

Posibles formas empresariales en la Propiedad Horizontal

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Evolución legislativa*.—III. *Jurisprudencia*.—IV. *Doctrina*: A) Posiciones doctrinales. B) Crítica y conclusiones.—V. *Intentos de organización empresarial*: A) Sociedades. B) Cooperativas. C) Entidades urbanísticas colaboradoras de la Administración.

I. INTRODUCCION

La legislación específica reguladora de la titularidad y uso y disfrute de la vivienda ha ido evolucionando, siguiendo fundamentalmente las modificaciones originadas por los avances técnicos y por las necesidades que crea la constante elevación de la calidad de vida.

Partiendo ya de la época de las Codificaciones, salvo casos aislados en grandes ciudades, las viviendas solían ser edificios familiares, es decir, en cada edificio sólo vivía una familia más o menos prolongada, con dimensiones reducidas generalmente y carencia de casi todos los servicios, y esto, unido a que las ciudades sólo tenían urbanizadas muy pocas calles y que la iluminación pública era deficientísima, donde la había, permitió que las poblaciones se pudieran extender en horizontal, en lo que también influía las precarias técnicas de construcción, que no permitían la edificación en altura, sin olvidar la incidencia del individualismo propio de la célula familiar de aquella época. Las relaciones entre viviendas eran mínimas, y se reducían al disfrute conjunto de una entrada común a través de plazoleta o patio, cotitularidad de muros medianeros, luces y vistas, y a lo sumo a la existencia de cueva que se prolongaba por el subsuelo del colindante o de habitación alta que montaba sobre parte de la planta baja del vecino, consecuencia en casi todos los casos de particiones de herencia, y provocándolo la irregularidad de los edificios. Por lo excepcional, se regulaba legalmente a través de la figura de las servidumbres en casi todos los casos.

En una segunda etapa, la urbanización de las ciudades se perfecciona (asfaltado, alcantarillado, conducciones generales de agua, incluso caliente en algunos casos; luz eléctrica, etc.), encareciéndola considerablemente, lo que unido a la evolución de la Arquitectura hace aconsejable el aprovechamiento en altura de los solares, motivando la creación de edificios multifamiliares, a través de los cuales se satisfacen, además, otras necesidades, como la de guarda y conserjería, de garaje de vehículos o calefacción. La titularidad y regulación del disfrute de los diferentes pisos de ese único edificio, al ser ya esa relación más intensa y permanente, se encauza legalmente a través de la comunidad, con más o menos particularidades impuestas por la singularidad del objeto sobre el que recae, como el tratamiento del retracto de comuneros o la representatividad de la comunidad.

Y en una tercera etapa, por la influencia de la corriente motivada por la civilización del ocio, el sentido de seguridad y comodidad familiar y la insuficiencia de instalaciones deportivas públicas —que se contrapone a la campaña pública alentando el deporte—, se pretende satisfacer el deseo de diversión también a través de la vivienda, complementando los edificios con jardines, o incluso terrazas, dotadas de instalaciones infantiles, piscinas o pistas de juegos, que pueden estar al servicio de un solo edificio, pero que frecuentemente lo están al de varios, creando un conjunto en el que se ubican varias casas, las cuales, a su vez, se dividen en diversos pisos o viviendas, y que tienen hasta algún servicio común, como el de calefacción o agua caliente. Este es el supuesto que jurídicamente se ha denominado súper o hipercomunidad, en el que, a la vez que esta figura de gran magnitud, existe la comunidad singular del edificio. Su encasillamiento jurídico se ha intentado a través de la Ley de Propiedad Horizontal —habiéndose reconocido incluso por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la Resolución de 29 de mayo de 1980, la existencia de esta Propiedad Horizontal tumbada—, de la asociación, la comunidad, la sociedad civil y de la cooperativa, por la posibilidad que abre el Reglamento de Cooperación de 16 de noviembre de 1978. Naturalmente que también se incluyen en este último grupo las denominadas urbanizaciones, en las que existan únicamente viviendas unifamiliares aisladas o junto a edificios multifamiliares.

La legislación específica de Propiedad Horizontal vino a cubrir la necesidad creada por la rápida evolución de la institución en los últimos tiempos, que aun sin el apoyo normativo idóneo —como reconoció la Exposición de Motivos de la Ley vigente— adquirió pujante vitalidad; pero, sin embargo, han existido intentos de organización jurídica de este fenómeno económico-social, aplicando otras formulaciones legales, como sociedad, que le atribuían un aspecto mucho más empresarial. La motiva-

ción es muy variada: razones fiscales, circunstancias económico-familiares, como la separación matrimonial de hecho, fundamentalmente antes de la última reforma del Código Civil, o incluso causas urbanísticas que obligaban a vestir con ese ropaje jurídico la comunidad para obviar prohibiciones de las Ordenanzas municipales. Para conocer la viabilidad jurídica de estos intentos es necesario analizar casuísticamente cada fórmula en relación con los dos campos de la institución: el estricto, de edificio aislado, y el amplio, de prolongación a la urbanización. Y es imprescindible comenzar por estudiar la verdadera naturaleza de este fenómeno, analizando su evolución legislativa, la conceptualización jurisprudencial y las opiniones doctrinales, insistiendo en el aspecto fundamental de si existe o no personalidad jurídica en la Propiedad Horizontal.

II. EVOLUCION LEGISLATIVA

Nuestro Código Civil, en su primitiva redacción, ya regulaba este tipo de comunidad, dedicándole el artículo 396, que decía textualmente: «Cuando los diferentes pisos de una casa pertenezcan a distintos propietarios, si los títulos de propiedad no establecen los términos en que deban contribuir a las obras necesarias y no existe pacto sobre ello, se observarán las reglas siguientes: 1.º Las paredes maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común estarán a cargo de todos los propietarios en proporción al valor de su piso. 2.º Cada propietario costeará el suelo de su piso. El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía comunes a todos se costearán a prorrata por todos los propietarios. 3.º La escalera que desde el portal conduce al piso primero se costeará a prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo; la que desde el primer piso conduce al segundo se costeará por todos, excepto los dueños de los pisos bajo y primero, y así sucesivamente.»

Disciplina la situación como una simple comunidad con soluciones muy parcialistas, como lo prueban las referencias a la escalera —cortada por trozos— o el suelo del piso de cada uno, pero no olvidemos que tiene sólo carácter supletorio, porque sigue en esta materia la tónica general del Código Civil de respeto a la autonomía de la voluntad, consagrada en la libertad de pactos comunitarios, que podían complementar la regulación, por lo que tenemos que reconocer el indudable acierto de nuestro legislador de final de siglo pasado, que se anticipó a la necesidad real —entonces apenas si existían supuestos de propietarios de pisos en edificios multifamiliares— con esa flexibilidad que ha caracterizado a la regulación legal de la institución hasta nuestros días, dándole carta de naturaleza en el Ordenamiento español, y permitiendo, por otra parte,

que los interesados pactaran las normas a que se iban a someter en el desarrollo de sus conductas dentro de esta comunidad. Es cierto que no excluye dos de las facultades fundamentales derivadas de la copropiedad ordinaria que chocan abiertamente con la parcelación horizontal, el derecho de retracto y el de exigir la extinción de la situación comunitaria, pero creemos que hasta podría defenderse su exclusión en aquella época a virtud de la libertad de pacto, y desde luego no se podría nunca criticar su omisión en el texto legal, por la misma ausencia de supuestos prácticos en aquel momento, que son verdaderamente los que proporciona la materia moldeable por la Ley.

La Ley de 26 de octubre de 1939 modifica el artículo 396 del Código Civil, dándole la siguiente redacción: «Si los diferentes pisos de un edificio o las partes de piso susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, perteneciesen a distintos propietarios, cada uno de éstos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un piso o parte de él, y además un derecho conjunto de copropiedad sobre los otros elementos del edificio necesarios para su adecuado uso o disfrute, tales como el suelo, fundaciones, sótanos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, ascensores, pasos, corredores, cubiertas, canalizaciones, desagües, servidumbres, etc. Las partes en copropiedad no son, en ningún caso, susceptibles de división y, salvo pacto, se presumen iguales.

Los gastos de reparación y conservación de los elementos comunes del edificio serán satisfechos, también salvo pacto, a prorrata por todos los interesados, según el valor de su parte privativa, y esta misma norma regirá para la adopción, por mayoría, de los acuerdos.

El derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio sólo es enajenable, gravable o embargable por terceros conjuntamente con la parte determinada privativa de la que es anejo inseparable.

Si el propietario de un piso o parte de él, susceptible de aprovechamiento independiente, tratare de venderlo, deberá comunicarlo, con expresión del precio, a los demás propietarios en el edificio, los cuales tendrán, respecto de extraños, preferencia para su adquisición, si dentro de los diez días siguientes al de la notificación formal del aviso comunicasen al vendedor su voluntad de adquirir.

