

Naturaleza y disposición de pisos y locales pro indiviso en propiedad horizontal(*)

SUMARIO: I. PREÁMBULO.—1. El deber de elaborar Derecho. 2. La actualidad de la propiedad horizontal. 3. La propiedad horizontal en Valencia.—II DISPOSICIÓN DE LOS ELEMENTOS COMUNES.—4. Su caracterización. 5. Su desafección. 6. Su disposición.—III. LA PRO INDIVISIÓN DE PISOS Y LOCALES PARA EL SERVICIO O UTILIDAD DE LOS CONDUEÑOS.—A) *Origen*: 7. Cobertura de necesidades derivadas de la propiedad horizontal. 8. Nacimiento legal del departamento procomunal. 9. Influencia decisiva de la llamada "construcción en régimen de comunidad".—B) *Naturaleza*: 10. Definición anticipada. 11. a) *Departamento independiente*. 12. Fijación de cuota-valor. 13. b) *En situación de comunidad*. 14. Titularidad de todos o parte de los condueños del edificio. 15. Independiente de la de sus pisos o locales. 16. Sin proporción a las cuotas. 17. No pudiendo ser titulares los extraños. 18. Y pudiendo fijarse una regulación más vinculante. 19. c) *Para el servicio o utilidad común*. 20. Establecida de intento. 21. Y con tal finalidad. 22. Problemas de interpretación. 23. d) *Sin posibilidad de división*.—C) *Concepto*: 24. Definición-resumen.—IV. SUS MÁS IMPORTANTES CONSECUENCIAS.—A) *Normas aplicables*: 25. Fuentes legales y contractuales. 26. Orden de prelación.—B) *Su configuración como derecho anejo*: 27. Posibilidad y efectos.—C) *Improcedencia del retracto de comuneros*: 28. Principio general. 29. a) Caso de cuotas-derechos anejos. 30. b) Transmisión total. 31. c) Transmisión de la cuota.—D) *Irrenunciabilidad de la cuota*: 32. Cuando se trata de derecho anejo. 33. Y también si lo es independiente.—E) *Actos de disposición*: 34. Planteamiento. 35. Se trata de un dominio solidario. 36. Históricamente recusado. 37. Pero viable en nuestro caso, pues se ampara en: 38. a) La libertad de pacto. 39. b) La distinción entre actos de administración y de disposición. 40. c) Y en la tendencia comunitaria. 41. Obstáculos para nuestra solución. 42. *Numerus clausus* o *numerus apertus*. 43. La figura exige la apertura. 44. Requisitos necesarios. 45. Formación de la mayoría. 46. Destino del precio. 47. Recurso al Juez. 48. Desafección sin disposición.—V. PORVENIR DEL DEPARTAMENTO PROCOMUNAL.—49. El deber de los juristas.

(*) Lección inaugural del X Curso de Perfeccionamiento para la Abogacía, organizado por la Sección de Práctica Jurídica de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, pronunciada el 2 de octubre de 1970 en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

Señores:

Ante todo, gracias. Gracias a mis buenos amigos, a VICENTE PONS, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, y a JOAQUÍN LLOBELL, Presidente de la Sección de Práctica Jurídica de la Academia en la que se insertan estos cursos, que él creó y que él con noble afán mantiene, por haberme deparado el honor y la satisfacción de pronunciar hoy la lección inaugural, decisión que sólo dos razones justifican. Una, la dicha, la de la amistad que a veces ciega. Otra, la de mi antigüedad en el *escalafón* de profesores de los cursos cuya décima edición comenzamos, pues desde el primero y en todos he intervenido aportando lo poco que puedo dar. Y gracias a todos los presentes por la atención, también por amistad, que al escucharme me dispensáis.

I.—PREAMBULO

1. Tres razones me han forzado en la elección del tema. La primera, en proyección más amplia y general, mi condición de Notario y, por tanto, de jurista práctico que, dentro del campo del Derecho privado, tiene fundamentalmente la misión, delegada por la sociedad, de dar forma auténtica a los negocios jurídicos. Y digo fundamentalmente porque no es la única, ya que además de ella, materia propia de las escrituras, está también la de constatar, con igual garantía de efectividad, la realidad de hechos, cosas y situaciones que puedan tener trascendencia jurídica, objeto propio de las actas.

Por desgracia a este campo, que es el de la forma en el Derecho a la par que el Derecho, como rama, de la forma, se le niega la importancia que requiere para la *formación* de un jurista. Bástenos pensar que sin forma (palabras, signos, conductas, escritos) no hay posibilidad de relación humana, por lo menos mientras la telepatía no sea un hecho, y aun ni siquiera así, pues entonces la idea transmitida sería la forma del querer, como hoy lo son los sonidos y las imágenes. Y si no cabe la relación, no puede surgir y para nada se precisa el Derecho que sus efectos regule. Sin forma, pues, no habría Derecho,

por lo que para éste reviste singular importancia la regulación de aquélla.

Y es aquí donde el Notario ha de actuar en una doble proyección, en aquella doble vía, la del negocio jurídico y la de la jurisprudencia notarial, de la que el maestro CASTÁN nos hablaba (1): una, la de dar al querer de las partes la forma más adecuada y perfecta para que su voluntad alcance los efectos perseguidos; y otra, la de plasmar y conformar en los moldes más aptos, nuevos o viejos, aquellas figuras que surgen de la necesidad de acomodar las relaciones humanas a los cambios, tanto en las cosas como en el medio social, que el progreso por su propia esencia produce, exigencia de todos los tiempos, como la evolución del Derecho, de sus figuras e instituciones, nos prueba.

Ante cada una de estas situaciones el jurista *practicón* se quedará a la expectativa hasta que el legislador reconozca el nuevo tipo o lo encuadre en uno ya existente o los Tribunales lo admitan. Y lo hará así porque bien poco hay en él de jurista, pues el práctico, por jurista, tiene el deber de conocer el Derecho y el de investigar y trabajar con todos los medios a su alcance hasta dar solución al problema que se le plantea, con lo que su labor adquiere una singular importancia, pues está creando derecho al aplicar al caso concreto los resultados de las investigaciones teóricas —suyas o de otros—, vitalizándolas al conferirles la facultad de engendrar, en el corolario final de toda ciencia.

