es patente... y porque, en este caso, la aplicación de las normas ha sido buscada de propósito...» (analogía patente y reforzada por la voluntad de los comuneros —pacto válido). Aplicación que ya habían manifestado las SSAT de Madrid, el 29-1-1983, y de Zaragoza, el 18-2-1985, destacando ésta que la analogía tendrá lugar tanto por defecto de pacto expreso como por sujeción expresa (35, pág. 21).

De esta forma, podemos concluir diciendo que desde el punto de vista registral, y no obstante la aplicación analógica de las normas de la propiedad horizontal —con o sin pacto de sumisión—, la urbanización privada sólo nace cuando expresamente se constituye —como la propiedad horizontal— y produce efectos contra terceros cuando se inscriben sus estatutos, sea un complejo unitario —Res. de 4-4-1980—, sean parcelas independientes con titularidad *ob rem* sobre la común, sean independientes con obligación *propter rem* de atender los servicios comunes (en cuyo caso los estatutos unánimemente aprobados podrían inscribirse bien en la finca matriz, cuando se dé lugar a esta situación mediante segregaciones sucesivas, bien en las fincas independientes, en el supuesto de división, planteándose el problema del consentimiento de los acreedores respecto a la fijación de cuotas, que deberán ser siempre proporcionales y que es parejo al de la modificación de cuotas en la propiedad horizontal, con la dificultad añadida —en orden a su fijación— de la diversidad de superficies y construcciones realizadas o por realizar; deberá ser proporcional a la superficie y el uso o servicio común del mismo, salvo exclusiones expresas —piénsese en el servicio de jardinería sobre superficies distintas de cada parcela—, como en la propiedad horizontal se excluye a los locales de los gastos de portería, escaleras y ascensor, sin dejar de ser elementos comunes, como reconoce el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2-10-1986 reseñada sobre sustitución de ascensor). Las urbanizaciones de hecho, por su parte, existen al margen del Registro, y se rigen por las normas de la comunidad de bienes, en cuanto ésta recaiga sobre una finca común —caso de la Res. de 5-9-1988. No existen urbanizaciones de hecho frente a tercero, y ello aunque debiera admitirse la facultad del propietario individual para instar la constitución de su régimen, de una forma parecida a la que contempla el artículo 401 del Cc para el condominio —sería una acción de división horizontal de los elementos de los servicios comunes.

Otra cuestión que quedaría al margen, en cuanto a su constatación registral, de la legislación urbanística que sólo contempla la parcelación y la reparcelación —art. 96 LS—, o de la legislación rústica canaria —Ley 5/1987—, es la de la posibilidad de la constitución de una urbanización privada sobre una finca en base a una división horizontal unitaria, acto distinto de la división material en cuanto la indisolubilidad existente entre elementos privativos y comunes no da lugar propiamente a un acto parcelatorio, con independencia de la calificación del suelo —urbanizable no programado—, pues queda fuera del control registral la infracción urbanística, la licencia de parcelación o la creación de un núcleo de

población —pueden ser casas de labor, y el concepto de núcleo urbano es cuantitativo: número de cabezas de familias y distancia a la población más cercana—, al no constar el destino, en finca continua, o aún constando. Por lo que se hace necesario que en el texto de estos protocolos articuladores de la coordinación urbanística, se contemple una nota de afección de la finca a las infracciones urbanísticas que pueden derivarse, con una vigencia limitada —uno o tres años—, que refleja registralmente frente a tercero el cambio voluntario de calificación del suelo o la superficie de la parcela inferior a la unidad mínima de actuación urbanística en el territorio del municipio donde se enclava y al volumen edificable, sin entrar ya en el posible fraude de ley. La constancia pública de la infracción asegura el interés legítimo de asegurar las sanciones y activar el cumplimiento de la legalidad por razón del crédito territorial. Del Registro resultará la situación urbanística, y la finca, en su caso, responderá de la irregularidad, advirtiendo al tercero de su potencial y efectiva responsabilidad. Los más graves problemas urbanísticos son los de policía urbanística, de control por el ayuntamiento de su término, en el orden al establecimiento de las sanciones que correspondan. (Sobre el concepto de parcelación y de núcleo urbano puede verse la Ley del Suelo, art. 94, y la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña, arts. 20-2: 1, págs. 943 y 945.)

— La comunidad de propietarios

La Junta de Propietarios y los órganos que la integran, en nuestro Derecho, carecen de personalidad jurídica, como ya pusimos de manifiesto en otro lugar (5, pág. 1192; 46, pág. 18), a diferencia del órgano gestor que emana de la Asamblea General en la futura Ley de Urbanizaciones Privadas (46, págs. 18 y ss.) (132), y no obstante su legitimación procesal, a través de la persona del Presidente o del Administrador, dicha personalidad no se sustantiviza, y la legitimación se justifica en razones prácticas que la ley pondera, y que en cualquier caso lo único que hace es decir quién es el representante («...sistema no muy lógico, pues toda legitimación requiere la existencia de una personalidad jurídica y de una atribución de titularidad...»: 46, pág. 18), sin perjuicio de cada comunero pueda intervenir judicialmente para la defensa del interés común, de la misma forma que también se reconoce jurisprudencialmente para la comunidad de bienes. La intervención en nombre de una comunidad, en nuestro ordenamiento no personifica a éste, por lo que la legitimación procesal, activa y pasiva, deja patente el tema de la responsabilidad, al disociarse titularidad jurídica y legitimación, como ocurre en la simple copropiedad, debiéndose tener esto muy presente en las reclamaciones judiciales, tanto antes como después de la Ley 2/1988 (48, pág. 43), y sin que incida mucho más allá de lo que resuelve la Resolución sobre vivienda-portería, partiendo de la base de la posibilidad de que cualquier propietario pueda instar judicialmente la nulidad de esa desafectación y enajenación fiduciaria.

b) Superposición de comunidades dentro de la propiedad horizontal

Nos referimos bajo este epígrafe no ya a la posibilidad de que dentro del régimen de propiedad horizontal un elemento privativo pertenezca a varios propietarios en comunidad ordinaria, o que pueda adquirirse en parte con carácter

privativo y en parte ganancial uno de éstos —problema resuelto afirmativamente por la DG—, sino a aquellos supuestos en que dentro de la propiedad horizontal coexisten dos o más comunidades diversas, es decir, el problema de los garajes y trasteros, y al de los complejos inmobiliarios, que en cierta forma patentizan la insuficiencia normativa de la LPH, a la que se refirió DE LA CÁMARA en 1973, y que ha sido solucionado mediante una interpretación extensiva de la misma, como se hizo para las urbanizaciones privadas, donde la exclusión de la *actio communi dividundo* se realiza en base al artículo 401 del Cc —cosa indivisible según el destino—, y el establecimiento de una titularidad *ob rem* sobre los elementos comunes que erradique, siguiendo el sistema de *numerus apertus*, los derechos de tanteo y retracto, administrándose incluso por el artículo 398 del Cc, si no hay estructuración y sometimiento la LPH (50, págs. 284 y ss.). Interpretación que admite este régimen no sólo en el caso del garaje de un único edificio, sino también el supuesto de garajes comunes o comunicados con otros, y de varios edificios con superficies o elementos comunes generales a todo el conjunto, y especiales de cada edificio, con la fijación de una doble cuota, al modo de lo contemplado en la Resolución de 2-4-1980 (50, pág. 282).

— Pluralidad de comunidades dentro del mismo régimen

No obstante su carácter marcadamente imperativo (STS de 7-2-1976), la realidad social ha impuesto el desarrollo ampliando su ámbito, de las normas contenidas en la LPH, mediante la fórmula de articular dentro del mismo régimen una comunidad general sobre los elementos comunes de un edificio, y otra especial sobre un elemento privativo destinado a garaje —piscinas, zonas deportivas o de recreo...—, con sus respectivas cuotas de participación, generales y especiales; e incluso la posibilidad de vincular la cuota sobre el garaje a la titularidad de otro elemento privativo —piso o vivienda—, con un régimen administrativo propio y autónomo —Junta de Propietarios del garaje—, conectado al régimen de propiedad horizontal, a través de un representante —Presidente—, que se integra en la Junta General como un propietario más, siempre y cuando —claro está— estas prevenciones se contengan en los estatutos. Aplicándose esta solución al caso del garaje común a dos edificios, cuando los estatutos de ambas comunidades así lo contemplen, dando lugar a una situación y Junta intercomunitaria, dos Juntas de garaje —una por edificio— y dos Juntas Generales —una por edificio. Como puede observarse la realidad es rica en matices, en la medida que el Derecho se adapta a los distintos supuestos, lícitamente protegibles, de la construcción de edificios, donde no siempre el titular originario diseña de antemano el destino y funcionamiento de los locales, sujeto a las necesidades del mercado.

Jurídicamente, la admisibilidad y permanencia de esta comunidad especial se fundamenta en los artículos 396-3.º del Cc y 4 de la LPH, a través de la figura denominada elemento procomunal, que ha sido objeto de análisis desarrollado por la doctrina, dividiéndose ésta entre los que opinan que cualquier elemento privativo o común puede ser procomunal y aquellos otros que entienden que el elemento procomunal es siempre un elemento común (v. 43, págs. 47 y ss.; 35, págs. 93 y ss.), interpretando la frase contenida en el artículo 4 «para el servicio o utilidad común de todos los propietarios», bien referida a los condueños del elemento privativo, con independencia de la vinculación *ob rem* entre la cuota sobre éste y la propiedad de otro elemento privativo, bien referida a todos los

propietarios que integran la comunidad horizontal. Así POVEDA (43, págs. 47 y ss.) lo califica de elemento común accidental, cuya titularidad viene determinada *ob rem* por la de un elemento privativo.

Los locales destinados a garaje, dentro del régimen de propiedad horizontal, pueden configurarse básicamente de alguna de las siguientes formas: 1.^a Elemento común, al servicio de los distintos copropietarios en la medida que determinen los estatutos o las normas de régimen interno sobre su utilización. 2.^a Anejo inseparable de los elementos privativos, adscribiendo plazas deslindadas a cada piso o local. 3.^a Elemento privativo en régimen de comunidad —procomunal—, distribuido en cuotas que llevan aparejadas —o no— sendas plazas de garaje, con independencia o no de la titularidad de otro elemento privativo. 4.^a Elemento privativo intercomunitario en régimen procomunal (edificios complejos). 5.^a Elemento privativo individual y único, con su respectiva cuota —en este caso, el destino suele ser la explotación empresarial del garaje. 6.^a Dividido horizontalmente en distintas plazas de garaje, constitutivas de elementos independientes, al tiempo de la constitución del régimen de propiedad horizontal, o con posterioridad, por medio de la división del local o de sucesivas segregaciones, y sin que, en ningún caso, ello suponga la exclusión de la situación de copropiedad respecto de los elementos comunes que posibilitan su independencia (STS de 12-6-1982: 11, pág. 142). Esta superposición de comunidades está admitida expresamente por la SAP de Madrid de 30-10-1985 (35, pág. 22). 7.^a Elemento privativo en régimen de comunidad funcional, dentro de un único edificio o agrupado a otros locales que, con el mismo destino, forman un garaje único. Esta comunidad singular supone la exclusión de tres rasgos esenciales de la comunidad ordinaria, y la inclusión de un derecho de uso atípico. Excluye la acción de división, el derecho de tanteo y retracto entre comuneros, y el régimen de administración por mayorías simples. Incluye la adscripción del uso de una o más plazas de garaje a cada cuota, con carácter perpetuo —salvo acuerdo unánime— e indivisible —si se pacta expresamente. (Su configuración dogmática no deja de ofrecer serias dudas: comunidad romana no incidental, con adscripción de titularidad «prodiviso», que se sustantiva en una propiedad separada de hecho y que se administra y organiza, quizá, como una comunidad germánica.)

Sin lugar a dudas, el garaje de los edificios sujetos a este régimen es uno de los puntos conflictivos que nubla la convivencia en estas comunidades. Y ello por la deficiente reglamentación de su uso y utilización o de su configuración jurídica. La fórmula más adecuada y menos problemática es la expuesta en último lugar: que cada propietario lo sea de su plaza de garaje debidamente deslindada como finca independiente. Su sencillez facilita su adopción en idéntica medida en que el número de plazas sea mayor. Los argumentos fiscales para optar por otra solución no son suficientes: se paga lo mismo —acto jurídico documentado— por la división material y jurídica del garaje por el local en su conjunto, al tiempo de la constitución del régimen de propiedad horizontal. Las adscripciones de uso en las ventas por cuotas y las segregaciones sucesivas entorpecen la claridad de la situación jurídica, y más cuando se observa que no en todos los casos las adscripciones de uso de una plaza de garaje lleva consigo la descripción de ésta (remitiéndose su deslinde a una realidad conflictiva; no obra siempre en la comunidad un plano indubitable que permita a nivel interno precisar el contenido de ese uso, y más aún cuando la adscripción no es simultánea sino sucesiva y a largo plazo), y las segregaciones sucesivas traen como consecuencia la falta de delimitación de los viales y zonas comunes con la nitidez necesaria —si bien se determina negativamente en el momento en que se procede

a la última segregación. La incertidumbre surge del hecho de que los adquirentes sucesivos de las plazas, aún sabiendo la extensión de éstas, desconocen la de los elementos comunes.

La vía abierta por las adscripciones, desde el punto de vista sustantivo —inalterabilidad de la adscripción sin el acuerdo de todos los comuneros— y formal —publicidad registral de la adscripción, deslindada o normalmente— el problema, que deberán resolver los Tribunales, de su naturaleza jurídica, ya que no se trata del derecho real de uso, sino del resultado de un acuerdo comunitario inscribible —¿?—, o peor aún, de la decisión unilateral del primitivo dueño de todo el local, que sucesivamente va generando esa comunidad funcional, sin intervención de los demás comuneros. La adscripción va más allá de las reglas jurídicas que regulan la propiedad horizontal y la comunidad ordinaria, con el solo apoyo de la realidad controvertible y la admisión de una nueva y atípica figura: la comunidad funcional, carente de reglamentación jurídica y de difuso contenido. Tal es así que la práctica de la adscripción ya ha llegado a los trasteros, y pronto se ensayará sobre las viviendas, conculcando el régimen necesario de la propiedad horizontal, que si bien es de origen voluntario, su contenido es imperativo. Se ha intentado incluso su aplicación al supuesto de la multipropiedad (luego trataremos del Auto del Presidente de la Audiencia de Canarias contrario a su implantación) (133).

Desde la perspectiva registral, la solución dada por el Reglamento Hipotecario, en su artículo 68 («La inscripción de la transmisión de cuota indivisa destinada a *garaje o estacionamiento de vehículos*, que lleve adscrita el *uso de una o más plazas determinadas*, podrá practicarse en folio independiente que se abrirá con el número de la finca matriz y el *correlativo de cada cuota*»), tras la reforma de 1982, es insuficiente e innecesaria. Insuficiente por cuanto no se conoce la trascendencia sustantiva y formal de la adscripción, con el perjuicio que supone su publicidad frente a tercero —¿hipoteca, embargo de una cuota o de una cuota y su adscripción?, ¿qué efectos produce?, ¿es un dato material o descriptivo? Innecesaria porque si lo que se pretende es descongestionar el folio registral, eso se hubiera logrado admitiendo la inscripción de la cuota en folio aparte bajo el número de la finca matriz, circunscrita su admisibilidad a determinadas comunidades o sólo a la que tiene por objeto un local destinado a garaje dentro del régimen de la propiedad horizontal. Se ha creado un anejo adscrito a una cuota.

En definitiva, la adscripción de uso o concreción material de una cuota indivisa plantea las siguientes cuestiones:

1.^a La concreción de una cuota con carácter inalterable —salvo acuerdo unánime de los comuneros—, excede de las previsiones legales contenidas tanto en el Código civil —art. 398— como el LPH, que sólo contempla la existencia de elementos procomunales «para servicio o utilidad común de todos los propietarios», presentes y futuros, y se interprete ese «todos» en un sentido u otro —todos los propietarios del edificio o todos los del local—, únicamente produce la exclusión de la acción de división.

2.^a Las adscripciones de uso se regulan dentro del régimen de propiedad horizontal no para concretar cuotas, sino para solucionar el problema de los anejos y de otros elementos comunes —patios, azoteas... ¿Son los anejos siempre privativos, y su cuota hipotética se incluye en la del elemento a que se adscribe? (31, pág. 384), ¿y los privativos procomunales carecen o pueden carecer de cuota?, ¿o serán los procomunales siempre elementos comunes?, ¿y si el anejo es procomunal, por qué se adscribe a una cuota indivisa y no a un elemento priva-

tivo? (31, p. 385). Quizá esta ficción sea su fundamento: ¿anejos extraestatutarios, voluntarios, autónomos, fuera del título constitutivo? (más bien que su fundamento, parece su talón de Aquiles) —v. Res. de 20-12-1973.

3.^a En la práctica su fundamento es el principio de autonomía de la voluntad, y ni siquiera los Estatutos recogen alusión alguna a estas adscripciones.

4.^a Su admisión supone la derogación de los principios de proporcionalidad y régimen de mayorías, propios de la comunidad ordinaria. Mayorías, porque la adscripción no puede alterarse por mayoría simple, o si se altera, los litigios serían interminables —el precio no fue a cambio de una cuota sino de una plaza de garaje (v. STS de 12-12-1983, 16, pág. 507). Proporcionalidad, puesto que si el propietario único y a medida que vende, propietario originario, del local transmite con una misma cuota tres plazas a un comprador y una a otro, no hay disposición legal que lo impida no si la misma cuota supone dos plazas de distintas características y superficies. ¿Habrá que aplicar las normas de la propiedad horizontal a este punto? ¿Y si la plaza se adscribe y numera con relación a la situación real del local, y no se describe? ¿Puede el comprador de varias plazas adscritas a una sola cuota, vender parte de ésta y realizar una nueva adscripción? En principio sí, y para evitarlo precisamente suele pactarse, cuando la situación es resultado de un acuerdo entre comuneros —comunidad funcional—, la indivisibilidad de la cuota —v. infra: Res. de 20-2-1989.

5.^a La adscripción de uso o concreción de cuotas, unida a la exclusión del tanteo y retracto de comuneros, de la acción de división, y del derecho a participar en la administración de la cosa común en las zonas adscritas (tanto desde la óptica de la comunidad ordinaria como de la propiedad horizontal, ya que el propietario originario o secundario adscribe a su libre albedrío, ejercitando no el derecho a disponer de la propia cuota, sino el de disponer de la superficie atribuida a su participación), acerca esta situación o relación jurídica a la propiedad prodiviso. La adscripción supone un derecho superficiario atípico, perpetuo y gratuito, de origen oneroso o lucrativo, que se asemeja a la situación de los aprovechamientos independientes de pastos, derechos de labor y de vuelo en Extremadura, lejos de las disposiciones que rigen la superficie y el vuelo en el Reglamento Hipotecario —arts. 16 y 30. Todo ello llevaría a la necesaria descripción de la plaza de garaje.

6.^a La regulación reglamentaria —art. 68— no obedece claramente, como indicamos, a su finalidad —descongestionar el folio registral. El Reglamento Hipotecario circunscribe el caso a las plazas de garaje —¿y los trasteros, o las cuotas concretadas en garajes y trasteros?; a idéntico fundamento, idéntica solución—, y parte del presupuesto equívoco de que las cuotas están numeradas, cuando la numeración debe corresponder al número de la plaza o trastero, guardando la proporcionalidad aludida —si la finca es la 9.877, la cuota es la 1/23 y la plaza la 12, la numeración sería 9.877-12, inscripción 1.^a de una 1/23 parte indivisa. El problema se plantearía cuando se transmita una cuota doble que lleve adscrito el uso de dos plazas, y la solución podría residir en abrir un folio por cuota y plaza, evitando la complejidad que supone una numeración interminable 2/23, plazas 10 y 11, llevaría a numerar la cuota única con relación a la finca y a las plazas, 9.877-10-11 (quizá la solución más práctica es la propuesta por AVILA: numerar las cuotas por orden correlativo, a medida que se separan del folio «matriz», y con independencia de las plazas —9.877-1, 9.877-2...). Por otro lado, no aclara si la determinación a que alude es la ordinaria, superficie y linderos, o simplemente numeración de plaza con relación a la situación física de ésta en el local destinado a garaje —destino que exige.

7.^a Se trata de un negocio indirecto, con posible fraude de ley —Cc, LPH—, ya que se pretende la misma finalidad y efectos que una división o segregación —¿fraude fiscal?—, no se trata de un elemento procomunal, sino de un sistema para vender plazas de garaje y trasteros. Lo que se vende y se compra, de hecho y por finalidad, es una o más plazas de garaje, y se participa de los gastos del local a través de la cuota del local, pudiéndose conculcar la proporcionalidad del régimen de propiedad horizontal, cuando las cuotas transmitidas y concretadas no es establezcan de acuerdo con los principios recogidos en el artículo 5-2.º de la Ley.

8.^a No se trata de una comunidad funcional —igualmente atípica en nuestro Derecho—, ya que, a pesar de estar admitida por las Resoluciones de 1983, se requiere, al menos, su constitución expresa, y sólo cabe —Res. de 20-2-1989— dentro del régimen de propiedad horizontal, a diferencia de lo que ocurre con la adscripción, que puede darse tanto en este régimen como en edificio unitarios (vid. infra).

9.^a El problema de retracto arrendaticio no queda resuelto: si vendiéndose una cuota indivisa de un local destinado a garaje, cabe el retracto, como señala la STS de 6-4-1965, a diferencia de los supuestos de edificación aislada destinada a cochera —Res. de 5-10-1981— o de garajes delimitados y jurídicamente independientes —SSTS de 29-10-1960 y 22-3-1974— (54), ¿qué ocurrirá con las cuotas que llevan adscrito el uso de una plaza de garaje estatutaria o extraestatutariamente, sin o con descripción de la misma?, ¿puede el titular del uso arrendar?, ¿arrenda la cuota?, ¿está excluido el supuesto de la LAU?, ¿y si todos los comuneros del garaje arrendan éste en su integridad, y luego uno vende la cuota...?

10. La Resolución de 13-12-1971 admite que un piso —elemento independiente— destinado a portería se enajene sin necesidad de desafectación alguna. La adscripción de uso no convierte al elemento privativo en común. ¿Qué ocurre, entonces, con la adscripción de una plaza a una cuota indivisa?, ¿convierte aquélla a la plaza en elemento privativo, y a los viales y rampas en común?, ¿el carácter de las zonas de acceso y maniobra participa de la naturaleza de los elementos comunes especiales del edificio, o son comunes en comunidad ordinaria y susceptibles de cambio de destino?, ¿y si se acuerda ese cambio de destino del local, qué mayoría es necesaria, y cómo se valorarán las participaciones de los comuneros que lleven adscritas más o mejores plazas de garaje, sin proporcionalidad entre titularidad cualitativa y uso..?

11. Conforme al artículo 401-2.º del Código civil, cuando se establezca esta situación de mero hecho, sin pactos estatutarios que excluyan la acción de división, el ejercicio de ésta por cualquier comunero nos llevará a la división horizontal del local y no a su enajenación y ulterior reparto del precio, ya que siendo posible dicha división horizontal no procede la venta, según puede extraerse de las SSTS de 20-11-1985 (11, pág. 402) y 9-5-1988 (53).

AVILA ALVAREZ (51) entiende que para abrir folio independiente a la cuota son requisitos necesarios los siguientes: 1.º Que el destino del local sea garaje o estacionamiento de vehículos, bien resulte de la inscripción de la finca, bien de la primera transmisión de la cuota. 2.º Que lo solicite el titular registral o el adquirente al tiempo de la transmisión, o así lo estime conveniente el Registrador. 3.º Que la cuota lleve adscrito el uso de una o más plazas de garaje. La adscripción es una norma irrevocable de administración para el mejor disfrute de la cosa común. No atribuye facultades especiales. 4.º La adscripción no puede imponerla el propietario de local que haya vendido una participación, sin preverlo

previamente —plantea la posibilidad de la previsión tácita, equivalente a la adscripción realizada en la primera plaza transmitida. 5.º La plaza debe determinarse, lo que no implica deslinde. 6.º La apertura de los folios es sucesiva y en la medida que se van transmitiendo las cuotas —no puede hacerse anticipadamente y sin transmisión alguna.

Respecto a las operaciones registrales, AVILA (51) señala que las cuotas se irán numerando por orden correlativo, sin relación al número de plaza; destaca la importancia de las notas marginales —única conexión entre la cuota y la finca comunal—, y advierte, a efectos materiales, la carencia, en todo caso, de trascendencia sustantiva de la adscripción. La innovación introducida por el artículo 68 es formal y no pasa de descongestionar el folio registral. El condominio a que dan lugar las transmisiones sucesivas es un condominio ordinario, regido por el Código civil, e incapaz de generar la exclusión de la acción de división y de los derechos de tanteo y retracto.

Por otro lado, hemos de advertir que con anterioridad al ensayo reglamentario, venía siendo práctica habitual en algunas comunidades horizontales y objeto de estudio por la doctrina. ROCA SASTRE (52), por su parte, admite la adscripción tanto en el supuesto del local procomunal —finca independiente— destinada a garaje, distribuido en cuotas indivisas que llevan aparejadas —cada una de ellas— el uso exclusivo y excluyente de una o más plazas de garaje, sin posibilidad de disposición separada del elemento independiente que nos hace titular de esa cuota —anejo: titularidad *ob rem*—, como en aquel otro caso donde el local destinado a garaje —finca independiente— da lugar a la formación de una comunidad ordinaria en su estructura y *pro diviso* en su funcionamiento, al adscribirse a cada cuota indivisa el uso de determinada o determinadas plazas, sobre las bases del pacto estatutario que elimine la acción de división y el derecho de retracto —proindivisa la propiedad, prodiviso el aprovechamiento—, dando carta de naturaleza a una comunidad permanente, lejos de la ordinaria o incidental. Pero, en todo caso, hay que destacar dos limitaciones: la acción de división en la copropiedad es absoluta, irrenunciable e imprescriptible (STS de 21-3-1988) (53), y la titularidad prodiviso no llega a transformarse en una propiedad separada, a diferencia de lo que ocurre en el régimen de propiedad horizontal (52, pág. 340; al menos, esta diversidad se manifiesta al comparar el estudio que realiza el citado autor de ambas situaciones jurídicas). Asimismo, apunta ROCA la postura de MONET, que entiende favorable a esta comunidad prodiviso, si bien no deja de plantear el problema de estas comunidades, cuando el origen de las mismas no es otro que una simple cuestión de hecho.

