

2. INSCRITO UN PISO COMO FINCA SEPARADA E INDEPENDIENTE Y CON LA ASIGNACIÓN DE SU CORRESPONDIENTE CUOTA DE CONDOMINIO EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL, AUNQUE EN SU DESCRIPCIÓN EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE ÉSTA Y EN LA INSCRIPCIÓN FIGURE LA INDICACIÓN DE ESTAR DESTINADO A PORTERÍA, PUEDE SER VENDIDO LIBREMENTE POR SU PROPIETARIO, SIN QUE SEA NECESARIA SU PREVIA DESAFECTACIÓN DE TAL SERVICIO POR LA JUNTA DE CONDUEÑOS, POR NO TRATARSE DE UN ELEMENTO COMÚN, COMO EN EL CASO DE LA VIVIENDA PORTERÍA, RESUELTO POR LA RESOLUCIÓN DE 5 DE MAYO DE 1970.

*Resolución de 13 de diciembre de 1971 («B. O. del E.» de 4 de febrero de 1972).*

*Antecedentes de hecho.*—En escritura autorizada por el Notario de Barcelona don José María Piñol Aguadé, el 2 de septiembre de 1969, doña Erika Marschall constituyó en régimen de propiedad horizontal la casa número 76 de la calle Enamorados de dicha capital, de la que resultaron 29 departamentos, de los cuales estaban en la planta baja cinco: dos tiendas, dos bajos interiores para habitaciones y otra vivienda para el portero. Esta última, como departamento número 5, se describió así: «Bajo, tercera interior, destinado a portería del inmueble número 76 de la calle Enamorados... (continúa la descripción señalando las habitaciones, superficie y linderos); cuota: 2,35 enteros por 100.» Todos los departamentos se inscribieron como fincas independientes y se fueron vendiendo por dicha propietaria a distintos adquirentes.

Por escritura de 22 de diciembre del mismo año, y ante el mismo Notario, se vendió por el sustituto del apoderado de doña Erika, a don José Alonso Araújo, el departamento número 5, al que se ha hecho referencia, y presentada en el Registro número 5 de Barcelona fue calificada con la siguiente nota:

«Presentado el precedente documento con el número 51 del libro diario 32 de este Registro y recaída calificación de suspender su inscripción por los siguientes motivos:

Primero.—Por faltar el consentimiento de los demás copropietarios, toda vez que el departamento objeto de la venta, si bien consta inscrito como finca separada al folio 91 del tomo 1.094 del Archivo, se hace constar que está destinado a portería.

Segundo.—Por no acompañarse las escrituras de poder y sustitución de poder relacionadas en el mismo documento. No se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado. Presentadas las escrituras

de poder y sustitución se mantuvo el primer motivo de la calificación, tomándose anotación de suspensión a petición del presentante.

El Notario autorizante interpuso recurso alegando: que la finca vendida figura inscrita a nombre exclusivo de la transmitente; que si el departamento pudo ser inscrito a nombre del primer titular, aun destinado a portería, no hay razón para impedir un cambio de titularidad; que, como reconoce el Registrador, está inscrito como finca independiente y ahora no puede volverse contra la calificación que antes se hizo al inscribirlo como tal, pues los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales; que no puede estimarse elemento común, al tener señalada cuota de participación en los elementos comunes, pues en tal caso las cuotas de los restantes serían otras; que el propietario único puede reservarse cualquier parte del edificio, aunque en ese momento esté calificado de portería u otro destino; que la relación legal *ad exemplum* de los elementos comunes no indica que siempre existan todos y el local de portería no es imprescindible, y que aunque la descripción diga destinado a portería, este dato puede cambiar con el tiempo, como el número de la casa o el color.

El Registrador informó que no discute la facultad dispositiva del titular, pero sí la de desafectarlo del servicio de portería por la exclusiva voluntad de la vendedora, de acuerdo con los artículos 6 y 13 de la Ley de Propiedad Horizontal y la Resolución de 5 de mayo de 1970.