Por desgracia no es ésta la única postura que se adopta. Pues junto a la de quienes así lo hacen —y me refiero ahora a todos los juristas, cualquiera que fuere su especialización— está la de los que optan por no meterse en libros de caballerías y dejar las cosas quietas mientras Don Legislador o Doña Jurisprudencia no lo ordenen de otro modo. Unas veces por comodidad, por no estudiar, por no crearse problemas, por facilitar los caminos..., pero no a los demás, sino a uno mismo. Comodidad que viene ya de lejos, pues la fuerza una falta de preparación, de estudio, derivada a su vez de un cómodo abandono que en

(1) CASTÁN TOBEÑAS: *Función notarial y elaboración notarial del derecho*. Madrid, 1946, págs. 145 y sigs.

el limbo de los propósitos nonatos dejó aquel afán de las aulas universitarias, de las oposiciones o de los primeros años de ejercicio profesional, que con el tiempo pasó al cuarto trastero de las cosas inútiles. También por miedo, por un equivocado sentido de responsabilidad que se traduce en evitar todo peligro de una posible repercusión económica por nuestros errores, fallos o *valentías*. Y el miedo, en cuanto domina, hace ver fantasmas en todos los rincones y en todos los papeles. Olvidándose por ello —que no es más que egoísmo— que a quien en definitiva hemos de rendir cuenta es a la sociedad a la que estamos obligados a servir, siquiera fuere en reconocimiento de lo que le adeudamos; olvidándose que el cumplimiento del deber, que no termina cuando se nos exige un mayor esfuerzo de estudio o de dedicación, tampoco acaba cuando de afrontar los hechos, de aceptar el caso o de resolverlo, corremos un riesgo mayor que el normal por tratarse de situaciones no reconocidas legalmente o no cubiertas y amparadas por la jurisprudencia. Que si así hubieran obrado nuestros predecesores, desde los jurisconsultos romanos hasta los más recientes en los diversos caminos que parten del común título universitario, el Derecho estaría en mantillas, pues el legislador no puede actuar en base de unas situaciones extrajurídicas para crear las figuras adecuadas a partir de las mismas, ya que, faltándoles una experiencia comprobatoria de su bondad, concebiría artificialmente en un laboratorio sin conexión con la vida real, produciéndose más de un aborto cuando no algún pequeño monstruo *imperativo*. Lo bueno es plasmar en la Ley lo que ya la práctica sancionó, con la aprobación intermedia de los Tribunales casi siempre. Y en esta elaboración del Derecho cada jurista, en el ámbito y poderes de su profesión, tiene el concreto deber de acoger, estudiar, conformar o sancionar las nuevas situaciones que de las relaciones sociales surgen, sin posibilidad de escape por la vía de la negativa, al amparo del burladero del silencio legislativo y jurisprudencial, ni por la cómoda del encasillado previo, cuando al meterlas en moldes viejos corran el peligro de desnaturalizarse o de romperlos. Que si el legislador no legisla es porque no le damos materia en tiempo, calidad y cantidad, y si el Tribunal no aprueba, en casos será, como le oí un día

decir a uno de vosotros con su peculiar gracejo, porque no ha habido nadie tan torpe como para colocarse en la oposición que, añadido yo, no podrá plantearse si nadie hubo tan decidido como para ponerse en vanguardia.

2. Mucho tiempo me ha comido esta primera razón. Las otras son de situación en el tiempo y en el lugar. En el tiempo por cuanto todos los problemas de propiedad horizontal son de la más viva actualidad. "La propiedad horizontal es un fenómeno socio-económico que hizo eclosión en España hace más de treinta años y que todavía hoy continúa en proceso de expansión", decían los ponentes españoles sobre el tema en el X Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Montevideo el pasado año (2). Eclosión que perdura y crece, siendo éste el tipo de propiedad al que están acogidos casi la totalidad de los inmuebles urbanos y que se expande en aplicación analógica o extensiva a todos los conjuntos habitables, desde la vivienda permanente y el local para industria o comercio hasta el apartamento de uso rotatorio por cortas temporadas.

3. Y en el espacio —que también en el sentimiento—, por cuanto la propiedad horizontal es una forma o tipo de dominio en el que Valencia ha sido tierra de iniciativas y consagraciones. Pues en la práctica nuestra ciudad fue de aquellas que la aceptó antes de su reconocimiento legal, no de modo subrepticio, bajo la capa del condominio romano, sino abiertamente, escriturando e inscribiendo los pisos por separado, con su derecho a los elementos comunes, que paradójicamente solía expresarse "con entrada por escalera independiente", incluso plasmando por escrito las cuotas de gastos, como el arquitecto MANUEL FORNÉS hacía en su *Arte de edificar* (3). En su estudio, recientemente, los nombres de los valencianos, por nacimiento o residencia, que de ella han tratado forman una lista interminable: ATTARD, BATLLE, CASADO PALLARÉS, DESANTES, DOCAVO, GARRIDO CERDÁ, MONET, OGÁYAR, RAMOS FOLQUÉS, RULL, SALAS, SOTO, TAULET, VENTURA TRAVESET y algún otro que siento no recordar,

(2) DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO: *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*. Madrid, 1969, pág. 97.

(3) Citado por DEL VISO, según referencia de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO. Ob. cit. en nota 8, pág. 91.

la estudiaron, contribuyendo a su desarrollo y arraigo. Y en la materia, Valencia ha visto nacer hace pocos años la construcción en comunidad en régimen de propiedad horizontal extendida luego, a la par que casi siempre adulterada, por toda España; en Valencia han surgido urbanizaciones modelo al amparo de una aplicación extensiva de esta forma del dominio; y aquí, al tiempo que en otras ciudades, la práctica ha sido mimada y cuidada por los juristas, en formas y soluciones que de modelo van sirviendo para otros lugares. No es que seamos los primeros en el tiempo ni en los logros, pero sí unos de ellos. Por lo que esta valencianía del tema, junto a su actualidad y a su carácter privatístico, me han compelido a elegirlo para esta lección inaugural, confiando en que tales razones para su planteamiento sirvan de paliativo en el juicio que al final forméis de esta disertación, que si quedara en discreta por satisfecho me daría.

II.—DISPOSICION DE LOS ELEMENTOS COMUNES

4. En cuanto a su uso y disponibilidades, en el edificio en propiedad horizontal podemos distinguir fundamentalmente dos grupos o clases de partes: los departamento privativos y los elementos comunes.