Y precisamente esa cuestión de hecho es uno de los más graves obstáculos de la norma reglamentaria. No nos ofrece dudas el que el derecho y la doctrina en su desarrollo deben resolver las complejas relaciones que surgen de una figura nueva, como es la propiedad horizontal, y ello a pesar de la artificiosidad que supone superponer a la comunidad romana en la titularidad de una comunidad prodiviso en el aprovechamiento, de tal suerte que ésta prevalece sobre aquella, desnaturalizando su régimen jurídico (artificiosidad que podría evitarse con el establecimiento de una comunidad prodiviso sin más, en base a un pacto contenido en los estatutos, al margen de su configuración como elemento procomunal de todos o determinados copropietarios y sin perjuicio del pronunciamiento de los Tribunales). La duda surge, cuando al margen del amparo estatutario, se constituye una comunidad de singular naturaleza, abandonada a la aplicación analógica de otra figura sin apoyo legislativo. Y la duda surge, por otro lado, de la necesidad u oficiosidad de un nuevo derecho atípico, pendiente de su consa-

gración normativa o jurisprudencial, y encubridor, tal vez, de un negocio indirecto que trata únicamente de soslayar la reglamentación fiscal de divisiones y segregaciones —aunque intentar pagar legalmente lo menos sea de sentido común—, y que no persigue otra finalidad que no pueda obtenerse por otros medios (el pleno dominio de la plaza, su libre disposición, y el proindiviso de los elementos comunes que hacen posible su ejercicio —rampas, viales, aseos...) (129 *in fine*).

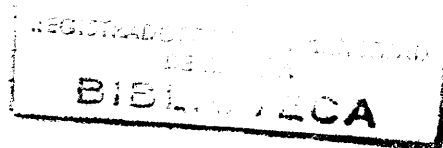
— Estatutos y normas de régimen interior

El carácter imperativo y singular, dentro del marco clásico de los derechos reales —incardinado en la rama tradicionalmente privada de nuestro ordenamiento—, del régimen jurídico de la propiedad horizontal, y el escaso margen que deja a la autonomía de la voluntad, fuera de la regulación expresa del esquema organizativo de cada comunidad y no obstante el desarrollo analógico que la necesidad ha impuesto, trajo como consecuencia el análisis doctrinal de la naturaleza jurídica del propio régimen, del título constitutivo, de los estatutos, de las normas de régimen interior, y de la propia Junta de Propietarios, ilustrado por la abundante jurisprudencia que acota y delimita los pronunciamientos legales, y confundir por la *vis atractiva* de las sociedades mercantiles, asociaciones y fundaciones —sin reparar, siquiera en la sociedad civil, que vive tímidamente al margen de la publicidad.

Propiedad horizontal, propiedad separada *pro diviso*, cuasi superficiaria. Título constitutivo, paccional, normativo, vinculante e inderogable por la voluntad de un propietario o de la mayoría —unanimidad. Estatutos, redundantes o en desarrollo de la ley, obligacionales y con la amenaza de la nulidad *contra legem*, propios de las grandes comunidades y complejos inmobiliarios, donde los elementos comunes presentan diversas características. Normas de régimen interior, reglamentarias de los pactos estatutarios. Junta de propietarios, sin personalidad jurídica, actuando o intentando actuar como si la tuviese, atada por esta limitación y sin capacidad o anhelo para soportar la responsabilidad inmobiliaria de su actuación, lejos de la delegación de facultades que hacen los copropietarios en su Presidente. El régimen de propiedad horizontal impone una convivencia necesaria. Desde la perspectiva civilista se analiza con la fortaleza connatural, típica, del Derecho público. Un punto más de intersección y conflicto.

En definitiva, sobre la previsión del artículo 5 de la LPH, ha ido desarrollándose una serie de cláusulas tendentes al mejor uso, destino y aprovechamiento de los elementos privativos y comunes de los edificios sujetos a esta particular normativa, que integra el contenido más o menos típico de los estatutos de este régimen jurídico, que patentiza su necesidad —sobre todo— en los grandes conjuntos inmobiliarios y que, en cualquier caso, personaliza cada comunidad, al limitar o no las actividades que pueden realizarse en el inmueble y el destino de sus elementos. Desarrollo estatutario que no deja, por otro lado, de resolver y plantear problemas jurídicos en orden a la admisibilidad de ciertos pactos, ya que el principio de autonomía de la voluntad tiene aquí como límite la propia ley, en concreto, y el Código civil, en general.

La primera característica destacable de los estatutos es su aspecto normativo. Su establecimiento en base a una especie de delegación legal —como dice ROCA— (52), su permanencia, pues excluye la parcial modificación, su preponderancia, al formar parte del título constitutivo —a veces, confundidos con él—, y su publicidad registral, que los dota de eficacia contra terceros.



La segunda característica es la proliferación de cláusulas de diversa naturaleza y contenido, reales —en cuanto contienen derechos de esta naturaleza— y personales —asimismo inscribibles por imperativo legal. Y dentro de ellas, vamos a referirnos a algunas de las más habituales y trascendentes, sentando el presupuesto de que, en principio, ninguna norma estatutaria puede imponer limitaciones subjetivas al uso y disfrute de pisos y locales (52), salvo las de carácter general a que alude el artículo 7 de la LPH:

1.^a Cláusula que delimita el uso y aprovechamiento del suelo

El suelo, por regla general, es elemento común —art. 396 Cc, STS de 27-3-1984 (11, pág. 157), 30-6-1976 (58, pág. 194). Ahora bien, en aquellos casos en que su superficie exceda de la construida, es decir, fuera del soporte físico del edificio, hemos de admitir la configuración del exceso como elemento independiente, procomunal o común —de uso general o particular (52, 32). Pero, como muestra la jurisprudencia, esta prevención debe contenerse en el título constitutivo o en los estatutos que de él forman parte —v. STS de 5-3-1964, Res. de 28-2-1968) (52).

Hoy puede verse la Resolución de 31-3-1989 (55), que admite la posibilidad de la división de una finca independiente en varias, siendo una de ellas un patio destinado a zona verde [Considerando 2.º: «Integran el edificio, a efectos de la Ley de Propiedad Horizontal, no sólo la construcción principal y el solar que le sirve de soporte, sino también los terrenos y construcciones anejos. Los terrenos anejos (patios interiores y exteriores, jardines, etc.) son, como regla, elementos comunes (confróntese art. 396-1.º del Código civil). Mas no se trata de elementos que sean esencialmente comunes, como las cimentaciones o los muros, pues cabe que adquieran carácter privativo por disposición especial del título constitutivo, o acordada en modificación del mismo. Así viene sosteniéndolo una reiterada jurisprudencia en relación a los patios y otros elementos comunes (entre otras, Sentencias de 6-6-1979, 23-5-1984 y 31-1-1985). Cabe, en consonancia, que alguna de las propiedades separadas del edificio en régimen de propiedad horizontal, tenga por objeto un local o espacio que total o parcialmente sea uno de los pisos o locales superpuestos en vertical en la edificación, siempre que —además de ser susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a elemento común o a la vía pública— se trata de locales o espacios integrantes del edificio entendido como unidad inmobiliaria económica, arquitectónica y urbanística en la que la edificación constituya el elemento principal.» Considerando 3.º: «...Del Registro... resulta que un patio de 160 metros cuadrados, a pesar de estar (destinado a zona verde), está entre los elementos que integran el local... objeto de propiedad separada... El principio de legitimación registral obliga a presumir... que el titular registral tiene, sobre ese patio, las facultades de propietario... —aunque su— destino... restringe en grado sumo los aprovechamientos posibles...»] (134). Es indudable que un patio destinado a zona verde puede ser elemento privativo, común, procomunal, o un simple anejo —inseparable—: un patio destinado a zona verde es bien de contenido económico indubitado —tanto de utilización singular, como de solución práctica al exceso de suelo no construido, una vez agotado el volumen edificable de la parcela— y puede aprovecharse por su propietario, por algunos de ellos o por todos. Pero la duda surge, y con razón, ante la viciosa redacción del título constitutivo y de los estatutos de la propiedad horizontal, ya que éstos no deben limitarse a describir

los elementos privativos, asignándoles una cuota, y remitirse al Cc y a la LPH, en cuanto a los comunes. Los elementos comunes deben también deslindarse. Los elementos comunes no son sólo el resultado negativo de los independientes, porque si nos amparamos en esta delimitación, el juego de presunciones se desequilibra. Si al describir el local en planta baja se dice que cuenta con un patio destinado a zona verde, sin determinarse otra que su destino, estamos ante el problema de su naturaleza jurídica: ¿qué es?, ¿un anejo?, ¿un elemento común de aprovechamiento individual o puede existir servidumbre de paso a favor de los demás propietarios?, ¿puede negar el propietario al resto de la comunidad su acceso?, ¿la limitación es exclusivamente por razones volumétricas o por ser patio de luces embellecido?, ¿puede techar su propietario el patio, declarar la obra nueva y agrupar su superficie con carácter de útil al resto del local, manteniendo la zona verde?, ¿es una zona verde voluntaria...? Las preguntas serían interminables, y la solución si cabe, debemos encontrarla en el título constitutivo, en base a ese juego de presunciones: 1.º Presunción de elemento común de todo aquello que expresamente no sea privativo. 2.º Presunción de que el destino del patio consta única y exclusivamente en la descripción de la finca. 3.º Presunción de desamparo del título constitutivo y de los estatutos, donde no se recoge expresamente su destino —pues si su destino está impuesto por aquéllos debe así decirse, en otro caso, si es posible urbanísticamente, el destino no vincula al propietario del local. 4.º Presunción de que, frente a tercero, los datos físicos de la finca contenidos en el título son el resultado de la realidad objetiva y no de las declaraciones constitutivas, con independencia de las reclamaciones pertinentes al vendedor —que suele vender las fincas como cuerpos ciertos: pueden sobrar o faltar metros... 5.º Presunción de legitimación registral en el titular de las fincas para administrar y disponer de su propiedad. 6.º La legitimación registral no se extiende a los datos físicos de la finca, según reiterada jurisprudencia —incluso existe una Sentencia del Tribunal Constitucional. En definitiva, pues, no se sabe bien si el destino y naturaleza de ese patio forma parte del contenido jurídico del título constitutivo, al estar incluido solamente en la descripción de la finca; si es un mero dato físico y extrarregistral. Si es un mero dato físico, pugnan entre sí las dos presunciones, la de legitimación registral —como parte de la finca independiente—, y la atributiva del carácter de elemento común a lo no deslindado como espacio privativo. La primera de ellas supone extraer conclusiones jurídicas de un dato físico, y la prevalencia de la presunción de privaticidad sobre la de comunidad, en contra de la regla general a que alude el segundo considerando de la resolución —art. 396 Cc— (¿qué ocurriría si en la descripción se hubiera dicho «patio de luces de 160 metros cuadrados, que le separa del resto del local»? ¿haríamos depender su naturaleza jurídica de la palabra «separa»? —si dice separa, es que no está dentro; si dice «patio de luces en su interior» o «consta de patio...», que está—, ¿implicaría la privaticidad del patio con servidumbre, no constituida expresamente, de luces?, ¿no sería la mención de un derecho real no inscribible que se hace en la descripción de la finca y no el título constitutivo...?). La segunda presunción, de formulación negativa y base a ese artículo 396 Cc, parece más conforme con la naturaleza de esa superficie de patio y del propio régimen de propiedad horizontal (la base de la propiedad separada es la copropiedad, y se articula sobre ella sin desnaturalizarla hasta los extremos de perder su esencia y preponderancia: el edificio está en régimen de comunidad, una comunidad singular, pero comunidad). No hay que olvidar la STS de 27-2-1987: «No habiendo sido expresamente reputada la terraza como parte privativa, ...ni tampoco... elemento común por naturaleza..., la condición de elemento común

por destino le viene dada porque no se le configuró como elemento privativo antes de iniciarse la venta de los pisos y locales y, consiguientemente, no habiéndose establecido válidamente que haya de ser privativa, ha de reputarse elemento común a causa de la copropiedad creada por aquella venta de pisos y locales y la extensión de la misma a todos los elementos que expresamente no se haya establecido o inequívocamente parezca haberse reservado el vendedor como elementos privativos» (58, pág. 194). Inequivocamente, dice.

Favorable a la presunción de comunidad, se muestra CASTRO LUCINI con el comentario a la STS de 4-5-1984 (72), que declara la falta de justificación del dominio de una comunidad de propietarios sobre una zona ajardinada, en base al título de segregación, obra nueva y división horizontal, del que no resulta —al parecer— el carácter común o privativo de la misma, y menos aún el de anejo de un local de negocios sito en la planta baja de la edificación a que da frente —situación en que se halla de *facto* parte de dicha zona (debe de tratarse de un complejo inmobiliario integrado por varios bloques o edificios, dando frente dicha zona al bloque cuarto, donde se integra el local de negocios, cuyo titular adquirió además de éste, parte de la zona ajardinada). La Sentencia no es nada clara. Es más, negando a la zona el carácter de elemento común de todo el complejo, parece atribuírselo respecto del bloque cuarto (dice: «...podrá pertenecer al indicado bloque cuarto, pero... en modo alguno es elemento común de la Comunidad...»). Como dice CASTRO LUCINI, para formarnos una idea de la trascendencia del pronunciamiento, deberíamos conocer el contenido del referido título.

La complejidad del caso nace de que se sustente sobre un dato meramente descriptivo, y aún menos que descriptivo, pues según el recurso del Registrador, en la inscripción se alude al patio de pasada, después de los linderos, y al determinar la superficie del local. No se aclara si distingue entre superficie útil y superficie total, ya que si en ésta se incluye el patio parecería que forma parte del aparcamiento. Sólo dice mide X metros cuadrados «y 160... destinados a zona verde». Parece que de la «y» se puede extraer su conclusión, ya que esta superficie no se deslinda de la otra. Como ocurre en las viviendas: 100 metros cuadrados y una terraza descubierta de 24 metros cuadrados. Si es una terraza no hay solución de continuidad física, como en el patio, pero si fuera «y un trastero» sin describirlo, con sólo mención de superficie, ¿qué se entendería?, ¿anejo? Pero anejo porque es trastero o porque todo trastero es anejo. Sólo son anejos aquellos elementos a los que se les atribuye esa condición expresamente. ¿Podrían existir anejos tácitamente configurados? La LPH en su artículo 5-1.º alude al anejo como simple elemento descriptivo, lo que no aclara es que la palabra «anejo» sea sacramental, incluso suele referirse el título a él con una mera referencia (igual que en el caso contemplado, pero con la palabra anejo: «y un anejo de X metros cuadrados» —52, pág. 384), y además del apartado a), *in fine*, del artículo 3 se deduce que lo normal es que el anejo está dentro del elemento privativo, y que es accesorio de éste. Precisamente esta nota de accesoriedad es la que tipifica al patio destinado a zona verde, y revela su naturaleza jurídica, aunque no se emplee la palabra anejo. De la descripción de la finca se deduce que su destino principal es el de local para aparcamiento de vehículos, siendo accesorio el patio. Y esa accesoriedad, hace presumir determinativamente que se trata de un anejo: anejo, en sentido estricto, privativo e inseparable del local, salvo desafectación —los estatutos le autorizan para dividir, no para desafectar—; anejo, en sentido lato, uso exclusivo de un elemento común —desafectación y venta, previas a la división. El patio puede ser privativo, puede formar parte del local, puede ser

vinculante su destino, pero en todo caso es accesorio, y tal carácter, unido a ese destino, restringen, dificultan u oscurecen las posibilidades de la división sin más, y plantea la duda de si su separación no altera su destino, cuando se desliga del elemento principal, para cuyo servicio se incluyó en el título constitutivo —¿autorización de la Junta?, ¿acuerdo unánime? En definitiva, parece que la DG ha optado por una solución práctica, y quizá no extrapolable a otros supuestos. La decisión depende de una palabra, de una coma, de una conjunción...

2.^a Cláusula que determina las reglas de administración de la comunidad

La estructura organizativa de la comunidad (52, 35) de propietarios aparece diseñada en el propio texto legal, donde, por otro lado, se establecen las normas por las que se rige la junta, en orden al nombramiento de Presidente, Secretario y Administrador, naturaleza y necesidad de sus cargos, remoción, clases de juntas, forma de adoptar acuerdos... La vida interior de las comunidades ha ido desarrollando una abundante jurisprudencia, que permite, a pesar de la vivacidad casuística de las controversias, definir unas pautas claras de actuación. No es el momento de entrar en ello, no obstante la trascendencia registral de los acuerdos comunitarios. Aludir al cumplimiento de los requisitos de unanimidad en la adopción de acuerdos, de notificación de éstos, de legitimación de firmas y cargos en las certificaciones que los plasman... no viene al caso. Sólo mencionaremos de pasada la singularidad que supone la coexistencia de varias juntas, perfectamente articuladas por las normas estatutarias en base a la previsión legal de la comunidad tipo, en los casos de superposición de comunidades. Esta superposición de comunidades está admitida expresamente por la SAP de Madrid de 30-10-1985 (35, pág. 22).

3.^a Cláusula que permite el cambio de uso o destino de los elementos privativos sin necesidad del consentimiento de los demás propietarios

En los términos de los artículos 7.3,5 y 16 de la LPH, el uso o destino de viviendas y locales, así como su aspecto exterior, puede venir predeterminado en los estatutos. Con anterioridad, vimos la problemática de la ausencia de normas clarificadoras del destino de los elementos conformadores del edificio. —Res. de 31-3-1989.

Suele admitirse que los estatutos contengan una regla permisiva de la alteración del destino, a voluntad del propietario y dentro de los límites genéricos de las actividades lícitas a desarrollar, sin necesidad del consentimiento de los demás propietarios. Así lo entiende ROCA (52, pág. 383). Sin embargo, hemos de señalar que estas autorizaciones contenidas en los estatutos están sujetas a las mismas contingencias que las que permiten dividir y segregar locales, como más tarde veremos. Cabría plantearse, caso de ser nula la cláusula, la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo, habida cuenta que el destino siempre consta en el título constitutivo, aunque sea de la manera anómala que antes referimos, existan o no estatutos. Y en este sentido, se requeriría siempre unanimidad, extrayendo la conclusión —a efectos prácticos y con carácter general— de que toda modificación, que deba documentarse en escritura pública e inscribirse en el Registro, requiere tal unanimidad, trátese de normas, elementos privativos o comunes (v. sobre unanimidad tácita, la STS de 28-4-1986 —21, pág. 1861—, sobre des-

afectación de elementos, las RR de 5-5-1970, 1-12-1971 y 13-6-1973, y sobre alteración de destino —garaje por industria— la Res. de 12-12-1986 —56).

Sobre cambio de destino, puede verse la Res. de 20-2-1989, que se ocupa del concepto de local comercial, y la intrascendencia comunitaria de la fijación de un nuevo destino —garaje o aparcamiento—, esto es, su fijación sin acuerdo unánime de los copropietarios del edificio, donde una vez más prevalece la propiedad separada y su libre autorización sobre la comunidad horizontal —v. Res. de 31-3-1989—. El concepto genérico de local comercial, incluye el de garaje, y la alteración de destino presupone la previa determinación de éste en el título constitutivo o en los estatutos. La determinación de un destino específico, aparece, así, como vínculo de carácter negativo: sólo se excluyen los destinos que, al margen de los límites legales genéricos, están expresamente prohibidos en los estatutos. Ahora bien, aunque el destino de aparcamiento o garaje sea habitual en estas comunidades, ello no quiere decir que su establecimiento no sea una actividad molesta, o incluso peligrosa, que requiere de las oportunas licencias municipales, y quizá de la aprobación de la comunidad. Aprobación que se requiere toda vez que se altera la estructura o fábrica del edificio, y es más que dudoso que no haya habido alteración del título, cuando dos locales comerciales independientes, pertenecientes a distintos propietarios, están comunicados de hecho y no de derecho entre sí. Comunicación que aunque no afecte a un elemento común, sí afecta al edificio —igual que cuando se comunican dos viviendas por su propietario único. Seguramente en la descripción sólo se decía que lindaba con otro local, la inexistencia de pared divisoria se hace constar en escritura posterior y por los interesados en el cambio de destino. La pared divisoria es elemento común (SA de Valencia de 12-5-1970, SAT de Barcelona de 6-3-1973: 59, págs. 104, 106). No obstante, lo cierto es que la limitación de destinos en la práctica siempre se formula negativamente: si no se prohíbe que una vivienda se destine a consulta médica o despacho de abogado, la actividad se permite (SSTS de 2-6-1970 y 3-12-1966: 59, págs. 117-118, entre otras de diverso signo, según la extensión y carácter de la actividad. Al uso en concreto de los bajos como garaje, calificándolo de actividad no incómoda, se refiere la SAP de Tarragona de 13-10-1976: 35, pág. 252).

Por otra parte, los términos «locales comerciales» y «locales de negocio», según la DG, responden usualmente, y más aún en las edificaciones acogidas a los beneficios y a las limitaciones de la legislación de viviendas de propiedad horizontal, a todos aquellos elementos privativos que no son viviendas, «sin intencionalidad alguna en cuanto delimitadora de usos específicos». Es una simple expresión descriptiva, dice el considerando segundo: ¿es, pues, necesario hacer constar en la inscripción el destino, cuando no se atribuye expresamente en el título, o consta simplemente en la descripción de la finca?, ¿hay que disociar en el título constitutivo parte descriptiva o física y parte jurídica? (patio destinado a zona verde: v. supra Res. de 31-3-1989).

En definitiva, la problemática registral del destino se circunscribe al análisis de los pactos limitativos contenidos en el título o en los estatutos, cuando se establezcan expresamente, y a la de la certificación del acuerdo unánime de la junta de propietarios que apruebe las obras realizadas —obra nueva—, cuando se modifique la distribución interior de un elemento privativo y ésta afecte a la estructura o fábrica del edificio, o a uno de sus elementos comunes —pared divisoria, huecos, puerta de acceso. Todo cambio de destino que traiga consigo la redistribución interior, altera el título constitutivo, y modifica la declaración de obra nueva realizada —unanimidad—, salvo alteraciones accidentales

—únicas que puede realizar el propietario—. Lo que hace suponer que los locales a que se refiere el recurso o eran diáfanos o no constaba su distribución.

Si, como nos preguntábamos más arriba, disociamos, en virtud del principio de legitimación registral (66), el contenido físico del título constitutivo de su contenido jurídico, tendríamos: 1.º El título al describir el inmueble en su conjunto y las partes privativas en concreto, no puede determinar jurídicamente el destino de las partes privativas, sino sólo definir el objeto de los derechos reales. 2.º Serán elementos comunes, por exclusión, aquellos que expresamente no se relacionen y deslinden como individuales —patios, escaleras, zonas ajardinadas... 3.º El destino jurídico debe constar en la parte dispositiva del título, donde se establece el régimen de propiedad horizontal, así como las limitaciones que se impongan a la libre fijación de éste —el Registrador no puede cuantificar las limitaciones genéricas: actividades incómodas, insalubres, peligrosas, inmorales... 4.º Caso de existir tales limitaciones, podría inscribirse la transmisión, denegando el destino por infringir una norma estatutaria o constitutiva. 5.º Las alteraciones físicas de la finca pueden ser interiores o exteriores. Tanto unas como otras, si afectan a la edificación general, requieren el consentimiento unánime de la junta, y, en consecuencia, darán lugar a la denegación de la modificación de la obra nueva que se declare y pretenda inscribir. En los supuestos de redistribución interior de viviendas y locales, dentro de los límites de la autonomía del derecho de propiedad, deberá manifestarse expresamente que no suponen alteración del edificio, y cuando la distribución interior conste previamente en el Registro, el respeto de la estructura interna del edificio —o la notificación a la junta de las obras realizadas—. 6.º El carácter de anejo de determinados espacios y el uso exclusivo de señalados elementos comunes por parte de los titulares de fincas independientes debe constar, asimismo, en la parte dispositiva del título, para evitar la posible transgresión de la LPH que supone la mera referencia al anejo, sin su deslinde —no se patentiza su aptitud de ser elemento independiente.

(Sobre transformación de viviendas en locales de negocio —cambio de destino—, el art. 8 del RD-L 2/1985, de 30 de abril, dice: «Transformación de viviendas en locales de negocios.—Los propietarios de fincas urbanas y los arrendatarios de éstas, con el consentimiento de aquéllos, podrán realizar libremente la transformación de viviendas en locales de negocios, salvo disposición contraria, en su caso, de los Estatutos reguladores de las comunidades de propietarios, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7, párrafo tercero, de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, relativo a actividades estatutariamente no permitidas, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, y de la obtención de las correspondientes licencias administrativas») (71).

4.^a Cláusula que vincula a la titularidad de un elemento independiente uno o más anejos, comunes, privativos o procomunales

La figura del anejo, inseparable de la titularidad de la finca independiente, aparece desdibujada dentro de nuestra LPH. Son los artículos 3 y 5 los que se refieren a éstos, y de su regulación puede extraerse que se trata de una superficie suficientemente delimitada, al menos de hecho, susceptible de aprovechamiento independiente, que pueden hallarse situados fuera o dentro del espacio en que se contiene el elemento privativo. Superficie delimitable, en cuanto la práctica nos muestra el hecho de que los anejos no siempre se deslindan, simplemente se

mencionan; práctica que no necesariamente tiene amparo en la ley. Pues si bien no recoge la obligatoriedad de su descripción, ella podría haberse impuesto por aplicación de los principios hipotecarios (57), por el propio espíritu de la misma y por su propia naturaleza jurídica de elemento accesorio del independiente, y privativo, en suma (52;35, 216: SSAT de Barcelona de 20-6-1983 y 23-7-1984; la primera entiende que, en sentido estricto, es anejo «lo que constitutivamente podría ser objeto de aprovechamiento independiente», la segunda establece la necesidad de incluir el anejo en la descripción del inmueble en su conjunto, en el título constitutivo).

La situación del anejo —a cierta distancia del elemento al que se vincula— es indiferente. El artículo 3, *a*), *in fine*, recoge esta salvedad —«aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado». Observación importante, puesto que parece deducirse de su dicción que lo normal sería que estuviesen dentro del espacio delimitado. Y que para que sea anejo debe describirse suficientemente —ubicación dentro del edificio—, por razones subjetivas y objetivas, para determinar nuestra propiedad y para romper la presunción de comunidad de los elementos no excluidos. Lo que ocurre es que si el anejo no se describe, sólo su superficie, no se emplea la palabra «anejo», y está incluido dentro del perímetro de nuestra finca, ¿cómo sabremos que es anejo? El dato de la situación dentro del edificio no es suficiente: el dato del destino puede ser revelador —aunque se contenga una simple referencia en el título, si se expresa el destino, algo cambia—, pero no concluyente, al no manifestarse la causa de tal destino —razón urbanística, razón estética, razón económica o de utilidad—, ni situarse la mención de éste en el lugar adecuado —estatutos, título; y, por otro lado, la enumeración de anejos en el art. 5 es meramente enunciativa: garaje, buhardilla o sótano. Quizá lo definitivo sea su carácter accesorio del aprovechamiento principal, estando éste expresamente definido, pues, aunque, mediante su desafectación, al ser susceptible de aprovechamiento independiente, puede adquirir autonomía, lo cierto es que su finalidad o destino mejora, complementa o facilita el ejercicio del derecho dominical del propietario o del elemento principal.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (59), entiende que el término anejo en la LPH se reduce por el legislador a las «partes privativas», a diferencia de lo que ocurre en los artículos 396-2 y 401-2 del Código civil, y destaca en su concepto el carácter accesorio, la posible autonomía, y la vinculación física entre el anejo y el piso o local principal. Cuestión que plantea dos problemas: uno, el referido a la utilización de la palabra sacramental «anejo», y otro, la necesidad de que se exprese en el título o en los estatutos la naturaleza del anejo, según nos refiramos a los anejos del Cc, elementos comunes, o a los de la LPH, elementos —accesorios— privativos. No obstante, parece evidente que el término «anejos» en el Código civil se refiere a los elementos comunes sin más, destacando su inseparabilidad de los privativos —los comunes— como accesorios de los privativos (59). Son anejos sustanciales y tácitos.