En caso de concurrencia con ofertas distintas, la venta se efectuará con el que haya ofrecido mayor precio, y si aquéllas fuesen iguales, será preferido el propietario del piso o parte de piso horizontalmente inmediato al objeto de la venta. En identidad de condiciones será potestativo del vendedor realizar la venta con cualquiera de los oferentes.

Ningún propietario podrá variar, esencialmente, el destino o la es-

estructura de su piso sin previo acuerdo de la mayoría de los otros interesados.»

En esta modificación es de destacar la determinación diáfana de lo que puede ser propiedad separada y lo que residualmente es objeto de la copropiedad, que por cuotas se atribuye indisolublemente a aquélla, las cuales se presumen iguales, pero mantiene el pacto en contrario de la primitiva regulación, aunque creemos que con el límite del derecho de preferente adquisición comunitario recíproco, que a nuestro juicio tiene carácter imperativo en la redacción del 1939. Se excluye expresamente la división de las partes comunes en copropiedad, elevando a categoría legal lo que debería ser pacto usual en esta institución, y prohíbe rotundamente la variación del destino y estructura del piso por su propietario, salvo acuerdo mayoritario de comuneros.

Durante el imperio de esta reforma, nuestro Tribunal Supremo dicta la importante sentencia de 24 de mayo de 1943, en que deja bien sentado que la Ley de 26 de octubre de 1939, que da nueva redacción al artículo 396 del Código Civil, *se refiere a toda clase de edificios* y no a los destinados a viviendas familiares exclusivamente, y que como Ley aclaratoria, que interpreta los preceptos que nuestro Código dedicaba a la materia, ha de entenderse publicada cuando lo fueron los preceptos aclarados.

La institución va adquiriendo cada vez más pujanza por el deseo de acceso a la propiedad de su propia vivienda que tiene todo individuo, *apoyado por el régimen político de nuestra patria en esa época*, y de otra parte, la crisis del arrendamiento por un excesivo proteccionismo al arrendatario, lo que unido a las enseñanzas extraídas de las experiencias prácticas hizo necesaria una nueva regulación más amplia y, sobre todo, adaptada a la situación social y económica de la última parte de la revolucionaria década de los años cincuenta.

La Ley de 21 de julio de 1960 viene a satisfacer la necesidad de regulación creada. Se encuentra dividida en dos capítulos. El primero, con dos solos artículos, se destina a modificar las disposiciones vigentes: el número 1 reforma los preceptos relativos al Código Civil, dando nueva redacción al artículo 396 y adicionando un nuevo párrafo al 401, y el número 2, los de la Ley Hipotecaria, afectando a los artículos 8.º y al 107. El segundo capítulo desarrolla el régimen de la propiedad por pisos en diecinueve artículos, del 3.º al 21, ambos inclusive. Además, contiene dos disposiciones transitorias y una final derogatoria.

Los preceptos básicos modificados quedan con la siguiente redacción: el artículo 396 del Código Civil: «Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía

pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbres.

Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división, y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.

En caso de enajenación de un piso o local los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto.

Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.»

Al artículo 401 del mismo Código se le adiciona este párrafo: «Si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista en el artículo 396.»

El artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, en su número 3, que se modifica, y los números 4 y 5, que se añaden, quedan así:

«Tercero. Las fincas urbanas y edificios en general, aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno.

Cuarto. Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada. En la inscripción se describirán, con las circunstancias prescritas por la Ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignando a éstos un número correlativo, escrito en letra, y la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble. En la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados. Se incluirán, además, aquellas reglas contenidas en el título y en los estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad.

La inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales.

Quinto. Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen.»

El número 11 que se añade al artículo 107 de igual Ley dice:

«Undécimo. Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8.º»

En el capítulo II se regula el régimen especial lo más minuciosamente posible, sin caer en el casuismo, y bajo la base y con el respeto de los preceptos básicos reseñados en el capítulo I.

En las Disposiciones transitorias, la primera establece el plazo para adaptar los estatutos de las comunidades existentes a la nueva reglamentación, y la segunda permite el mantenimiento del derecho de tanteo y el de retracto a favor de los copropietarios, establecido en los estatutos que regulaban la propiedad por pisos a la entrada en vigor de la Ley, si lo acordaban el 80 por 100 de los titulares.

En la Exposición de Motivos es destacable la admisión de la Propiedad Horizontal constituida *ab initio*, lo que indica el gran esfuerzo de la Ley por facilitar el desarrollo práctico de la institución. Por otra parte, resalta que la regulación que brinda es suficiente para disciplinar todas las relaciones que le están sometidas, pero que, sin embargo, admite que por obra de la voluntad se especifiquen, complementen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los términos de la Ley.

Particular importancia reviste, para el aspecto que estamos estudiando, el tratamiento legal de los órganos necesarios en este régimen especial, Presidente y Junta de Copropietarios, y la naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal. El Presidente es el órgano ejecutivo, pudiendo ser removido en cualquier momento por acuerdo de la Junta extraordinaria. La Junta de Copropietarios se configura como soberana y máxima, tomando sus acuerdos con todas las garantías de convocatoria. Su aspecto más interesante es el del análisis relativo a su posible personalidad jurídica independiente de la de sus integrantes. En la evolución legislativa expuesta se partía de una comunidad plena, pasando a una comunidad *sui generis*, con tanteo, pero sin división, y una regulación comunitaria incipiente, para llegar al régimen actual de desarrollo casi societario, que podría hacernos pensar en la aptitud legal para tener esa personalidad jurídica, pero tengamos en cuenta que esto supondría tanto como desarrollo posible en cualquier dirección, siempre, claro está, en función de su objeto; pero en la Propiedad Horizontal está condicionada totalmente a su finalidad única, que es el servicio del mejor uso y disfrute de la propiedad privativa de los pisos y locales, condicionado y limitado sólo por el derecho de los demás, lo cual nos impide pensar en salir de la comunidad.

III. JURISPRUDENCIA

Nuestro Tribunal Supremo ha seguido una línea clara de comunidad, pero con una reglamentación y órganos propios legales que la gobiernan y representan, a diferencia de la comunidad ordinaria, en que sólo se permite que pueda pactarse la reglamentación (art. 392, pár. segundo, C. C.), porque únicamente se prevé una incipiente disciplina de las relaciones entre los comuneros, consistente en fijar el principio de mayoría o unanimidad, dependiendo del tipo de acto y, en todo caso, favoreciendo la extinción. Nuestro Alto Tribunal acentúa más la distinción al señalar que el nacimiento se produce por disposición legal, cuando se da la circunstancia de hecho básica de pertenecer algún piso o local a distinto propietario (sentencia 19-2-71), existiendo ya unos órganos del ente comunitario establecidos por la Ley, como el Presidente, el cual la representa, pero no de forma aislada e independiente, que requiera unos poderes específicos en cada caso, sino institucionalmente, personificando y siendo el puro instrumento físico a través del cual actúa la comunidad (sent. 19-6-65), estando por su naturaleza esta actuación representativa en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria (sentencia 5-6-79); por otra parte, reconoce que están legitimados todos los copropietarios para ejercitar las acciones, tanto relativas a elementos privativos como comunes, aunque exista el Presidente y aun contra su oposición, basándose en que hay una yuxtaposición de dos propiedades, privativa y común, estando esta última en función de aquélla por serle necesaria para su disfrute (sentencias 28-4-66, 23-4-70 y 31-5-71). En la de 22-6-72 califica la Propiedad Horizontal de comunidad *sui generis*, que participa de la propiedad particular y común simultáneamente, y en la de 16-6-73 la conceptúa de institución *sui generis* de carácter complejo, a la que es inútil buscarle identidades o semejanzas parciales para que sea absorbida en otros tipos clásicos; siguiendo en esta misma concepción, es de destacar la de 28-4-66, la cual, además, sienta claramente la diferenciación con la sociedad, basándose en que en ésta surge un ente social distinto de los componentes, con patrimonio también independiente.

En la Jurisprudencia de Audiencia resaltan por su importancia la sentencia de 10-10-67, de la Territorial de Madrid, considerando que es una comunidad especial, distinta de la comunidad de bienes que regula el Código Civil, y radicalmente diferente a cualquier tipo de sociedad mercantil, que se caracteriza por tener personalidad propia y autonomía de la de sus socios integrantes, y la de Zaragoza de 10-12-80, proclamando que la razón de ser de la institución, aquello que en primer término responde a la finalidad económica y social, el *prius* de ésta, es el carácter preponderante de la propiedad individual y el accesorio de la comunidad.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado trascendentes Resoluciones en esta materia. La de 5-12-70 consideraba que era una figura jurídica original, que se sustrae de la comunidad ordinaria de bienes regulada por el Código Civil, reiterando lo sentado ya por el Tribunal Supremo sobre la coexistencia de una propiedad singular y exclusiva sobre un bien privativo y una copropiedad compartida sobre elementos comunes, estimando que este derecho de propiedad singular es creación intelectual inspiradora de la Ley. En la de 15-6-73 reitera en líneas generales los principios de la anteriormente reseñada, y da un paso más al proclamar que, aunque nuestra legislación no haya atribuido a la Junta de Copropietarios personalidad jurídica independiente de la de éstos, sin embargo, sí ha superado el clásico concepto de la copropiedad romana, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división ni el derecho de retracto, dando, además, en su regulación predominio a los intereses comunitarios sobre el individual, y reconoce la Resolución que la Junta tiene concedidas por Ley unas facultades que exceden de las meramente administrativas y que suponen actos de disposición. En la de 1-9-81 reitera la falta de personalidad jurídica de la Junta.