Los primeros, según el Código civil, son “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 o a la vía pública”, que “podrán ser objeto de propiedad separada”. Se trata de departamentos diferenciados —a lo ancho, a lo hondo y a lo largo— de partes estructuralmente distintas, susceptibles de aprovechamiento independiente, que jurídicamente adquieren singularidad al devenir objeto de propiedad separada, lo que se alcanza mediante su configuración conforme a las normas legales, aunque todos y cada uno continúen perteneciendo al mismo dueño. Son, pues, tres los requisitos exigidos: departamento diferenciado, susceptible de aprovechamiento independiente y objeto de propiedad sepa-

rada. De *sustratum* arquitectónico los dos primeros y jurídico el del último.

Los elementos comunes son aquellos del edificio, "necesarios para su adecuado uso y disfrute, *tales como* el suelo, vuelo", etcétera, en relación que el legislador, como expresamente dice, formula *ad exemplum*. Los autores los diferencian en elementos comunes esenciales o por naturaleza y elementos comunes accidentales o por destino. Yo diría que si los elementos son comunes y los departamentos son privativos, todos lo son por destino. Destino determinado en los primeros por las propias necesidades de la construcción y subsistencia de lo edificado, cualquiera que fuere su tipo y función (suelo, vuelo, cimentaciones, muros, cubiertas, canalizaciones), de tal modo que sin ellos no cabe que el edificio exista, o bien por la configuración que al construirlo se le dé (pasos, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, servidumbres), pero de tal modo que, conforme a lo planificado, por las propias necesidades físicas se les conceptuará también elementos comunes por esencia o naturaleza. Mientras que otros no son necesarios más que por razón de un destino especial, de una configuración física o jurídica no esencial, que pasa a serlo por la impronta de servicio común o el marchamo de propiedad común que se le da. Así las salas de espera contiguas a los zaguanes, los departamentos para reunión de los condueños, las terrazas de utilización común e incluso el piso-vivienda para el portero, elementos que suelen llamarse accidentales o por destino o pacto.

Algunos de estos elementos son, por esencia o destino, comunes a todo el edificio; otros, sólo de alguna de sus partes, lo que se llama en la práctica elementos comunes generales de todo el inmueble o particulares de cada casa, patio o zaguán. En construcciones complejas, al aplicar el régimen de la propiedad horizontal a conjuntos formados por varios edificios, estas clases pueden diversificarse en categorías intermedias, desde los elementos comunes generales a todo el inmueble a los particulares de los pisos que tienen entrada general común, pasando por los del bloque, conjunto de casas, casas separadas, etc.

5. Pues bien, ya en lo que ahora nos importa, de los elementos comunes no se puede disponer por separado, como de-

partamentos o partes independientes del edificio, siendo su propiedad derecho anejo e inseparable de los pisos y locales objeto de propiedad privativa de los condueños: así resulta sin género de duda por expresa disposición del artículo 396, párrafo 2.º del Código civil y del artículo 3.º de la Ley de propiedad horizontal.

Pero el elemento común puede perder su carácter, pues tal cualidad depende del servicio que prestare, por lo que, si deja de darlo, pierde aquélla. Mas para que así suceda se precisa: que por su propia naturaleza no sea de esencia tal destino (como lo es en el suelo y los muros maestros), o de serlo pueda sustituirse por otro (cambio de escalera), o suprimirse porque su función queda cubierta (eliminación de una de las dos escaleras que a los mismos pisos sirven), o se estima innecesaria (eliminación de los ascensores); y que así lo acuerden todos los condueños, pues se trata de una modificación de las reglas del título constitutivo, acto que precisa acuerdo unánime (art. 16, 1.º, L. P. H.), sin que para su efectividad sea obstáculo alguno el § último del artículo 3.º L. P. H., ya que dicha regla del artículo 16 posibilita cualquier modificación por amplia que fuere (4).

6. Como resultado de ello, el ex elemento común se convertirá en un nuevo departamento del edificio, lo que requiere una reestructuración total, alterando su composición y la distribución de cuotas-valor al nacer una nueva propiedad privativa, o por su segregación se formará una finca nueva, independiente y separada del edificio de que proviene, cuando esto sea físicamente posible (5), debiendo expresar el acuerdo con exactitud cual sea el resultado de la desafección. En el último caso se tratará de una extinción de la propiedad horizontal por conversión en copropiedad ordinaria (art. 21, 2.º, L. P. H.), que no ofrece problema alguno en cuanto a su disposición. Y en el

(4) La *res.*, D. G. R. N. de 5 mayo 1970 así lo admite, implícitamente, en cuanto en la vivienda objeto del supuesto que contempla no es de esencia su destino a portería, y el acuerdo de desafección, presupuesto que no se debate, fue tomado por unanimidad.

(5) Así todos aquellos supuestos de un elemento externo a los muros perimetrales, cuyo solar pueda separarse del edificio, como escaleras de incendios adosadas a sus paredes, casetas para transformadores, patios, huertos o jardines anejos, etc.

otro, el nuevo departamento nacido de la conversión del elemento común en propiedad privativa o bien pertenecerá a los condueños en comunidad ordinaria, también sin especial problemática, o por haberlo acordado así, se configurará como departamento procomunal, por lo que nos remitimos a todo lo que seguidamente diremos en cumplimiento del fin propuesto al elegir el tema.

No es este el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en su resolución de 5 de mayo de 1970 contempla el caso de la desafección como elemento común de la vivienda destinada a portería, distinguiendo entre la situación anterior en la que tenía el carácter de *elemento común de uso funcional compartido* y la resultante de la desafección, aceptando la posibilidad de que pueda continuar siendo explotado como *elemento común del inmueble que ya no es usado por todos funcionalmente*, sino que su uso y aprovechamiento se cede en forma onerosa. Ni se trata de un departamento en comunidad ordinaria, lo que sucedería "si se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad como local privativo a nombre de todos los copropietarios y en proporción a sus respectivas cuotas", pues entonces la enajenación debería hacerse en forma ordinaria y mediante el consentimiento, prestado en escritura pública, de todos los copropietarios, ni se plantea la problemática del departamento procomunal, aceptando una situación especial en la que del elemento *desafectado* puede disponer la Junta de propietarios, siquiera el acuerdo haya de ser unánime, facilitándose así su enajenación.

Creo que esta doctrina no puede aceptarse con carácter general. Primero, porque parte de un pie forzado, ya que la desafección se había producido sin alteración registral ninguna, pues ni se expresó su descripción física ni se inscribió como finca independiente, si bien se le atribuía un porcentaje en los elementos comunes, situación que no tiene encaje en la L. P. H., ya que las cuotas o porcentajes sólo se atribuyen a los pisos y locales, y éstos requieren su descripción completa y su inscripción como tales departamentos separados. Segundo, porque se pronuncia como solución para una situación transitoria, en buen camino a fin de dar salida a muchas otras similares que indu-

dablemente se han producido en este período de regularización de la propiedad horizontal.