El que para su establecimiento baste una mera referencia complica el supuesto, pues salvo los elementos comunes esenciales por naturaleza, el resto puede ser susceptible de aprovechamiento independiente, e incluso algunos de los esenciales por naturaleza pueden ser susceptibles de uso exclusivo y excluyente por parte de alguno o algunos de los copropietarios. En la propiedad horizontal, en base a los pactos estatutarios, se disocia la titularidad y el aprovechamiento, con la particularidad de que prácticamente todos los espacios libres, interiores y exteriores del edificio, que no sean imprescindibles para el ejercicio de la propiedad separada de los comuneros, es decir, el acceso independiente y

la infraestructura de la edificación, pueden ser aprovechados individualmente, sin perder su naturaleza común (v. STS de 2-10-1986: 14, pág. 1219). Luego, como ya advertimos, si no se expresa y delimita claramente el carácter del anejo, su privaticidad o no privaticidad está sujeta a un juego de presunciones.

Así pues, podemos reseñar, como criterios diferenciadores, los siguientes:

1.º La palabra anejo es reveladora, pero no sustantiviza el carácter de ese espacio delimitado, no tiene una significación jurídica predeterminada —si dice el título, al describir la vivienda, «y 12 metros cuadrados destinados a garaje» o «en el/de garaje», es indudablemente un anejo; otra cosa es que el garaje sea procomunal, común o privativo.

2.º La accesoriedad es la nota que cualifica a los anejos: la accesoriedad de uso, a los que recaen sobre los elementos comunes, la accesoriedad de destino, a los que integran los elementos privativos (v. STS de 20-3-1984: 16, pág. 488). La accesoriedad sustantiva de los elementos comunes por naturaleza, hace innecesaria su calificación de anejos —art. 396-2 Cc.

3.º La autonomía física de ese espacio susceptible de aprovechamiento independiente —más aún, debe entenderse de propiedad separada, puesto que el aprovechamiento no es un rasgo distintivo—, es cualidad característica de los anejos privativos. Buhardillas, garajes, trasteros —téngase en cuenta que la enumeración de la LPH es enunciativa—, no presentan, en principio, mayores dudas sobre su naturaleza —anejos privativos. Patios, sótanos, zonas ajardinadas, zonas deportivas, piscinas y azoteas, esto es, suelo y vuelos, sí plantean serios problemas. En principio, si no se deslindan como anejos privativos, son elementos comunes, y el aprovechamiento exclusivo debe constar expresamente en el título constitutivo. La normativa legal debería exigir, teniendo en cuenta la tendencia actual a adscribir usos y aprovechamientos, la necesidad de describir los anejos y de atribuirles expresamente su naturaleza. En sentido estricto, toda adscripción de uso de espacio no suficientemente delimitado y susceptible de formar una finca independiente —si no se delimita éste, nunca sabremos si puede ser un anejo privativo—, por tener acceso directo a la vía pública o a un elemento común, que se realice, como mera referencia, en la descripción de la finca matriz y no se incluya en el título o en los estatutos, no es un anejo, y como tal debe excluirse su mención de la inscripción registral. Si es anejo privativo, debe resultar del título el cumplimiento de los requisitos de tal anejo, y si es una adscripción de uso exclusivo sobre un elemento común —anejo impropio—, debe constar dicha naturaleza, para definir el objeto sobre el que recae. La parte descriptiva del título constitutivo, donde se contienen los datos físicos de la finca, no es lugar adecuado para incardinar meras referencias a anejos de dudosa naturaleza, a menos que de la descripción de éstos conste expresamente su aptitud para ser finca independiente, o el carácter de común del elemento sobre el que recae. La expresión, al describir la finca, de que tiene como anejo la mitad de un patio, aunque se describa, hace presumir que se trata de un elemento común, ya que si es privativo tiene que determinarse si es una participación indivisa, o simplemente un espacio que en unión de otro forma un patio, ocupando cada uno la mitad de su superficie total.

4.º A pesar de la Resolución de 31-3-1989 (55) y de la STS de 4-5-1984 (16, pág. 493), de donde resulta la atribución del carácter privativo a un patio destinado a zona verde, y la necesidad de acreditar la titularidad dominical, por parte de la comunidad de propietarios, de una zona ajardinada, lo cierto es que la presunción prevalente en esta materia es la de comunidad. Como indica el co-

mentarista a la STS, «lo fundamental, al menos dogmáticamente, es la situación de comunidad, todo lo especial y *sui generis* que se quiera, pero comunidad al fin y al cabo», el principio general sería «se presumirán elementos comunes todos aquellos que expresamente no se configuren como privativos». Y el principio de legitimación registral no ampara los datos físicos de la finca (60), de ahí la conveniencia de incluir los anejos en la parte sustantiva del título constitutivo.

Finalmente, sólo nos queda aludir a los anejos procomunales. En este punto, la cuestión fundamental es más amplia, antes nos referimos a ella. Se trata de saber cuál sea la naturaleza jurídica del elemento procomunal: un elemento privativo común a uno o varios propietarios (52), un elemento común accidental en comunidad ordinaria cualificada por la exclusión del retracto y de los derechos de preferente adquisición (43, pág. 98), o un tercer género, a mitad de camino entre unos y otros. En todo caso, conviene destacar la permisividad que la práctica ha impuesto en esta materia, y la caracterización de éstos por su susceptibilidad de ser elementos privativos. Y lo cierto es que existen edificios donde el garaje o la vivienda-portería es procomunal, sin constituir elemento independiente, y, a su vez, elementos privativos de destino procomunal —v. la STS citada sobre el piso independiente destinado a portería—, para el servicio de todos o algunos de los propietarios —los locales pueden estar excluidos de la portería— (68). Si es un elemento procomunal común, su uso, destino y accesoriad, se determinará por el título o los estatutos, o incluso por acuerdo de la Junta, al margen de la publicidad registral, caso de que exista y no se haga referencia a él —a veces, su presencia pública se patentiza a través de un lindero de un piso. Si es un elemento privativo, dará lugar a la constitución de una comunidad cualificada, y a la adscripción de una cuota indivisa a la titularidad del elemento privativo —titularidad *ob rem*. Son, pues, anejos impropios, accesorios, que no forman parte de la finca independiente. Se parecen a los anejos por su accesoriad, pero se distinguen en su sustantividad —son elementos privativos, no espacios delimitados y aptos para serlos. Su vinculación, a efectos prácticos, es idéntica o muy parecida. Se distinguen por atribuir una cuota, por su carácter comunitario, y por su autonomía física y jurídica, ya que si dan lugar a una comunidad no integrada por todos los propietarios del edificio, la vida del elemento se desarrolla al margen de la junta, en cuanto a la administración. La disposición dependerá de cómo se haya articulado; según se trate de un elemento procomunal autónomo —comunidad funcional autónoma—, o de un anejo procomunal vinculado estatutariamente a la titularidad de un elemento independiente —podría decirse comunidad funcional accesorio, cuya titularidad se determina *ob rem* (52, pág. 386: elementos privativos comunes por destino, al servicio de todos los propietarios y sujetos al art. 16-1 LPH).

- 5.^a Cláusula por la que el propietario único del edificio, o si son varios, todos o algunos de ellos, se reservan el derecho de vuelo o sobreedificación de una o más plantas sobre la cubierta, o incluso de subedificación

Tras la reforma del Reglamento Hipotecario, se da carta de naturaleza en nuestro ordenamiento a un tipo de derechos reales carentes de regulación, y en cierta forma residuales y odiosos a los principios liberales que inspiraron la Codificación. El artículo 16-1 establece los requisitos de inscribibilidad del derecho de superficie, el 30 los del derecho de vuelo rústico y el 16-2 regula los

derechos de sobre y subedificación, con sustantividad propia, al margen de la superficie urbana. Son derechos en tránsito, generadores de derechos dominicales dentro del régimen de propiedad horizontal. Aquí, en este caso, el régimen imperativo de la propiedad horizontal, no nace del principio de autonomía de la voluntad, es una exigencia reglamentaria para su inscripción —dejamos a un margen el problema material de existencia extrarregistral.

En este caso, cuando el origen del derecho no es otro que una reserva dominical en el título constitutivo de la propiedad horizontal o al tiempo de la enajenación de la propiedad de la finca, la virtualidad de la reserva requiere el cumplimiento de los requisitos del artículo 16-2 del RH: deben establecerse las bases de la futura propiedad horizontal o la reforma de la que se constituye, dando lugar en este caso al establecimiento de una cláusula —estatutaria o no— al respecto.

La admisión de esta cláusula plantea dos problemas distintos: 1.º La reserva de un derecho real sobre cosa propia, cuando el propietario único del edificio lo divide horizontalmente. 2.º El consentimiento anticipado que se autoconcede el propietario único para declarar la obra nueva y modificar la propiedad horizontal, sin necesidad del acuerdo unánime de la junta autorizando tal modificación, como resultado del ejercicio del derecho de sobre o subedificación. El primer problema se resuelve por la doctrina, bien recurriendo a la consideración de la reserva como norma estatutaria (CHICO Y ORTIZ: 61), bien por aplicación del artículo 541 del Código civil (ROCA: 52, pág. 387). En cualquier caso, podría admitirse si consideramos dicha reserva sujeta a la condición suspensiva de que efectivamente lleguen a enajenarse uno o varios elementos privativos a tercero, dando lugar a la efectividad de la comunidad proyectada. Y decimos proyectada, porque hasta que se produzca dicha enajenación la división en régimen de propiedad horizontal carece también de sentido. La propiedad horizontal existe, pero la comunidad todavía no, y ello aunque la finalidad de la división no sea otra que hipotecar un piso independientemente del resto. Es un artificio jurídico, aún existiendo acreedor hipotecario —tercero y titular de un derecho de realización de valor, pero no comunero. También podía haber hipotecado una cuota indivisa. La división horizontal persigue un único destino: formar una comunidad. Al dividir, el establecimiento del régimen comunitario es imperativo, de tal suerte que sustraído del edificio de la división material, por razones físicas y jurídicas, no es posible otra solución. Si se quiere dividir, a causa de la administración y buen gobierno del inmueble, hay que hacerlo horizontalmente, aunque para ello deba crearse la ficción de un comunidad futura.

La jurisprudencia, por su lado, se muestra favorable a la eficacia de esta cláusula. El TS en S. de 15-12-1973 reconoce la licitud de esta reserva, y la legitimidad del derecho de sobreedificación o levante, aún en el caso en que el mencionado derecho tiene un contenido indeterminado. Es decir, cuando se reserva el derecho de levante sin más, sin especificar las plantas a realizar, ni los elementos comunes por él gravado. En el caso concreto del recurso se invadía el patio común. Dice el segundo considerando: «...la obra de elevación que invadió el patio común... —puede realizarse— ...porque el recurrente había otorgado su consentimiento al gravamen al acceder a que la vendedora se reservara íntegro el derecho de sobreedificación, derecho que lleva siempre consigo el de gravar elementos comunes... —y— al no especificarse cuáles de ellos habrían de ser afectados... —el Juez—, para no condenar a la ineficacia la mencionada cláusula, interpretó —que dicha determinación de elementos— quedaba diferida al momento de su ejecución, ...doce años después...», con dos limitaciones, el número

de plantas o alturas a gravar será el permitido por las ordenanzas municipales, y los elementos a gravar serán los necesarios para dicho alzamiento (59, pág. 1241). La DG, admitió, asimismo, la validez e inscribibilidad de la cláusula en Resolución de 7-4-1970, siempre, claro está, que se cumpla lo preceptuado en el artículo 16-2 del RH.

Y admitida su licitud, el problema que surge es el segundo planteado: ¿es necesario el acuerdo unánime de los copropietarios, en cuanto supone modificación del título constitutivo, o es válido el consentimiento anticipado que la propia cláusula prevé? Una cosa es la validez de la reserva y la legitimidad de su ejercicio, y otra la necesidad de ese acuerdo. El TS no se pronuncia sobre el tema, la DG sí. Para ésta el que se reserva tal facultad, si en la cláusula de reserva así se recoge, debe considerarse apoderado de los sucesivos propietarios de los pisos al efecto. Se trataría de un consentimiento anticipado, que opera por el mero hecho de adquirir un piso, por causa de la publicidad registral —estatutos inscritos—, y/o por la aceptación expresa de éstos o de la cláusula en concreto de la propia escritura de venta. Sin embargo, la cuestión no es tan clara como parece, y más aún si la relacionamos con el consentimiento anticipado que contemplan las cláusulas que facultan al propietario único o a los titulares de ciertos elementos privativos para realizar divisiones, segregaciones, agrupaciones y agregaciones —que luego veremos—, donde la jurisprudencia opta por declarar su nulidad.

AMORÓS GUARDIOLA, muestra, en sus comentarios a la Resolución de 7-4-1970 (62), 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 del 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 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.

Como puede observarse, las razones de AMORÓS son de peso. Sin embargo, la práctica nos lleva a formular soluciones que no requieran necesariamente de ese acuerdo unánime, y que no vulnere la esencia del apoderamiento. El fundamento de esa omisión no puede ser otro que su carencia de contenido. Esto es, si la cláusula pormenoriza la modificación de la propiedad horizontal que se llevará a cabo, en orden a la cuota de cada planta o de cada elemento privativo, y la forma en que se llevará a cabo la edificación, con indicación del lugar y elementos comunes afectados, respetados los criterios de legalidad y proporcionalidad

que impone la LPH, los obstáculos se reducen, podía tratarse más que de un acuerdo aprobatorio, de un acto debido, de una aprobación ritual, de un «visto bueno». Y el fundamento de tal apoderamiento, estaría en su especialidad (67), ya que se singulariza no sólo desde el punto de vista del poderdante, sino también del apoderado. Poderdante y apoderado pueden cambiar, produciéndose una subrogación en ambas posiciones, al modo del artículo 235 del RH, donde las condiciones personales de acreedor y deudor no son tenidas en cuenta para la concesión de ese mandato irrevocable, sino las posiciones jurídicas de los mismos (dado el desequilibrio existente entre las partes, o la necesidad del deudor, éste se ve forzado si quiere recibir el dinero a nombrar mandatario al acreedor, más que por su condición personalísima, por su condición de acreedor, y éste está obligado a exigirlo así del deudor, pues, en otro caso, la balanza se desequilibraría ahora en su contra: no podría recurrir al ejercicio extrajudicial. El legislador ha inventado un representante del deudor en rebeldía, fuera de los procesos judiciales. Es como un poder al cargo de acreedor). La dificultad está en admitir esa singularidad al margen e incluso en contra de la ley —arts. 16 LPH y 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios—, y para salvar el escollo podría arbitrarse en los mismos estatutos una fórmula por la que su eficacia —la de la cláusula— esté supeditada a la aceptación expresa del comprador en el contrato de compraventa, para que al modo del crédito hipotecario —se trata aquí de unos estatutos personales con eficacia real—, se haga constar expresamente en el Registro tal aceptación —inscripción y nota al margen de la matriz—, salvando su posible nulidad —su anulabilidad. Los estatutos inscritos producen efectos contra tercero, igual que la hipoteca inscrita, para que esa cláusula adquiera virtualidad podría exigirse o recomendarse la necesidad de la aceptación expresa, igual que la subrogación en el préstamo. Cautela necesaria no sólo ya para esta cláusula, sino para cualesquiera otras y para los estatutos en suma —los estatutos suelen acceder al Registro, cuando han tenido lugar con anterioridad ventas en documentos privados. Nacen nulos (STS de 3-12-1985: 58, pág. 194).

Y todo ello, sin entrar en el tema de la ganancialidad de la adquisición y el carácter del apoderamiento, o consentimiento anticipado otorgado sin la concurrencia de ambos cónyuges.

- 6.^a Cláusula que establece el régimen de servidumbres dentro del edificio, o entre dos edificios contiguos (32, págs. 531 y ss.)

La singularidad del régimen jurídico de propiedad horizontal, hace innecesario, en la mayoría de las ocasiones, la constitución de servidumbres dentro del edificio. El acceso a los elementos individuales para realizar reparaciones que afecten a la estructura o fábrica del edificio, viene impuesto por la propia LPH —servidumbre legal—, y la utilización de los elementos comunes, accesorios pero fundamentales para el ejercicio de la propiedad separada, es más bien resultado del derecho de condominio que del de servidumbre —sería una servidumbre sobre cosa propia, en cuanto el propietario de una finca independiente es condómino, y sus facultades recaen sobre toda la cosa común, en concurrencia con los demás.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (59, pág. 26), observando la inclusión que hace el artículo 396 Cc de las servidumbres dentro de los elementos comunes, distingue los siguientes supuestos: 1. Servidumbres entre elementos privativos y comunes (SAT de Oviedo de 16-10-1965). 2. Servidumbres entre elementos privativos (SA

de La Coruña de 23-10-1971, y SA de Alicante de 19-6-1972). 3. Servidumbres entre edificio en régimen de propiedad horizontal y finca privativa no integrada en el mismo (STS de 5-3-1964), esté o no dividida en régimen de propiedad horizontal —podríamos añadir.

En términos generales, podemos destacar dentro de la problemática de estas servidumbres, la necesidad del cumplimiento del principio de especialidad (63), el que puedan establecerse entre edificios contiguos en régimen de propiedad horizontal (Res. de 21-10-1980), y la admisión de la servidumbre sobre cosa propia o sujeta a la condición suspensiva de la transmisión a un tercero de cualquier elemento privativo, que si por un lado infringe el principio de extrañeza entre los titulares de los fundos, lo mantiene en cuanto a la sustantividad e independencia de ambos (en contra: STS de 21-10-1976 —25, pág. 241—. A favor: Res. 21-10-1980 —«bajo la condición suspensiva de que nazcan cuando un tercero adquiere alguna de las fincas registrales que van a ir surgiendo de la principal...», arts. 9-2.º de la Ley y 51-6.º de su Reglamento»).

Las servidumbres aparentes (art. 541 Cc, Roca —52—, el TS, en SS de 2-6-1972, 29-5-1979 y 20-10-1980 —64), pese a la admisibilidad sustantiva, requieren, para tener acceso al Registro de la Propiedad, de su válida y expresa constitución, no bastando la apariencia resultado del deslinde del edificio o de otro contiguo —«la finca X tiene acceso a través de la Y», acceso de paso, no entrada independiente. Acto de constitución que las convierte en servidumbres de cosa propia.

La STS de 8-4-1988 (53), se refiere al interesante caso de la subsistencia de una servidumbre aparente de carácter negativo —surge de un no hacer—: si el propietario de dos fincas, entre las que se encuentra constituida una servidumbre, no elimina dicha situación, ya de hecho, y mantiene la apariencia de servidumbre, ésta continúa vigente. No tiene lugar la confusión de derechos. De ahí la oportunidad del artículo 190 del Reglamento Hipotecario, que requiere que la cancelación del asiento respectivo por confusión de derechos se realice a instancias del interesado, y no de oficio. Esta solicitud, al menos jurídicamente, rompe la apariencia, y sólo cabe la constitución de una nueva, desde el punto de vista registral, o la creación de una nueva apariencia, desde el sustantivo.

Otra cuestión distinta, es la que puede plantearse al hilo de la Resolución de 20-2-1989 (65), y es la del acceso según destino, y la entrada independiente a través de una servidumbre de paso. El artículo 396 del Cc dice textualmente que podrán ser objeto de propiedad separada «los diferentes pisos o locales o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública», destacando singularmente la forma de acceso como determinativa de su aptitud. ¿Es taxativa la enumeración? La cuestión, pues, se centra en averiguar si el acceso debe estar o no en consonancia con el destino de ese pretendido elemento independiente, y si necesariamente ese destino debe ser a través de un elemento común o directo a la vía pública, de tal suerte que se excluya el acceso a través de una servidumbre de paso de personas y vehículos: ¿puede el propietario de dos locales con accesos independientes, destinarlos conjuntamente a un mismo fin —garaje—, sin previa agrupación, cambiando el acceso de uno de ellos —vía pública, elemento común— por una servidumbre permanente de paso de personas y vehículos sobre el otro, al margen del requisito de la aprobación de la junta?, ¿es imperativa la forma de acceso?, ¿supone su cierre alteración de la estructura del edificio?, ¿el destino —garaje— obliga a la entrada independiente de vehículos?, ¿cabría establecer la entrada de personas por un local y la de vehículos por otro...? Pues bien, aún admitiendo el carácter enunciativo del artículo 396, y el

acceso independiente a través de una servidumbre privativa —no comunitaria—, en el recurso en cuestión no queda claro que la modificación o alteración del acceso según el nuevo destino sea indiferente a la comunidad de propietarios, y que la desaparición de una pared divisoria entre dos locales tampoco consta su carácter medianero o comunal: ¿cabría hacer lo mismo entre dos viviendas?, ¿supone alteración de la estructura del edificio el agrupar de *facto* dos elementos? En cualquier caso, y siendo el fundamento de la DG el del establecimiento de una servidumbre entre los titulares de dos predios independientes, en el libre ejercicio de su derecho de propiedad, que en nada afecta a los elementos comunes —¿y el subsuelo?— (74), sin resolver la cuestión del acceso según destino, resta preguntarnos si es comunidad funcional formada entre los dos locales no supone un fraude de ley, puesto que de esta forma se ha realizado sin el concurso de la junta lo que no se podría lograr si los locales hubiesen sido agrupados. El fin perseguido podría haberse conseguido agrupando los locales y dividiéndolos en plazas independientes, y no a través de la comunidad funcional y de las adscripciones de uso.

La Resolución de 21-10-1980 (77), sobre servidumbres recíproca de destino comunitario en un complejo inmobiliario meramente proyectado —prehorizontalidad—, perteneciente a un único propietario, recoge la admisibilidad de su formulación, encajando la figura en el artículo 530 del Cc, dentro de las servidumbres *propter rem* sobre cosa propia, sujetas a la condición suspensiva de la transmisión a tercero de alguno o todos los elementos independientes.

7.^a Cláusula que recoge la distribución de los gastos generales o comunes entre los copropietarios

El artículo 5, párrafo 2.º, de la LPH, establece con carácter imperativo la necesidad de que el título constitutivo de este régimen jurídico contenga la cuota de participación de cada elemento independiente. Necesidad derivada de la propia naturaleza de la propiedad horizontal: sin la cuota, sería imposible saber la participación de los distintos propietarios del edificio en los beneficios y cargas resultantes de la situación de condominio que esta institución genera. Esa dependencia del elemento privativo respecto del común, hace posible la propiedad horizontal. Gráficamente podría decirse que, en principio, el inmueble pertenece a una comunidad de propietarios, y como tal deben determinarse las cuotas indivisas de cada uno de ellos, bien sea mediatamente y con una finalidad concreta. Mediatamente, en cuanto la comunidad es el medio de ejercicio de la propiedad separada, y la cuota se establece en relación directa a ésta, con la finalidad concreta de la subsistencia del régimen creado, distribuyendo la titularidad, y, en consecuencia, esos beneficios y cargas resultantes, insitos en toda situación de comunidad. Comunidad que nace para resolver un problema concreto: la carestía del suelo, de la construcción y del mantenimiento de la vivienda. Cualquiera que sea el objetivo de la edificación y la forma de explotación de su resultado, la constitución del régimen de propiedad horizontal contiene el estatuto de las relaciones de vecindad que genera, relaciones necesarias, y como tales imbuidas de imperatividad y objetividad. El régimen es un régimen objetivo con independencia de quienes compongan en cada momento la comunidad, no se establecen relaciones contractuales personalísimas, la autonomía de la voluntad en el marco de la Ley articula o mejora la relación comunitaria, con exclusión de la discrecionalidad.

Podría decirse, pues, que el título constitutivo determina la cuota de participación de cada elemento privativo en el conjunto del edificio, cuantifica la titularidad, y los estatutos —a pesar de la nebulosa distinción de ambos términos— señalan la cuota de participación en el sostenimiento de los gastos y servicios comunes, cuantifican el uso; ya que en cualquier caso la cuota de titularidad, implica la obligación de conservación de la cosa común, y la cuota de uso, atempera éste a la utilización real que cada copropietario hace de los elementos comunes, en base a la equidad. De esta forma, si el propietario de un local comercial por tener acceso directo a la calle es copartípe, en proporción a su cuota, de todos los elementos comunes, y no utiliza el ascensor del edificio, dicha situación le excluye de su limpieza y su mantenimiento, pero no de su sustitución (68). Lo mismo ocurriría si se tratase de la terraza que no utiliza, si se cerrase y se habilitase para trasteros, participaría en la obra y en el derecho a que se le asigne uno de ellos. O en el caso de la vivienda-portería, aunque él no la sostenga y no utilice esa entrada del edificio, si se vende, participará en el beneficio —precio—, si se reparte, en virtud de su cuota de titularidad (lo que no habría es que el precio se aplicase al mantenimiento de un servicio que no utiliza por acuerdo mayoritario de la comunidad: el acuerdo sería impugnabile).

La cuota de titularidad, como vemos, es necesaria y si no se fija otra de uso, con las correspondientes exclusiones, marca la contribución del propietario a la comunidad. Su establecimiento queda en manos del propietario único del edificio o de los copropietarios, laudo arbitral o resolución judicial, sobre las participaciones legales que marcan los criterios de fijación. Proporcionalidad resultante de una difícil ecuación: superficie útil de cada piso o local en relación con el total del edificio, emplazamiento, interior o exterior, situación y uso presumible racionalmente de los servicios y elementos comunes (art. 5, 2.º LPH). Criterios que dejen un amplio margen a la valoración subjetiva, y que entrecruzan los conceptos de cuota de titularidad y cuota de uso, dejando al arbitrio de los tribunales su ponderación, caso de desacuerdo, puesto que la referencia a la cuota de uso como criterio determinativo de la participación en la titularidad oscurece el precepto. No va a tener mayor cuota el piso octavo que utiliza de toda la escalera, del portal y del ascensor, que el piso primero o que un local comercial, y sobre todo teniendo en cuenta que la cuota señala la titularidad de los copropietarios sobre el solar. Ello nos conduce a una interpretación distinta: el artículo 5, 2.º se está refiriendo a los tipos de cuotas propios de la comunidad horizontal, y así lo aprueba el artículo 9-5.ª de la misma Ley, al admitir que la fijación de la contribución de cada copartípe en aquellos gastos y tributos no individualizables se realicen en base a lo especialmente establecido, y subsidiariamente, con arreglo a la cuota de titularidad. Los elementos comunes pertenecen a todos los propietarios, con independencia de las distinciones entre elementos generales esenciales y accesorios, y las reglas de contribución. En otro caso, debería de excluirse de los elementos comunes el patio de luces que utiliza y mantiene el propietario del piso primero exclusivamente, y convertirlo en un anejo del mismo con servidumbre de luces a favor de los restantes pisos. Si el patio es común, su titularidad es común, y su utilización exclusiva impone la exclusividad del mantenimiento.