El presidente de la Audiencia interesó informe de la Junta de Propietarios, la cual contestó que en reunión extraordinaria se estimó, por unanimidad, que la portería era un bien común, que debía seguir destinado a los fines propios, por lo cual al ser vendida en fraude de la comunidad se había presentado denuncia, conociendo del asunto el Juzgado de Instrucción número 6 de Barcelona. El presidente confirmó la nota del Registrador, entendiéndolo que mientras subsista la afectación al servicio de portería del local vendido es un bien *extracommercium* y su enajenación no puede tener acceso al Registro.

El recurrente se alzó de la decisión presidencial con puntualizaciones a diversos extremos del auto y alegando como favorable a su criterio la misma Resolución citada por el Registrador de 5 de mayo de 1970, y la Dirección General (1) acuerda revocar el auto apelado y la nota del Registrador basada en la siguiente:

*Doctrina de la Dirección.*—En este expediente se plantea la cuestión de si inscrito un piso como finca separada e independiente y con la asignación de su correspondiente cuota de condominio en la propiedad horizontal de que forma parte puede su propietario venderlo libremente o necesita previamente el consentimiento de los demás copropietarios, dado que dicho piso estaba destinado a portería.

La lectura de los respectivos informes del Notario recurrente y del funcionario calificador pone de relieve que no aparece controvertida la facultad de disposición por parte del titular registral, quien, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, puede transmitir el apartamento discutido y surge únicamente la discrepancia al exigir el Registrador, de acuerdo con la Resolución de 5 de mayo de 1970, como acto previo a la enajenación, que sea desafectado del servicio de portería por parte de la Junta de condueños, dado que en la escritura de propiedad horizontal y en la inscripción correspondiente se indica que éste sería su destino.

En el supuesto contemplado por la Resolución de 5 de mayo de 1970 existía una diferencia esencial con el que aquí se sujeta a debate, ya

(1) Vistos los artículos 348 y 396 del Código Civil; 8, 20 y 98 de la Ley Hipotecaria; la Ley de Propiedad horizontal de 21 de julio de 1960 y la Resolución de 5 de mayo de 1970.

que en aquél se pretendía transmitir como vivienda independiente lo que era un elemento común del inmueble—la portería—y que, como anejo inseparable, pertenecía a todos los propietarios del edificio en proporción a sus respectivas cuotas, según establece el artículo 396 del Código Civil, por lo que era necesario el acto previo de desafectación por la Junta de condueños, la asignación de cuota a la nueva vivienda que se pretendía crear y la redistribución de los porcentajes entre todos los pisos al existir un elemento privativo más, mientras que en este expediente se trata de la enajenación de una propiedad singular y exclusiva por el que registralmente aparece como dueño y que puede sustituir a otro en la titularidad que ostente.

La somera indicación hecha en la descripción del apartamento de estar destinado a portería, sin ninguna otra regulación sobre esta materia en los Estatutos, que permita atribuirle la calificación de elemento común, no puede ser una traba a las facultades dispositivas del propietario, porque estaría en contradicción con el principio de libre circulación de bienes, sancionado en el artículo 348 del Código Civil, al no permitirle que lo enajene sin el consentimiento de personas que no ostentan ningún derecho real sobre el mencionado apartamento y que solamente tienen los derechos derivados de una posible relación contractual ajena totalmente al Registro de la Propiedad y que se produce con independencia de la titularidad dominical, aparte de que no hay obstáculo legal para que el servicio de portería pueda ser prestado por uno de los copropietarios, en este caso concreto el mismo portero, que es quien ha adquirido la vivienda.

COMENTARIO.—Comencemos observando cómo Registrador y recurrente alegan a su favor la Resolución de 5 de mayo de 1970. En mi opinión, esta Resolución ni favorece ni perjudica a ninguna de las dos partes, aunque no está de más que la que ahora comentamos la incluya en el vistos. Los supuestos y problemas son totalmente diferentes. Entonces se trataba de los requisitos sustantivos y formales para la desafectación y enajenación de elementos comunes de una propiedad por pisos. Ahora se trata de resolver si una parte de edificio en régimen de propiedad horizontal debe ser estimado como elemento común o como propiedad privativa de su titular registral, cuando se dan determinadas circunstancias que el Registro revela.