La Dirección General se limita a contemplar en fases separadas —desafección y fijación de cuota, descripción y enajenación— lo que debe hacerse por acuerdo de la Junta y en una sola vez. Pues lo que hoy no es posible es lo que ya estaba hecho: desafección con señalamiento de cuota, pero sin descripción y configuración como piso independiente, ya que la Ley sólo permite la existencia de los elementos comunes, sin cuota-valor, y de los pisos y locales independientes, con cuota-valor, pudiendo ser estos departamentos procomunales, como vamos a examinar. No veo obstáculo para que se produzcan dos acuerdos de Junta: uno de desafección y otro de disposición; lo que no cabe es que en el período entre ambos surja un extraño elemento común sin uso funcional compartido, sin carácter de piso independiente; pero con cuota-valor. Sólo el resultado final es lo que puede exteriorizarse registralmente: su configuración como piso o local, con su cuota-valor perteneciente a los condueños en comunidad ordinaria, como departamento procomunal o bien como propiedad del adquirente si la disposición se hubiere verificado.

III.—LA PROINDIVISION DE PISOS Y LOCALES PARA EL SERVICIO O UTILIDAD DE LOS CONDUEÑOS

Junto a tan clara separación entre partes privativas y elementos comunes, el legislador en su último pronunciamiento sobre la materia, en la Ley 49 de 1960, nos ofrece un *tertium genus*, bautizado por FERNANDO MONET como *procomunal* (6), cuya naturaleza intentaremos precisar, partiendo de su origen, para llegar así al campo de su realización en el comercio jurídico, de su disponibilidad, punto en cuya contemplación hemos centrado el tema.

(6) MONET: "Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal", *Centenario de la Ley del Notariado: Estudios de Derecho notarial*, vol. 1.º, separata. Valencia, 1962, pág. 17.

A) Origen

7. Indudablemente el departamento procomunal atiende a una finalidad importante en cuanto por él se pueden cubrir unas necesidades de los condueños del edificio cada día más imperiosas y numerosas, tanto por la extensión que alcanza la construcción de edificios en comunidad como por la mayor complejidad de las nuevas construcciones, que aumentan sus servicios en bien de su confortabilidad y aprovechamiento.

La propiedad horizontal es consecuencia de la necesidad de proporcionar a cada familia su vivienda en las mejores condiciones de habitabilidad y sin el costo que representaría su aislada construcción. De esta necesidad, concretada en el piso-vivienda, surge la de los elementos comunes sin los cuales no podría tener aquél las condiciones pretendidas.

Pero al lado de estas exigencias de servicio a los pisos-vivienda (desde el solar para construirlo hasta la refrigeración central o el montacargas para subir las comidas del restaurante) de carácter permanente, común y esencial, siquiera surja no ya por verdadera necesidad, sino como consecuencia de las características impuestas al edificio, se plantean otras no tan acusadas, o si se quiere no tan esenciales, mas sin duda alguna de suma conveniencia para los condueños. Unas desde el punto de vista económico (obtener un capital o una renta para ayuda del costo de la construcción o del mantenimiento del edificio) y otras desde el de mejora de sus servicios, añadiendo el disfrute de otros menos necesarios o incluso de puro recreo (garaje, piso-club, etc.). La perdurabilidad o permanencia, nota esencial en los elementos comunes, falla en los del primer tipo; en algunos casos (locales o bajos para venta) falta la relación de dependencia respecto a los pisos, sustituida por la de utilidad del propietario inicial de los mismos, y en otros (garajes sólo para viviendas o para locales comerciales) su utilidad queda referida a un grupo determinado de departamentos, tanto por consecuencia de la configuración del edificio, como igualmente sucede en los elementos comunes particulares (diversas escaleras, bajos sin derecho a zaguán y ascensores, etc.), como por una adscripción *a priori* más o menos caprichosa. Es decir, no se trata de

una dependencia de tipo permanente, objetiva o general, como es la de los elementos comunes en relación con los pisos o locales en que se divide el edificio.

No nos hallamos, pues, ante una necesidad que obligue al constructor a prever su existencia y al jurista a encuadrarlo entre los elementos comunes, ya sean generales o especiales. Lo que se ha traducido lógicamente es que así como la existencia y regulación de los elementos comunes es contemporánea al nacimiento y a la reglamentación de la propiedad horizontal, estos departamentos de servicio o utilidad común nacen con el desarrollo de la figura, cuando su proliferación y auge traen como consecuencia el afán de perfeccionamiento tanto en lo físico, por los constructores, como en lo jurídico, por quienes han de traducir a un estatuto rector lo que la realidad ofrece.

8. Y esto, estas necesidades, no habían surgido o no se habían exteriorizado con fuerza suficiente cuando el legislador español de 1960 regula la figura, aunque algún autor aislado las intuyera (7). Es decir, si bien la propiedad horizontal es un hecho que en el devenir histórico va siempre por delante de su regulación jurídica, anticipándose tanto a la configuración de la doctrina como a las reglas del Código Civil, de la Ley de 26 de octubre de 1939 y de la Ley de 21 de julio de 1960, la existencia de estos departamentos comunes surge de pronto en génesis un tanto especial, aunque pudiéramos encontrar precedentes o situaciones *ante legem*. Pues al proyecto que se limitaba a decir que en este tipo de propiedad “no cabe la acción de división, sin perjuicio de su procedencia en cuanto a los apartamentos que pertenecieren a varios por indiviso”, planteamiento que no discute ninguna de las veintidós enmiendas presentadas al mismo, la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas, sin explicación alguna, lo redacta en la forma que pasa a ser Ley, admitiendo la excepción para el caso de que “la proindivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios” (8).

(7) Dicho MONET, en conferencia pronunciada el 5 de febrero de 1957 sobre “Estatutos de propiedad horizontal”, publicada en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XII. Madrid, 1961; ver págs. 90 y 91.

(8) Según FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*. Madrid, 1962, pág. 458, nota 394.