Criterios objetivos de proporcionalidad genérica que no establecen una norma de ponderación cuantitativa entre ellos. La práctica muestra, sin embargo, la preponderancia enunciativa de los criterios. Primero se prima la superficie útil, luego el emplazamiento y, finalmente, el uso, interviniendo éste en la línea de exclusión y utilización de los elementos comunes, sobre el principio básico de permanencia del edificio. Nadie al fijar la cuota piensa en el solar, ni nada se dice,

en caso de reedificación, de la subrogación real en la titularidad. Esto es, si el dueño de un local tendrá preferencia en la adjudicación de otro local en el edificio nuevo, o si el dueño de un piso que lleva anejo el uso exclusivo de un elemento común, podrá oponerse a que no se le adscriba ninguno en la nueva construcción, procediéndose exclusivamente a la contribución en los gastos en proporción a la cuota y a la adjudicación por acuerdo, laudo o resolución judicial. La vida de los edificios es lo suficientemente larga para que nadie al comprar se plantee esos problemas, e incluso la cuota única que pondere el uso exclusivo de elementos comunes, aumentándola, vendría a equilibrar la pérdida que supondría la falta de adscripción para el propietario del piso a que aludimos, y a perjudicar al titular del local comercial, si el derribo del edificio trae consigo y sin más la transformación de la comunidad horizontal en un condominio ordinario. Problemas que ya empiezan a darse con los programas de rehabilitación de barrios y edificios, donde en la mayoría de los casos se procede a la reconstrucción, respetando la fachada. El artículo 21 de la LPH, por su parte, contempla, a título enunciativo, dos supuestos de extinción de este régimen jurídico, sin expresar sus causas: destrucción del edificio y conversión en propiedad o condominio ordinario. La destrucción del edificio se refiere a los casos en que éste desaparece por causas ajenas a la voluntad de los condóminos —catástrofes e incendios—, como puede deducirse de la presunción que establece el inciso segundo del número 1.º de dicho artículo —cuando la reconstrucción exceda del 50 por 100 del valor de la finca al tiempo del *siniestro*, a menos que el exceso esté cubierto por un seguro—, y siempre que no medie pacto en contrario —estatutario o acuerdo unánime de la junta de propietarios. Y resultado de un acuerdo unánime, debe ser, asimismo, la causa de extinción por conversión, ya que no puede entenderse que sin acto formal de extinción quepa ésta, aunque la propiedad de todos los elementos independientes pertenezca a una sola persona o a varias en común, no obstante la vocación de pluralidad de este régimen jurídico —el destino económico lo justifica, tanto en el momento de su constitución como en el de su extinción: alquiler, por ejemplo.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 18-6-1970 (58, pág. 202) admite la impugnación de las cuotas de uso, cuando difieran de las de participación de cada piso y lesionen los intereses de determinados propietarios. Así pues, la fijación de doble cuota, o de cuota única —entendemos—, tiene siempre como limitación el principio objetivo de proporcionalidad y no discriminación de unos en favor de otros. Es por lo que SÁENZ DE SANTA MARÍA (69) considera nula la cláusula estatutaria de exclusión condicionada de la contribución al sostenimiento de los gastos comunes de los departamentos que permanezcan en propiedad del promotor, fundamentada en la utilización de dichos elementos y servicios comunes (arts. 51 de la Constitución, 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, 9-5.ª de la LPH, 7-2.º del Cc y 145 del Reglamento Notarial). El fundamento, que, en principio, parece lógico, es discriminatorio: cualquier propietario que no resida en el edificio o en el tiempo anual de no residencia tampoco utiliza los elementos y servicios comunes.

8.ª Cláusula por la que se reglamenta el uso de determinados elementos comunes

Al hilo de la cláusula anterior, suelen contener los estatutos aquella otra que determina el uso exclusivo de determinados elementos comunes por ciertos

propietarios, sobre el principio de mejor servicio a la comunidad y de lo expresado sobre los anejos impropios. En primer término, cabe señalar la imposibilidad de la exclusión del uso por cualquier propietario de los elementos comunes que hacen posible el ejercicio de su dominio separado. Al titular del tercer piso no se le puede excluir del uso del portal, del ascensor y de la escalera de acceso independiente —vía pública o acceso por elemento común. En segundo lugar, el uso exclusivo de elementos comunes, pues, sólo puede recaer sobre elementos accesorios y no puede ser discriminatorio: patios de luces, zonas ajardinadas, terrazas... Y, por último, el uso determina la contribución especial a su mantenimiento, pero no atribuye la titularidad dominical como vimos.

Otra singularidad es la posibilidad de que varios copropietarios usen en común y por cuotas un elemento. Así lo recogen, respecto de las terrazas la STS de 22-12-1970 y la Resolución de 17-4-1986 (63, pág. 116).

La Resolución de 21-10-1980 (73), por su parte, admite la posibilidad del «cierre y utilización por algún copropietario de parte de un elemento común para su uso exclusivo», contenido en los estatutos, ya que «no supone en sí ninguna atribución de propiedad», si bien debe determinarse la superficie a que afecta (Considerando 12).

9.^a Cláusula que faculta al constructor para completar y rectificar la descripción de las fincas sin autorización de la Junta de Propietarios

Esta cláusula, partiendo del presupuesto de la enajenación presente o futura de los distintos elementos integrantes de la propiedad horizontal, plantea el problema de su nulidad en un triple frente:

1.º Edificios meramente proyectados o en construcción: Si el constructor es el propietario único del edificio, la cláusula sobra. Bastaría que realizase ese complemento rectificatorio en la terminación de obras. Y si se ha enajenado una o varias dependencias, necesitará el concurso de la voluntad del propietario del elemento a que se refiere la rectificación para que ésta pueda realizarse, o si se refiere al edificio en su conjunto, el consentimiento unánime de los copropietarios, pues la ejecución de obra no se habrá adecuado al proyecto. El constructor por sí solo no podrá alterar la descripción, y menos aún las cuotas, en cuanto afecte a la estructura fábrica del edificio —art. 16 LPH—, ya que de la descripción resulta la superficie, linderos y acceso independiente de los elementos privativos, determinantes de la fijación de las cuotas, y la dotación de elementos y servidumbres comunes. La cláusula sería nula.

2.º Edificios ya construidos: Si el edificio está completamente terminado, las rectificaciones sólo pueden referirse a datos descriptivos accesorios —distribución interior de los elementos— o a errores materiales cometidos, en tanto sea propietario único, pues, en otro caso, estaríamos en el supuesto anterior.

3.º Ambito o extensión de la prerrogativa: Habría que distinguir entre errores sustantivos y materiales, o entre datos accesorios y fundamentales. Son fundamentales aquellos que individualizan y concretan las fincas independientes que componen la propiedad horizontal y el propio edificio —el número de elementos de la propiedad horizontal, caso de que el edificio esté meramente proyectado, las cuotas, la superficie, linderos, situación del edificio y ubicación de los departamentos privativos—, y accesorios aquellos que pormenorizan el contenido de los distintos elementos, los que contemplan la descripción de las fincas, por omisión o rectificación. En consecuencia, el margen de actuación del cons-

tructor es muy estrecho: si no es propietario único sólo puede reservarse la facultad de complementar y rectificar la descripción de los elementos independientes que conserve en su propiedad, en la medida que no afecte a la comunidad, en general, o a su propietario individual, en concreto. Tiene, en suma, las mismas facultades que cualquier otro —art. 11 LPH, si se trata de nuevas obras. Si los complementos y rectificaciones van más allá de los datos descriptivos accesorios, la reserva puede encubrir la facultad de hecho de dividir, segregar, agregar o agrupar elementos de su propiedad, de tal forma y medida que no suponga la alteración de cuotas (art. 3, *b*, LPH, acuerdo unánime. Su vulneración trae consigo la nulidad absoluta de lo actuado, según la STS de 5-4-1978 —25, pág. 239—). La STS de 5-5-1986 considera válida la cláusula por la que el constructor se reserva la facultad de completar y rectificar la descripción de las fincas que conserve de su propiedad sin autorización de la junta de propietarios (70). Validez que entendemos, pues, limitada por el objeto del complemento o rectificación.

RODRÍGUEZ LÓPEZ (39), sobre la distinción de modificaciones descriptivas y sustanciales de las fincas independientes, entiende, con acierto, que para la supresión de un elemento privativo hipotecado es necesario el consentimiento del acreedor. Y ello, podríamos añadir, aunque la hipoteca recaiga sobre el edificio en su conjunto —sin distribución de responsabilidad entre los elementos privativos, en consecuencia.

10. Cláusula que autoriza al propietario —o propietarios— de determinados —o todos— elementos privativos para realizar en o con ellos subdivisiones, segregaciones, agrupaciones o agregaciones, sin necesidad del consentimiento de la Junta

Esta cláusula, que, por su habitualidad en la práctica, 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 (31, pág. 393) 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, inclinándose por su aplicación a los locales en construcción, y no aquellos pisos o locales perfectamente delimitados y acabados (35, págs. 17-18). Es de advertir que estos criterios se expresaron cuando a la materia se refería únicamente a una STS, sin consideración, entonces, de doctrina legal. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (90), por su parte, distingue dos supuestos, según el pacto estatutario sea obra del propietario único del edificio o de todos los propietarios, y reserva la validez de la cláusula a este último, por imperativo del artículo 5-3 de la LPH —«...se requerirá, además..., la aprobación de la junta de propietarios...»—, fundamentando la nulidad de la misma, en el caso de propietario único, en la citada STS de 7-2-1976, y la validez, en el otro caso, en el acuerdo ya se ha adoptado por unanimidad, al otorgarse los estatutos por todos los propietarios —arts. 5-3 y 16

LPH. Esta interpretación, en consecuencia, parece que hace gravitar la validez o nulidad en que sea o no el propietario único del edificio el que otorgue los estatutos, al tiempo de constituir el régimen, o sean los propietarios futuros quienes lo hagan en un momento posterior. Sin embargo, no creemos posible tal distinción o fundamento. El momento o el número no cualifica el acto, pues, ¿qué ocurriría si el edificio perteneciese a dos propietarios únicos o se construyera en comunidad?, y ¿qué ocurriría si los estatutos los otorga el propietario único después del título constitutivo y antes de las ventas?, o, de ser todos los propietarios subsiguientes —compradores— los que los otorgan, ¿cuál es la posición de los adquirentes ulteriores —segundas ventas?, ¿quedarían vinculados? El problema de la validez —entendemos— radica en el consentimiento anticipado y en la eficacia real de los estatutos —pacto de adhesión—, y el de la nulidad, en la necesidad en todo caso de la aprobación concreta de cada acto por los propietarios actuales del inmueble. El momento y el número no interviene —la propiedad horizontal es un organismo vivo—, por lo que la opinión de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, la consideramos acertada —de seguir la tesis de la nulidad— si parte del presupuesto previo de que la validez radica en que los propietarios que aprobaron los estatutos lo siguen siendo al tiempo de la realización del acto de agrupación o división —sentido que adivinamos en sus palabras.

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 SSTs de 30-12-1975, 7-2-1976 y 31-1-1987 (94). 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 14-3-1968, 5-5-1986 y últimamente la de 30-10-1988, que al ocuparse de los límites de la facultad de dividir locales comerciales, no cuestiona la validez de la cláusula estatutaria que autoriza la división sin autorización de la comunidad, confirmando la Sentencia de Primera 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— (75).

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 es el caso. Las razones de la DG son, obviamente, prácticas. Pueden verse las Resoluciones de 7-4-1970, 31-8-1981, 27-5-1983 y 26-2-1988, no obstante el penúltimo considerando de la de 21-10-1980, donde declara la necesidad del acuerdo comunitario, sobre el presupuesto —claro está— de la ausencia de cláusula estatutaria al respecto (76).

Podría fundamentarse su ilicitud, además, con la opinión —antes recogida— de AMORÓS GUARDIOLA, al comentar la Res. de 7-4-1970. Pero, a la luz de 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 puede plantear la acción judicial de nulidad por infracción de ley o 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 7-2-1976, ya que dichos adquirentes —entendemos— al comprar no pueden rechazar un cláusula estatutaria o los propios estatutos inscritos, salvo tacha de nulidad. Los estatutos inscritos producen efecto frente 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, sustrayéndola del campo de la nulidad absoluta o *ipso iure*.

11. Cláusula por la que se autoriza a practicar segregaciones y agrupaciones entre dos edificios contiguos

La Resolución de 27-5-1983 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», provocándose un «vacío legal» que el Centro directivo ha intentado llenar a través de distintas resoluciones.

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 «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 de 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.

El Registrador deniega, por su parte, la inscripción solicitada, por 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 LPH 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 sí 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.

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 excepcional 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 vienze*—, 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 propia 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, interpretación que el artículo 401.1.º del Cc excluye la división material, económica y jurídica.

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 constituyen un solo edificio o casa-habitación. 3.º Que la asimilación de este supuesto al contemplado por los artículos 8-2.º de la LH y 44 de su Reglamento, es evidente, aunque no se empleen en la escritura los términos «explotación industrial», caso ante el que nos encontramos. 4.º Que la admisión de esa atípica comunidad colisiona con el principio de especialidad, y acarrea perturbación y confusión 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, que cuando quiere excluir dicha acción lo hace expresamente. Lo mismo que ocurre, asimismo, con el retracto. La Ley 372 lo impone.

El Presidente de la Audiencia, confirma por Auto la nota de calificación, por análogas razones a las que atiende el Registrador. Y el Notario recurrente apela a la DG, que resuelve el 27-5-1983.

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, algunas plaza están a caballo, y cuenta con licencia municipal de apertura, es la siguiente (76):

1. *Comunidad funcional (Navarra)*: El propietario de un edificio destinado a garaje 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 vienza* 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 ese, sino el de la atemperación 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, reformas reglamentarias con la viveza que la sociedad reclama. La seguridad jurídica debe imperar.

Tendríamos que preguntarnos si la LPH y el Cc no permite 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 9-5-1988 —77). 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, fundada 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.

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, la finca funcional, 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 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 (78). 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 especialidad 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 especial del suelo. Física y jurídicamente, los locales siempre dependerán en alguna 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 una especial 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 proindiviso con destino común. Luego, ¿para qué agrupar? Hubiese bastado hacer constar en los folios respectivos ese especial estatuto jurídico, y el régimen de servidumbres recíprocas entre los mismos. La razón 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 el edificio en que se concreta, ya que en 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 menor 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 2-4-1980 (79) 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. 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 L. y RH, y no reguladas, Res. de 2-4-1980—, coexistencia de regímenes jurídicos —propiedad horizontal, comunidad funcional. Problemas: trascendencia sustantiva 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 el local? —éste responde individualmente por el art. 9 de la LPH. Como vemos la cuota de equivalencia 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 independiente 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.

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 detentan, y en nada afecta a la situación física y jurídico-registral de las tres comunidades horizontales respectivas, deberá existir 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 proindiviso 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 propietarios 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 a la 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 (80). Del recurso queda no 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 (81).

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.

En este punto, nos remitimos a lo ya expresado, al analizar la cláusula precedente, siquiera añadir en este caso que 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? 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.

12. Cláusula que refleja el acuerdo entre los copropietarios de un elemento independiente relativo a la división futura del mismo
—o pacto extraestatutario—

La Resolución de 1-4-1981 plantea no pocas cuestiones. En primer lugar, se trata de un pacto extraestatutario, de naturaleza real, supeditado a la aprobación futura de la junta de propietarios, que determina la subdivisión horizontal de un elemento independiente, y la creación de elemento privativo común.

Al abrigo del artículo 7 del RH, y sobre la concurrencia de los elementos constitutivos propios de los derechos reales —absolutividad e inmediatez—, la DG reconoce la trascendencia *erga omnes* de este pacto. La absolutividad se manifiesta a través no ya de un sujeto pasivo universal, genérica característica de los derechos de esta naturaleza, sino de cinco sujetos pasivos determinados, que son los restantes copropietarios. Y la inmediatez en la sujeción de la división a la fórmula pactada, en el derecho de cada copropietario sobre la finca, sobre la cuota ideal y *sobre una parte física* de la finca específicamente delimitada, produciéndose una mutación jurídico-real eficaz *erga omnes* (82). Configuración que plantea, no obstante, la duda de si no se trata de un pacto personal sin más, ya que de su naturaleza real derivaría la derogación del régimen ordinario de la comunidad de bienes, en cuanto la adherencia de la cuota a una superficie física precisa va en contra de la esencia del concepto de titularidad indivisa, pues, si bien puede entenderse que el señorío directo sobre toda la cosa se ejerce sin especialidad alguna durante la vida de la comunidad, frente a tercero la división jurídica de hecho es operativa desde el instante mismo de la inscripción del pacto, y, por otro lado, si el local resulta indivisible por razón de su destino, artículo 401-1 Cc, el pacto sobre división futura se volatiliza, a menos que se entienda, asimismo, limitativo de ese destino —el local no podrá destinarse a aquello que lo haga indivisible (83). Absolutividad frente a los condóminos e inmediatez sobre la parte física predelimitada, en fin, que aparecen muy desdibujadas. El señorío directo sobre la cosa futura —local-cuota— y el deber genérico de abstención en su ejercicio, no presentan ciertamente la virtualidad característica de los derechos reales, salvo que entendamos derogado el régimen jurídico ordinario de la comunidad (¿cuál es la normativa aplicable a esa cuota-local?: si la titularidad es formal, el señorío no es directo, y si es sustantiva, el régimen de comunidad desaparece o se mixtifica. ¿Cómo se ejerce la titularidad de la cuota-local?). Aquí existe una relación jurídica, con un sujeto activo y un sujeto pasivo nítidamente determinados, cuyo contenido se cifra en la ejecución de un pacto, mediante la entrega de recíprocas contraprestaciones.

Otra especialidad es la concreción de cuotas: en caso de enajenación, se transmite una cuota indivisa ordinaria, mientras subsista la comunidad, que se transforma en un local predeterminado cuando se divide, desnaturalizándose aquella por el poder atractivo de éste. Las cuotas tienen nombres y apellidos: se vende, se grava la cuota HERRERA, MANZANAS, SANZ..., que corresponde a los locales 1, 2, 3..., sin que quepa la readscripción de locales por acuerdo unánime de los comuneros en perjuicio de tercero, con la particularidad de que la división está sujeta en todo caso a la condición suspensiva de la aprobación de la junta de propietarios del edificio (84).

Concreción de cuotas que suscita a un tiempo dos cuestiones distintas. La de los derechos presentes del titular de la cuota sobre el local futuro, y la del acuerdo unánime entre comuneros de que cada uno de ellos administre independientemente su presunto local, generando una situación de división de hecho, puesto que el titular de la cuota-local tiene, desde el preciso momento del pacto, la libre disposición del local futuro, frente a los demás comuneros y frente a terceros y carece de la administración del mismo y puede, en defensa de su derecho, instar la división de la cosa «común». La comunidad, a efectos prácticos, se circunscribe al poder de administración de la cosa común, la disposición individual y conjunta está estrechamente limitada por el pacto.

La subdivisión horizontal del local trae consigo la subsistencia de la finca matriz, o el nacimiento de siete y no seis espacios delimitados. El pacto contiene la necesaria creación de un pasillo común. Como es obvio, la división material proyectada, dado el régimen en que se inserta el local, viene limitada por el requisito de autonomía —acceso independiente— propio de todo elemento privativo, y si para ellos —deducimos— es imprescindible la formación de un pasillo común, o éste se integra dentro de la superficie de ciertos o de todos los nuevos locales, constituyéndose una servidumbre de paso recíproca, o si se deslinda, será, bien un elemento independiente con destino común (85), cuya titularidad se determina mediatamente —*ob rem*— y por cuotas indivisas en relación a la de los nuevos locales, bien un elemento procomunal de éstos —situación análoga a la anterior—, bien un elemento común a todos los propietarios del edificio, de uso y mantenimiento exclusivos por los titulares de los referidos locales. La titularidad *ob rem*, en consecuencia, resultará de la voluntad de los condueños, la indivisibilidad del destino común o procomunal —de admitirse la interpretación amplia del art. 4 de la LPH—, y la afectación del pasillo como elemento común —o procomunal, en sentido estricto— del acuerdo unánime de la junta de propietarios. Punto éste, el del carácter del pasillo, que no resulta de los términos del recurso: no sabemos si es un pasillo de acceso los locales, por carecer éstos de entrada independiente, o un pasillo de servicio, resultando su naturaleza y necesidad indeterminadas. Si es un pasillo de acceso, habría que admitir la entrada independiente a través de elemento privativo con destino común —en otro caso, el pacto sobre la división futura sería inoperante, y la cláusula nula, al crearse elementos privativos sin acceso independiente. Si es un pasillo al servicio de los locales independientes, su naturaleza y titularidad —privativa, común o procomunal— deben claramente resultar del documento presentado en el Registro.

En segundo lugar, la situación se complica si los estatutos inscritos contienen la cláusula de división y fijación de cuotas sin autorización comunitaria, ya que el pacto implicaría la división jurídica de hecho, resultado de la trascendencia real del acuerdo: la transmisión de una participación indivisa trae consigo la atribución de un espacio previamente delimitado, que lleva aparejada una cuota

proporcional futura en el régimen de propiedad horizontal, y, por otro lado, la transmisión de una fracción inferior a la participación-local de negocios, es decir, inferior a 1/16 —son seis, según el recurso, los adjudicatarios—, arrastraría la fijación de una cuota ideal sobre el local futuro, o la prohibición de enajenar una participación indivisa distinta de la participación-local prefijada. Siendo esto imposible —art. 27 LH—, si el titular de un 1/6 vende la mitad del mismo, el adquirente compra 1/2 del local futuro y 1/12 del presente.

Y, por último, queda el tema de la responsabilidad: si se hipoteca todo el local, ¿habría que distribuir, o estamos ante una hipoteca que nace, por el pacto real, solidaria?, y si se hipoteca una participación, ¿se hipoteca el local-cuota?, ¿podrá el acreedor instar la división por quebranto de la garantía? ¿Vincula el pacto al adjudicatario de todo el local, caso de ejecución?, ¿tendrá que cancelarlo unilateralmente?, ¿y son dos los adjudicatarios, deberá el mandamiento las cuotas-local de cada uno?, ¿y si se le adjudican todos los copropietarios de la comunidad horizontal por deudas frente a ésta..? (86).

13. Cláusula o pacto extraestatutario que limita la libre disposición de un piso o local independiente: titularidad *ob rem*

DÍEZ-PICAZO (87), al ocuparse de la creación negocial de obligaciones *propter rem* y de titularidades *ob rem*, en primer término, y luego, al tratar de los derechos subjetivamente reales, manifiesta la excepcionalidad genérica de estas figuras (que ha hecho entender a algunos autores que su reconocimiento, en nuestro ordenamiento, está restringido a los supuestos contemplados por la propia legislación, y la oportunidad práctica de las mismas para resolver aquellas situaciones jurídicas en que su establecimiento se sustenta en una causa legítima y suficiente, cual es el caso de los garajes y de los elementos procomunales dentro de la propiedad horizontal. Ambas —figuras— tienen amplio desarrollo dentro de este especial régimen jurídico. Son obligaciones *propter rem*, las de mantenimiento, utilización y servicio de los elementos comunes, y titularidades *ob rem*, las de los propietarios de los elementos privativos sobre los comunes y sobre los anejos inseparables; titularidades y obligaciones dominicales, y también de uso, en cuanto puede restringirse el de los elementos comunes accesorios. Titularidades y obligaciones, mediatamente determinadas —a través de la propiedad de otra cosa—, y permanentemente establecida —salvo desafectación. Su causa es legítima: la necesaria vinculación de titularidades y obligaciones hacen posible el cumplimiento de un destino común —la autonomía, el mantenimiento, el mejor servicio y la utilidad de una comunidad, en este caso, la comunidad horizontal.

El carácter excepcional de las titularidades *ob rem*, entre nosotros, se sustenta en un principio orgánico del régimen sustantivo del derecho de propiedad: el de la libre disposición y circulación de los bienes, que trae como secuela el carácter casi taxativo de las prohibiciones de disponer, y su exclusión del Registro de la Propiedad, cuando se pactan en un acto o contrato oneroso, privándolas de eficacia *erga omnes*. Las disposiciones legales que suprimieron los señoríos territoriales y jurisdiccionales, mayorazgos, vínculos, capellanías y memorias de sangre, primero, y la legislación desamortizadora, después, tendían a un solo fin, la libre circulación y disposición de los bienes, suprimiendo los vínculos y derechos perpetuos, que sustraían buena parte de los inmuebles del mercado. La Codificación, más tarde, materializó este principio a través de la configuración de un derecho de propiedad libre y pleno. La vinculación *ob rem* de dos objetos que-

branta, pues, un principio civil general, político y jurídico a un tiempo, que si bien no tiene formulación o articulación expresa, resulta de la total normativa que rige esta materia. Sin embargo, de la existencia de otros derechos reales no menos plenos y de la necesidad de adecuarse al Ordenamiento a la realidad social y física de cada momento, van surgiendo algunos supuestos de titularidades *ob rem* y prohibiciones de disponer, en consecuencia, dentro del campo de las servidumbres prediales y de la propiedad horizontal, sin perder su carácter extraordinario. Así, por regla general, la titularidad *ob rem* sólo se admite en los supuestos reconocidos por la propia legislación, y por excepción, refiriéndose al supuesto que examinamos, cuando nazca de una norma estatutaria inscrita dentro del régimen de la propiedad horizontal o de la propia naturaleza de éste —como yuxtaposición de titularidades. No cabe, pues, el pacto extraestatutario por el que se vincula la titularidad de dos inmuebles.

Es consustancial al régimen de estas titularidades, la existencia de una titularidad prevalente o determinativa de la persona física o jurídica a quien se atribuye el poder de disposición conjunto de los bienes, activa y pasivamente. El titular dominical de la finca X, deviene titular de la Z, y al disponer —gravar— de aquélla, lo hace de ésta. Una titularidad inmediata y otra mediata, que jerarquiza la posición de cada objeto, sin que suponga más que un grado de accesoriedad volitivo en una de ellas (88), de tal suerte que la disponibilidad separada se excluye, y la disposición del objeto principal o prevalente lleva consigo la del accesorio, sin que quepa excepción alguna. El problema podría surgir en materia de gravámenes. El embargo y la hipoteca de X suponen los de Z, sin que sea necesario distribuir la responsabilidad —en el último caso— (89). Para ir contra la finca Z se tendrá que ir contra el titular de X, ya que éste deviene titular de aquélla. Habrá que aplicar las normas por las que se rigen los anejos privativos, e indirectamente las servidumbres prediales, para entender la situación jurídica que se crea —ver art. 108-1.º LH.