El caso de la Resolución de 1970 mostraba una laguna de la Ley de Propiedad Horizontal: la regulación de la desafectación y disposición de elementos comunes. El caso de la presente muestra otra laguna diferente relativa a si la operación compleja de constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal para la venta por pisos tiene una previa restricción, consistente en que determinados elementos, como portería, vivienda del portero, etc., deban necesariamente estimarse elementos comunes en aquella constitución.

El caso planteado en torno a la portería de la casa número 29 de la calle Enamorados, de Barcelona, no es nada infrecuente y hace referencia a un problema que no es estrictamente hipotecario; pero en esta ocasión tuvo importantes consecuencias registrales.

Desde el punto de vista hipotecario, la doctrina de la Dirección debe considerarse acertada. El Registrador solamente podía oponerse a la inscripción de la venta calificando como elemento común del inmueble la finca independiente constituida por el bajo tercera interior, y esta calificación resulta muy aventurada cuando el Registro le está demostrando que se trata de un elemento privativo de la propiedad horizontal constituida en la finca. Para estimarlo elemento común sólo cuenta con las tres palabras «destinado a portería»; todo lo demás le conduce a la

calificación de propiedad singular y exclusiva sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, como dice el artículo 3.º, a), de la Ley. Esta somera descripción del destino en la descripción del apartamento no puede afectar a las facultades dispositivas del propietario, conforme al último considerando.

Como dato de la descripción, sólo en ésta reflejada, las palabras destinado a portería no pueden tener los efectos jurídicos de una afectación por destino productora de indisponibilidad y cierre registral, ni pueden bastar para considerarlo elemento común; ni bien *extracommercium*, como el auto presidencial dice (2). Pero tampoco estamos conformes en considerar la frase tan intrascendente como el color de la pintura o tan mudable por causas exteriores como el número de policía, tal como el Notario recurrente estima. Creo que la frase tiene suficiente carga de problemas y que debió rechazarse la inscripción de la escritura de constitución de propiedad horizontal por contener una grave contradicción la expresión destinado a portería con el resto de la escritura, según la cual la portería era claramente un elemento privativo. Y ello porque la inclusión de las porterías entre los elementos comunes, en el artículo 396 del Código Civil, aunque esta inclusión no tenga el sentido de *jus cogens* que algunos le quieren dar, no puede menos que dar pie a posteriores litigios si el Registro acoge dentro de sus libros la indudable contradicción de asignar un destino común a un elemento privativo, aunque sea en un lugar del asiento no propiamente destinado a los elementos conformantes de la titularidad registral.

Pero si hubiese sido correcto exigir la supresión de la contradicción latente en la escritura de constitución de propiedad horizontal antes de inscribirla, una vez ingresada la contradicción en el Registro no tenía el Registrador calificador de la venta más caminos que estimar la vivienda del portero elemento común, por la frase de su descripción referente al destino, que es lo que hizo, o bien estimarla elemento privativo de doña Erika y practicar la inscripción de venta, como la Dirección, creemos que con razón, ha resuelto.

De esta manera, la Dirección se ha apartado de su acostumbrado criterio de procurar, siempre que sea posible, no dictar resoluciones que puedan prejuzgar la decisión judicial sobre la cuestión de fondo planteada o dificultar de alguna manera la efectividad del fallo. En esta ocasión se ha colocado en los puros terrenos del derecho hipotecario, de la separación clara entre lo real y lo obligacional, y prescinde valientemente de los posibles derechos derivados de una posible relación contractual, que se produce con independencia de la titularidad dominical y ajena totalmente al Registro.

Esta vez rechazó la cauta posición del Registrador, que, aun consciente de que el piso era privativo, de propiedad singular y exclusiva de doña Erika, conforme al Registro, prefirió ampararse en la frase referente al destino para rechazar una inscripción que acaso sospechase iba a ser objeto de contienda judicial, iniciada nada menos que por la vía del Juzgado de Instrucción.