Luego nos encontramos ante un supuesto de pura lucubración legislativa, pues la Comisión de Justicia debió trabajar veiendo y con aplicación en esta obra de ingenio, faltando la elaboración jurídica, la preparación del producto por medio de un trabajo adecuado, pero sin que se planteara una construcción aséptica en el mundo de las ideas puras del Derecho, ya que la realidad nos demuestra que las situaciones destinatarias de la norma existen y existían, cuando menos potencialmente, al tiempo de su promulgación. Pero lo cierto es que fue redactado en previsión de futuro y no en atención de presente, por lo que, por la carencia de *sustratum* previo para su interpretación, hemos de acudir, más que en otros casos, a la redacción legal para averiguar, en gramática pura, qué es lo que la Ley quiere, y así hallaremos la configuración, la naturaleza de la figura que estudiamos.

9. Mas en este punto no debemos olvidar un hecho que está influyendo sobremedida en el desarrollo del departamento procomunal. Se trata de la construcción en propiedad horizontal, conocida como "construcción en régimen de comunidad", figura que lleva preocupados a los juristas en estos últimos tiempos. El edificio en construcción o construido puede sujetarse al régimen de propiedad horizontal, formalmente siquiera, ya que los efectos peculiares de la figura no se producirán mientras no exista dualidad de propietarios de pisos o locales. Hasta ahora, normalmente, el titular único —o los cotitulares en comunidad ordinaria—, aunque tengan proyectado constituir el futuro edificio en propiedad horizontal, ya que el destino de los pisos y locales será el de pertenecer a distintos dueños, no contemplan y atienden esta construcción en titularidades separadas, pues la suya —singular o plural— es única y la diferenciación en relaciones de sujeto-departamento se producirá sólo cuando se transmitan los pisos a terceros.

Frente a ello cuando un conjunto de personas, titulares del solar en comunidad ordinaria, deciden construir en propiedad horizontal, esto es, atendiendo ya a la titularidad separada de cada piso o local, esta diferenciación se produce *ab initio*: potencialmente en tanto el edificio esté en proyecto; con efectos referidos a lo construido y al desarrollo del proyecto de cons-

trucción mientras en esta fase se encuentre, y como una propiedad horizontal perfecta y completa en cuanto la obra se termine. En esta comunidad cada uno aporta lo que a su piso o local exclusivamente compete y la parte pertinente en cuanto al resto del inmueble, lo que se expresa diciendo de un modo u otro, en fórmula convertida en cláusula de estilo notarial, que cada uno sufraga la construcción de su respectivo piso o local y todos en común y en la debida proporción la de los elementos comunes *y aquellas partes o departamentos que en común les hayan de pertenecer*, con lo cual, en germen, ya tenemos el departamento procomunal. Para el desarrollo de esta figura de la comunidad de constructores (no constructores en comunidad) no se presenta obstáculo legal, es más, encuentra apoyo y fundamento en la propia Exposición de Motivos de la L. P. H., al admitir como uno de los supuestos de nacimiento de la misma el de que varios propietarios "construyan un edificio con ánimo de distribuirlo *ab initio* (y aquí está la clave del problema) entre ellos mismos, transformándose en propietarios singulares de apartamentos o fracciones independientes". Se trata de la construcción en propiedad horizontal, no de la de un edificio cuya propiedad quedará así modalizada, pues no es cuestión de futuro, sino de presente, y de presente en movimiento, legalmente posibilitado por los artículos 392 y 396 del C. c. Se coloca ya cada ladrillo en el elemento común o en el piso de cada condueño, pues por todos o por él se sufraga su costo. Hay sólo, como dice MONET (9), un surgimiento *ex novo* de una relación de propiedad inicialmente configurada de esta suerte y por vía de declaración de la propiedad operada respecto del edificio en declaración de obra nueva.

Pues bien, volviendo al hilo de nuestro ovillo, es en este tipo de construcción en propiedad horizontal donde el departamento procomunal juega todas sus posibilidades. Por una parte, porque el constructor de su propio piso cuida más del *servicio* del mismo que quien edifica para vender, y por otra, porque en el régimen de construcción en comunidad lo normal es que durante un pe-

(9) *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir* (Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 8 de junio de 1963). Valencia, 1967, pág. 49.

riodo de tiempo superior al que se emplea en sufragar los gastos de la construcción perdurará la cotitularidad de los pisos y locales atribuidos inicialmente en común a todos los condueños constructores, siendo en extremo conveniente una regulación que posibilite al máximo obtener la *utilidad* económica que con ellos se pretende.

B) *Naturaleza*

10. Anticipando conclusiones diremos que se trata de:

- 1.º Un departamento de un edificio en propiedad horizontal susceptible de aprovechamiento independiente,
- 2.º que pertenece a los condueños del inmueble en proindivisión,
- 3.º establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios,
- 4.º sin que quepa ejercitar la acción de división.

La doctrina no ha profundizado en la cuestión. Gran parte de los autores que en tratados, monografías y artículos estudian la propiedad horizontal la orillan sin plantearse qué es o puede ser este piso o local proindiviso. Para algunos es un elemento común, si bien diferenciado de los elementos comunes ordinarios (10), o bien un elemento común accidental que puede dejar de serlo, dividirse o venderse, a diferencia de los elementos comunes naturales (11); otros no se pronuncian con claridad, quedando en la nebulosa cuál es el carácter o naturaleza de estos departamentos (12), y sólo MONET, por un lado (13), y DE LA CÁMA-

(10) BARRENECHEA: "Estatutos y ordenanzas de la propiedad horizontal. Juntas de condueños y actos de disposición sobre elementos comunes y privativos", en *Estudios de Derecho privado*, tomo I. Madrid, 1962, pág. 394.

(11) ALVAREZ: "El título constitutivo de la propiedad horizontal", *Centenario de la Ley del Notariado: Estudios jurídicos varios*, vol. II de la Sección 2.ª Madrid, 1965, págs. 468 y 469. Por otra parte trata, al parecer como situación distinta, la de los *anejos en pro indivisión*, adscritos de modo permanente y con carácter inmutable a todos o parte de los pisos y locales (páginas 477 y 478).

(12) Así FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (ob. cit.) dice que tiene "la condición de elemento o, si se prefiere, de cosa común" (pág. 274), aceptándolo cuando la pro indivisión se ordena en utilidad de todos, pero considerándolo como

RA, GARRIDO y SOTO, por otro (14), es decir, cuatro notarios, cuatro juristas con los pies puestos sobre la normalidad de la vida jurídica, lo contemplan como departamento diferenciado, cual otro piso o local, de singular configuración o naturaleza por causa de su destino.

Por nuestra parte, también en esta línea, vamos a desentrañar su carácter, analizando por separado los cuatro puntos dichos en que su concepto se condensa.