No obstante, la admisibilidad de esta figura dentro de la propiedad horizontal, fuera de los casos legalmente previstos —elementos comunes, anejos—, ha sido cuestionada en el ámbito doctrinal y también en el práctico, siendo resultado su reconocimiento de la evolución jurisprudencial sobre esta materia. Ello plantea, desde el punto de vista civil y registral, dos problemas: ¿cuándo existe causa suficiente o justificada? y ¿qué requisitos debe reunir la titularidad *ob rem* constituida para su inscripción? Civilmente, los autores —DÍEZ-PICAZO, AMORÓS...—, al analizar la oportunidad de esta figura dentro del campo de la propiedad horizontal, muestran su opinión favorable, tomando por fundamento la existencia de una causa legítima, sobre todo, como solución para resolver el problema de los garajes —v. DÍEZ-PICAZO. Registralmente, asimismo, se pondera su justificación por idéntica o parejas razones, surgiendo el tema de la reducción de esta institución a sus justos límites. Esto es, de definir los supuestos jurídicos en que cabe o es oportuna la aplicación de la figura. Y todo, en suma, parece depender de la accesoriedad del elemento vinculado y del destino estatutariamente previsto: un finca al servicio estatutario de otra.

DÍEZ-PICAZO (87), analizando la problemática de la propiedad horizontal —elementos comunes, elementos privativos— y la especial vinculación que este régimen crea, extrae como doctrina general la posibilidad de reconocer en nuestro derecho titularidades *ob rem*, fundadas en causa «suficiente» —finalidades económico-sociales—, por analogía con las recogidas como tales en la ley, y en el caso concreto de los garajes procomunales —titularidad conjunta de una cuota del garaje y de una vivienda o local—, su conveniencia. TIRSO

CARRETERO (91), no se muestra muy favorable a esta solución, al comentar un caso concreto de titularidad *ob rem* entre una cuota de garaje y una vivienda, como veremos. Pra él el problema radica en el vacío legal que supone el que nuestra legislación no reconozca abiertamente la copropiedad comunal. AMORÓS GUARDIOLA (92), sin embargo, propugna la idoneidad de esta figura para resolver el problema de los garajes dentro de la propiedad horizontal, al atribuir al local un destino unitario de naturaleza procomunal en servicio de los propietarios de las viviendas que los propios estatutos recogen, dando cauce jurídico a la realidad social (pág. 719). PONS y DEL ARCO (35, pág. 221), argumentan la defensa de esta vinculación en los artículos 4 y 5 de la LPH, en la inexistencia de norma prohibitiva de la misma —LPH, Cc—, y en la calificación del pacto no como una prohibición de disponer sino simplemente como una regla estatutaria.

La jurisprudencia registral, razón última de la polémica, ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en distintas ocasiones. Las Resoluciones de 4-11-1968, 20-12-1973, 19-12-1974, 9-1-1975 (95) y 3-9-1982, sirven de testimonio. Tres de ellas se ocupan de supuestos en que no cabe tal vinculación (4-11-1968, 19-12-1974 y 9-1-1975), y las dos restantes (20-12-1974 y 3-9-1982), del caso contrario. Los supuestos favorables se apoyan en el destino unitario y la relación de servicio que se establece entre las viviendas y el garaje contenido en los estatutos, y los negativos en la ausencia de pacto. La Resolución de 1982 declara —considerando cuarto: «...la admisibilidad de las “titularidades *ob rem*” no puede ser cuestionada en nuestro sistema, dado el juego de la autonomía de la voluntad, igual que sucede con las servidumbres voluntarias —art. 536 del Código civil— como antes se indicó la relación física entre los inmuebles o correlación de destino, por su necesidad, utilidad o comodidad inclusive, justifica la conexión de titularidades entre ellos, y aunque las fincas no estén consideradas en un mismo plano, ya que por su importancia y respectivo destino una esté al servicio de la otra, lo mismo procederá con la titularidad de los derechos entre una y otra» (97).

Extractando la doctrina de la DG, los requisitos de la inscribibilidad de los pactos que entrañen vinculación *ob rem* de dos o más titularidades sobre los respectivos elementos independientes, son tres y son interdependientes: 1.º Que las fincas que se vinculen pertenezcan a uno o más edificios divididos en régimen de propiedad horizontal. 2.º Que exista causa legítima y destino común, tal como la relación de servicio de un elemento respecto de otro destino común y comunitario dentro del expresado régimen. 3.º Que dicha titularidad *ob rem*, causa y destino se contengan en los estatutos o, mejor aún —que es lo mismo—, en el título constitutivo de los regímenes afectados. Esta última prevención, la necesidad de su constancia en el propio título constitutivo, ha sido requerida por la Resolución de 1982, por entender que su establecimiento excede «del contenido propio de los Estatutos». Prevención que muestra la importancia excepcional de esta vinculación, y que hace necesario que se destaque con claridad su establecimiento (93).

El primer requisito se sustenta en el carácter de prohibición de disponer que entraña su establecimiento, contrario a los principios generales inmobiliarios de libre disposición y circulación de los bienes —arts. 348 del Cc y 27 de la LH—, y en la naturaleza personal de esta «obligación de no disponer» por separado de dos inmuebles, que reconoce la Resolución de 4-11-1968 (92, pág. 37). El carácter extraordinario de esta figura y su ubicación dentro del título constitutivo de la propiedad horizontal, permiten hacer tal afirmación —si ni siquiera es posible la vinculación extraestatutaria de dos elementos independientes, menos aún lo será entre dos fincas plenamente autónomas (96). La Resolución de 20-12-1973

alude a la limitación institucional que esta figura supone, dentro de esta propiedad especial —arts. 3 y 4—, y fuera del régimen ordinario de los derechos dominicales.

El segundo de los requisitos apuntados —causa legítima y destino común—, se extrae del fundamento de su propio reconocimiento doctrinal y jurisprudencial. Las Resoluciones de 20-12-1973 («...al establecer el *destino exclusivo* del sótano para aparcamiento de automóviles o garaje cuyo uso y aprovechamiento corresponde única y exclusivamente a las catorce viviendas, se confiere el carácter de elemento pro-común a dicho sótano...») y 3-9-1982 («...debe existir, como *causa económica* y a la vez *jurídica* que justifique esta conexión, una cierta relación de destino, dependencia o *accesoriedad* e incluso de *servicio*...») así lo reconocen. Es importante tener siempre presente que el destino común de las fincas debe implicar o añadir necesariamente un destino comunitario (ver Res. de 19-12-1974, que niega la inscripción, a pesar de establecerse una unidad inseparable entre las dos fincas). Causa y destino que deben resultar claramente —no quiero decir formalmente— del documento, puesto que si se vinculan las viviendas de la planta baja a las de la primera planta, sin decir el título nada más, la aplicación de esta doctrina sería muy problemática, o inaplicable. Una cosa es un elemento procomunal, otra una titularidad *ob rem*, y otra distinta una comunidad funcional: su posible concurrencia sobre un mismo objeto no las desvirtúa. Al menos deberá expresarse que el destino es comunitario, estatutariamente articulado —al servicio de la comunidad, sea de toda o de una parte. El carácter procomunal fue el fundamento de la inscripción del título en la Resolución de 1973, a pesar de que sólo se habla de uso y no de cuotas. Queda claro en la misma que en el edificio además de las catorce viviendas, existen otras —la número ocho—, y no si existen locales comerciales. Admite, pues, la DG elementos procomunales establecidos en provecho de determinados del inmueble (a efectos de la tesis de POVEDA: el elemento procomunal es un elemento común accidental. Si es un elemento común, la titularidad *ob rem* resulta del propio régimen de la propiedad horizontal, y no es necesaria su formulación expresa. Ahora bien, la titularidad de todos los propietarios sobre el elemento procomunal, aunque el uso se atribuya a catorce de ellos —punto oscuro de la Resolución—, a menos que se entienda que se trata tan sólo de una adscripción de uso unida a cada vivienda) (98).

El tercero de los requisitos es resultado de los primeros —todos integran uno: pacto estatutario dentro de la propiedad horizontal por razón de un único destino. La Resolución de 19-12-1974 (92), basa su decisión en que no se trata de un pacto estatutario («...no cabe aplicar aquella excepcional doctrina —la de la Res. de 1973— a un supuesto diferente para el que fue dictada...»: pág. 716), como lo prueba el que en la regulación «meticulosa y detallada» de la planta de garaje que contienen los estatutos nada se establece al respecto (pág. 717).

Otra cuestión es la del ámbito de estas titularidades reales: ¿cabe vincular elementos que no sean viviendas y garajes? Entendemos que sí, que cabe la aplicación analógica a aquellos casos en que concorra idéntica razón o causa. Pueden ser elementos accesorios, los trasteros, los locales destinados a piscina o zonas de expansión comunitaria..., y principales, las viviendas y locales. La relación de dependencia dependerá del destino comunitario y del caso concreto, ya que puede admitirse que un local —vestuarios, servicios— sea accesorio de las plazas de garaje independientes.

En la Resolución de 3-9-1982, que consolida la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, se vuelve a plantear el tema del acceso según destino, y la posibi-

lidad o imposibilidad de que un elemento privativo de un edificio tenga su entrada por otro, perteneciente a distinto edificio, y lo que es más, que un local situado en éste se destine —así lo expresa su descripción— al servicio de un departamento independiente de una comunidad extraña, teniendo en cuenta que no estamos en presencia de un complejo inmobiliario. En principio, causa legítima o suficiente parece existir, pero desde el punto de vista de la dinámica del dominio, podrá ocurrir que el propietario del local de servicio —rampa— lo transmitiese a un tercero, y que la comunidad en que se ubica, a instancias de éste, acordase por unanimidad cambiarle de destino. ¿Qué ocurriría, pues, con el local de garaje que accede a través de él? Obviamente, quedará en situación de no desarrollar su fin, o hacerlo de una forma más limitada. Los propietarios del mismo no tienen ningún derecho sobre el otro local —partimos del presupuesto de que el garaje tiene acceso independiente a la calle o a través de un elemento común de su propia comunidad, y no sólo a través de la rampa (99). Por otro lado, si el fundamento de la DG es el carácter procomunal —«pro-común» decía la Res. de 1973— de los dos elementos vinculados, el concepto, ahora, de procomunidad se expande, saliéndose del propio edificio donde radica el departamento, y se refuerza, a un tiempo, al ubicarse dentro de los títulos constitutivos respectivos (100). La unidad del inmueble quiebra: ¿qué ocurriría si se extingue el régimen de propiedad horizontal sobre uno de ellos por cualesquiera causas?, ¿deben excluirse las voluntarias?, ¿tienen derecho a indemnización los titulares del local principal por no poder cumplir su destino, o basta con la participación en el solar que como propietarios del accesorio les corresponde...? Quizá reste entender que si el fin deja de cumplirse, no pasa nada extraordinario —igual que si una servidumbre predial cesa por imposibilidad.

Esta resolución suscita, desde otra perspectiva, con carácter perentorio, la insuficiencia advertida por CARRETERO en la de 1973 (91), la necesidad de atribuir a los titulares del elemento principal no ya el uso, resultado del dominio, sino clara y puntualmente una cuota de participación indivisa sobre el local accesorio. No se va a practicar la inscripción a favor de quien tenga el derecho de uso —arrendatario, usufructuario...— o simplemente el uso —precarista— sobre esta finca por ser titular de la otra. La proporcionalidad y la cuota de titularidad, en este caso, sí resultan de la escritura.

14. Cláusula por la que se confiere el carácter procomunal a un elemento privativo o común

Finalmente, y para acabar con el sucinto estudio de algunas cláusulas estatutarias de la propiedad horizontal en su relación con el Registro de la Propiedad, esto es, desde la óptica de su eficacia real, nos ocupamos ahora de los elementos procomunales.

Resulta extraordinario advertir cómo un solo artículo, y particularmente el último inciso del mismo, ha podido ser suficiente para romper con el régimen ordinario de la comunidad de bienes y llenar las secas lagunas que el paso del tiempo —veintinueve años— va descubriendo en el estrecho cauce de la Ley de Propiedad Horizontal. Nos referimos, como es obvio, al artículo 4 del texto de 21 de julio de 1960. Este artículo contiene tres disposiciones —imperativas— sobre la acción de división (101) establecida en el Código civil: 1.^a La propiedad horizontal no cesa por el ejercicio de la acción de división (es más, añadimos, puede ser resultado de ésta —art. 401-2.º del Cc). 2.^a La comunidad

ordinaria sobre un elemento independiente —«piso o local determinado»— si puede extinguirse por su ejercicio. 3.^a La acción de división tampoco es aplicable proindivisión —condominio ordinario— establecida sobre un elemento privativo —entendemos— «de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios». Contiene, pues, una regla general y dos excepciones sucesivas, siendo la regla general una excepción al régimen ordinario, y la excepción, que, a su vez, se excepciona, es la regla general en materia de comunidad. Regla general: la propiedad horizontal es indivisible; es decir, la vinculación jurídica entre los elementos susceptibles de propiedad separada —privativos— y los que para posibilitar su ejercicio —comunes—, son objeto de comunidad, esto es, el grado de dependencia entre ambos es tal que en ningún caso procede la acción de la división. Son necesariamente, y por necesidad física, inseparables. Excepción: la comunidad ordinaria sobre un elemento privativo se extingue por ejercicio de la acción de división —art. 400-1.º Cc. O sea, la propiedad separada sigue el régimen general, con la traba de que su intensidad con los demás supuestos no es total, en cuanto el condominio necesario anejo —único medio de hacer realidad la abstracción «dominio separado»—, puede imponer la venta en subasta de la finca por no ser y sí resultar indivisible, con independencia de su destino, al no autorizar la junta de propietarios por unanimidad la división propuesta. En cualquier caso, cabe el ejercicio de la acción, que es lo que ahora importa. Ahora bien, esta excepción tiene una limitación que la excepciona: no procede la acción de división si la comunidad sobre el elemento privativo se estableció «de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios». Nace el concepto de elemento procomunal, y en derredor del mismo, los de titularidad *ob rem* y comunidad funcional, consagrando la jurisprudencia hipotecaria la existencia de comunidades «ordinarias» permanentes, sin recalar en la propiedad comunal (103).

Al elemento procomunal le cualifican dos características esenciales: 1.^a *Es un elemento privativo* —con su cuota y todo; no es una superficie determinada susceptible de aprovechamiento independiente, no es un anejo. Y ello porque el inciso primero del segundo párrafo del artículo 4 habla de «piso o local determinado», y piso o local determinado sólo es un departamento independiente. Si fuera un elemento común, no cabría ejercitar la acción de división, según establece el primer párrafo, y éste así, resultaría contradictorio con el segundo. Además, el párrafo segundo, inciso primero, se refiere expresamente a «cada propietario *pro indiviso*» de un «piso o local determinado» y «circunscrita al mismo». La acción se ejercita en caso de condominio ordinario sobre un elemento en propiedad separada. 2.^a *Es un elemento privativo en comunidad voluntaria y permanente* para servicio o utilidad común de todos los propietarios, y precisamente, por razón de ese destino, servicio o utilidad común, no es susceptible de división. Es funcionalmente indivisible. La división supone hacer inservible el objeto para el destino comunitario que sirve. La división sólo puede tener lugar una vez que se altere ese destino. No se trata de una comunidad incidental —involuntaria—. No cabe la venta en pública subasta o la adjudicación, previo acuerdo, a uno de los comuneros. Estamos ante una comunidad ordinaria —romana— (102) permanente que sirve un destino protegido por el ordenamiento jurídico. Es un elemento afecto a un destino, que hace necesaria la previa desafectación —acuerdo— para circular en régimen ordinario. ¿Es ese destino común o comunitario?, ¿quién concede el carácter procomunal?, ¿qué efectos produce, fuera ya de la indivisibilidad?, ¿se desnaturaliza el carácter privativo?, ¿debe constar el destino en los estatutos..?

Recogidas ya algunas de las opiniones doctrinales más relevantes, conviene destacar ciertos aspectos, a la vista de la jurisprudencia: 1.º El elemento procomunal, en sentido estricto, nace de un pacto estatutario (RR de 4-11-1968, 20-12-1973 y 19-12-1974). 2.º La procomunalidad extraestatutaria da lugar a una comunidad funcional (RR de 18 y 27-5-1983 y 20-2-1989). 3.º El deslinde entre ambas figuras no presenta la nitidez que quisiéramos: en ambos casos su origen —comunidad de «intento, voluntaria y permanente»—, efectos —indivisibilidad, ausencia de tanteo y retracto—, amparo legal —art. 4— y objeto —garaje. Solamente cambia, y es de destacar, su situación institucional: la procomunidad obedece a un destino comunitario y como tal forma parte, como cláusula de afectación, de los estatutos, y la comunidad funcional proviene del destino común que los condueños de un elemento privativo le otorgan a éste de común acuerdo —unánime. La distinción surge, pues, indudablemente de su carácter, estatutario o extraestatutario, y es lo suficientemente operativa como para determinar un régimen jurídico diferente (107). La comunidad funcional, además, se separa del elemento procomunal en su ámbito de actuación, que se extiende fuera de la propiedad horizontal. Efectivamente, la Resolución de 18-5-1983 se pronuncia sobre un supuesto en que el objeto común no está dividido horizontalmente (108). 4.º El elemento procomunal puede estar al servicio de toda la comunidad o de determinados propietarios, derivando de esta situación su titularidad. Si ésta recae en todos los propietarios, estaremos ante un elemento común accidental, sin perjuicio de que su uso se restrinja a algunos de ellos (Res. de 19-12-1973: titularidad *ob rem* de todos, como cualquier elemento común, y uso exclusivo de algunos —104). Si la titularidad se atribuye a un número determinado de los condueños del edificio, y se fija una cuota de titularidad, la de uso vendrá implícita en ésta. 5.º La procomunidad sólo tiene lugar dentro de un solo régimen de propiedad horizontal, no entre edificios independientes contiguos o distantes —utilidad— (105), entre éstos se da la comunidad funcional y la titularidad *ob rem*, se reconozca o no el destino comunitario dentro de los correspondientes estatutos. 6.º Al amparo legal de estas situaciones —elemento procomunal, comunidad funcional, titularidad *ob rem*— es siempre el mismo, el inciso final del artículo 4 de la LPH (106).

De lo anterior, del desarrollo jurisprudencial del artículo 4, resultaría el siguiente esquema:

— *Titularidad «ob rem»*: debe constar en el título constitutivo de la propiedad horizontal (RR de 4-11-1968, 20-12-1973, 19-12-1974 y 3-9-1982).

— *Elemento procomunal*: destino comunitario establecido en los estatutos (RR indicadas, particularmente las de 1973 y 1974):

— Elemento procomunal *general*.

— Titularidad: todos los propietarios que integran la junta.

— Uso: todos o algunos propietarios determinados.

— Carácter de la titularidad: *ob rem*, como la de cualquier elemento común (accidental).

— Elemento procomunal *especial*.

— Titularidad: los propietarios que se especifican.

— Uso: los titulares en proporción a sus cuotas.

- Carácter de la titularidad: según se configure. Ordinaria —los condueños conservan la libre disposición de la cuota, con la limitación que supone el destino comunitario, y la ausencia de la acción de división y los derechos de preferente adquisición. *Ob rem* —RR de 1973 y 1974, el poder de disposición del elemento accesorio pasa al titular del elemento principal, y sólo es posible la disposición, voluntaria o forzosa, conjunta— (109).

— *Comunidad funcional*: destino común y extraestatutario (RR de 18 y 27-5-1983 y 20-2-1989). Cotitularidad y uso correlativo (107).

La comunidad funcional

El nuevo concepto de comunidad funcional, consecuencia de la evolución jurisprudencial que puede advertirse en esta materia (110), presenta, no obstante, unos caracteres definitorios bastante problemáticos. Son estos caracteres, el establecimiento de una comunidad permanente —«de intento»— con un destino específico y la adscripción habitual a las cuotas indivisas —que componen el condominio— del uso exclusivo y excluyente de una porción determinable de espacio físico del local en comunidad. El carácter permanente de la comunidad nace de la necesidad de hacer posible su destino común, y la adscripción de uso deslinda un doble ámbito del ejercicio de las facultades dominicales, siendo los comuneros titulares de una cuota sobre el todo, de una porción ideal —cuota de titularidad—, y ésta se concreta, en contradicción a su esencia —clásica—, sobre un espacio delimitado —cuota de uso—. El ámbito objetivo de la institución se desdobra —o se pretende desdoblar—, dando lugar a una fórmula compleja, donde conviven simultáneamente dos objetos de tráfico jurídico indisolublemente ligados, de tal suerte que el que carece, en puridad, de autonomía, cualifica la relación jurídica. La cuota de uso concretada sobre un objeto dependiente —a veces ni se deslinda frente a tercero, siendo un solo número, oculta su ubicación física—, se reviste de tal fortaleza que la cuota de titularidad se difumina, sirviendo exclusivamente de caparazón formal, y de justificación jurídica. Sin embargo, esta pretensión en que equivocadamente —por ignorar la trascendencia jurídica de la adscripción— se fundamenta —carácter exclusivo y excluyente—, adolece de ineficacia frente a tercero, y una vez que se acuerde la extinción de la comunidad, es más que dudoso que un comunero pueda oponer a otro —a efectos de adjudicaciones, previa división— la titularidad «dominical» del espacio que usa, y que no quepan recursos judiciales —por ejemplo, como señalábamos, la falta de proporcionalidad entre ambas cuotas. La exclusividad de la atribución no pasa de ser una regla de administración interna, pese a la publicidad registral y a los visos de propiedad que presenta este negocio indirecto para los titulares de las cuotas.

El carácter permanente de la comunidad, por otro lado, y la exclusión que supone de la acción de división y de los derechos de preferente adquisición, fuerzan, asimismo, un giro de noventa grados dentro de la comunidad de bienes, su doctrina y jurisprudencia. Hasta ahora, el que la cosa común resultase indivisible por razón de su destino, no daba lugar a permanencia alguna de la comu-

nidad —arts. 400, 401 y 404 Cc. Aunque, con todo, lo que nos parece más inadmisable es la eficacia que aparentemente se quiere reconocer en la adscripción de uso.

La comunidad funcional como comunidad permanente se sustenta —para la DG— en el desarrollo de los artículos 392, 400, 401 y 1.255 del Cc, y en la adaptación de las normas contenidas en la LPH a una nueva situación —aquí vendría a encajar el art. 4—, la de los garajes en comunidad. Pero lo curioso del caso es que la única resolución que se refiere al Derecho común no entra a estudiar este tipo de comunidades («...sin prejuzgar ahora sobre el preciso alcance jurídico de este acuerdo en las relaciones entre los copropietarios y sus posibles adquirentes...» —111). Veamos la evolución jurisprudencial.

Las Resoluciones de 18 y 27-5-1983 admitieron la constitución de sendas comunidades funcionales sobre dos inmuebles sitos en territorio de Derecho foral y sujetos a un régimen jurídico distinto. La Resolución del día 18 se refiere a un edificio unitario y la del día 27 a otro dividido horizontalmente. Recogen la que podríamos denominar comunidad funcional navarra. Y, hace algunos meses, la Resolución de 20-2-1989 extiende la expresada figura, directamente en su reflejo registral e indirectamente en su fundamentación jurídica, al Derecho común y dentro de la propiedad horizontal.

El supuesto de hecho de la Resolución de 18-5-1985 es el siguiente: el propietario de un local comercial subterráneo destinado a garaje, constituye una comunidad sobre el mismo, al tiempo que transmite cuotas indivisas del mismo, y señala el régimen jurídico de la comunidad, de tal suerte que por razón de su especial naturaleza —la atribuida— no serán de aplicación la acción de división y los derechos de tanteo y retracto. El Registrador, por su parte, deniega la inscripción de ese especial régimen, por contravenir los artículos 372 y 374 de la Compilación del Derecho civil de Navarra, y los artículos 400 y 1.522 del Cc, como supletorios.

El Notario recurre, pues estima que esta «comunidad funcional, organizada y permanente», ante la ausencia de disposiciones en la LPH sobre garajes en comunidad, tiene amparo normativo y doctrinal en el principio jurídico de *paramiento fuero vienze*, en la Ley 371 sobre comunidad —prevalece la voluntad privada sobre la Compilación—, en la realidad que muestra la existencia de comunidades «atípicas» en Navarra, en la distinción entre comunidad funcional y comunidad incidental, y entre comunidad por cuotas y comunidad *pro indiviso*, en base a su destino, duración, origen y organización, indivisión y ausencia de retractos (art. 401 Cc), y que acerca la funcional a la sociedad, a modo de «comunidad social».

El Registrador, en su informe, señala que la comunidad que contiene el documento presentado es una comunidad *pro indiviso* de tipo romano, de origen convencional (112), y dotada de un régimen pactado para regular las relaciones internas entre condueños; que la comunidad no se desnaturaliza por singular denominación; que la exclusión de determinados derechos así lo patentizan, si fuera una comunidad especial no hubiese sido preciso; que el principio de libertad contractual —arts. 371 de la Compilación y 392 del Cc— tiene sus límites, y entre ellos, el interés público que predomina en materia de derechos reales, siendo criterio generalizado la inadmisión de figuras atípicas; y que la comunidad de garajes no está legalmente reconocida como comunidad especial e indivisible, a diferencia de otros supuestos en que las leyes forales así lo hacen (Ley 274: «la comunidad *pro indiviso* es en cualquier momento divisible», principio de orden público en la doctrina histórica y actual. Norma que no admite más excepción

que la expresada por la Ley 374); y, finalmente, que los efectos que se persiguen podían haberse logrado de forma directa, mediante la división horizontal del edificio.

El Presidente de la Audiencia, por su lado, revoca la nota por Auto, haciendo hincapié en el carácter dispositivo de los derechos de retracto y de división de bienes, y la posibilidad de la indivisibilidad permanente de la propiedad *pro indiviso* —Ley 374— (113).