En la cuestión de fondo hemos de ser necesariamente muy breves. Como dice FUENTES LOJO (3), se observa con cierta frecuencia en la realidad que algunos propietarios al proceder a la venta por pisos ena-

(2) El criterio del Presidente de la Audiencia que confirma la nota del Registrador, entendiendo que mientras subsista la afectación al servicio de portería del local vendido, éste es un bien *extra commercium* y su enajenación no puede tener acceso al Registro, nos conduce a un callejón sin salida, pues cualquier resolución judicial de los Tribunales a favor de la comunidad en la cuestión de fondo habría de consistir en una condena a transmitir doña Erika a la comunidad (o a los comuneros proindiviso) el piso en cuestión, para que previo reajuste de los porcentajes se incorporase la vivienda del portero a los elementos comunes.

(3) *Suma de la Propiedad por Apartamentos*, I, págs. 414 y ss.

jenan también la portería y, como el mismo autor añade, si partimos de la base de que este elemento es común, tal venta ha de estimarse en principio nula, al ir contra lo dispuesto en el artículo 396, apartado 2.º, del Código.

Los resultandos de la Resolución son insuficientes para saber si la casa de doña Erika Marchall era de reciente construcción y sus pisos fueron vendidos a sus primeros ocupantes o si se trataba de una casa dividida por pisos precisamente para proceder a la venta a sus inquilinos. Nos da la impresión de tratarse de este último supuesto.

Aunque FUENTES LOJO, por ejemplo, distingue nueve heterogéneos supuestos dentro del epígrafe relativo a ventas de porterías, y entre ellos encontramos con tratamiento distinto las ventas de pisos arrendados en relación con otros varios casos de viviendas vacías, lo cierto es que a primera vista no parece tener fundamento ninguna distinción (4). El propietario de una finca, esté o no arrendada, es libre de constituir la en régimen de propiedad horizontal como tenga por conveniente y sin intervención de nadie y el Registrador no deberá, y normalmente no podrá, entrar a calificar si en tal constitución se forma un piso independiente con la portería, con la vivienda del portero o con cualquier otro elemento o parte del inmueble que venga teniendo utilización comunal por los inquilinos.

Una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 17 de noviembre de 1961, entendió otra cosa y anuló la venta de la portería por error en el consentimiento de la compradora y por falta de objeto en base al razonamiento, un tanto viciado de sofisma, de que al irse vendiendo todos los pisos y bajos sucesivamente cada comprador va adquiriendo por cuotas alicuotas (?) todos los elementos comunes, entre ellos la portería. La cosa está muy clara si hacemos caso omiso de que las ventas han de enlazar con la escritura de propiedad horizontal, donde se separan elementos comunes y elementos privativos, que los compradores no deben ni pueden desconocer.

Por un *a sensu contrario* de esta sentencia, FUENTES LOJO dice que si el propietario de un inmueble vacío lo divide por pisos y los vende todos simultáneamente, después de haber convertido la portería en un apartamento más, de forma que no induzca este extremo a confusión, por hacerlo constar así en el título constitutivo, no cabrá pedir la nulidad de la venta.

Creo que los tres requisitos que FUENTES LOJO acumula para que la venta sea válida tienen su juego independiente. Posiblemente el estar arrendada o vacía la casa carezca de trascendencia si la venta no se hace a los mismos inquilinos, y la simultaneidad de las ventas la estimo excesiva exigencia. La conversión de la portería en un apartamento más, claramente, en el título constitutivo, es el punto clave y casi único que está en cuestión: si en todo supuesto hay libre actuación de un propietario para el deslinde de elementos privativos o elementos comunes, siendo este deslinde decisivo para todo posterior acto de disposición de apartamentos, de tal manera que la impugnación de los actos de disposición sólo pueda efectuarse en base a relaciones meramente obligatorias y derechos personales, como los que puedan resultar de los contratos de arrendamientos o de venta a los compradores de los pisos, o bien, si en ciertos supuestos los propietarios tienen alguna limitación en su derecho de dominio mismo, que les impida configurar como piso independiente determinadas partes de su inmueble, caracterizadas por un determinado destino de uso de trascendencia no real, que a pesar de esto venga a resultar inderogable por acto unilateral del dueño constituyente de la propiedad horizontal. FUENTES LOJO estima que aun tratándose de inmue-

(4) *Suma de la Propiedad por Apartamentos*, pág. 418.

ble vacío podría atacarse la venta si las Ordenanzas municipales o alguna Ley especial exigieran la portería como uno de los elementos comunes.