IV. DOCTRINA

A) LAS POSICIONES DOCTGINALES SON VARIADÍSIMAS

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (1) considera que entre la comunidad, o al menos entre la copropiedad, y la horizontal existen más diferencias que semejanzas, porque:

- La totalidad de la casa no pertenece a todos los condominios por cuotas ideales o sin ellas, sino que existen partes privativas y la comunidad es sólo sobre los elementos comunes.
- No hay *actio communi dividundo*. Precisamente el artículo 401, último párrafo, del Código Civil permite extinguir el condominio, creando la Propiedad Horizontal. El Tribunal Supremo también lo reconoce en sus sentencias de 9-7-51, en la que dice que es una forma de salir de la indivisión, y en la de 4-12-53, reconociendo que es dividir entre condueños pro indiviso determinada cosa.

(1) Su libro *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, publicado por la Editorial de Derecho Privado en el año 1973.

- La Propiedad Horizontal se extingue por conversión en copropiedad ordinaria, según el artículo 21, número 2, de la Ley de 21 de julio de 1960; luego hay que deducir que antes no lo era.

Entiende que hay una asociación sin personalidad y que las relaciones entre los propietarios son de vecindad y sus obligaciones *propter rem*.

Para este mismo autor la naturaleza de la institución es la de *propiedad especial*, basado según él en la opinión más generalizada de la doctrina, que el artículo 396 C. C. es en la actualidad una mera norma de remisión, por lo que ya no tiene que ser comunidad por estar incluido en el título que dedica a ella el Código Civil, y que lo reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley 49/1960, al decir: «El propio desenvolvimiento de la institución ha tendido principalmente a subrayar los perfiles que la independizan de la comunidad...» La modificación que introdujo la Ley 27-10-39, quedando la comunidad como accesorio, circunscrita a lo que se ha venido llamando elementos comunes.

Para ZANÓN MASDEU (2) es una institución autónoma e independiente, una clase especial de propiedad, que supone la existencia de relaciones entre los condueños o partícipes con las propiedades privativas y las propiedades comunes. Y entre estas dos propiedades, la doctrina ha dudado acerca de cuál tiene prioridad. También considera que no tiene personalidad la comunidad, por constituir un ente de gestión de los intereses de los partícipes.

FUENTES LOJO niega la personalidad jurídica de la comunidad, y entiende que la relación entre Administrador y Junta es de mandato.

PÉREZ PASCUAL (3), siguiendo en parte a FUENTES LOJO, clasifica las diversas teorías, haciendo una crítica específica de cada grupo:

1.º *Las que estiman la institución como un conjunto de servidumbres recíprocas y complejas* entre todos los pisos y locales, pudiendo existir también elementos comunitarios como pilares, obra gruesa, etc., entiende aquel autor que son rechazables, porque la servidumbre desfigura el derecho de propiedad, mientras que en el de Propiedad Horizontal los límites del mismo lo configuran en su contenido actual.

2.º *Las de la personalidad jurídica en la copropiedad*. La defienden los autores italianos CARNELUTTI, BRANCA y DOSETTO, y en España, DONDERIS TATAY. Consideran que la Propiedad Horizontal es una forma de copropiedad a la que le atribuyen personalidad jurídica, de tal forma

(2) En su libro *La propiedad de casas por pisos*, publicado por la Ed. Ariel el año 1964.

(3) Su obra *El Derecho de Propiedad Horizontal*, editado por Marcial Pons en el año 1974.

que los propietarios del inmueble no son los de los espacios independientes, sino una persona jurídica cuyo sustrato físico lo componen aquellos propietarios de las partes privativas. La rechazan FUENTES LOJO, SALIS y BATLLE, basándose en que es la Ley la que reconoce a los individuos, y no al grupo, el goce y disfrute de la cosa. A su vez, PÉREZ PASCUAL no admite la teoría ni la argumentación contraria expuesta, porque no reconoce personalidad jurídica a la copropiedad y tampoco a la Propiedad Horizontal, y entiende que no es la Ley, sino la esencia de la institución, la que reconoce el goce de los titulares de partes privativas, con lo cual no podría dejarse de reconocer por derogación de la Ley.

3.º *Las de la sociedad.* La defienden TROPLONC y JULLIOT, entendiendo que es una sociedad la propietaria de todo el edificio y que la Junta de Propietarios debe regirse por las normas societarias. Es igualmente rechazable por localizar su atención más en el sujeto que en la relación jurídica. A lo que podría añadirse, a nuestro juicio, que en nuestro derecho no se configura en ningún momento esta institución como sociedad.

4.º *La tesis de la universalidad* tampoco es admisible, porque la esencia de la institución descansa sobre la titularidad individualizada de cada uno de los elementos privativos y la universalidad puede ser objeto de un derecho, pero no su esencia.

5.º *La teoría de la propiedad superficiaria* no es aceptable, porque la superficie supone construcción sobre suelo ajeno y en nuestra institución el solar suele ser propiedad de los titulares de espacios independientes, y excepcionalmente puede estar el edificio construido globalmente en suelo ajeno, pero esto no modifica la conceptualización.

6.º *La teoría del cuasicontrato* es rechazable por haber una relación normativada.

7.º *Son mayoritarias las tesis de la comunidad y de las propiedades separadas y distintas con una copropiedad en elementos comunes*, en forma más o menos pura, única, total o parcial. MEDRANO Y RUIZ DEL ARBOL la sitúa entre la romana y germánica; ESCRIVÁ DE ROMANÍ, entre la comunidad ordinaria y la sociedad, y abundan los autores que la consideran como comunidad especial —SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, etc.— y los que entienden que hay una propiedad independiente del piso y una comunidad de elementos comunes, con mayor o menor preponderancia de una sobre la otra, dependiendo del tratadista —DE BUEN, BONET RAMÓN, CASADO PALLARÉS, etc.—, sin olvidar a los que defienden la copropiedad modalizada.

Destacan las dos concepciones fundamentales: *monista* y *dualista*.

La primera concibe una comunidad sobre todo el edificio con distribución prodiviso del uso y aprovechamiento del inmueble, basándose en la esencial unidad del inmueble y en que cada propietario tiene un derecho de propiedad único sobre todo aquél, compartido con el del resto de copropietarios, reflejándose en la atribución de la utilización exclusiva de su departamento. Tiene el atractivo de su sencillez, pero se queda corta a la hora de precisar la naturaleza del derecho de cada titular sobre su piso, que no es sólo de aprovechamiento, sino que tiene rango dominical.

La segunda yuxtapone dos titularidades: la privativa sobre el piso y la comunitaria sobre los elementos comunes, que es accesoria de aquélla. En su forma pura también parece rechazable por fraccionar la titularidad de cada copropietario en dos, cuando ambas integran un todo.

8.º PÉREZ PASCUAL, cuya opinión la damos por extenso, por estudiar puntos claros de los relacionados con este trabajo, considera que el derecho de Propiedad Horizontal se estructura en una relación directa y personal de señorío sobre un elemento privativo, pero siempre un solo derecho que en su constitución tiene en una disección longitudinal las facultades propias de todo derecho de propiedad, y en una disección transversal, la existencia de partes comunes en función y al servicio de las privativas, y la pertenencia a la organización colectiva de los propietarios. Con lo que no cabe confundir la estructura del derecho de Propiedad Horizontal con las facultades que el mismo contiene, porque éstas son las mismas existentes en todo derecho de propiedad y derivadas del contenido de una situación jurídica. Lo esencial en la Propiedad Horizontal consiste en la propiedad separada, independientemente e individualizada al máximo, sobre cada uno de los pisos y locales de un edificio, que no está limitada por nada ni por nadie, excepto por los límites específicos de la institución jurídica.