Y la Dirección general resuelve, el 18-5-1983, revocando la nota, sin entrar en el intento de adaptación de las normas de la LPH que se deduce de la escritura, por no haberse planteado dentro del recurso —¿qué hubiese ocurrido entonces?— (114), y reduciendo éste a la admisibilidad de la figura en Derecho navarro, que entiendo posible, en base a las Leyes 7, 8, 371, 372, 373 y 374, y a la realidad social de nuestra época, necesidad a la que atiende la constitución de esa comunidad funcional sobre el garaje. Las Leyes 7 y 8 recogen el principio de libertad civil —las leyes se presumen dispositivas. La Ley 371 el régimen de fuentes, en materia de comunidades regirá: el título de constitución, y, en su defecto, los usos y costumbres y las disposiciones de la propia Compilación. La 372, en cuanto a la exclusión del retracto, se remite al Código civil, y éste permite tal exclusión conforme a los artículos 392 y 1.255 (115), dado que su fundamento es distinto al de otros retractos legales —enfiteútico, arrendaticio—, llegándose al mismo resultado en Navarra por virtud del principio de libertad civil. La Ley 373, al ocuparse de la proindivisión, «autoriza a los titulares a modificar mediante convenio el régimen de la comunidad, que valdrá entre ellos como contrato de sociedad, disposiciones todas que no suponen más que un desarrollo del principio de libertad civil» (Considerando quinto). La Ley 374 declara la validez del pacto temporal de indivisión hasta un máximo de noventa y nueve años, y que, asimismo, la indivisión, salvo que se declare judicialmente su inoperancia por falta de utilidad (Considerando sexto). Finalmente, la exclusión de la acción de división se apoya (Considerandos séptimo, octavo y noveno) en la posibilidad de establecer unilateralmente una comunidad atípica de carácter duradero para dar salida a un problema objetivo, el cumplimiento de la finalidad o destino común que se persigue, ya que otra cosa supondría la destrucción de la comunidad «realmente querida»; naturaleza ésta que incluye la comunidad funcional dentro de las comunidades especiales que regulan la propia Compilación, creando una situación que es coincidente con otras comunidades —comunidad facedera—, y particularmente con la propiedad horizontal, respecto de cual no oculta su semejanza.

De la anterior doctrina, confirmada por la Resolución de 27-5-1983 —que se remite a aquélla—, resulta que la comunidad funcional es una comunidad atípica y como tal excepcional, que resuelve un problema muy concreto —los garajes en comunidad—, y que se ampara en la libertad civil navarra, sin que sea oportuna su extrapolación al Derecho común, donde no rige este principio, con la no aclarada salvedad de la semejanza que guarda con la propiedad horizontal, cuya ley reguladora es de ámbito nacional. Comunidad funcional que opera tanto dentro —Res. de 27-5-1983— como fuera de la propia propiedad horizontal, sin que su establecimiento sobre un edificio suponga fraude de ley, al no aplicar la LPH, eminentemente imperativa. Y siendo su tendencia extensiva a cualquier situación dentro del Derecho común, como lo prueba la Resolución de 20-2-1989, que admite la figura dentro de la propiedad horizontal, y hace previsible que su doctrina se aplique a cualquier finca rústica o urbana, se trate de garajes o de cualquier otro destino común que predique permanencia. Como decía el

Registrador, en la Resolución de 18-5-1983, la exclusión expresa de dos notas características típicas de la comunidad ordinaria —acción de división y retracto—, hace pensar que se está partiendo de ésta y no de otra figura especial. En definitiva, la comunidad funcional y la doctrina en que se sustenta se haya pendiente de la reválida del TS, y más si tenemos en cuenta que la DG no ha resuelto —por no ser materia de recurso— el problema de la voluntaria postergación de la LPH, para edificios unitarios, y de la subdivisión horizontal, para las adscripciones de uso. La comunidad funcional y dichas adscripciones viven pendientes de que una sentencia declare su nulidad (116). Su reflejo registral, y su eficacia *erga omnes*, son un primer paso de esa «vis» expansiva, pero la nulidad es un peligro que acecha, y su aplicación a diversas aplicaciones, distintas de los garaje en comunidad, acentúa la problemática. Sólo queda que el TS coincida con estos postulados, cuando un tercer adquirente de una cuota requiera ejercitar el retracto o la acción de división —no vaya a ocurrir como con la facultad de división sin autorización de la junta de propietarios, y no sea suficiente la constatación registral y la subrogación forzosa en su contenido. Sería oportuno que en los contratos de compraventa se transcribieran expresamente, al no ser una comunidad ordinaria, el especial régimen jurídico de la comunidad (Ley 26/1984 de Defensa de los Consumidores; Real Decreto 515/1989, sobre información a los adquirentes; STS de 7-2-1976, que entiende que esa facultad de autodivisión no es más que un pacto de adhesión).

La Resolución de 20-2-1989 (117), entre sus distintos pronunciamientos, contiene la siguiente doctrina sobre este punto concreto:

1. *Comunidad funcional «pro diviso»*: los copropietarios de dos locales destinados a garaje pueden constituir, sin autorización de la junta, una *comunidad funcional* entre ellos, por la que se distinguen tres *zonas* de distinto uso dentro del mismo —zona de maniobras, zona de acceso a la vía pública y zona de aparcamientos—, se adscribe a cada cuota el *uso* exclusivo de una plaza de garaje, dando a la cuota carácter indivisible y de libre disposición, se excluye la acción de división y el retracto de comuneros, y se constituyen servidumbres de paso entre las distintas zonas —se trata de dos locales independientes.

Apuntada ya la concepción genérica sobre esta nueva figura, sólo nos es posible resaltar ahora la *limitada* transcendencia que la DG concede a la eficacia *inter partes* y *erga omnes* de la misma, pronunciándose exclusivamente sobre la necesidad de que su establecimiento requiera o no acuerdo unánime de la Junta de Propietarios. Accede, pues, al Registro el estatuto jurídico de una comunidad especial, sin declaración alguna de su virtualidad operativa o eficacia. Algo así como si lo incontrovertiblemente inscrito fuera únicamente la comunidad romana, sin perjuicio de la nulidad, anulabilidad o intrascendencia de los pactos cualificadores que la acompañan: permanencia según destino —exclusión de la acción de división y de los derechos de preferente adquisición—, división intelectual del objeto en tres zonas físicamente deslindadas, cotitularidad solidaria sobre el mismo —agrupación de hecho—, libre transmisibilidad de las cuotas indivisas unidas indisolublemente a las respectivas plazas de garaje —aprovechamiento limitativo por razón del uso— (120). Algo así, decimos, como si estuviéramos ante una pseudopermanencia, una pseudodivisión, una pseudoagrupación y un pseudodominio sobre cada plaza de garaje. Para conseguir un único fin —la propiedad separada de la plaza de aparcamiento—, en el concepto vulgar del usuario (118), se esquivo toda intervención de los restantes propietarios del edificio. No va a ser necesario su concurso porque la agrupación

y la posterior división física del objeto, se evita jurídicamente, dejando a un lado las leyes de propiedad horizontal y fiscales (119).

En cualquier caso, la resolución entiende que la figura es inscribible, tomando por principio general el dominio preeminente del elemento privativo sobre la situación de comunidad horizontal, siendo más fuertes los lazos creados entre los condóminos de la propiedad separada que los que establece la propia Ley entre los comuneros del edificio (Considerando segundo: «...la ineludible interdependencia objetiva y recíprocas limitaciones derivadas de la unidad física del edificio en su conjunto, no se opone, en sede de utilización de los elementos privativos, al mantenimiento de los principios informadores del derecho de propiedad...» —tomado por esta resolución de la de 12-12-1986. Considerando cuarto, párrafo segundo: «...este acuerdo —adscripciones de uso— ...se contrae al ámbito jurídico definido por la propiedad separada sobre cada uno de los dos locales...»). Y tan genérica afirmación trae como consecuencia, ya que no se destaca suficientemente el que se trate de un supuesto concreto —garaje en comunidad—, la extensión del ámbito de esta institución a cualquier situación de comunidad, exista o no división horizontal. Si la razón de ser son los principios de autonomía de la voluntad y de libre disposición de los bienes sobre el departamento independiente de un edificio en régimen de propiedad horizontal, no cabe la menor duda que a más y mejor se podrá llegar cuando el objeto carezca de limitación institucional. Damos, en definitiva, carta de naturaleza a una institución carente de firmeza y autonomía jurídica (121).

2. Adscripciones de uso: no implican subdivisión y, en consecuencia, están eximidas del requisito de la aprobación por la junta de propietarios.

Examinados con anterioridad los distintos aspectos sustantivos y formales de estas novedosas adscripciones de uso, el tema se centra en el análisis del cuarto considerando de la Resolución comentada, que, como hemos advertido, en su segundo párrafo se circunscribe a destacar la inalterabilidad sustantiva del régimen jurídico aplicable a los dos locales destinados a garaje, descartando entrar en la procelosa cuestión de su eficacia. Las adscripciones de uso no implican «una auténtica subdivisión que —modifique— el título constitutivo». La cotitularidad comunitaria no presenta rasgo distintivo alguno determinante de la intervención de los restantes propietarios del edificio. Luego tales descripciones no suponen una alteración numérica en la composición de la Junta, ni producen efectos frente a tercero, o, mejor dicho, frente a esos terceros. Su establecimiento se ubica en el régimen interno de utilización de un elemento privativo. No estamos ante una titularidad *ob rem* ni ante un elemento procomunal. No es necesaria su previa concepción dentro de los estatutos o del título constitutivo —a diferencia de los que entendió el Registrador— (122). Las adscripciones pueden establecerse, pues, en cualquier momento por el propietario único del local, al tiempo que constituye o no una comunidad funcional, y como quiera que las enajenaciones pueden ser sucesivas o simultáneas, esta situación nacerá en el primer caso antes de que haya cualquier otro comunero y finalizará sin la paulatina intervención de los condóminos sucesivos. El propietario único originario que decidió adscribir es la persona capacitada para ir creando la comunidad a medida que va enajenando cuotas, y adscribiendo la superficie todavía no vinculada a cuota alguna. Se trata de una comunidad muy especial, en su origen presenta analogías con la constitución del régimen de propiedad horizontal por propietario único. Los recién venidos comuneros no intervienen para nada, de tal suerte que la comunidad funcional se va creando de hecho: al circunscribirse con tan notable solidez la cuota al uso de determinada plaza, ellos no deben

opinar acerca del restante espacio físico acotado (123). La razón es muy sencilla, la adscripción carece de eficacia alguna, sólo la tolerancia de los comuneros presentes permite que se sigan localizando nuevas plazas. Por eso tiene razón la DG, el acto no implica subdivisión: es inoperante.

Quizá no estuviera de más esa prevención estatutaria, ese implicar indivisión material o subdivisión de uso. Y lo decimos por los confiados adquirentes de plazas de garaje que entienden que compran una plaza definida en pleno dominio, y reciben una cuota: ya que, si los garajes son problemáticos dentro de la convivencia ordinaria de una comunidad, más lo será si la titularidad pretendida es distinta de la adquirida.

En definitiva, pues, las adscripciones de uso en nuestro sistema, dada su falta de regulación, son resultado bien de la constitución expresa de una comunidad funcional que impone la indivisibilidad cuota-plaza de garaje, bien del libre ejercicio del derecho de disposición de la propia cuota, en cualquier momento y a instancia tanto del vendedor como del comprador, lo que supone la plena autonomía de la voluntad en la creación de esa situación fáctica de comunidad funcional, discriminatoria del régimen jurídico y registral de cada cuota (124). Si el titular libremente en la transmisión de las cuotas manifiesta *unilateralmente* la adscripción de uso que ésta lleva consigo, se abrirá folio separado de la misma, y si nada dice, se practicará la inscripción en la matriz —finca común. De esta forma se patentiza la inoperancia de esa manifestación unilateral, que no tiene en cuenta el acuerdo previo de todos los comuneros y sólo la posesión, o que si lo tiene no está inscrito en el Registro. La controversia judicial está servida. La adscripción o implica subdivisión, o crea una apariencia de titularidad duradera contraria a su esencia normativa, y más cuando no procede el pacto expreso. De esta manera, la subdivisión jurídica se impone como una necesidad, por analogía con la situación que crea la propiedad horizontal, por la apariencia de propiedad separada de cada plaza que atiende —único destino jurídicamente protegible—, y por imperativo de la unicidad del tratamiento jurídico de toda la comunidad de garaje.

3. Modificaciones que no afectan al título constitutivo: no es necesario del acuerdo unánime de la Junta de Propietarios de una comunidad para destinar —destino no expresamente prohibido— dos locales comerciales a garaje, establecer una comunidad funcional y servidumbres entre los elementos privativos, sin repercusión alguna sobre los demás elementos privativos y comunes, ni sobre la organización y funcionamiento de la comunidad.

Fuera ya de la virtualidad de la modificación de los elementos comunes —puerta inaccesible o «impracticable», ausencia de pared divisoria— (125), que queda en un campo estrictamente judicial —recurso de la Junta o de los restantes copropietarios del edificio—, del fraude de ley que puede suponer, asimismo, la constitución de un régimen atípico sobre dos locales, evitando en todo caso el acuerdo unánime de la Junta y persiguiendo el mismo fin que otras figuras típicas —agrupación y subdivisión horizontal—, nos interesa ahora centrar el tema en la agrupación de hecho y en la titularidad unitaria sobre ambos locales, ya que del recurso no resulta otra cosa. Es decir, la existencia de una doble cuota indivisa en condominio —una por local independiente— que lleva en sí la cotitularidad sobre las servidumbres establecidas —cosa propia, servidumbre entre dos fincas con independencia de sus titulares— y la cuota indivisible de uso de una plaza de garaje.

La agrupación de hecho por razón de destino que en este caso tiene lugar supera con creces la singularidad de la agrupación «impropia» que reconoce la

Resolución de 27-5-1983. La relación jurídica que la comunidad funcional crea sobre los dos elementos privativos excede y excepciona la artificiosa fórmula que se ensaya en 1983, dando lugar, desde su aspecto sustantivo a situación de *facto* idéntica a la agrupación, y a una novel permuta jurídica de uso, servidumbre, titularidad y aprovechamiento, que arrastra una contraprestación de titularidad dominical. Esto es, la indeterminación de la titularidad de los locales, al no señalarse qué cuota pertenece a cada uno de ellos o cuál es la doble cuota indisolublemente unida, fuerza la interpretación —del recurso no resulta otra cosa— en el sentido de que el establecimiento de ese especial estatuto jurídico de la comunidad funcional constituida no afecta en ningún extremo a los restantes propietarios del edificio, el resultado sí les afecta; ya que si X e Y son dueños del local primero, y Z y V del local segundo, al constituir la comunidad sobre los mismos por razón de destino y establecer un aprovechamiento determinado sobre el objeto total resultante, de tal suerte que su utilidad y servicio siempre va a venir referida a su situación física y jurídica unitaria —son tres las zonas deslindadas en el local resultante—, la operación que se realiza trae como consecuencia una permuta del contenido jurídico de sus respectivos derechos y la creación de un tipo de servidumbre que tan sólo se ampara en la ficticia independencia registral de ambos locales —uno de los locales se destina exclusivamente, como parece deducirse del recurso, a servidumbre— y no en la titularidad. Tiene lugar una aportación de la titularidad de X, Y, V y Z a la comunidad, a cambio del aprovechamiento a obtener sobre el local que no es de pertenencia, sugiendo entre ambos una vinculación *ob rem* y una serie de servidumbres sobre cosa propia aparentes, puesto que la fortaleza de la relación jurídica es tal que sobre el local resultante de la agrupación de hecho sólo existe una única cotitularidad, una cuota única indisolublemente unida a una plaza de garaje, y para el ejercicio de ese derecho autónomo se dota de la cuota-aparcamiento de un derecho anejo sobre dos zonas accesorias —acceso y maniobras—. O sea, X titular de una mitad indivisa del local primero destinado a zonas accesorias es titular de una cuota de uso indivisible sobre el local segundo. La adscripción es impropia porque atribuye un uso reforzado con independencia de donde se sitúe la plaza —el titular de la cuota del local uno tiene la plaza en la dos—. La titularidad *ob rem* recíproca también es impropia: se da al margen del título constitutivo y los dos locales son formal y recíprocamente cosa principal y accesoria, estando supeditado uno de ellos, de hecho, al otro. Y, finalmente, se produce el problema de la responsabilidad: si X hipoteca su cuota indivisa del local destinado a servicios, hipoteca a la vez el local donde se ubica la plaza de garaje, con la particularidad de que no es propietario de éste (del supuesto de hechos no resulta que X, Y, V y Z se hayan permutado sus participaciones para quedar como titulares de la cuarta parte de cada local, y que las dos cuotas estén unidas. Tal vez ya fueran copropietarios todos de los dos locales. Habrá que distribuir la hipoteca para hipotecar las cuotas separadamente). Más aún, si conforme al artículo 68 la cuota-aparcamiento abre folio independiente, aunque se ponga nota de referencia —«segregación»— en los folios matrices de ambos locales, la titularidad *ob rem* y la agrupación serán patentes.

A nuestro juicio, pues, la exigencia de la autorización de la Junta es un requisito —ulterior o previo— inexcusable, y en base precisamente a la doctrina de la DG evacuada sobre ambas materias (v. RR de 27-5-1983, 20-12-1973, 19-12-1974 y 3-9-1982) (126).

LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS

NOTAS

- (1) GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley del Suelo*, Ed. Civitas, Madrid 1988, tomo 1, pág. 954.
- (2) Díez-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, Ed. Tecnos, Madrid 1984, volumen 1, págs. 229, 230, 546 y 547.
- (3) CASTRO Y BRAVO, F. de: *La persona jurídica*, Ed. Civitas, Madrid 1984, pág. 261.
- (4) MOZOS, J. L. de: *Derecho civil* (Método, sistemas y categorías jurídicas), Ed. Civitas, Madrid 1988, págs. 239 y ss.
- (5) CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M.^a: «Propiedad horizontal: Anotación preventiva de embargo a favor de la comunidad de propietarios», en *BCNR* núm. 246 (junio 1988), pág. 1192.
- (6) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, Ed. Bosch, Barcelona 1979, tomo tercero, volumen 2.º, pág. 6.
- (7) MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a: *Comentario al Código civil*, Ed. RDP, Madrid 1985, págs. 12 y 13, pág. 77, «... a pesar de tal distribución del uso continúan aplicándose las reglas de la comunidad, como, por ejemplo, el artículo 395, en cuanto a los gastos de conservación. El hecho de que se haya distribuido el uso no priva al comunero, al que no le corresponda, de su interés en la conservación de las cosas. Los gastos derivados exclusivamente del uso, hay que entender que se dividen del mismo modo...»; pág. 78, «... efecto frente a terceros ... Si se trata de un pacto sobre el uso que afecta al estatuto de la comunidad y configura los derechos de los comuneros (ha tenido que adoptarse por unanimidad) modificando las facultades inherentes al condominio, no parece dudoso que afectará a terceros ... si ... goza de la publicidad correspondiente, esto es, la del ... Registro de la Propiedad ...»; pág. 78, «... contratos... que ... atribuyan la facultad de usar la cosa por la parte que corresponda al otro —comunero, se entiende— a cambio de un precio... presenta la duda de si será regulado —el contrato— por las normas de los arrendamientos o deberá considerarse simplemente un convenio sobre el uso...» (STS de 12-11-1971: admite el arrendamiento entre comuneros. S. Audiencia de Badajoz de 20-1-1981: califica de acuerdo sobre la administración de la comunidad aquel por el que un comunero disfruta de toda la cosa a cambio del pago de una cantidad periódica, no de arrendamiento).
- (8) Díez-PICAZO, L.: *Fundamento de derecho civil patrimonial*, Ed. Tecnos, Madrid 1986, volumen 2, pág. 111.
- (9) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid 1988, tomo 1, pág. 553.
- (10) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid 1987, tomo 2, volumen 1, pág. 449.
- (11) BONET CORREA, J.: *Código civil con concordancias, jurisprudencias y doctrinas*, Ed. Civitas, Madrid 1987 tomo 2 (libro 2.º), págs. 137 y ss.
- (12) CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M. y F.: *Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico*, V Congreso Internacional de Derecho Registral, Ed. CEH (CNR), Madrid 1985.
- (13) MANRESA Y NAVARRO, J.: *Comentario al Código civil español*, Ed. Reus, Madrid 1976, tomo 3.
- (14) *RCDI* núm. 581, págs. 1177, 1180 y 1219.
- (15) *BCNR* núm. 250, pag. 2187; ver STS de 29-10-1987 (*RCDI* 586, pág. 1058).
- (16) *RCDI* núm. 567, pág. 488.
- (17) *RCDI* núm. 583, pág. 1892.
- (18) *RCDI* núm. 588, pág. 1683.
- (19) *BCNR* núm. 225, pág. 1704.
- (20) ROCA SASTRE/MOLINA JUNYENT: *Jurisprudencia registral*, Ed. Bosch, tomo 10, pág. 217.

- (21) *RCDI* núm. 577, pág. 1863.
- (22) *Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros*, Ed. CEH (CNR), Madrid, págs. 204 y ss.
- (23) *RCDI* núm. 583, pág. 1772.
- (24) *BCNR* núm. 249, pág. 1947.
- (25) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Ed. Aranzadi, 1983, tomo IV.
- (26) *Extracto de las Siete Partidas*, tomo 4, partida V, título XV, pág. 27 (por el Ldo. D. Juan de la Reguera Valdelomar, imprenta de la Viuda e Hijos de Marín, Madrid 1979).
- (27) *RCDI* núm. 582, pág. 1573.
- (28) *Trabajos y notas del BCNR*, tomo 2, marginales 418, 419, 444, 454 y 459.
- (29) *Trabajos y notas del BCNR*, marginal 213, pág. 1177.
- (30) VALLET DE GÓYTISOLO, J.: *Estudios sobre Derecho de cosas*, Ed. Montecorvo, S. A., tomo 1, Madrid 1985.
- (31) ROCA SASTRE, R.: *Derecho hipotecario*, Ed. Bosch, Barcelona 1979, tomo 2, págs. 670, 694 y ss.
- (32) FUENTES LOJO, J. V.: *Suma de la propiedad por apartamentos*, Ed. Bosch, Barcelona 1979, tomos 1 y 2.
- (33) COSSIO, A. de: *Instituciones de Derecho civil*, Ed. Civitas, Madrid 1988, volumen 2.
- (34) ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual del Derecho civil español*, Ed. RDP, Madrid, 1985, volumen 2.
- (35) PONS-GONZÁLEZ/ ARCO TORRES: *Régimen jurídico de la propiedad horizontal*, Ed. Comares, Granada 1987.
- (36) RUIZ-RICO, J.: *Las urbanizaciones privadas*, Ed. Montecorvo, Madrid 1987.
- (37) *Las reclamaciones de cuotas a los morosos*, Librería Bosch, Barcelona 1989.
- (38) ROCA SASTRE, R.: «Ensayo sobre el Derecho de superficie», *RCDI*, Madrid 1961 (Centenario de la Ley Hipotecaria).
- (39) RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix: *Dictámenes sobre problemas prácticos de Derecho inmobiliario*, Ed. Comares, Granada 1987.
- (40) MUÑOZ DE DIOS, G.: *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Ed. Espasa-Universidad, Madrid 1987, núm. 9.
- (41) MUÑOZ XANCO, J.: «Naturaleza y clase de la *actio communi dividundo*», en *RCDI* núm. 570, págs. 1235 y ss. La Resolución de 24-6-1936 considera que la división de bienes tiene carácter declarativo (20, pág. 217).
- (42) Sobre esta materia pueden verse, relacionados con nuestro Derecho histórico MANGAS NAVAS, J. M.: *El régimen comunal agrario de los Concejos de Castilla y La propiedad de tierra en España: los patrimonios públicos*, Ed. Servicio de Publicaciones Agrarias (Ministerio de Agricultura), 1981 y 1984.
- VASSBERG, D. E.: *Las rentas de tierras baldías...*, ed. anterior, 1983, y *Tierra y sociedad en Castilla*, Ed. Crítica/Historia, Barcelona 1986.
- (43) POVEDA DÍAZ, J.: *Los elementos procomunales en la propiedad horizontal*, Ed. CEH del CNR, Madrid 1983.
- (44) UTRERA RAVASSA, C.: *Nuevo retorno al Código civil, estudios en homenaje a Tirso Carretero*, Ed. CEH del CNR, Madrid, y *Las urbanizaciones privadas y la entidad de conservación del Reglamento de Gestión Urbanística, V Congreso Internacional de Derecho Registral*, Ed. CEH del CNR, Madrid.
- (45) LASO MARTÍNEZ, J. L.: *Ilícitud administrativa y validez civil, estudios en homenaje a Tirso Carretero*, págs. 1167 y ss., vid. supra 44.
- (46) GARCÍA GARCÍA, J. M. y otros: *Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad, V Congreso Internacional de Derecho registral*, págs. 1 y ss., vid. supra 44.
- (47) CÁMARA ALVAREZ, M. de la: *Insuficiencia normativa de la LPH*, pág. 33 y

Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas, Ed. CNR, Madrid 1973; *Derecho de cosas*, pág. 284.

(48) *La reclamación de cuotas a los morosos*, Lib. Bosch, Barcelona 1989.

(49) DÍEZ-PICAZO, L.: *Los procesos de urbanización y el marco del Derecho privado*, en *Curso de Conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas*, Ed. CNR, Madrid 1973.

(50) CÁMARA ALVAREZ, M. de la: *Estudios de Derecho civil*, Ed. Montecorvo, Madrid 1985.

(51) AVILA ALVAREZ, P.: *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984*, págs. 65-71, Ed. CEH, Madrid 1985.

(52) ROCA SASTRE, R.: *Derecho Hipotecario*, Ed. Bosch, Barcelona 1979, tomo III, págs. 376 y ss. En concreto, para las adscripciones de uso, págs. 389 y ss.

(53) *RCDI* núm. 591, págs. 530 y 517.

(54) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Ed. Civitas, Madrid 1987, nota al artículo 5-2 de la LAU (parágrafo 3.6).

(55) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia (BIMJ)* núm. 1.532, 5-7-1989, págs. 2878 y ss.

(56) *BCNR* núm. 229.

(57) *BCNR* núm. 237: REQUEJO LIBERAL, J.: *Descripción de los anejos en la propiedad horizontal*, págs. 1453 y ss.

(58) *Arrendamientos urbanos y propiedad horizontal*, Ed. Colex, Madrid 1987.

(59) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: *Código de la propiedad horizontal*, Ed. RDP, Madrid 1976, págs. 17, 18, 70 y 71.

(60) *BCNR* núms. 255/4-1989, pág. 656.

(61) CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Complemento al Derecho hipotecario y su legislación*, Ed. Montecorvo, Madrid, pág. 210.

(62) *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado*, Ed. CNR: Resolución de 7-4-1970, por M. AMORÓS GUARDIOLA (págs. 197 y ss.).

(63) BARTOLOMÉ MARTÍNEZ, A.: *Prontuario de jurisprudencia registral*, Ed. CNR-CEH, Madrid 1989, pág. 117.

(64) *Índices de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo II, Ed. CNR, Madrid 1986, págs. 1693 y 1694.

(65) *BCNR* núm. 254, pág. 578.

(66) *RCDI* núm. 589, págs. 1978 y 1982. El Registro no ampara los datos físicos y circunstancias de puro hecho de las fincas inscritas: SSTs de 24-7, 23-10 y 13-11-1987.

(67) *RCDI* núm. 589, pág. 1980. STS de 31-10-1987: el mandato irrevocable...

(68) La exclusión puede darse en la titularidad — piso independiente procomunal, de hecho o de derecho: v. STS citada —, o en el uso y mantenimiento. Supuesto, éste, que no excluye aquella, ni exime a los locales de participar en las reparaciones extraordinarias —v. *RCDI* núm. 581, pág. 1219, STS de 2-10-1986: los locales de negocio deben contribuir a la sustitución del ascensor.