No nos ayuda gran cosa la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1964, porque en ella se parte de que en las escrituras de compra por los inquilinos se consideraban como elementos comunes de la finca la portería y vivienda del portero, y la comunidad reclama para portería un cuarto vacío, aunque distinto del sotabanco que ocupaba la portería y del piso que después pasó a ocupar el portero en calidad de arrendatario.

Más interés puede tener el estudio completo del supuesto real del caso resuelto por la sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca de 12 de junio de 1968. En ella se llegó a la rectificación del Registro por dejarse sin efecto la declaración de obra nueva con destino a vivienda independiente de la que se había pactado sería para portería. Suponemos que se estaría en uno de tantos casos de desfase temporal y de contenido entre titulación pública y pactos privados, incluso verbales, con exhibición de planos, etc., en que los Tribunales tienen que esforzarse y a veces forzar la Ley para encontrar una solución justa.

Tenemos por todo esto que llegar a la conclusión de que el Derecho vigente no es suficientemente claro, ni en cuanto hace relación a las consecuencias civiles del Decreto de 24 de marzo de 1908, que impuso en Madrid y Barcelona la necesidad de un portero en todas las casas de vecindad, que actualmente tiene ciertos aspectos arcaicos; ni en cuanto al sentido de la inclusión de la portería en la enumeración de elementos comunes del artículo 396 del Código Civil (5); ni en cuanto a las consecuencias de las normas del derecho laboral de los porteros (empleados de fincas urbanas), que incluye el de vivienda gratuita, etc., puesto en relación con la Ley de Propiedad Horizontal y en relación con el derecho de acceso a la propiedad de los arrendatarios de viviendas (tanteo, retracto y derecho de impugnación, etc.). Todo esto, así como las causas de extinción de la relación laboral de los porteros, forma el complejo entramado de la cuestión de fondo de nuestro problema.

Imposible extendernos en todas estas cuestiones, pero sí tenemos que mostrarnos disconformes con el final del último considerando, que ingenuamente ve una razón más para acceder a la inscripción de la venta lo ventajoso para todos de que el servicio de portería se preste por el copropietario adquirente, que es el mismo portero. La unanimidad para llevar el caso al Juzgado de Instrucción demuestra un criterio muy distinto en la Junta de propietarios. Acaso la venta a un extraño hubiese producido reacción menos violenta en los copropietarios, aunque de buena fe, ignorando la escritura de división horizontal o con error de hecho o de derecho, estimasen que doña Erika vendía un elemento común.

Como resumen podemos sentar, con temor de equivocarnos sustancialmente, las siguientes conclusiones:

El propietario de un edificio, ya sea de nueva construcción o no y esté dado o no por pisos en arrendamiento, es libre para describir, deslindar y determinar los pisos y los elementos comunes como tenga por conveniente, aunque, naturalmente, procurará hacerlo de manera que las posteriores ventas no le fracasen por oposición de los compradores. Lo que no puede, y aquí entra ya la calificación del Registrador,

(5) Aunque alguna legislación como la boliviana determina que la portería en ningún caso podrá dejar de ser común y algún autor como PERÉ afirma que es elemento común siempre en todo caso, la mayoría de los autores y legislaciones no hacen excepción para las porterías en los principios generales sobre clasificación de elementos comunes por naturaleza y por destino y sobre prevalencia del título constitutivo sobre la enumeración *ad exemplum* de elementos comunes en la Ley. Las enumeraciones legales sientan meras presunciones, como claramente expone el artículo 1.177 del Código italiano cuando dice que son objeto de propiedad común de los propietarios de los pisos, si lo contrario no resulta del título 2), los locales para la portería y para la vivienda del portero, para la calefacción central...

es ser poco claro o reticente al separar elementos comunes y elementos privativos. Había tal reticencia al describir un piso como privativo, darle cuota de participación en los elementos comunes y a la vez decir que estaba destinado a portería del inmueble.