Al servicio y en subordinación de las partes privativas existen elementos llamados partes comunes, y su titular es la Junta de Propietarios, con personalidad jurídica de naturaleza asociativa, no sociedad por faltar la voluntad libre de integrarse, ya que tiene que estar forzosamente organizada por esencia de la Propiedad Horizontal. Y es que entiende este autor que no se puede explicar por la vía de la copropiedad la imposibilidad de realizar actos de disposición sobre elementos comunes esenciales —los divide en esenciales, naturales y accidentales—, aunque fueran unánimes, por ser nulos al hacer desaparecer el régimen de esta propiedad. Dicha Junta tampoco puede realizar transmisiones de partes comunes esenciales, y si son naturales o accidentales habrá de proceder al acto previo de desafectación, porque el reconocimiento de su personalidad ju-

rídica está condicionada a sus facultades, y si no las respeta o actúa fuera de ellas su actuación es inexistente para el derecho. Tales facultades son las indicadas de servicio a la parte privativa. Considera, por tanto, a la Junta como sujeto de derecho en tanto actúe dentro del campo jurídico que le es propio, y en el que se le debe de reconocer personalidad jurídica, que no es lo que el Derecho francés llama «la *petit personnalité*», porque no hay pequeña o gran personalidad en nuestro derecho para la persona jurídica, sino sólo la personalidad que le corresponde a la finalidad legítima que cumple, en cuyo campo jurídico delimitado es reconocida esta vestidura jurídica. Considera que la tiene para exigir al copropietario la actuación adecuada en los elementos privativos y la utilización o uso de los comunes, así como su aportación económica, la cesación del régimen de Propiedad Horizontal, establecer relaciones con terceros para responsabilidades civiles contractuales o extracontractuales, y ejercitar acciones penales contra copropietarios o terceros. Pero no supone que desaparezca la consideración individual de los propietarios, ya que son otros sujetos de derecho al lado de la Junta que están legitimados para ejercitar acciones procesales.

Entiende por persona jurídica un expediente jurídico, una expresión jurídica, una vestidura jurídica de una situación sociológica real que el derecho crea para el servicio del hombre, ayudándole para cumplir finalidades que faciliten su convivir social. Su esencia es un fin legítimo e implica su organización y publicidad, un patrimonio, responsabilidades, etc.

Rechaza las construcciones que configuran la institución como una sociedad, única propietaria del inmueble, y el disfrute de las partes privativas por contratos de arrendamiento u otras fórmulas —que es una de las figuras empresariales que después estudiaremos—, porque la esencia de la figura está en la división del edificio en pisos y locales, con titularidad sobre los mismos, separadas. Y la parte privativa es tan real y corporal como pueda ser el edificio mismo, porque tampoco a éste se le pueden ver y tocar los cimientos, por ejemplo, y, sin embargo, se le considera objeto corpóreo, y es que hay que hacer un proceso de abstracción paralelo al de las partes privativas de la Propiedad Horizontal. Afortunadamente, dice, el hombre cada vez mira más con los ojos de la mente que con los del cuerpo, y el derecho ha pasado de la época de los formulismos y de las percepciones sensoriales.

B) CRÍTICA Y CONCLUSIONES

Para llegar a conclusiones claras en el tema expuesto de la posibilidad de organizar empresarialmente la Propiedad Horizontal es decisiva la determinación de la verdadera naturaleza de aquélla, y fundamentalmente

si tiene o no personalidad jurídica la comunidad, o al menos la Junta, ya que si la tiene por su estructura institucional no habrá unas diferencias tan abismales con las formas empresariales; pero en otro caso la inadmisión es total.

Las teorías que tratan de explicar este fenómeno por la vía del encaillamiento en las servidumbres, sociedad, propiedad superficiaria, universalidad o cuasicontrato, por exceso o por defecto, escapan de la verdadera conceptualización de la Propiedad Horizontal. Tampoco creemos que se trate de una propiedad especial, porque nuestro Código sólo denomina tales, siguiendo a la Base 10, a las que su objeto tiene un interés social o público, como las aguas, minas u obras del intelecto.

Para explicar la naturaleza, nada mejor que acudir a los términos exactos de la Ley: básicamente es un derecho de propiedad sobre un espacio delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente dentro de un edificio, que lleva inherente una cuota de copropiedad sobre los demás elementos de aquél. Nos queda por determinar qué clase de propiedad es aquélla, la función de la inherencia de la cuota sobre la copropiedad y la verdadera naturaleza de ésta.

La propiedad privativa recae sobre ese espacio delimitado, de aprovechamiento exclusivo por un solo titular, y los anejos, también de aprovechamiento exclusivo, aunque a veces sean espacios señalados en comunidad pro diviso de otros elementos sobre los que podría recaer una titularidad privativa —como, por ejemplo, local de garaje—, constituyendo una propiedad totalmente normal, a nuestro juicio, y en función de la cual se desarrolla todo lo denominado como Propiedad Horizontal.

La vital dependencia de unos elementos arquitectónicos, que llamamos comunes, para su existencia y aprovechamiento, por integrarse en un edificio, y esa proyección en altura que no atribuye en exclusiva parte de la corteza terrestre, ha dado lugar a lucubraciones de los más variados tipos para tratar de explicar el fenómeno, cuando lo correcto creemos que es comenzar por analizar el concepto de propiedad y cuál puede ser su objeto.

Hay tres conceptos que se han venido manejando aparentemente como equivalentes, pero que la doctrina los ha intentado distinguir: *propiedad* es una relación meramente económica que se habrá de regular jurídicamente. Consecuentemente, *derecho de propiedad* será aquel derecho subjetivo que permite aprovechar, en la medida señalada por el derecho objetivo, la relación económica entre el titular y sus bienes; en esta misma línea, nuestro Código Civil, en su artículo 348, lo define como «el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Y, por último, *el dominio*, se le considera

como el derecho real que atribuye a su titular el poder o señorío más amplio posible sobre una cosa corporal.

Observemos que el legislador utiliza el término propiedad en el fenómeno que estudiamos, pero referido naturalmente al derecho de propiedad, lo que supone el derecho subjetivo de gozar y disponer del elemento privativo, en la medida y con los límites establecidos por la Ley especial y sus disposiciones complementarias —inherencia de cuota copropietaria, régimen especial de administración, etc.— y concordantes.

Independientemente de que desde el punto de vista jurídico es totalmente normal, PÉREZ PASCUAL nos decía que se mira cada vez más con los ojos de la mente que con los ojos del cuerpo, y el derecho ha pasado de la época de los formulismos y de las percepciones sensoriales. Pero es que creemos que la privativa es una auténtica propiedad, lo miremos con los ojos que lo miremos, porque observemos que no existe ninguna propiedad en estado totalmente puro y aislado; todas ellas necesitan de unos apoyos que son imprescindibles para ejercitar esa relación económica que supone su aprovechamiento, o tienen unas limitaciones que permiten ese mismo aprovechamiento a otras, o favorecen a la sociedad genéricamente.

Los apoyos pueden venirle desde el campo del derecho público, cuando se estima por la sociedad que es conveniente la prestación de un servicio a nivel general y la propiedad lo recibe directamente —parcela que da frente a calle o carretera, proximidad de conducción de agua o alcantarillado que permite el enganche directo, etc.— sin necesidad de paso por sitio no público, o, desde el derecho privado, si no adquiere ese nivel de generalización —camino a través de otra finca, paso de agua por otro predio, etc.— que se encauza por la figura de la servidumbre, generalmente cuando existe una propiedad preponderante del fundo sirviente sobre la carga impuesta, o de la comunidad cuando sirve a varios y no tiene más utilidad que la de ese apoyo, por lo que desaparece el propietario ajeno. Los casos típicos de esta figura ya se conocían mucho antes de la Propiedad Horizontal, como el paso comunitario desde vía pública o la comunidad de regantes, y aunque el privar a una finca del riego que se le proporcionaba a través de la atribución de participación de agua no provocaba físicamente su desaparición, como ocurriría con el piso si se le priva de los elementos comunes, sin embargo económicamente sí le hacía depreciarse grandemente, y ya hemos visto que la propiedad es una relación, sobre todo, económica, pero a nadie se le ocurriría decir que la propiedad de la finca es especial por esta dependencia, o trataría de explicarla por otro expediente jurídico que no sea el lógico de la simple propiedad. También es cierto que han existido entes con personalidad jurídica que fueron los titulares directos de todos aquellos ele-

mentos de uso y aprovechamiento común en beneficio exclusivo de sus asociados, como las Hermandades de Labradores y Ganaderos de las distintas localidades, que eran las propietarias de los espacios empedrados denominados «eras, caminos agrícolas, acequias, etc.», y que asumía la representación y defensa colectiva de los integrantes, que tenían que ser necesariamente labradores o ganaderos.

La Propiedad Horizontal en su desarrollo legislativo, según hemos visto, se orientó inicialmente por la vía de la servidumbre, pero observando el legislador lo inadecuado del expediente jurídico escogido recurrió a la comunidad, y en la actualidad queda claro que la base fundamental es la propiedad separada e independiente del piso o local —lo prueba la posibilidad de atribuirle incluso antes de haber concluido el edificio por constitución de propiedad horizontal *ab initio*, a la que da base la Exposición de Motivos de la Ley especial y el número 4 del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, e incluso la propia redacción del artículo 396 del C. C.—, que nuestra actual regulación lo individualiza al máximo, pasando a un segundo plano lo que antes era principal: la comunidad. Y siguiendo en esta misma línea, cabría preguntarse si también aquí podría admitirse la existencia de entidades con personalidad independiente, cuestión que es el objeto principal de estas páginas y que estudiaremos posteriormente.