(68 bis) *RCDI* núm. 581, pág. 1219: STS de 2-10-1986.

(69) *RCDI* núm. 588, págs. 1648 y ss.: A. SAÉNZ DE SANTA MARÍA: «Estatuto de propiedad horizontal: abuso de derecho: defensa de los consumidores».

(70) *RCDI* núms. 577/86, págs. 1860 y ss.

(71) *Arrendamientos urbanos, propiedad horizontal y legislación complementaria*, pág. 265, Ed. Civitas, Madrid, Biblioteca de Legislación.

(72) *RCDI* núms. 567/85, págs. 493-495.

(73) AMORÓS GUARDIOLA M., y PAU PEDRÓN, A.: *Jurisprudencia registral (1978-1985)*, Ed. Tecnos, Madrid 1986, págs. 306 y ss.

(74) Ver STS de 17-6-1988 (Aranzadi 5115/1988): no caben obras de ampliación en el subsuelo por el titular de la planta baja, aunque no se altere la seguridad del edificio, sin el consentimiento unánime de la junta de propietarios. (Boletín del CEH de Cataluña)

núm. 1/1989). Se puede elevar el suelo del local pero no profundizar en él: ¿las obras del garaje no afectan al elemento común subsuelo, partiendo de la base del cambio de destino?

(75) SSTs de 30-12-1975 y 7-2-1976: resumen, 25, pág. 241.

— STS de 7-2-1976: GARCÍA GARCÍA, J. M.: *RCDI* núm. 519/1977, págs. 438 y ss. Resumen, 35, pág. 18.

— STS de 31-1-1987: Aranzadi 329/1988.

— SSTs de 14-5-1968 y 5-5-1986: *BCNR* 243/1988, pág. 610.

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

— STS de 30-10-1988: *RCDI*, marzo-abril 1989.

(76) Destacamos en mayúsculas la doctrina extraída, y añadimos un breve comentario.

(77) *RCDI* núm. 591, pág. 517.

(78) ¿Qué ocurriría 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 una 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.

(79) Imaginamos que el considerando 5.º de la Resolución de 27-5-1983 alude a la Resolución de 2-4-1980 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.

(80) La nota alude al número de propietarios. Es indudable que el destino de los locales comerciales y de las viviendas afecta al valor, seguridad, coste de mantenimiento, convivencia..., y el número de sus usuarios, más que de sus titulares, también. Son los estatutos y las normas de régimen interior quienes deben delimitar estos aspectos.

Puede verse, sobre la trascendencia del aumento del número de miembros de la junta de propietarios, el considerando octavo de la Resolución de 1-4-1981. Lo realmente trascendente es el número de miembros de la junta. Y especialmente, la SAT de Madrid de 18-2-1974, que fundamenta la necesidad del acuerdo unánime —art. 16, 1.º—, en un caso de división de un elemento privativo en dos, precisamente en el aumento del número de propietarios.

(81) 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 correspondientes, 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 oscuridad, ensombrece la claridad que preside el sistema registral.

(82) El señorío directo de cada comunero sobre la finca y sobre la cuota ideal no es resultado, evidentemente, del pacto de división futura, sino de su cualidad de copropietario. Luego, lo singular es ese nuevo aspecto: el señorío sobre el local futuro.

(83) Un contrato de arrendamiento por tiempo indefinido del local, haría ineficaz la facultad de instar la división que corresponde a cada comunero.

(84) Tampoco podría modificarse, en perjuicio de tercero, la división pactada en los términos que plantee la junta para su aprobación.

(85) Según la STS de 2-10-1971, si una finca independiente es elemento común de

otras, la inscripción deberá practicarse a favor de los titulares de los elementos privativos: 63, pág. 117.

(86) Por aplicación del artículo 399, inciso final, lo que ocurriría en este caso es que se sabe de antemano la porción que se va a adjudicar.

(87) DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid 1986, págs. 102-103 y 108 y ss.

(88) Piénsese en la vinculación de dos viviendas, o de una vivienda y un local de negocios, o más sencillamente, en la de la titularidad de la vivienda sobre los anejos o elementos comunes, que aunque no presuponga la relación de prevalencia de la idea de propiedad sobre la de comunidad, sí atribuye una notable accesoriedad a éstos en relación a aquél, en cuanto titularidad y poder de disposición. El supuesto más habitual es de vivienda/local y garaje.

(89) Pueden plantearse distintas cuestiones:

1.º ¿Deben tasarse ambas fincas aunque no se distribuya la responsabilidad, o debe entenderse en la tasación de X incluida la de Z, como ocurre con los elementos comunes y anejos? Creemos que sí, que debe entenderse incluida: en cualquier caso lo que se crea con la vinculación *ob rem* es un anejo inseparable, caracterizado por su independencia física y jurídica dentro del régimen ordinario de la propiedad horizontal, y su dependencia excepcional, estatutariamente establecida, que le llevan de derecho a la situación de anejo privativo. El anejo es aquel espacio suficientemente delimitado y susceptible de ser elemento independiente. Este «anejo» excepcional queda en la misma situación de hecho, aunque se trate de un elemento independiente, convertido en dependiente por razón del destino estatutario.

2.º ¿Es necesario practicar la inscripción de hipoteca y la anotación de embargo en el folio de la finca accesoria —Z? Parece lo más conveniente, aunque bastaría, quizá, una nota de relación, pues la hipoteca o embargo de X traerá siempre como consecuencia el gravamen de Z. O para mayor claridad, hecha constar en la descripción de X, como una cualidad de la misma, la titularidad que lleva aparejada, no sería precisa ninguna referencia —igual que ocurre con los anejos.

3.º Si la finca accesoria es elemento independiente en la propiedad horizontal, quedará afectada por razón de su cuota de participación al sostenimiento de los gastos generales en la forma que determina el artículo 9 de LPH, respondiendo físicamente la finca Z. ¿Habría que entender que responde solidariamente X?, ¿impide la vinculación *ob rem* que salga a subasta por separado?, ¿no es contrario a una norma imperativa? La única solución sería entender que por el pacto estatutario el vínculo se extiende a ambas cuotas, y que en tanto subsista tal vinculación, a estos efectos, la suma de las dos cuotas se imputará a la X en todo caso —como si fuera un anejo (partimos de la base de que Z es elemento independiente, y como tal, tiene atribuida una cuota determinada). Estamos ante una titularidad solidaria en cualquier aspecto. La comunidad no podría admitir el pago por separado de los recibos correspondientes a cada una de las fincas. Frente a la comunidad, por fuerza del pacto estatutario, no existe sino una sola finca discontinua y sola titularidad.

(90) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: *Comentarios al Código civil*, tomo V, Ed. RDP, Madrid 1985, págs. 249-250.

(91) *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado*, Ed. CNR: Resolución de 20-12-1973, TIRSO CARRETERO GARCÍA (págs. 590-601). Obsérvese que el comentario de CARRETERO viene referido a un caso concreto en un año concreto —1973—, sin perjuicio de sus opiniones mostradas en otro lugar, en el que percibimos una cierta reticencia a su admisión genérica.

TIRSO CARRETERO: «... hoy por hoy, calificar como procomunal un apartamento con número propio y cuota de participación, añadiendo la prohibición de transmitir con carácter perpetuo sus plazas de aparcamiento con separación de su respectiva vivienda, es origen de *ambigüedades*, máxime cuando esta frase de prohibición, por su colocación

en el contexto..., no sabemos si se refiere al *derecho de uso* o al *dominio* de la participación en el apartamento... —pág. 598—... Había una determinación insuficiente de las plazas para considerarlas *objeto* posible de un dominio separado (*ob rem* o no), había contradicción entre continuar siendo privativo (aunque se le llame procomunal) ...y escamotearse sus titulares a través de la vinculación del mero derecho de uso de las plazas (indeterminadas) como *anejos* de ciertas viviendas (no de todas). Se desvanecía así el titular dominical de la planta de garaje... sin que naciesen titularidades dominicales sobre las plazas de garaje... Y todo ello sin que tampoco pasase a *elemento común* la planta de garaje... perfiles borrosos... —págs. 600-601».

(92) *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Ed. CNR: Resoluciones de 4-11-1968 y 19-12-1974, págs. 33-47/715-721.

— Resolución de 4-11-1968 (pág. 37): «...la cláusula... contiene una obligación de no disponer en cuanto no permite a los propietarios transmitir libremente la cuota adquirida más que a determinadas personas, lo que si como obligación personal puede tener trascendencia caso de incumplimiento por la responsabilidad que pudiera originar, desde el punto de vista registral, según el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, no tiene tal pacto acceso al Registro por no tener origen en uno de los supuestos del artículo 26 ni haberse garantizado de otra parte su cumplimiento mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real...». En el supuesto de hecho en esta Resolución se pretendía el mismo efecto que resulta de la titularidad *ob rem*, pero se formula desde su aspecto negativo —imposibilidad de transmitir la cuota de garaje a cualquier persona ajena a la comunidad horizontal, distinta de los propietarios de viviendas. AMORÓS, en su comentario (págs. 42-45), destaca que si bien en sentido técnico se trata de una prohibición de disponer, la finalidad del pacto, el que la propiedad del garaje sea accesorio de la de las viviendas, responde a una causa perfectamente justificada, la necesidad social de que los sótanos sirvan de garaje a los propietarios del edificio, excluyendo a los extraños, y propugna —como luego ocurrió— una orientación jurisprudencial más abierta y permisiva, que dé cauce a un problema vivo, bien sea a través de las comunidades de fin —art. 4 LPH: elemento procomunal—, llamadas más tarde funcionales, dotadas de una naturaleza distinta de las meras prohibiciones de disponer, bien admitiendo tales limitaciones, fuera ya de la configuración del garaje como elemento común. Los hechos le dieron la razón.

— Resolución de 19-12-1974: AMORÓS, en su comentario, predicados los requisitos de causa legítima y destino común unitario, añade: «...si dicha norma negocial se hubiera incorporado a los *Estatutos* de la propiedad horizontal, entonces, establecido el carácter *procomunal* del local de garaje, vinculada su titularidad *ob rem* a los dueños de los pisos, convenido todo ello con el consentimiento unánime de los propietarios de los pisos... existentes..., aquella norma... sí hubiera sido válida e inscribible...» (pág. 720). Plantea, además este autor, otras cuestiones, como la del pacto extraestatutario en acto a título lucrativo... (Su licitud —entendemos— tendría su apoyo en los artículos 26 y 27 de la LH, pero sus efectos estarían sujetos a las limitaciones generales —art. 781 Cc—, y su causa deberá ser, asimismo, suficiente.)

(93) Prevención formal que parece excesiva, dado el confusionismo que existe en la práctica, a la hora de constituir el régimen, entre los distintos componentes del título, donde muchas veces, al establecer ciertas reglas de uso o servicio del edificio, no se emplea la palabra «Estatutos»; innecesaria, en todo caso, si aplicamos literalmente el tenor del párrafo 3.º del artículo 5 de la LPH, del que resulta que la terminología es inocua, y que de cualquier forma, esas reglas, cláusulas o pactos forman parte del título constitutivo. El título ampara y contiene los estatutos, sin entrar en distinguos de separar el todo de sus partes.

(94) La SAT de Madrid de 18-2-1974 se pronuncia, igualmente, en favor de la necesidad de la aprobación por unanimidad de la división de un elemento independiente en dos (35, págs. 232-233/32, pág. 1947: los considerandos transcritos en estas obras no

aclaran si la cláusula estatutaria es nula, por recoger esa facultad sin requerir del consentimiento. Sólo se reafirma su necesidad en todo caso).

(95) Esta Resolución que recogen PONS y DEL ARCO (35, pág. 222), no aparece en la Jurisprudencia Registral de ROCA/MOLINA. No sé si se trata de un error de fecha. El considerando que transcriben indica la necesidad de que la vinculación real conste en los Estatutos, o en alguna reforma de ellos.

(96) No parece deducirse de las resoluciones que la necesidad de la cláusula estatutaria —título constitutivo— surja, precisamente, de tratarse de una propiedad horizontal, y de que, en otro caso, no habría problema. Tal deducción sería contraria a la propia jurisprudencia: Resoluciones de 13-12-1955, 25-11-1935, 27-9-1929 ...hasta la de 3-1-1881 (20, t. 10, pág. 550: resumen).

La casuística en que nos movemos, hace dudar si la DG rechazaría dicha titularidad real entre un edificio dividido horizontalmente y otro colindante destinado íntegramente a garaje, y al servicio de los propietarios de las viviendas —recogida esta posibilidad en el título constitutivo; ya que, si los titulares del edificio colindante no encuentran amparo en el art. 4 de la LPH —elemento procomunal— para establecer esta especial relación, podrían hallarla en la reciente doctrina de la DG sobre comunidad funcional. El planteamiento excede a la fórmula de laboratorio. Pensemos en el caso antiguo de las grandes ciudades, hoy en plena rehabilitación —por la ausencia de solares y de locales de oficinas—, donde la mayoría de los edificios carecen de garaje. ¿No cabría construir sobre el rasante o bajo una zona verde para este destino? ¿Y si el garaje por su extraordinario tamaño se vincula a las viviendas de varios inmuebles? ¿Es necesaria, siquiera, la colindancia? ¿Sería aplicable a una urbanización privada, creada por segregaciones sucesivas de fincas independientes, cuyos propietarios formasen una comunidad funcional sobre una parcela común destinada a zonas verdes, de recreo, accesos y garaje subterráneo? Puede ser una necesidad social y un problema.

(97) A pesar de su amplitud, esta doctrina no puede sacarse del contexto donde se declara.

(98) Se aprecia claramente cómo se van abriendo paso los nuevos conceptos de comunidad funcional con adscripción de cuotas y de procomunidad de los propietarios del local, y no de todos los del edificio. (Debe tenerse en cuenta el análisis que hace POVEDA de las RR de 4-11-1968, 20-12-1973 y 19-12-1974: 43, págs. 36 y ss. Resume su doctrina en cuatro puntos: «...1) La prohibición de disponer separadamente un piso y una participación indivisa en otro, si existe un causa justificativa, es válida e inscribible, produciendo todos sus efectos, si se hace constar en los estatutos de la propiedad horizontal. 2) Dicha prohibición no puede imponerse fuera de los estatutos. 3) Una de las características del elemento procomunal reside en la inestabilidad de transmitir las cuotas en el mismo a personas a la propiedad horizontal. 4) Se da por supuesto que el elemento procomunal es un elemento privativo, con su cuota de participación...», página 45).

(99) En el supuesto de hecho de la Resolución, se vinculaba *ob rem* un local destinado a garaje situado en un edificio independiente y otro, integrado en el edificio contiguo, destinado a servir de paso a personas y vehículos al mencionado garaje.

(100) Lo que no queda claro es si la ubicación en el título constitutivo es consecuencia de la procomunalidad o de la titularidad *ob rem*, ya que puede ocurrir que un elemento procomunal exista con independencia de una titularidad *ob rem*, y viceversa. De la Resolución parece deducirse que la necesidad de esa especial situación —título y no estatutos— deriva de la vinculación real —séptimo considerando—, y no de la situación procomunal. La viceversa puede darse, cuando los dos elementos voluntariamente unidos por razón de un común destino económico pertenezcan a un solo titular —situación comprendida mediatamente en la Res. de 1982, ya que si el titular único de ambos locales no transmite ninguna cuota sobre el principal, no surge ninguna comunidad sobre el accesorio.

La DG cuando habla de procomunal, aunque no sea de todos los propietarios, habla

de estatutos —Res. de 1973—, y cuando lo hace de titularidad *ob rem* empieza a hablar de título constitutivo —Res. de 1982—, aunque en ambos supuestos se apoya en los mismos artículos del Cc —401-1— y de la LPH —4—, como si jerarquizase las restricciones. Procomunalidad, destino estatutario, efectos reales, indivisibilidad y exclusión del tanteo y del retracto —consecuencia del destino. Titularidad *ob rem*, limitación del libre ejercicio del derecho de propiedad, causa justificada, destino común, título constitutivo. Volveremos sobre ello.

(101) Esta singularidad —la improcedencia de la acción de división—, tiene su complemento en la exclusión de los derechos de tanteo y retracto —disposición adicional 2.ª de la LPH—, resultado de la misma, y que tiende a fortalecer la permanencia de este régimen, sobre la base de articular el dominio más libre posible de los elementos privativos dentro de una férrea comunidad sustentadora.

(102) La exclusión de la acción de división, y la falta de una regulación detallada de su contenido, hace pensar que contemplamos una comunidad ordinaria, de las del Código civil, con la singularidad expresada. El que sea o no elemento común accidental, no desnaturaliza al tipo de comunidad, y menos aún si se tiene presente el inciso primero de este párrafo segundo, que emplea los términos proindivisión sin atribuirle un significado distinto al común o general, y que, al deslindar esta situación de la que se produce en la propiedad horizontal, lima cualquier incertidumbre. Cualquier otro tipo de comunidad, dada su excepcionalidad, debería estar específicamente regulado.

(103) TIRSO CARRETERO, en el comentario citado.

(104) Esta afirmación no resulta claramente del texto de la Resolución, pero explica la objeción que destacaba CARRETERO (91, pág. 598): del recurso no resulta si la cuota de que atribuye en la misma proporción una cuota de titularidad. Es doctrina de la DG que las participaciones *pro indiviso* que integran el pleno dominio de una comunidad ordinaria deben determinarse expresamente, sin que tenga aplicación, en consecuencia —ya lo advertimos—, la presunción de igualdad de cuotas entre comuneros que recoge el Código civil en su artículo 393, párrafo 2.º

(105) Siendo la procomunalidad consecuencia de la afectación estatutaria de un elemento privativo, que puede llegar a convertirlo en elemento común de hecho —elemento común funcional—, por efecto de una modificación de los estatutos puede perder esa naturaleza —desafectación—, bajo la soberanía democrática de la junta de propietarios respectiva, sería imposible cumplir un destino intercomunitario permanente, restrictivo, en suma, de unas facultades plenas y no limitables. Esa vinculación intercomunitaria perpetua sólo nacería de la constitución de un derecho real, la servidumbre. Los derechos de los copartícipes sobre los elementos comunes nacen de su condición de comuneros dentro de la propiedad horizontal —anejo indivisible del derecho de propiedad separada—, y no de otros derechos, como el uso o la servidumbre.

Podría pensarse, no obstante, que con la oposición de los copropietarios del elemento procomunal, la unanimidad del acuerdo de desafectación nunca se lograría —salvo resolución judicial favorable. Y estaríamos, otra vez, ante la esencia del concepto. ¿Es o no es elemento común accidental? Si es elemento privativo afecto a un destino comunitario, la situación en que se haya es la misma que si trata de un elemento común accidental —en puridad común no puede ser: individualización, cuota... ¿Puede ser destino comunitario el servicio y utilidad de la comunidad de otro edificio o no? En principio, al margen de fórmulas transaccionales complejas —a cambio de—, el destino sería una seria objeción, el carácter de elemento común accidental, otra, la limitación a la libre disposición de los bienes, la falta de causa suficiente —al servicio de una comunidad extraña—, la titularidad ordinaria —sin ser *ob rem*—, otras tantas. El elemento procomunal en titularidad ordinaria de determinados propietarios del edificio que reconoce su destino comunitario, cumpliría su finalidad al margen de la vinculación intercomunitaria, que sólo resultaría de la identidad de destino de los locales afectados y situados en varios inmuebles. En definitiva, un elemento privativo o común de un

edificio no puede ser procomunal de otro, no puede realizar su objeto en una comunidad ajena, como resultaría de su afectación a ésta. Así se evita la incongruencia.

La posibilidad del establecimiento de una titularidad *ob rem* o de una comunidad funcional entre edificios no contiguos derivaría de la relación de servicio o utilidad a que alude el artículo 4 *in fine*, cualificada por la relación destino y no por la relación dependencia física.

(106) Dentro de la doctrina científica, sobresale por su profundidad compendiosa y por su claridad de exposición la monografía de POVEDA —43. Para este autor, son notas características de los elementos procomunales las siguientes: 1.^a Es un elemento común. 2.^a Es un elemento común accidental. 3.^a Es un elemento común que presta un servicio a la comunidad de propietarios, sin perjuicio de que el uso pueda ser parcial —cesión de uso a un tercero a cambio de una cantidad de dinero destinada a sufragar determinados gastos comunes. 4.^a La copropiedad sobre el elemento procomunal es una copropiedad romana ordinaria, cualificada por la exclusión de la acción de división y de los derechos de tanteo y retracto entre comuneros (págs. 98-100).

(107) Fuera ya del aspecto operativo y formal del artículo 68 del Reglamento Hipotecario y de las Resoluciones de 27-5-1983 y 20-2-1989 que sancionan y aceptan esos postulados de mecánica registral, difícilmente, frente a tercero, en virtud de un pacto sobre la administración de la cosa común, en condominio ordinario y a pesar de la excepcionalidad de la indivisión y de la improcedencia de los derechos de preferente adquisición, puede oponerse la adscripción de uso. La atribución del uso exclusivo de un espacio delimitado —a veces, sólo internamente: al margen del Registro y de la publicidad—, sin la segregación o división procedente, creándose un objeto autónomo de tráfico jurídico, difícilmente —nunca— es admisible en la comunidad ordinaria —piénsese en una finca rústica—, y únicamente por la especial relación jurídica a que da lugar la propiedad o comunidad horizontal, puede reconocerse en ésta y en virtud del pacto estatutario que la contiene en el título constitutivo. Esta diversa caracterización distingue el elemento procomunal de la comunidad funcional.

El término «uso», por otro lado, y en las dos situaciones —elemento procomunal, comunidad funcional— es equívoco, aún con la distinta eficacia propia de cada una de ellas —destino comunitario, destino común. No se aclara si estamos ante uso, resultado del ejercicio del derecho de copropiedad, en virtud de pacto administrativo, o ante un nuevo derecho real de uso —el clásico no encaja—, atípico, cuyo título constitutivo y régimen jurídico se desconoce. ¿Ese uso da derecho a la libre disposición del mismo —arriendo, usufructo, hipoteca...—?, ¿no se puede desvincular de la cuota?, ¿cabe arrendar la plaza a un extraño, dentro de la propiedad horizontal?, ¿o es persona?, ¿qué pasaría si existe una titularidad *ob rem* entre la cuota y la vivienda, y se arrienda a un extraño?, ¿se incumple el destino estatutario..?

(108) Al menos no resulta del Recurso. La aplicación del artículo 4 viene un poco forzada, ya que no puede aplicarse analógicamente una excepción, y en las Resoluciones de referencia —18 y 27-5-1989 y 20-2-1989—, no se recoge el mismo en los fundamentos de derecho. La analogía únicamente surge de la consideración aislada del párrafo 2.º del artículo 4, que se está refiriendo al *pro indiviso* de un elemento independiente, objetivamente considerado, no como parte de una propiedad horizontal. Aunque, es posible, entender que la excepción que introduce el inciso final obedece precisamente a que estamos en una situación de propiedad horizontal —y «todos» son la totalidad de los propietarios, a la vez comuneros, del edificio, tesis de POVEDA. Si «todos» son o pueden ser sólo parte —los dueños del local o piso determinado que marcan el destino común—, cabe la analogía, o mejor todavía, la aplicación directa (complementando la regulación del Código: 392, 400-1.º, 401-1.º).

La verdad es que el artículo 4 no aclara estos extremos, y en un análisis finalista del mismo, a la luz de la exposición de motivos de la LPH («...La Ley..., dando un paso más, pretende llevar al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto. A tal fin, este objeto de la relación, constituido por el piso o

local, se incorpora el propio inmueble, sus pertenencias y servicios. Mientras sobre el piso *stricto sensu*, ...el uso y disfrute son privativos... Con el alejamiento del sistema de comunidad de bienes resulta... congruente... la expresa eliminación de los derechos de tanteo y retracto, reconocidos..., en la hasta ahora vigente redacción del... del artículo 396...»), es posible pensar que las singularidades de esta comunidad romana —v. POVEDA— son expresamente los contenidos en la propia Ley —unión inseparable de los elementos comunes a los privativos, ausencia de los derechos de tanteo y retracto y de la acción de división—, y de ahí el contenido del mencionado artículo, que recoge una excepción a la comunidad ordinaria —párrafo 1.º—, y para que no haya dudas indica que el *pro indiviso* sobre el elemento independiente —piso o local determinado: elemento privativo— es el *pro indiviso* ordinario del Código civil, con la salvedad —inciso final de la constitución de una comunidad «de intento» entre todos los propietarios. Salvedad genérica, al margen de la propiedad horizontal, ya que la junta de propietarios tiene otros medios para atender a ese fin —afectación o la conversión ulterior de un elemento privativo en común...

(109) Partiendo de las Resoluciones de 20-12-1973 y 3-9-1982, que se muestran favorables a la existencia de los elementos procomunales especiales en situación de dependencia real de otro —*ob rem*—, cuya especialidad radica, precisamente, en no venir atribuida su titularidad a todos los propietarios del edificio, sino a determinados de ellos, volvemos, en este punto, a plantearnos el problema de la responsabilidad. En primer término, y como quiera que el elemento principal —vivienda— lleva aparejado indisolublemente —anejo inseparable— la cuota de participación —de titularidad y de uso— sobre el elemento procomunal —garaje— que hemos denominado especial, el propietario de la vivienda no puede disponer independientemente de un elemento y otro, disposición conjunta que impone la solidaridad en las responsabilidades contraídas por el mismo —solidaridad pasiva frente a acreedores—, y que supone, en segundo término, igual que ocurre con los anejos privativos ordinarios —art. 5-1.º, *in fine*, de la LPH: trastero, lavadero...—, la inaplicabilidad de los artículos 119 a 125 de la LH y concordantes de su Reglamento, relativos a la necesidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas que se hipotecan, sin que proceda, registralmente, la práctica de asiento alguno en el folio correspondiente al elemento procomunal —se parte de presupuesto que se trata de un elemento privativo, con su cuota de participación en los elementos comunes, al que se le asigna un destino comunitario en los estatutos, y se vincula con eficacia real su titularidad a otro distinto e independiente en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal. La razón registral, no es otra que la naturaleza jurídica que se le otorga, pareja, como indicábamos, al anejo privativo, y a pesar de que el elemento procomunal tenga abierto folio independiente, ya que en el mismo constará que la inscripción se ha practicado, en la proporción que corresponda, a favor de los titulares presentes y futuros —o que en cada momento sean— de las viviendas —o elementos privativos— que se determinen, y hacer constar en el folio todas las transmisiones y gravámenes que se vayan realizando e imponiendo, respectivamente, supondría la congestión sin necesidad práctica ni jurídica. La hipoteca o el embargo, la adjudicación judicial de la vivienda arrastrará siempre la cuota aneja sobre el elemento procomunal.