11. a) *Departamento independiente.*

Se trata de uno de tantos departamentos del edificio. La redacción del precepto es irreversible, pues habla de “un piso o local determinado”, locución que hemos de referir a lo que expresa el artículo 396 del C. c. en su § 1.º, a “los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente” por contraposición a “los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute”. Pues primordialmente la Ley distingue entre los pisos o locales objeto de propiedades separadas y los elementos comunes.

Cierto que cabría configurar el departamento procomunal como un piso o local susceptible de aprovechamiento independiente, pero que no es objeto de propiedad separada, ya que el citado artículo del Código no dice que lo sean, sino que “podrán serlo”, permitiendo en literal interpretación que haya pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independientes sin ser objeto de propiedad separada. ¿Qué sucede entonces? Ni más ni menos que estaríamos ante un elemento común *sui generis*, caracterizado fundamentalmente porque su base objetiva no es algo distinto de los pisos o locales por esencia, como en aquellos

“un elemento, pertenencia o anejo común más” si en él se ha establecido un servicio de carácter general (pág. 458), y terminando por decir que si bien para él tiene la consideración de elemento común, estima que debe ser objeto de descripción como los demás pisos o locales (pág. 746). Y FUENTES LOJO (*Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1962, dos tomos) lo califica de elemento común surgido por voluntad de los propietarios (pág. 287) y de apartamento destinado al uso común (pág. 457), admitiendo su existencia para un servicio común o para obtener una rentabilidad económica (pág. 519).

(13) Ob. cit. en la nota 6, págs. 17 y 18.

(14) Ob. cit., págs. 61 y 62.

que el Código enumera, sino precisamente un departamento delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente. Pero para llegar a esta conclusión nos basta con dicho artículo del Código, sobrando entonces el precepto que estudiamos, en camino interpretativo que llevaría al absurdo de su inutilidad. Pues si así fuera, si entendemos que el artículo 4.º de la Ley se refiere a elementos comunes concretados en pisos o locales, su indivisión viene ya fijada por el § 2.º del citado 396, sin necesidad de norma especial alguna y menos aún que aquélla “haya sido establecida de intento”, como el artículo 4.º previene, ni tampoco habría por qué excepcionar la regla que el primer apartado de este precepto fija —“la acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta Ley”—, ya que no tratándose de propiedad separada de pisos o locales, sino de propios elementos comunes, nunca podría aplicárseles la aparente excepción que para la proindivisión de los mismos contiene esta norma. Luego estaríamos ante un precepto del que como única consecuencia podría sacarse la posibilidad de conferir carácter de elemento común a los departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente, en la misma línea de interpretación innocua, pues las alforjas para este viaje ya nos las da el Código civil al relacionar los elementos comunes tan sólo por vía de ejemplo, permitiendo que la lista se extienda a todos aquellos que fueren *necesarios para el adecuado uso y disfrute del edificio*, concepción cuya apertura corrobora el artículo 3.º de la L. P. H. al hablar de *elementos, pertenencias y servicios comunes*.

12. Si el elemento procomunal es, como sostenemos, un departamento del edificio diferenciado de los demás, un piso o local susceptible de aprovechamiento independiente objeto de propiedad separada, lo será con todas sus consecuencias. Una de ellas la necesidad de su descripción en el título constitutivo con los requisitos fijados en la L. P. H. y por la legislación registral, entre los cuales tiene especial relieve la cuota-valor. En realidad, ¿debe ser así? (15).

En contra, partiendo de la analogía entre departamento pro-

(15) DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO creen que al departamento procomunal debe asignársele un coeficiente particular, pues en caso contrario estaríamos ante un elemento común más (ob. cit., pág. 62).

comunal y elemento común, pudiera sostenerse que esta fijación no procede en cuanto la cuota no es otra cosa que la concreción de las reglas para el reparto de los gastos, si no hay nada *especialmente establecido* (artículo 9.º, 5.º, L. P. H.), gastos que deben ser soportados por las propiedades privativas y no por las comunes, pues, por el contrario, las cargas de éstas son las que deben repercutir sobre aquéllas, y para la distribución de beneficios, indemnizaciones o cualquier otra compensación (venta del edificio en ruinas, del solar, del derecho de vuelo o de partes segregadas de aquél, indemnizaciones por siniestro etc.), no se precisa, ya que corresponderán a los condueños en función del valor de su parte privativa y no del valor de los elementos y departamentos comunes, que a todos pertenecerían por razón de aquélla, llegando por tal camino al mismo resultado.

No lo acepto así, simplemente porque no lo dice así la Ley que ha dado vida y, por lo tanto, conferido carácter al departamento procomunal. Pues si se trata de un *piso o local* lo será con todas sus consecuencias, entre ellas la fijación de la cuota-valor de la que carecen los elementos comunes. Pero además hay otras razones que abundan a nuestro favor y que a la vez energizan la viabilidad de cualquier solución híbrida, como esta de describirlos y configurarlos como pisos o locales sin señalamiento de cuota. Razones que encuentran apoyo en una interpretación finalista, en jurisprudencia de intereses, atendiendo no el porqué histórico de la norma, que le falta por carecer de historia, sino el *para qué*, en proyección de futuro que ya está en presente, pues cada día surgen nuevas y concretas posibilidades de departamentos procomunales que, sobre la marcha y a golpes de experiencia, van perfilando la figura sin alterar el carácter que le da el texto legal.

Todas estas razones, que apporto en pro de mi tesis, a una se reducen: la de que la no fijación de cuota-valor al departamento procomunal se traduciría en una injusticia o en una rémora para su evolución en función del servicio que puede prestar en todos estos casos y posiblemente en bastantes otros que hoy no vislumbramos aún:

1.º Cuando ya desde un principio se destina al servicio —y beneficio— de parte y no de todos los pisos y locales.

2.º Cuando al no ser aneja su titularidad a la de los pisos o locales su propiedad no corresponda a los dueños de éstos.

3.º Cuando, por estar previsto así, llega el día en que se le desafecta del servicio o utilidad común, convirtiéndose en un piso o local como los demás, perdiendo su carácter procomunal.

4.º Y cuando, sin perder su destino, por el que se mantiene el servicio o la utilidad, pasa su propiedad a un tercero que con su cumplimiento va a obtener un lucro.