Los compradores, sean primeros ocupantes o arrendatarios, deben conocer, y de hecho siempre conocerán, la división horizontal en base a la cual compran su piso y no podrán impugnar la misma basándose en que lo que se destinaba a portería en los planos o en la situación de hecho anterior a la escritura de división figura en ésta como piso privativo. Sin perjuicio de la actuación normal de los vicios del consentimiento e incluso de la actuación dolosa y hasta delictiva del propietario en la operación de venta.

Toda oposición de los compradores, que pasan a formar parte de la comunidad de propietarios, o de ésta a la escritura de división ha de fundarse en pactos y derechos personales simultáneos o anteriores a la compra y relativos precisamente a la determinación del objeto y contenido de la misma. La simple discordancia en este punto entre división horizontal y venta, de un lado, y contrato de arrendamiento anterior del piso, de otro, no debe ser base de la impugnación, salvo los supuestos de reticencia o vicio del consentimiento de que antes hicimos mención.

No obstante, cuando la venta se hace simultánea o sucesivamente a los arrendatarios de los pisos como consecuencia del derecho de acceso a la propiedad, concedido indirectamente a los arrendatarios por la Ley especial y sus disposiciones complementarias, en razón a que el precio y condiciones de las ventas vienen en cierta manera tasados y prefijados por la capitalización de las rentas y por el ámbito objetivo del contrato de arrendamiento, parece necesaria una norma legal para zanjar la colisión de intereses del propietario, que pretende vender libremente lo que es suyo (la vivienda que destinaba a portería, etc.), y los arrendatarios compradores, que en conjunto pretenden tener derecho a subrogarse en la titularidad dominical de todos los elementos componentes de la finca no incluidos directamente en el uso y disfrute de los arrendatarios.

La formulación de tal norma no está exenta de dificultades, pues el problema es, sin duda, propenso al casuismo; pero parece justo que deban considerarse elementos comunes todos aquellos que, como la portería, vivienda del portero, etc., venían teniendo de hecho tal carácter, para que el uso y disfrute del piso no resulte aminorado al transformarse el título de arrendatario en el de dueño, y correlativamente, el casero vendedor no resulte beneficiado con el precio de venta de partes de la finca que antes no le producían renta directamente sino a través de los arrendamientos de los pisos.

Sólo en este caso, y como derecho accesorio del de acceso a la propiedad por precio resultante de capitalización, cabe considerar limitado el derecho del propietario a la libre determinación de elementos privativos y elementos comunes y a la libre disposición de los primeros. Pero cualquiera que sea la fuente de esta restricción del dominio (Ley, costumbre, jurisprudencia o principios generales) creemos que no debe configurarse como una prohibición legal, *ipso jure*, productora de nulidad absoluta y de efectos reales: a) porque deriva, en último término, de un derecho personal (los arrendamientos de los pisos); b) porque el derecho de acceso a la propiedad, si bien tiene un enérgico aspecto real en su actuación de tanteo y retracto, tiene un sentido mucho más débil y limitado en su actuación por el derecho de impugnación por precio superior al resultante de la capitalización de la renta, que es, en definitiva, la única justificación de la limitación dominical propugnada, y c) porque, en definitiva, esta limitación dominical, en cuanto sólo pretende garantizar

los intereses de los inquilinos, es suficiente que consista en un derecho a impugnar la escritura de división horizontal que consideren lesiva y que han de conocer antes del otorgamiento de las ventas. Es verdad que de esta manera el derecho de impugnación de la venta de elementos comunes de hecho habría de fracasar ante el tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley que reuniese todos los requisitos antes de anotarse la demanda de impugnación; pero aun así lo consideramos la solución preferible por las dificultades para que, en estos casos, el comprador desconociese la situación real y gozase de buena fe.

Nos excusamos de todo comentario en torno al camino penal elegido por la Junta de propietarios, entre otras cosas porque nos conduciría al planteamiento de una cuestión muy poco explorada: la posibilidad de anotación preventiva de la querella y, en general, de los procedimientos penales. Tampoco creemos de interés un análisis más pormenorizado de las alegaciones del recurrente y de los claros considerandos de la Resolución.

T. C. G.