A esta fórmula, sin embargo, pueden oponerse tres objeciones —o más claro. La primera es la de la desafectación del elemento procomunal del destino que sirve y la desvinculación *ob rem*, subsiguiente, de titularidades, procediéndose incluso a dividir el local entre los comuneros: ¿qué ocurrirá con los acreedores? Pues bien, partiendo de la base de que no fuera necesario su consentimiento —por quebranto de garantía, entendemos que sí—, la finca, otra vez con autonomía en el tráfico jurídico, respondería de las mismas cargas que los elementos a que estaban afectos —viviendas—, y en proporción a la cuota de cada uno, como si el trastero que es anejo inseparable pasa a ser elemento privativo independiente. Y al inscribir la finca a nombre de sus titulares, se arrastrarían las cargas de cada uno, de las que, según veíamos, responden ambos ele-

mentos vinculados solidariamente, y ello, aunque en el folio del elemento procomunal no se hagan constar promenorizadamente cada afección o carga. La desvinculación de titularidades daría lugar, por un lado, a la misma situación que se produce cuando hipotecada o embargada una finca luego se divide —la hipoteca ordinaria deviene solidaria—, pues aunque en este caso no se trate de una división material, a efectos prácticos la situación es la misma —también existen fincas funcionales—, y, por otro, si se extingue luego la comunidad resultante, la situación también será idéntica a la que tiene lugar cuando se extingue una comunidad con cuotas gravadas. La secuela de la desafectación y desvinculación, sería, asimismo, la misma que se presenta otras veces, cuando el juez ordena en el mandamiento conancelatorio la cancelación de los asientos posteriores: ¿puede dar lugar el embargo y posterior adjudicación de una vivienda a la cancelación de las operaciones registrales practicadas en beneficio y a instancia de la comunidad horizontal y de los condueños del elemento procomunal —desafectación, desvinculación, sobre todo, la extinción de comunidad queda aparte siguiendo la problemática ordinaria?, ¿puede revivir la situación anterior? Parece que no, habría que ir al declarativo, el resto de los perjudicados no han sido parte en el procedimiento, y el acreedor ha satisfecho su derecho, faltaría causa, tracto.

La segunda objeción nacería de la responsabilidad de la finca accesoria —procomunal— por razón de hipotecas legales: contribuciones, gastos de comunidad... —*vid supra*. ¿Qué pasa con la responsabilidad real de la propia finca por el mero hecho de su existencia?, ¿supone la afectación, la salida del tráfico frente a acreedores privilegiados?, ¿deberán seguir éstos conjuntamente la finca principal?, ¿carece la procomunal de autonomía activa y pasiva, a pesar de la cuota...? Aunque la afectación suponga inexistencia separada *erga omnes*, como el anejo, siempre al crear el elemento procomunal y otorgarle carácter independiente, por ser resultado de la división horizontal responderá frente a Hacienda por razón de la propia división. ¿Nace independiente y luego se afecta, o nace afectado simultáneamente? En el caso del anejo, éste siendo susceptible de aprovechamiento independiente, no constituye tal. Aquí ocurre al revés. ¿Se convierte en común accidental, y pierde radicalmente su autonomía? No lo creo, no puede haber elementos comunes, en titularidad y aprovechamiento, parciales —ver POVEDA, pág. 99. A efectos prácticos, a lo que daría lugar la hipoteca legal es a la expedición de un mandamiento de embargo dirigido contra el titular de la finca principal, y la responsabilidad sería solidaria de ambas, planteando el problema de la prelación de créditos, si la finca ya está embargada por un tercero —crédito ordinario—, y se persigue el pago de las contribuciones del elemento procomunal, satisfecho el de la vivienda. En definitiva, si se articula una situación de este tipo a todos los efectos las fincas serían una. Frente a Hacienda la finca figura con su anejo —la cuota indivisa— y ésta determinará la cantidad global y solidaria que corresponda. Y frente a la comunidad horizontal, igual —un solo recibo. Si se admite la figura, no caben distingos.

Y la tercera objeción tiene lugar en materia de hipoteca. ¿Qué ocurriría si se distribuye la responsabilidad entre los elementos, privativo y procomunal? Pues bien, dada la naturaleza de «anejo» inseparable del elemento procomunal, la inscripción de hipoteca se realizaría en el folio de la finca principal —vivienda—, haciendo constar en la misma la responsabilidad total de ésta —vivienda más elemento procomunal—, y la distribución que de ella se realiza entre ambos elementos *para* el caso de que el local procomunal —previa desafectación— vuelva el régimen ordinario de libre disposición (al arrastrar las cargas por el principio de solidaridad aludido, no haría falta hacer constar que queda afecta por la hipoteca total, ni distribuir la responsabilidad entre las fincas —en el supuesto de que acreedor y deudor así lo acuerden). Se trata de una distribución anticipada, una distribución sujeta a la condición suspensiva de que el local pierda esa tan especial naturaleza.

Quizá, demasiada complicación para lo que podía haberse hecho mediante la creación de un anejo inseparable o la atribución del carácter de elemento común al local y el uso exclusivo de éste a las viviendas. A efectos prácticos, la única ventaja —y no es

poco— que ofrece esta solución es la de anticiparse o prevenir una desafectación futura, pues el local ya es independiente —líderos, cuota...

La razón fundamental, en suma, de esa responsabilidad solidaria que surge de la titularidad conjunta, cualificada por residir el poder de disposición en la titularidad del elemento principal —vivienda—, la hallamos en la figura jurídica que sirve de parangón: *la servidumbre predial* (arts. 534 y 535 del Cc.: «Las servidumbres son *inseparables* de la finca a que actúa o pasivamente pertenece» e *indivisibles*). El titular del predio dominante es, a su vez, titular del derecho real que recae sobre el predio sirviente, y la servidumbre, como cualidad de predio dominante queda unida indisolublemente a éste. Quien quiera ir contra la servidumbre, tendrá que ir contra el propietario de la finca dominante. Es más, en materia de *hipoteca*, el artículo 108-1 de la LH excluye de su ámbito las servidumbres: «No se podrán hipotecar: 1.º Las servidumbres, *a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante...*» En la titularidad *ob rem* no es posible la hipoteca por separado del elemento accesorio —cuota del garaje—, y, en consecuencia, no es precisa la distribución de responsabilidad, según apuntamos. El artículo 108-2 de la LH determina el no acceso al Registro, la denegación de la hipoteca de la cuota procomunal. Para hipotecar una de las partes, hay que hipotecar el todo, y el todo lo forman ambas titularidades (ver RR de 20-12-1973 y 3-9-1982).

(110) De esta materia nos hemos ocupado con anterioridad, particularmente al comentar la Resolución de 27-5-1983 dentro del análisis de determinadas cláusulas estatutarias, y en concreto de la cláusula decimoprimera.

(111) Considerando cuarto de la Resolución de 20-2-1989.

(112) *Vid. supra* la opinión de MIQUEL sobre las comunidades de origen contractual, al analizar el artículo 392 Cc.

(113) Hemos intentado resumir los hechos sin alterar su sentido.

(114) La respuesta la encontramos en la Resolución de 20-2-1989. De todas formas, el considerando séptimo en su línea final no deja de expresar su semejanza («... comunidades especiales... indivisión a perpetuidad... como es la propiedad horizontal, con la que esta comunidad pactada presenta tanta semejanza»).

(115) *Vid. supra*, comentario al artículo 392 del Código civil.

(116) Peor sería que se llegase a anular una titularidad *ob rem*, con todas las cuestiones advertidas sobre responsabilidad.

(117) El supuesto de hecho es el siguiente: Dividido un edificio en régimen de propiedad horizontal, dos locales comerciales pertenecen en común, *pro indiviso*, y por cuotas desiguales, a varias personas, que, habiéndolos destinado a garaje —acuerdo unánime—, regulan el contenido de la comunidad. Y, en consecuencia, distinguen tres zonas dentro de los dos locales (zona de acceso a la vía pública, zona de maniobra y zona de estacionamiento), objeto cada una de ellas de un derecho de uso según su particular destino, de tal suerte que el uso de la zona de estacionamiento se establece por plazas fijas —diáfanas y deslindadas por el trazado del suelo—, y cada plaza se une con carácter indivisible a una cuota de copropiedad —tantas como plazas—, que atribuye el uso exclusivo de la plaza correlativa. Sobre la zona de acceso a la vía pública, ubicada íntegramente en uno de los locales, se establece una servidumbre de paso a favor del otro local, y sobre la de maniobras, situada en ambos locales, una servidumbre recíproca.

(Ver resumen al final de este estudio —Anexo II, 7.º)

(118) Que ordinariamente cree que ha comprado en pleno dominio una plaza de garaje.

(119) No sabemos si fiscalmente, y habida cuenta de la necesaria calificación del acto por su verdadera naturaleza jurídica, el pago se evitará —no obstante la posible nulidad de los pactos y el derecho a devolución, en su caso.

(120) ¿No entraña prohibición de disponer?, ¿es una titularidad *ob rem* extraestatutaria y singular? ¿Qué pasaría si de acuerdo con el artículo 27 de la Ley Hipotecaria se deniega la prohibición de disponer que la adscripción entraña, y se inscribe la cuota en folio independiente conforme al artículo 68 del Reglamento? No ya por jerarquía

normativa, sino por falta de expresión de un resultado y consideración distinta en el propio artículo. El artículo 68 dice que se abrirá nuevo folio a la cuota, no la plaza de garaje. Esta puede ser un presupuesto de la operación registral, y no una circunstancia necesaria de la inscripción. Solución más acorde con la naturaleza jurídica de la adscripción, intrascendentemente, en principio, *inter partes* y *erga omnes*. *Inter partes* porque, a pesar de la doctrina de los actos propios, no parece descabellado que un juez admita un recurso por razones sustantivas (exclusión en el aprovechamiento, falta de equidad o proporcionalidad en la cuotas, pacto de adhesión —al no concurrir a la constitución del singular régimen, y limitarse a comprar la cuota posteriormente—, acción de subdivisión horizontal...). *Erga omnes*, activa y pasivamente —responsabilidad—, por idénticas o parecidas razones. No se trata de una titularidad *ob rem*, ya que recaen sobre el mismo objeto común dos derechos de dispar naturaleza, uno de ellos carente de autonomía —física y jurídica: no es un anejo privativo; no existe atribución dominical ni derecho real alguno—, y menos aún de un elemento procomunal.

(121) En este punto recuerdo las palabras de TIRSO CARRETERO que, al referirse a la titularidad *ob rem* —91—, apuntaban la incongruente inexistencia en nuestro sistema de una propiedad comunal plenamente configurada, en situación pareja a la que se produce en los aprovechamientos de agua —aguas comunales *ob rem* y libre negociabilidad de los turnos como cosas independientes—: «...Como consecuencia de la laguna del Código civil sobre la copropiedad comunal... la mecánica registral ha ofrecido tenaz resistencia a considerar una finca como accesorio de otra y a las titularidades *ob rem* sobre fincas determinadas...» (pág. 597). Sin embargo, con el paso del tiempo, los obstáculos son más sustantivos que formales, tanto desde el punto de vista del desarrollo reglamentario —art. 68—, como del reflejo registral de nuevas situaciones. La laguna sigue existiendo, y a la indivisibilidad sustantiva del agua se opone la divisibilidad esencial de los garajes sin obstáculo para su permanencia.

(122) El artículo 68 del RH es muy permisivo, no establece ningún requisito ni formal ni sustantivo. Es una decisión del propietario de las cuotas, aunque genere de hecho una comunidad funcional. Es tan permisivo que sólo se ocupa de un aspecto tan formal y carente de relevancia que en nada incide en la trascendencia de las adscripciones. Se limita a decir que se abrirá folio separado. No se mete en previsiones previas diciendo que el pleno dominio sobre el local se divide idealmente en cien cuotas que llevarán aparejadas cien plazas de garaje expresamente deslindadas y numeradas —o ulteriores— diciendo que los titulares de una cuota no podrán al enajenarla subdividir el uso de la plaza entre los adquirentes. En realidad, lo que ocurre es que el artículo 68 no dice nada, y ninguna conclusión puede extraerse. Va exclusivamente dirigido a descongestionar el folio registral en aquellos casos en que el número elevado de comuneros oscurece el contenido del asiento registral, como ocurre en las comunidades de garajes. Cumple, en suma, una misión *técnica y registral*. No es ninguna panacea. Otra cosa será lo que entiendan los nuevos comuneros y sus reclamaciones judiciales —si nadie puede reclamar surge la indivisibilidad funcional de hecho. La adscripción, según ya apuntamos, no debería ni reflejarse en el asiento.

(123) Es evidente que el supuesto que resuelve la DG es más concreto y definido: los distintos comuneros constituyen una comunidad funcional, adscribiendo una plaza a cada cuota con carácter indivisible. Sólo seguimos el hilo del razonamiento para intentar patentizar la inoperancia de la adscripción (por cierto, el Hecho I de la Res. no se aclara si la adscripción será posterior o ha sido ya realizada, como tampoco si en este caso existe o no enajenación, pues si se adjudican las cuotas a los comuneros actuales por sorteo o de la forma que acuerden, y el acto no implica subdivisión, como lo dice la DG, no se comprende demasiado bien cómo se aplicará el artículo 68, a menos que esté dotado de especial «vis» expansiva o se reserve el pacto inscrito en el folio único para mejor ocasión, esto es, cuando se enajene. Dice el artículo 68: «La inscripción de la transmisión de cuota indivisa de finca destinada a garaje... que lleve adscrita el uso de

una o más plazas determinadas...». El concepto de determinación, registralmente hablando —principio de especialidad—, supone su indubitado deslinde.

(124) Se dará la paradoja de que unas cuotas figuran en folio separado y otras no. La insuficiencia del artículo 68 podrá, entonces, generar más confusión que claridad en los libros del Registro.

(125) STS de 17-6-1988: las obras realizadas por el titular de la planta baja en el subsuelo de un edificio, aunque no afecten a la seguridad de éste, requieren la autorización de la Junta, en cuanto al subsuelo es elemento común y no puede verse alterado por la voluntad e interés de un propietario individual sin el concurso de los restantes (Aranzadi, 5115-1988/ *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, 1-1989, página 5).

(126) La situación jurídica concreta que integran las relaciones de diversa naturaleza de este supuesto, muestran semejanza con la aportación de bienes —cuotas— a una sociedad y con el establecimiento de dos cotitularidades autónomas sobre sendos locales independientes ligados por una maraña de servidumbres recíprocas —acceso, maniobras, servicio, estacionamiento. El titular de la adscripción parece titular de una servidumbre permanente de «estacionamiento de vehículos».

[*Vid supra*: art. 392-1.º —SSTS citadas por BONET CORREA, en especial la S. de 7-10-1927 (la comunidad tiene como elementos la unidad en el objeto y la pluralidad en el sujeto, siempre que permanezcan en una integridad física sin distinción ni distribución material de varias partes) y la de 12-6-1982 (la atribución de una plaza de garaje en propiedad exclusiva no elimina la situación de copropiedad sobre los elementos comunes).]

(127) El principio de proporcionalidad impone, en todo caso, que la participación en los beneficios y cargas, resultantes de la cotitularidad de la cosa común, sea proporcional a la cuota indivisa, y ello no impide que a mayor carga corresponda mayor beneficio, sin perjuicio de la ponderación del riesgo (si A paga 1.000 pesetas por cuenta de la comunidad, es indiferente que al repartir beneficios se le den 1.000 pesetas más, pues ello equivaldría a satisfacer las deudas antes de repartir el beneficio). En cualquier caso, el recurso judicial por agravio comparativo —así lo muestra la jurisprudencia— equilibrará la situación (imperatividad de hecho, o, mejor, mediatamente de derecho).

(128) No obstante, no veo demasiado problema en aplicar el artículo 393-2.º del Cc, haciendo constar en el acta de inscripción que se realiza a su amparo. La única cuestión que plantearía es la de los efectos jurídicos de esa presunción, y como quiera que en la interpretación de los contratos ésta no puede favorecer al que origina la oscuridad —arts. 1.219 y 1.288 Cc—, frente a tercero la presunción se convierte en certeza —no podrá oponerse otra distribución de la titularidad—, y entre las partes se estará a lo pactado. La constatación ulterior en el Registro de las participaciones reales, con la salvedad advertida y con la consideración fiscal que corresponda, podrá realizarse mediante un asiento rectificatorio —no parece oportuna la nota marginal para hacer constar la verdadera titularidad dominical.

(129) Obsérvese la aparente contradicción entre las SSTS de 2-4-1971 y 13-5-1988 y las Resoluciones de 18-5-1983 y 18-4-1988.

La STS de 2-4-1971 se muestra contraria a la extinción tácita de la comunidad: si se divide la cosa común, no basta con la adjudicación de cada una de las partes —ahora independientes— a los distintos condueños para extinguir la comunidad: aunque sea ésta la finalidad perseguida, debe realizarse el acto de disolución del condominio. La adjudicación del derecho de propiedad pleno sobre la nueva finca a un comunero no es resultado de la división, sino de la extinción de comunidad. La situación de comunidad persiste mientras expresamente no se acabe con ellas. Las fincas resultantes son comunes. En este aspecto, la situación es la misma que se da cuando el propietario de un objeto lo divide en dos (las motivaciones impositivas son inconsistentes: fiscalmente si se adjudica y no se extingue el condominio, calificando el acto por su verdadera naturaleza jurídica, debe tributar en todo caso). La lógica es aplastante.

La STS de 13-5-1988, por su parte, declara la subsistencia del derecho de retracto de comuneros, no obstante la división horizontal de un edificio, en tanto permanezca en comunidad y aunque se trate de una enajenación judicial o forzosa. La división horizontal, claro está, no extingue la comunidad previa sobre el edificio en cuestión, con la particularidad de que en este caso la unidad física del edificio subsiste, y la propiedad separada sólo nace para integrar un nuevo tipo de comunidad superpuesta a la existente —podemos añadir.

Así pues, la permanencia de la comunidad es obvia, y si la adjudicación puede llegar a extinguirla —para quien acepte la extinción tácita— es precisamente porque se trata de una adjudicación en pleno dominio, y debe constar clara y terminantemente tal consideración. La existencia de causa en la adjudicación dominical es inevitable.

La Resolución de 18-5-1983 reconoce en su último considerando el carácter dispositivo del artículo 1.522, fundamentándose en los artículos 392 y 1.255 del Cc y en la especial naturaleza de este retracto. Ahora bien, es evidente que, de admitirse tal postulado, en caso de disposición forzosa —enajenación judicial—, esté el pacto de exclusión inscrito o no, los comuneros no podrán retraer —actos propios—, y el adjudicatario sí —de no constar inscrito y no habérsele notificado. ¿Supone, pues, el pacto de exclusión un pacto personal de posible eficacia real o un pacto personal que no puede imponer a quien no lo ha suscrito —adhesión—, a pesar de la subrogación del adjudicatario en la posición del comunero ejecutado? Entendemos que, se inscriba o no, el pacto es personal y no vincula al nuevo copropietario.

La Resolución de 18-4-1988 podría dar pábulo a considerar, ampliando el supuesto de hecho que contempla a otros casos distintos, que, con independencia del concepto de extinción tácita de comunidad, la adjudicación en pleno dominio es suficiente para inscribir el bien a nombre del antiguo comunero. Nosotros no lo estimamos así, ni siquiera en el supuesto que resuelve. El último considerando de la Resolución obvia el problema de la calificación del pacto por el que los copropietarios de una finca acuerdan construir a sus respectivas expensas y en pleno dominio sendas viviendas, y establecer el régimen de propiedad horizontal sobre la edificación resultante, pero es indudable que ese pacto supone la disolución del condominio previo y fiscalmente de esta forma tributara. Substantiva y fiscalmente el dar trascendencia a ese pacto expreso supone extinguir la comunidad sobre el suelo y dividir dominicalmente el aprovechamiento del vuelo. Esta es la única causa y fundamento, aunque la DG diga que no importa precisar la naturaleza jurídica de ese pacto, en todo caso supone la concesión mutua y recíproca de un derecho de elevación, y la modificación extintiva de la comunidad preexistente sobre el solar en una comunidad horizontal vinculada a las viviendas resultantes en propiedad separada en proporción a sus cuotas de participación. La comunidad se ha extinguido por un pacto expreso y se ha extinguido sobre el solar como resultado del ejercicio de los respectivos derechos de levante, aunque no se emplee esta palabra y se adivine la innecesaria atipicidad —sustantiva y fiscal— de esa estipulación. Se ha extinguido para poder ser sustituida por una propiedad horizontal ordinaria, sin pasar por la construcción en comunidad —legítimamente no querida en este caso— y evitando el rígido principio de accesión inmobiliaria. Por eso hablamos de modificación extintiva y simultánea a la ejecución del pacto. No se trata de una extinción tácita, media pacto expreso. Ocurre, de esta forma, lo contrario de lo que parece deducirse del último considerando de la Resolución: el pacto provoca precisamente la disolución de la comunidad preexistente, y lo que es cuestión aparte es la naturaleza jurídica del pacto (no pueden convivir dos comunidades distintas —ordinaria sobre el suelo y horizontal sobre el vuelo— sin constituirse expresamente un derecho de superficie que derogue el régimen necesario de accesión).

En definitiva, extinción de comunidad expresa —aún sin fórmulas sacramentales— y dudoso carácter dispositivo del artículo 1.522 del Cc —la Res. de 18-5-1983 se refiere a una comunidad funcional, a pesar de lo genérico de su afirmación, y no toda comunidad donde se excluya el retracto es, en principio y por este solo hecho, una comunidad

funcional; y la STS de 13-5-1988 a la subsistencia de la acción de retracto, que no se enerva y desaparece por causa de un acto de administración, cual es la división horizontal, considerado, a nuestro juicio impropiaemente, de naturaleza «inmatriculadora».

(Lo más interesante de la STS de 13-5-1988 es, precisamente, como veremos al tratar de la extinción de la propiedad horizontal, la distinción que establece entre los diferentes actos objeto de inscripción a efectos del mandamiento judicial que ordena la cancelación genérica de las inscripciones posteriores: matizando con una profunda visión práctica la doctrina contenida en las RR de 16 y 31-7-1987. Distingue, decimos, el TS entre actos de disposición —voluntarios y necesarios— y actos de eficacia inmatriculadora —«administración»—, considerando que los postulados de los arts. 71 y 131-17.^a de la Ley Hipotecaria se contraen a los de disposición —dominio y cargas: «...ni afecta la anotación a otros distintos de los que atraigan *gravamen o disposición*, como los de *sustancia inmatriculadora* tales como declaraciones de obra nueva, aumento de cabida, división horizontal y otros análogos... ha de ser *mantenida* la división horizontal posterior a la anotación de embargo...»). Los actos, pues, de sustancia inmatriculadora realizados con posterioridad a la anotación preventiva de embargo —incluso de la traba de embargo por el principio de accesión inmobiliaria— ni obstaculizan la ejecución ni son susceptibles de cancelación genérica —salvamos, claro está, la cancelación expresamente ordenada de una inscripción de este tipo. Es más, como quiera que el principio de fe pública registral no se extiende a los datos físicos que la inscripción pública, tan absurdo sería cancelar la obra nueva declarada —aunque la canceleemos sigue existiendo físicamente— como *incluso* la propiedad horizontal constituida —que afecta al régimen jurídico administrativo del bien, salvo que el ejecutante solicite otra cosa en trámite adecuado, de creer que entraña perjuicio a sus intereses. Y todo ello, aunque de las RR citadas pudiera interferirse otra cosa —derivada del término «inscripciones posteriores»; de dominio y gravamen sí, las que revelan la situación física, en especial, del inmueble, no. Esta «doctrina» —es una sentencia— la entendemos muy aceptable.)

(130) Podría cuestionarse la posible acción de nulidad del pacto en base a circunstancias objetivas: ¿qué ocurriría si al pactar la división futura no se respetó el principio de proporcionalidad, y la adjudicación prevista se completa únicamente desde el ángulo de la cuota, sin mediar acuerdos de compensación?, ¿qué sucederá si con posterioridad se produce un incremento de valor extraordinario en una de las futuras partes?, ¿actos propios?, ¿deberá pactarse la necesidad de acuerdo unánime para dividir, ya que el perjudicado se beneficia de la indivisión? Queda, pues, la virtualidad de la acción de nulidad.

Frente a tercero —activa o pasivamente considerado—, la oponibilidad del pacto requiere obviamente de su inscripción, y el juego de eficacia y preferencia será el ordinario.

Tal vez, la ventaja fundamental que puede aportar este pacto, en el caso de comunidad funcional de garaje, es salvar el enorme escollo que suponen las adscripciones de uso, dotando a éstas de la nueva categoría de *ius ad rem*, mediante la inscripción del pacto de división proyectada, que se convertirá en un *ius in re* si llega a producirse, no obstante, la vocación de permanencia de la comunidad —sería una cautela de inestimable oportunidad para los que creen adquirir plazas de garaje determinadas y para los propios acreedores y titulares de derechos reales sobre las cuotas. (Vid. *infra*: comentario al art. 402-2, acción de división —subdivisión— horizontal.)

(131) La claridad en las titularidades jurídicas que el Registro publica es una necesidad institucional. La seguridad jurídica de los adquirentes y de los interesados en conocer el contenido que aquél revela impone la exclusión de pactos personales válidos, nulos y anulables, que acerquen el tráfico y créditos territoriales a la situación contenciosa de las controversias interpretativas. La extensión del principio de fe pública debe ser una cuestión patente para los usuarios, bien se trate de datos físicos como de datos jurídicos.

(132) El Ministerio de Justicia ha elaborado un Anteproyecto de Ley de Conjuntos

Inmobiliarios, que deroga la LPH de 1960, y contempla la regulación de los complejos inmobiliarios, división horizontal y multipropiedad —mayo de 1989.

(133) Se pretendía en el supuesto objeto de recurso inscribir un edificio en multipropiedad, estando ésta referida no a la finca única existente —el edificio— sino a los distintos departamentos que la integraban, atribuyendo el derecho dominical sobre los mismos en base a una serie de adscripciones de uso. La propiedad horizontal como acto de reglamentación del aprovechamiento en propiedad separada del inmueble había sido evitada. Las adscripciones temporales y dominicales de uso recaían sobre una parte no autónoma del edificio. La doctrina de la adscripción había llegado a su fin: excluir la aplicación directa del régimen imperativo de la propiedad horizontal, buscando de «intento» su aplicación analógica parcial.

(134) Debe advertirse la distinta trascendencia que otorga la DG al cambio de *destino* en las Resoluciones de 31-3-1989 y 20-2-1989, y hace pensar —a menos que optemos por la contradicción doctrinal que sus asertos encierran— que el destino a «zona verde» del patio «privativo» es inamovible por razón de contenerse en el título constitutivo, y sin atender a las limitaciones urbanísticas a que haya lugar —Res. de 31-3-1989—, a diferencia del cambio de uso de un local comercial, que pertenece o cae dentro de la esfera privada de su propietario —Res. de 20-2-1989—, ya que el garaje, según la DG, es una afectación —destino— que no altera la naturaleza de local comercial que el elemento independiente previamente tenía.