Conjunto éste de casos que absorbe casi por completo la posible vida y desarrollo del departamento procomunal, de tal modo que una configuración del mismo que no permita o dificulte en extremo la posibilidad de su utilización para aquellas finalidades lo deja tan sin vigor que no habría por qué haberle engendrado. Sin olvidar, insisto, que esta naturaleza ya se la da el tenor gramatical de la Ley al aceptarlo como *piso o local determinado*.

13. b) *En situación de comunidad.*

Por su inserción en el edificio el departamento procomunal es una propiedad horizontal, caracterizada además por pertenecer como propiedad separada en comunidad y proindiviso a varios condueños. Carácter esencial, ya que sin él no surge esta figura. Pues si su dueño fuera único estaríamos o ante el piso o local de tipo corriente o ante el departamento anejo a uno de aquéllos, y si les perteneciera como consecuencia de la propiedad del edificio, sin separación alguna de ella, se trataría de un elemento común objetivado en un piso o local sin propiedad separada.

Lo que ya no es tan fácil de dilucidar es si ha de pertenecer a todos los condueños o puede corresponder sólo a alguno de ellos, y si su titularidad depende o no, en su existencia y monto, de la titularidad de los pisos y locales.

14. En cuanto al primer punto, no hay obstáculo legal para que los condueños no sean todos los del inmueble. Pues para sujetarlo a su imperio al artículo 4.º L. P. H. le basta con

que exista la proindivisión, sin exigir que ésta sea total, ya que al hablar del “servicio o utilidad de *todos los propietarios*” textualmente se refiere a los propietarios proindiviso de este piso o local. En cambio, dada la dicción del artículo 396 C. c. y del artículo 3.º L. P. H. la copropiedad de los elementos comunes debiera ser total, es decir, de todos los dueños de pisos o locales, por lo que, si aun en este supuesto de dependencia más íntima la práctica ha consagrado los elementos comunes particulares o especiales de un grupo de departamentos, incluso produciéndose una titularidad subsumida y diferenciada en cuanto esta adscripción entra en juego para fijar la cuota-valor de los pisos o locales a los que sirven, con mayor razón podemos abogar por la posibilidad de que los departamentos procomunales pertenezcan a parte y no a todos los condueños del edificio.

15. Respecto al segundo punto —interdependencia o conexión de la titularidad del departamento procomunal con la de los pisos o locales— también nos pronunciamos por la solución de resultados positivos, entendiendo por tal la que los deja en la mayor libertad para su configuración, pudiendo o no imponer aquélla y por lo tanto o bien que la cuota en el departamento procomunal sea aneja e inseparable de la titularidad de un piso o local como titularidad *ob rem* (16), o bien configurarla con absoluta independencia, de tal modo que aunque en un principio estén subjetivamente unidas por pertenecer a un mismo titular, nada impide que luego sigan cursos separados. Es más, en muchos casos, cuando lo que se persigue es la utilidad económica por vía de renta o venta y para compensar o afrontar el costo de la construcción, la titularidad separada será esencial a fin de que este resarcimiento se produzca para el constructor y no en favor de los posteriores condueños del edificio, pues si nece-

(16) Para MONET, como atribución o titularidad *ob rem*, debía enfocarse en el derecho anterior (ob. cit. en nota 7, pág. 91) y adscripción *ob rem* hay ahora, “con imposibilidad de separación en caso de enajenación o transmisión en general, por aplicación del apartado final del artículo tercero” (ob. cit. en nota 6, pág. 18), es decir, porque como consecuencia de su construcción esta titularidad es uno de los elementos que integran el derecho de cada propietario. En cambio, DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO estiman que la Ley no se pronuncia sobre este particular, por lo que los interesados pueden configurar sus derechos en la forma que mejor les plazca (vide nota anterior).

sariamente aquél ha de transmitir el piso con la cuota del departamento procomunal puede dificultarse la venta, con el consiguiente perjuicio económico para el vendedor, que con sus condóminos dió vida al departamento procomunal.

16. Y si por estas razones negamos la dependencia de sus titularidades como nota esencial, tampoco cabe aceptar como necesaria la proporcionalidad entre ellas, es decir, que la participación en el departamento procomunal se fije en función de la cuota-valor de cada piso o local. Tanto porque si se permite que no sea de todos cae por su base la exigencia de la proporcionalidad, como también porque, en el mismo supuesto contemplado, y tan corriente, de utilidad económica, de previsiones para la construcción, la adscripción a los condueños sin proporción a su cuota puede ser la vía compensatoria ante desiguales aportaciones —fundamentalmente cuando son heterogéneas, como las de solar y dinero— no proporcionadas al valor de los pisos que se les asignan.

17. Siguiendo esta línea, ¿cabría adscribir *ab initio* la titularidad de los departamentos procomunales a personas distintas de los propietarios de los diversos pisos o locales? Creo que no, porque si bien las soluciones antes propuestas puedan llevarnos en el futuro a la misma separación, con ellas los departamentos procomunales cumplen su fin de servicio o utilidad para los condueños del edificio, cosa que aquí no sucedería en ningún caso, como vamos a ver.

Puede tratarse de la construcción por una persona o varias proindiviso, con posterior constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, para la venta de sus pisos o locales, en cuyo caso la disociación de producirse será necesariamente *a posteriori*, porque antes no cabe. Y en el caso de construcción en comunidad especial, es decir, de la comunidad de constructores que lo hacen en propiedad horizontal, adscribir *ab initio* la titularidad de los departamentos procomunales a personas distintas de los dueños de pisos o locales no puede tener otra finalidad que la de entrega anticipada del piso o local enajenado o la de compensar lo que la comunidad haya de pagarles, posibilitando por este medio y en beneficio de los adquirentes los

pactos, de otro modo inefectivos, de indivisión *sine die* y de disposición por mayoría. Creo que esta finalidad no puede ampararse en el precepto que estudiamos, pues el departamento procomunal es un *tertium genus* a mitad camino entre el piso o local y el elemento común, por ello necesariamente situado, aunque sólo sea *ab initio*, dentro de la órbita de los titulares de unos y otros, es decir, de los propios condueños del edificio. De presentarse este supuesto de departamento que en comunidad perteneciere a personas distintas de los titulares de pisos o locales no creo que en buena doctrina quepa otra solución que la de considerarlo como un piso o local más, pues si se le configura como departamento procomunal lo será en fraude de ley al no atender a las finalidades para cuyo logro la misma lo permite, encubriendo otras distintas.