La inherencia de la cuota copropietaria a lo privativo constituye una auténtica novedad legal, aunque no doctrinal. Realmente, la Ley refrenda la práctica jurídica de unión inseparable de dos titularidades, que generalmente eran también una plena y otra compartida, en cuya unión estaban interesados tanto el titular como los terceros que tenían con él una relación de vecindad de cualquier tipo, para evitar que fuera esa participación a manos de un no interesado que hiciera un uso inadecuado de ella, utilizándose la figura de los derechos subjetivamente reales, suponiendo que el titular de la participación se determinaría necesariamente por la titularidad de la propiedad principal.

Por último, *la naturaleza de la copropiedad*. La Ley utiliza indistintamente los términos copropiedad y comunidad, aunque con mayor profusión aquél, pero creemos que es indiferente desde nuestro punto de vista, y que en definitiva sigue la misma línea terminológica del Código Civil, ya que el título lo denomina comunidad de bienes y, sin embargo, utiliza en su articulado los de copropietarios, condueños, partícipes, etc. Ciertamente, a nuestro juicio, consideramos que los elementos comunes en la Propiedad Horizontal están atribuidos en copropiedad, pero que la completa regulación legal que le dedica nuestro Ordenamiento le hace merecer el calificativo de comunidad cuando menos, ya que parece que ésta tiene más sentido de ropaje corporativo que aquélla. Precisamente su

regulación, que establece órganos institucionales, como el Presidente —que representa a la comunidad en juicio y fuera de él y no a todos y cada uno de los comuneros aisladamente —o la Junta, órgano supremo y soberano al que la Ley permite tomar acuerdos de forma distinta a la de la comunidad propiamente dicha, como señala el artículo 16— ha llevado a algunos autores a considerar la posibilidad de la configuración de la institución, o al menos de la Junta, con personalidad jurídica independiente. Pero no se puede mantener esta posición si, como acertadamente han puesto de manifiesto las sentencias del Tribunal Supremo de 28-5-66, 23-4-70 y 31-5-71, cualquiera de los copropietarios puede ejercitar toda clase de acciones, tanto sobre lo privativo como lo común, sin contar con el Presidente ni con la Junta, o aun en contra de ellos, y esta inmediatez sobre los bienes desaparece cuando se interpone la persona jurídica.

En realidad, sólo existe una comunidad en la Propiedad Horizontal, pero con unas características muy propias, que vienen impuestas por necesidades sociales. En nuestro Derecho, tradicionalmente, sólo se distinguían la comunidad y los entes con personalidad jurídica, sin figuras intermedias. Aquélla, la comunidad, se consideraba como situación transitoria por antieconómica y conflictiva, lo que provocaba que no fuera nada constructiva, sino todo lo contrario, en liquidación, mientras que las personas jurídicas gozaban de todos los plácemes. Pero la evolución económico-social nos va demostrando que la satisfacción de determinadas necesidades aconseja la unión de sujetos más o menos intensas y extensas en el tiempo, que no quieren ni deben, jurídicamente hablando, quedar ocultos detrás de una persona jurídica, sino que, por el contrario, quieren y deben conservar su individualidad. Todo ello hace que el trayecto entre comunidad y persona jurídica —sea el tipo que sea— se jalone con situaciones intermedias, con más o menos tinte de personalidad jurídica, como las comunidades de regantes, las comunidades para construir la propia vivienda y la propiedad horizontal, o bien más cercana a la otra linde de la personalidad, como la cooperativa, que, aunque persona jurídica, sin embargo, tiene algunas características propias de las individualidades que la forman. Y sin olvidar que las comunidades pueden ser también de simple goce o dinámicas, según se limiten sólo al mantenimiento y disfrute o desarrollen actividad constructiva.

Estamos convencidos de que la Propiedad Horizontal es comunidad de goce y que está en ese camino que lleva a la persona jurídica, pero sin llegar a obtenerla. Como proliferaron ampliamente por la necesidad de vivienda y la crisis del arrendamiento provocada por su excesivo proteccionismo, y al Estado le interesaba favorecer aún más esa corriente social, es por lo que se fueron modificando las disposiciones que la regu-

laban, llegando a la actual, que es la que se ha considerado más favorable, aunque fueren algunos principios de la comunidad, que no son ni mucho menos principios fundamentales en nuestro derecho, y que posiblemente se hubiera podido disciplinar igualmente por la vía del pacto, que abiertamente autoriza el artículo 392 del C. C. Otra consecuencia de lo anterior es el efecto de nacimiento automático y por imperio de la Ley de la comunidad, desde el momento que existe más de un propietario de piso o local dentro del edificio, que tan claramente ha puesto de manifiesto la Jurisprudencia que se analizó.

Reiteramos la inexistencia de personalidad jurídica, tanto de toda la institución como de la Junta, y esa representación institucional por el Presidente creemos que, además de todo lo anterior, sólo responde a un principio de economía procesal, cuando es en la esfera judicial, porque es lógico que para el ejercicio de una acción que le es común a todos los copropietarios no se van a reproducir las representaciones con los gastos y trastornos que conlleva o exigir la legitimación pasiva de todos y cada uno de aquellos en las acciones ejercitadas frente a la comunidad, y en la esfera extrajudicial responde a la necesidad de una representación y dirección única y conjunta, con contenido y extensión legal, pero esto es común en la mayor parte de las comunidades que se les dota de una reglamentación. Recordemos la sentencia de 5-6-79, estableciendo claramente que esta representación está a mitad de camino entre la orgánica y la voluntaria, y que no le faculta al Presidente para actuar prescindiendo del acuerdo de la Junta.

La Junta tampoco tiene personalidad jurídica, porque nada nos lo indica en la Ley, y esa exigencia de unanimidad para determinados actos mal se aviene con la persona jurídica; por el contrario, es indicativo claro de comunidad. Lo que ocurre es que se permite llegar a esa unanimidad por un procedimiento de silencio afirmativo, lo que constituye también una novedad en nuestro derecho a nivel legal, pero que creemos que podría regularse de esta forma por vía de pacto en cualquier clase de comunidades.

No nos resistimos a hacer un juicio crítico a la Ley 49/1960. Nuestra opinión es francamente favorable, porque tiene la flexibilidad suficiente para adaptarse a todas las situaciones empíricas, desde pequeños edificios hasta grandes urbanizaciones, desde comunidades modestísimas con mínimos servicios hasta las que cuentan con los más sofisticados, y con la fuerza expansiva, la copropiedad, que le permite acoger en ella todo lo que no es objeto de propiedad separada por estar suficientemente delimitada y ser susceptible de aprovechamiento independiente. Su regulación establece, abstracta y generalizadamente, como es lógico, todas las reglas necesarias para disciplinar las relaciones con las garantías suficientes. Me-

recen destacarse algunos aspectos por su novedad —aparte de lo de la inherencia de la cuota copropietaria a la propiedad individualizada, la representación del Presidente, ambos antes comentados, o la constitución *ab initio* del régimen horizontal, adjudicando los pisos y locales a los respectivos titulares antes de la construcción del edificio—, como los siguientes:

- La prohibición de división de las partes comunes, así como del tanteo y retracto, frente a las acciones genéricas de extinción de la proindivisión y del derecho preferente de adquisición que reconoce a todo comunero el Código Civil.
- La posibilidad de constituir comunidades de intento indivisibles, en base al artículo 4.º, sobre piso o local que en principio es esencialmente divisible.
- El nacimiento *ex lege* e imperativo, por el solo hecho de que se dé la circunstancia fáctica necesaria, y aunque no exista el título constitutivo que señala el artículo 5.º

Todo lo anterior nos lleva a una conclusión clara: es una comunidad de goce, intermedia entre la comunidad propiamente dicha y la persona jurídica, que por estas características especiales se ha venido conceptuando como *sui generis*, porque si es cierto que tiene unos aspectos que la diferencian de la ordinaria, como lo prueba el artículo 21, al decir que se extingue por la conversión en copropiedad ordinaria, pero que no se le puede atribuir personalidad jurídica.

V. INTENTOS DE ORGANIZACION EMPRESARIAL

La insuficiencia de regulación legal, antes de la Ley de 21 de julio de 1960, unido a su proliferación en la vida económica, provocó que se tratara de encajar el fenómeno en figuras tipificadas por tener esa regulación adecuada, como, por ejemplo, las sociedades, aunque, naturalmente, forzando extremadamente sus principios. Publicada la Ley del 60, desaparece aquella causa, pero existen dos nuevos motivos de persistencia:

- El fiscal, tratando de ocultar la propiedad detrás de ese velo que es la entidad con personalidad jurídica, e incluso evitar los impuestos por arrendamiento o renta estimada, si se usa el piso o local, simulando un pago mínimo de renta arrendaticia a esa entidad que a su vez justifica gastos superiores

—curiosamente, las disposiciones reguladoras de la renta fiscal de sociedades son mucho más generosas que las de personas físicas—, y aprovechar el mejor trato de valoración que se le da por el Fisco a los títulos, que a la propiedad inmueble.

- El urbanístico. Al prohibir algunas Ordenanzas municipales que determinados edificios de tipo residencial, con piscina, jardines, etc., y pocas alturas, en zonas urbanas privilegiadas, lo que provocaba una gran demanda, se dividieran horizontalmente por exigir que toda la casa perteneciera a una sola persona, se acudió a la solución de constituir una personalidad jurídica única e independiente, que era la propietaria del conjunto, y la titularidad de esa entidad era la que se distribuía entre los realmente copropietarios del inmueble.

A) SOCIEDADES

Las fórmulas más usuales en esta práctica han sido las sociedades, y concretamente la anónima, aunque tampoco han faltado algunos casos de otro tipo societario.

En general, podría oponerse la inexistencia de *affectio societatis*, porque no habrá nada tan contrapuesto a ella como unas relaciones de vecindad, ni el deseo de aleatoriedad en el resultado, ya que cada socio sólo persigue algo muy concreto, el goce o renta de su piso. Por otra parte, y también en forma genérica, hay que destacar la existencia de un auténtico fraude legal, porque si, como hemos visto, el régimen de Propiedad Horizontal surge con el marco de sus disposiciones especiales por mandato imperativo de la Ley cuando se dan las circunstancias específicas idóneas, naturalmente que con aquella vestidura que intentamos ponerle impedimos la aplicación de sus propias normas para someterlas a otras que no lo son, además de que al no tener personalidad jurídica la Propiedad Horizontal, se la estamos atribuyendo en contra de lo dispuesto por el Legislador, al darle aquella forma.

Particularizando en los diversos tipos de sociedades, los obstáculos de mayor bulto son, a nuestro juicio, los siguientes. En las civiles, la responsabilidad personal e ilimitada de los socios, según se deduce de los artículos 1.689 y 1.691, en relación con el artículo 1.911, todos del Código Civil, puede ser particularmente grave, como en el supuesto de los daños por ruina del edificio del artículo 1.907 del mismo Código. Tampoco se avienen las causas específicas de disolución de estas sociedades con el fin perseguido, como la interdicción civil, la insolvencia o la muerte

de un socio, aunque haya pacto de continuación con el heredero, que pueden dar lugar a la renuncia de otro socio. Por otra parte, el ocultismo total de los socios, que es realmente lo que se trata de obtener por las razones indicadas, tampoco se consigue, y si adopta cualquiera de las formas mercantiles usuales —anónima o responsabilidad limitada— se convierte en mercantil por disposición del artículo 3.º de las respectivas leyes especiales que regulan estas últimas.

En las compañías mercantiles la contradicción es aún más evidente, por el carácter dinámico de todas ellas, que se deriva del Código de Comercio y de las leyes específicas de cada tipo, y el ánimo de lucro, que es más intenso que en la civil.

Las sociedades colectivas tienen el mismo obstáculo para este fin que las civiles: la responsabilidad personal e ilimitada de los socios.

En las comanditarias se plantea la misma cuestión, porque aunque la responsabilidad de los comanditarios es limitada, sin embargo, en los colectivos, como acabamos de ver, la responsabilidad es ilimitada, y necesariamente alguno tendría que ser colectivo, con lo cual existirían posiciones distintas y no sería fácil que ninguno aceptara la más desfavorable.

Las de responsabilidad limitada tendrían el inconveniente de una mayor publicidad frente al ocultismo que se pretende con este cubrimiento empresarial, ya que la titularidad de las participaciones han de constar en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil, mientras que en la anónima consta habitualmente sólo en póliza de fedatario mercantil sin reflejo en ningún Registro público. Por otra parte, el derecho de preferente adquisición que establece la Ley para el supuesto de transmisión de participaciones sociales posiblemente no se concilie con el deseo de los copartícipes.

Entre todos los tipos de compañías mercantiles, las que sin lugar a dudas más se han utilizado para este fin han sido las *anónimas*, por sus especiales características. El medio de llegar a ellas puede ser o bien por constitución de los autopromotores de sus propios pisos y locales (componentes de la denominada genéricamente comunidad para construir), y que una vez terminado el edificio continúan con igual vestidura jurídica para el uso o goce de aquéllos, o por constitución directa sólo para este último fin, una vez concluida la construcción. Internamente se organizan asignando a un número determinado y especificado de acciones el disfrute exclusivo de un piso o local, por medio de un arrendamiento preferente de baja renta, existiendo además un pacto, que puede estar contenido en la propia escritura fundacional o en un acuerdo unánime de Junta general, adjudicando a las mismas acciones idéntico piso o local como cuota de liquidación para el caso de disolución de la sociedad, y

que como tal acuerdo anticipado de liquidación podría tener su base legal en los artículos 39 y 162 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Abundando en lo ya indicado de la burla o fraude de Ley que genéricamente se produce por la adopción de formas empresariales para la Propiedad Horizontal en casi todos los supuestos, en el caso particular de la sociedad anónima es donde más fácilmente se pueden contravenir normas imperativas dictadas en función de determinados intereses dignos de protección, por razón del distinto tratamiento que se le da al tráfico mercantil del civil a causa de su celeridad, con liberalización de fórmulas y trámites en aquél. Así, por ejemplo, y sin ánimo de agotar los supuestos, el artículo 1.320 del C. C., relativo al régimen económico-matrimonial, y después de la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, requiere el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual, aunque pertenezcan a uno solo de ellos, y si la vivienda es ganancial, naturalmente que también se exige el consentimiento de ambos para actos de disposición, de acuerdo con el artículo 1.375 del mismo Código; pero si adopta la forma de sociedad anónima resulta que uno solo, aquel a cuyo nombre figuren, o en cuyo poder se encuentren las acciones, podrá disponer válidamente de ellas, según el artículo 1.384, también del mismo Código, con lo cual se consigue la inaplicación de las normas propias.

Consecuencias negativas para los propios accionistas-comuneros, necesariamente se tienen que producir, por el desajuste que provoca la imposición de una vestidura jurídica a una institución que no le es propia. A los Administradores tendrán que limitárseles sus facultades fundamentalmente para que no puedan realizar actos de disposición; en el supuesto de que tuviera que realizarse algún gasto extraordinario para reparación del edificio sólo podría acudir a la ampliación de capital, y si el socio comunero no suscribe las nuevas acciones que le corresponden nos encontramos con la situación curiosa de que, si las adquiere un tercero, no tendrían cuota de liquidación por haberla absorbido ya las antiguas acciones.

Como conclusión general podemos sentar que los intentos por las fórmulas expuestas han sido aisladas y con poca aceptación general, posiblemente por el arraigo que tiene entre los adquirentes de las viviendas la acreditación de su propiedad por medio de la escritura pública. Actualmente, sin embargo, existen dos figuras legales, con las que podríamos pensar en esa organización empresarial, aunque sólo sea en la limitada medida de la supercomunidad de urbanización, nunca en la forma pura de Propiedad Horizontal de edificio aislado, y éstas son las que vamos a estudiar a continuación: cooperativas y entidades urbanísticas colaboradoras de conservación.

B) COOPERATIVAS

La definición más acertada de estas entidades es la que dan sus mismas Ley de 19-12-74 y Reglamento de 16-11-78, reguladores, en los artículos 1.º, como sociedad que sometiéndose a dichas disposiciones y principios realiza *en régimen de empresa en común* cualquier actividad económico-social lícita para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros y al servicio de éstos y de la comunidad.

En la actualidad se encuentra pendiente de estudio por las Cortes Generales un proyecto de nueva Ley, que fue publicado en el Boletín Oficial de aquéllas del 24 de junio de 1980.

Tienen plena personalidad jurídica y están sujetas a una inspección cooperativa sólo en lo referente a esta legislación específica. Los cooperativistas, en número mínimo de siete, tienen que ser personas naturales que ninguna de ellas tendrá la titularidad de más de un tercio del capital social, constituyéndose en escritura pública, a la que se incorporan los estatutos previamente aprobados por el Ministerio de Trabajo, inscribiéndose en el Registro General de Cooperativas, con toma de razón en el Registro Mercantil en determinados supuestos.

El tipo que aquí más nos interesa es el de viviendas, cuyo objeto específico es el de procurar naturalmente vivienda, con sus edificaciones y obras complementarias, exclusivamente a los socios y familiares, aceptándose incluso la aportación directa y personal de su trabajo. Pero, además, el Reglamento de Cooperación permite incluir entre sus fines la conservación y administración de las viviendas, elementos, zonas o edificaciones comunes y la creación y suministro de servicios complementarios, y en el párrafo segundo del artículo 103 llega a decir textualmente: «también podrán efectuar actividades que sean antecedentes o consecuentes de los fines anteriores». Por otra parte, la adjudicación de las viviendas puede hacerse en cesión del mero uso y disfrute por cualquier titular o en plena propiedad, aunque en este supuesto durante cinco años —u otro plazo mayor estatutario— desde la concesión de la cédula de habitabilidad queda sujeta a un derecho de tanteo a favor de los demás socios, incluso expectantes, en el supuesto de transmisión *inter vivos*.

Todo lo anterior nos lleva a varios interrogantes:

1.º Si los edificios que se adjudican sólo en uso o disfrute pueden regirse por las normas de Propiedad Horizontal, a pesar de faltar el presupuesto básico de existencia de diversos propietarios de espacios delimitados y susceptibles de aprovechamiento independiente.

2.º Si el edificio cuyos pisos y locales se construyen y adjudiquen en propiedad a los cooperativistas podrá regirse, en su relación de copropie-

dad, por las normas cooperativistas en vez de las de Propiedad Horizontal.

3.º Si se podría constituir una cooperativa que tuviera como único fin el administrar y conservar las viviendas que ya están construidas, o los elementos, zonas y edificios comunes ya existentes, excluyendo, por tanto, la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal.

Con relación a la primera, y por la amplitud con que las disposiciones referenciadas antes permiten constituir la relación jurídica que atribuya el uso y disfrute —«cualquier título admitido en derecho»—, sin existir ninguna limitación en el tiempo, nos hace pensar en una enorme gama de derechos y situaciones jurídicas que impiden poder dar una respuesta genérica, obligando a un casuístico análisis. Así, por ejemplo, si la relación es arrendaticia pura, y sometida a su legislación especial, por el carácter imperativo de ella, no podría ni siquiera pensarse en modificarla a través de la aplicación de otras normas por pacto, fundamentalmente en lo que no tiene carácter permisivo. como la renta hasta cierta cuantía, que podía alterarse fuera de los casos permitidos por la Ley si el inquilino-cooperativista debe de pagar los gastos de mantenimiento del edificio en un determinado porcentaje como el copropietario, o en general, cuando se desvirtúe la relación directa arrendador-arrendatario. Ahora bien, si la cesión del uso y disfrute es gratuita, con la única obligación del pago de los gastos de mantenimiento del edificio, aquí sí que podría tener encaje perfecto, porque sería la aplicación idónea del derecho de habitación que regula el Código Civil en los artículos 523 y siguientes, cuando existe edificio en régimen de Propiedad Horizontal.

Incluso fuera del campo cooperativo sería aplicable, como en el supuesto de que copropietarios ordinarios que lo sean de la totalidad del edificio hagan adjudicaciones entre ellos sólo de uso y disfrute, no de propiedad individualizada, y a efectos de determinación de los gastos de mantenimiento y relaciones entre los copropietarios y con terceros pacten la regulación de la Ley de Propiedad Horizontal, en base al artículo 392, 2, y la libertad de pacto del 1.255, ambos del Código Civil.

En cuanto al segundo interrogante planteado, hay que distinguir inicialmente entre edificio y urbanización o zona común unida a un núcleo de edificios, que por la enorme flexibilidad y espíritu expansivo de la Ley 49/1960 puede serle aplicada.

Con relación al edificio en sí mismo considerado, recordemos lo que dice el artículo 103 del Reglamento de Cooperación, referenciado a las cooperativas de viviendas: «Podrán incluir en sus fines la *conservación* y *administración* de las viviendas...» De sus términos estrictos parece deducirse la posibilidad de que las cooperativas opten por la Legislación

de Propiedad Horizontal o por la de Cooperación, en cuanto a las relaciones entre los interesados y con terceros, con olvido total de aquélla, porque lo que no parece lógico, ni siquiera en principio, es que rigieran conjuntamente las disposiciones de ambas, y volvemos a reiterar que nos referimos en esta primera parte al edificio estricto sin urbanización o zona común. A nuestro juicio, no existe esta opción para los cooperativistas, ya que la única Ley aplicable es la de Propiedad Horizontal, porque la figura de la Propiedad Horizontal está regida por una disposición de rango de Ley, y reiteradamente, según vimos, nuestro Tribunal Supremo ha declarado que el nacimiento de esta copropiedad es legal e imperativo, y se produce por el simple hecho de la existencia de varios propietarios en único edificio. La Ley de Cooperación, que es la del mismo rango de la anterior, sólo reconoce la existencia de las cooperativas de viviendas, pero no plantea en su articulado el conflicto de concurrencia; es el Reglamento el que parece permitir que esas situaciones queden bajo su tutela jurídica. Naturalmente que el mayor rango normativo de la Ley 49/1960 sobre este Reglamento —que incluso se excede de los principios de su Ley— no plantea ninguna duda sobre aplicación ni conflicto de disposiciones, dándole claramente preponderancia a aquélla, en primer lugar, por la propia lógica del derecho, y además porque, como pone de manifiesto GARCÍA AMIGO (4), la potestad reglamentaria de la Administración —cuyo ejercicio se traduce en las leyes materiales: Reglamentos, Decretos, Ordenes, etc.— debe respetar las Leyes en un doble sentido: sea en su forma de actuación —legalidad formal—, sea en el contenido de las normas que en su actuación cree —legalidad sustantiva—. Al respecto, dispone la vigente Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 que aquélla «no puede dictar normas contrarias a las leyes ni regular, salvo autorización expresa de una Ley, aquellas materias que sean de competencia exclusiva de las Cortes» (art. 27); añadiendo el artículo 23, 1, que «ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior»: cuando aquello o esto sucediere «serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas» (art. 28), pudiendo ser impugnadas por la vía contencioso-administrativa (art. 39). Nuestro Código Civil confirma los mismos principios en su artículo 1.º, número 2, al decir: «Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.» También el Tribunal Supremo se pronuncia en idéntico sentido en su sentencia de 19 de mayo de 1979.

No creemos que tampoco pueda plantearse la aplicación parcial de ambas disposiciones, como ya adelantábamos —administración y conservación por la legislación cooperativa y el resto por la de Propiedad Hori-

(4) MANUEL GARCÍA AMIGO: *Instituciones de Derecho Civil*, 1.ª Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 83.

zontal—, al carecer de sentido jurídico, además de que lo impedirían las mismas razones antes expuestas del nacimiento legal de la Propiedad Horizontal y en toda su extensión por el solo hecho de la existencia de dos o más propietarios en el mismo edificio, ya que el título constitutivo—como ha dicho el Tribunal Supremo en las sentencias anteriormente reseñadas— sólo acopla y regula los derechos y obligaciones que la Ley otorga o impone a los copropietarios, y ese rango normativo tiene que ser total, no parcial, y mucho menos cuando en la Ley propia no existen lagunas de regulación en el aspecto de administración y conservación.

En la segunda vertiente, la de urbanizaciones, zonas o edificios comunes e incluso servicios complementarios, el sentido debe ser ampliamente permisivo. Al principio de este trabajo se ponía de manifiesto la evolución de la vivienda y cómo a través de ella han ido surgiendo una serie de complementos que afectan normalmente a más de un edificio—instalaciones deportivas, recreativas, comerciales, de hostelería, unidas a accesos y jardinería comunes—, cuyo mantenimiento y uso y disfrute se trataban de regular, intentando encasillarlas en la asociación, sociedad civil y hasta mercantil, comunidad ordinaria con pactos especiales, etc. Por la gran flexibilidad de las disposiciones dictadas con carácter abierto por el legislador en la Ley 49/1960 se han ido acogiendo en su espíritu todas las situaciones de horizontalidad o derivadas de ellas, aunque con carácter de accesoriedad de la vivienda, extendiéndole por pacto la aplicación de esta Ley, evitando la existencia de una nueva entidad interrelacionada en la Propiedad Horizontal, lo que hizo que la situación fuere regulada en el mayor número de casos por esta vía, constituyéndose la comunidad extensiva por el promotor y adhiriéndose los adquirentes en su propia escritura de compraventa de vivienda. La Dirección General de los Registros y del Notariado confirmó esta posibilidad extensiva de la Ley comentada, en su importante Resolución de 29 de mayo de 1980, en la que aceptó la denominada Propiedad Horizontal tumbada. Pero bien entendido que dicha Ley pierde su carácter imperativo excluyente en este campo, y sólo es aplicable por pacto como se deriva fácilmente de su articulado e interpretación del Tribunal Supremo, pudiendo, por tanto, ser perfectamente regulable la situación por la reglamentación de otra institución jurídica. Y precisamente una de ellas puede ser la cooperativa de viviendas, en los términos amplios que la concibe el artículo 103 del Reglamento de Cooperación, aunque también tendrán que ser de aplicación las limitaciones impuestas por las normas cooperativas, como la territorial máxima de la provincia, o las personales de no poder pertenecer nadie a dos simultáneamente en la misma localidad, y de ser el número de socios como mínimo siete, todos personas naturales y ninguno a título de empresario, capitalista, contratista ni otro análogo; y el número 2 del indi-

cado artículo 103 parece imponer una limitación específica para este tipo de cooperativas que construyen sus viviendas y administran y conservan las zonas comunes y servicios complementarios, al decir que: «La existencia de locales de negocio, obras de urbanización o equipamiento y servicios complementarios, dentro de los límites autorizados por las Ordenanzas técnicas y demás normas de aplicación, según la calificación jurídico-social de las viviendas, no obstará a la consideración de la cooperativa como tal.» Hay que deducir que el exceso de urbanización y servicios complementarios sobre el que corresponda a la concepción jurídico-social de las viviendas dará lugar a la descalificación de la cooperativa. Las Ordenanzas técnicas entendemos que son las urbanísticas, y las normas jurídico-sociales, aparte de la Ley del Suelo, que encaja también en las anteriores, serán específicamente las que regulan las viviendas de Protección Oficial.

En definitiva, la legislación de Cooperación regularía la promoción, construcción y adjudicación de las viviendas, así como las relaciones antes de dicha adjudicación en plena propiedad en el uso y aprovechamiento de los pisos y locales, y el mantenimiento, conservación, administración y disciplina en general interna y representación frente a terceros de las zonas comunes e instalaciones generales, entrando a regir la Ley de Propiedad Horizontal sólo en los edificios aislados y desde que se adjudican en plena propiedad las viviendas. Hay que estimar positiva esta posibilidad legal de regulación por cooperativa de las urbanizaciones y sus servicios, fundamentalmente en el caso de grandes zonas y muchos servicios que afecten a diversos edificios —recogida de basuras, calefacción, transporte común, mantenimiento de calles o accesos y su iluminación, guarda y servicios de seguridad, etc.—, porque el carácter empresarial que reconoce la propia Ley a estas entidades permite satisfacer todas aquellas con una regulación mucho más adecuada, que encauza y disciplina las relaciones entre los interesados y con la entidad, evitando gran parte de los litigios.

Por último, en cuanto al tercer interrogante, no encontramos obstáculos legales para una contestación positiva, siempre que se circunscriba la cooperativa al campo que acabamos de indicar. El mismo artículo 103 del Reglamento de Cooperación, en su número 1, párrafo segundo, parece corroborar este mismo criterio al decir: «También podrán efectuar actividades que sean antecedentes o consecuentes de los fines anteriores.» Y esos fines anteriores son los del primer párrafo del mismo número, que ya hemos visto, relativos a la construcción, promoción y adjudicación de viviendas y a su conservación y administración, junto con las zonas de urbanización y servicios complementarios. Si acudimos a la concepción legal, tampoco existe obstáculo, porque recordemos que sólo exige que en régimen de empresa en común se realice cualquier actividad eco-

nómico-social lícita para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros y al servicio de éstos y de la comunidad; el requisito de empresa en común queda cumplido desde que se constituye la cooperativa; la actividad a desarrollar es totalmente lícita, social y económica, al proporcionar a sus miembros unos servicios por el más bajo coste posible, lo que a su vez supone una mutua y equitativa ayuda entre ellos y mediatamente sirve a la comunidad proporcionando ese cauce legal que veíamos para regular las relaciones, con unas disposiciones más completas, que evitaran la multiplicación de los procedimientos judiciales. Naturalmente que le afectarán todas las limitaciones indicadas en los párrafos precedentes derivadas de la legislación de Cooperación, y volvemos a reiterar que sólo será aplicable para urbanizaciones, zonas y servicios comunes de edificios, nunca a las relaciones internas dentro de cada casa individualizada, donde sólo rige la Ley de Propiedad Horizontal.

C) ENTIDADES URBANÍSTICAS COLABORADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Dentro de ese campo extensivo de las urbanizaciones, zonas o servicios comunes coexisten en su regulación con la Propiedad Horizontal tum bada y las cooperativas las denominadas entidades urbanísticas colaboradoras de la Administración, en su modalidad específica de conservación.

La Ley del Suelo prevé en su artículo 114 la constitución de estas entidades genéricas para el desarrollo de la planificación. El Reglamento de Gestión Urbanística para aplicación de la Ley anterior, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, dedica la sección 6.^a, capítulo I del Título I, a regularlas genéricamente, y el capítulo IV del Título II, específicamente para las de conservación. Su función es la de coadyuvar con la Administración en la ejecución o mantenimiento de la planificación urbanística, gozando de determinados privilegios y suponiendo una forma de participación de los particulares en dicha gestión. En la vertiente de ejecución pueden existir dos clases de estas entidades, dependiendo del sistema elegido: Junta de Compensación, si es precisamente el sistema de compensación, o la asociación administrativa de propietarios, si es el de cooperación. Una vez ejecutada la actuación prevista y desarrollada la planificación del polígono o unidad determinada, también interesa a la Administración el mantenimiento, favoreciendo la existencia de otra clase de entidades en esta vertiente de la conservación, que constituyen nuestro estudio específico y que son las que aquí nos interesan.

Su nacimiento puede producirse *ex novo* o por transformación de la entidad de ejecución, siendo obligatoria su creación e integración en ella, cuando el deber de conservación de las obras recaiga sobre los propieta-

rios en virtud de las determinaciones del plan de ordenación o programa de actuación, o cuando lo establezcan expresamente las disposiciones legales. El ámbito territorial es el polígono, o genéricamente la unidad de actuación fijada para la ejecución del plan, norma subsidiaria o simplemente base del programa previsto.

Se crea al aprobarse sus estatutos —que serán por los que se rigen, junto con las normas que le sean aplicables— por la Administración urbanística actuante en la ejecución, e inscribirse en el Registro de Entidades Colaboradoras en la Comisión Provincial de Urbanismo correspondiente, desde cuyo momento tienen, además, plena personalidad jurídica. También trascienden a este Registro los nombramientos de los administradores y la modificación de estatutos, que igualmente tienen que ser aprobados por la Administración. La pertenencia a la entidad, que es obligatoria en los casos que antes veíamos, viene establecida con carácter *ob rem*, por ser titular de una propiedad de las integradas en el polígono o unidad de actuación, o beneficiarse con los elementos a cargo de aquélla, y las participaciones se determinan en las transformadas, en función de las que los propietarios tuvieron en la Junta de Compensación o proyecto de reparcelación, en su caso, y en las de nueva creación, por acuerdo aprobado por la Administración; si sobre una parcela estuviera construido un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, la cuota de cada copropietario se fijará de acuerdo con la que le corresponda en la comunidad, en relación con la asignada al edificio total. Los acuerdos se toman por mayoría simple de cuotas, salvo disposición contraria de los estatutos o de otras normas en que se establezcan quórum especiales para determinados supuestos.

Su extensión objetiva está constituida exclusivamente por las obras de urbanización y los servicios públicos, que serían normalmente a cargo de la Administración, pero que por disposición especial de la norma urbanística son de cargo de esta entidad. Pero bien entendido que los terrenos son de dominio público, y las obras, instalaciones o dotaciones son las de cesión obligatoria, de las que es titular la Administración, y, por tanto, a la entidad sólo le corresponde la conservación, sin adquirir ningún tipo de titularidad. Por tanto, si existen instalaciones o servicios que aunque satisfagan necesidades de los integrantes de la entidad no son de tipo público o no los ha previsto el plan o norma básica de la actuación urbanística, naturalmente que no quedan integrados en ella. También es de destacar la mención expresa que hace el Reglamento a la comunidad de Propiedad Horizontal, con lo cual ya no existe ni siquiera la posibilidad de plantearse la posible colisión con su Ley específica reguladora, como ocurre con la cooperativa.

La disolución se produce por cumplimiento de los fines para los que fueron creadas, con acuerdo favorable a la Administración actuante. Entendemos que en este tipo concreto de entidades colaboradoras sólo se dará este supuesto si la Administración titular de los terrenos u obras asume su conservación, si desaparecen éstos o si las fincas de los integrantes de la entidad, que son los que se aprovechan de aquéllos, igualmente desaparecen.

Una facultad importantísima de la entidad es la de poder exigir y cobrar por vía de apremio, a través del Ayuntamiento o Administración titular de los terrenos u obras, las cuotas correspondientes.

Resumiendo: podemos fijar las siguientes conclusiones para los supuestos de pluralidad de propietarios concurrentes en propiedades urbanas:

Existiendo sólo edificio registrá exclusivamente la Ley de Propiedad Horizontal.

En el supuesto de urbanización puede regirse por comunidad de Propiedad Horizontal tumbada, cooperativa o entidad urbanística colaboradora de conservación, aunque, como esta última es obligatoria en determinados casos, se antepondría a las otras dos en esos supuestos.

Las instalaciones y servicios complementarios pueden regularse por Propiedad Horizontal con elemento común o precomunal, o cooperativa, y sólo entidad urbanística colaboradora de conservación si están previstas aquellas instalaciones o servicios en el plan de ordenación o bases del programa de actuación urbanística.

GERARDO MUÑOZ DE DIOS
Notario