18. En definitiva, el departamento procomunal ha de pertenecer en principio, lo que se exterioriza al declarar la obra nueva del edificio, a dueños de pisos o locales, sin precisar que sea a todos ellos, pudiendo después, por el camino de distintas transmisiones, separarse ambas titularidades.

Pero que pueda ser así no quiere decir que necesariamente lo sea: cabe que el departamento procomunal pertenezca a todos los condueños del edificio, que las cuotas en su proindivisión sean proporcionales a las de los pisos y locales y que sea inseparable la titularidad de unas y otros, en adscripción *ob rem*. Y así conviene, y así se plasma y configura, en muchos casos, en uso de la libertad que para su regulación existe.

19. c) *Para el servicio o utilidad común.*

Según la Ley, se trata de una proindivisión "establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios". Requisito que se desdobra en dos condiciones: que la proindivisión haya sido establecida *de intento* y que precisamente lo fuere *para el servicio o utilidad común de todos los propietarios*. Luego no se cumple en los casos en que la proindivisión prestare tal servicio o utilidad, pero no se hubiese establecido a tal fin: así el sótano indiviso que luego se destina a garaje de la casa; ni tampoco cuando, adrede fijada, es decir, con el propósito de

mantenerla más allá del límite temporal impuesto por el Código, no lo fuere para el servicio o utilidad común.

20. Que se establezca *de intento* requiere un pacto especial por el que se acuerde mantener la proindivisión *sine die*, incluso por vía indirecta, como lo será la de indicar que se trata de un departamento sujeto a lo que dispone el artículo 4.º de la Ley o de una proindivisión amparada por el mismo. Pero, de un modo u otro, se precisa la constancia expresa (17) precisamente —y esto es muy importante— en los Estatutos que regulan la propiedad del edificio. Pues si la Ley permite un nuevo tipo de comunidad, que escapa a los moldes romanistas del Código, lo hace atendiendo a la forma especial de propiedad del inmueble del que la cosa común forma parte, luego si la configuración de esta propiedad sólo cabe en un molde —el de los Estatutos— en él se debe contener la regulación especial del piso o local posibilitada por la Ley tan sólo *en propiedad horizontal* (18).

21. En cuanto a que por ella se preste un *servicio o utilidad común*, es materia tanto de constancia formal como de existencia continuada. Expresamente debe resultar de los Estatutos que la proindivisión se establece para el servicio o utilidad, ya sea así, directamente, ya lo fuere de modo indirecto al remitirse a la norma legal, bastando tanto la expresión concreta del fin como la referencia general al servicio o utilidad común (19). Lo

(17) Que "sea configurada *procomunal* de un modo expreso", dice MONET (ob. cit. en nota 6, pág. 18). La Audiencia Territorial de Valencia, en sentencia de 21 de enero de 1966, no acepta la indivisibilidad del departamento inscrito como finca independiente con su cuota de participación, porque no se hace "referencia alguna al especial destino" del mismo —garaje en el caso que contempla—, sin que baste que pertenezca en pro indiviso a los condueños del inmueble, pues puede serlo en comunidad ordinaria, "como a *contrario sensu* se deduce del propio artículo 4.º", y aunque el propósito fuera el de destinarlo al servicio común, pues "no quedó plasmado en el título de constitución". Caso singular éste en la profusión de cuestiones judiciales a las que la propiedad horizontal ha dado lugar, pues por él se acepta al departamento *procomunal* y en parte se le configura.

(18) En este mismo sentido, DE LA CÁMARA y sus colaboradores opinan que "es necesario que en el título constitutivo se declare expresamente la naturaleza *procomunal* del departamento" (ob. cit., pág. 62). Creo que igual puede expresarse en título posterior por el que se modifiquen o complementen las reglas estatutarias, es decir, lo ineludible es que conste en la norma configuradora de la propiedad horizontal, en los estatutos.

(19) En contra, los ponentes españoles del X Congreso Internacional del Notariado Latino (ver nota anterior), estiman que ha de expresarse "especi-

que no puede admitirse es que resulte que la proindivisión se establezca sin finalidad superior alguna, sino simplemente como burladero ante las normas del Código.

Por otra parte, si bien para que la indivisión se entienda establecida *de intento* basta con la voluntad concorde en un momento determinado, aunque luego la conformidad desapareciere, en cuanto a la prestación del servicio o utilidad no es suficiente el acuerdo inicial, sino que ha de tener una realidad continuada. Se trata de una exigencia permanente por su propia esencia, ya que de no ser así se permitiría la sujeción de voluntades para un fin no querido, aunque de buena fe deje de cumplirse, o, lo que es más grave, se facilitaría en grado sumo el *fraudem legis* mediante prontas revocaciones de lo acordado sobre el destino del departamento procomunal.

22. Múltiples son los problemas que la dicción legal puede plantear. Bastará ahora exponer los siguientes:

1.º La proindivisión puede establecerse *sine die* o para un plazo determinado, pues la Ley no previene ninguno, incluso por plazo fijo si es que en él puede obtenerse el servicio o utilidad perseguido, cual sería la de lograr una renta compensatoria hasta extinguir el préstamo que se obtuvo para la construcción. Si bien es cierto que si el plazo no es superior a diez años no habrá por qué cobijarlo en este precepto en cuanto el artículo 400 C. c. le confiere viabilidad (20).

2.º Los propietarios —*todos los propietarios*— para cuyo servicio o utilidad común se puede establecer la indivisión son los del propio departamento procomunal y no los de todo el edificio. Pues así resulta de su estricta interpretación gramatical, ya que hemos de dar al plural igual significado que en el mismo párrafo

ficando el destino (establecido en interés común) que se le asigne". En la práctica, aun aceptándolo así, sería fácil de orillar, pues bastaría con fijar la pro indivisión tanto para la utilización del piso o local por los condueños como para obtener un provecho económico por su renta o venta, según determinaren.

(20) Pero podría ser aconsejable por claridad interpretativa en cuanto queriendo mantener la pro indivisión sólo mientras se preste el servicio o se obtenga la utilidad común, la sujeción a la norma especial le aseguraría las soluciones que de la experiencia vayan surgiendo, mientras que el mero amparo en la norma general, aun con expresión de la causa, pudiera entenderse como recusación de la especial.

se da al singular mencionándolo como *propietario* proindiviso sobre un piso o local determinado. Propietarios que han de ser condueños del edificio, pero que pueden no serlo todos, como antes queda dicho.

3.º De lo expuesto resulta que cuando deja de prestarse el servicio o utilidad para el cual fué establecida, desaparece la causa de la proindivisión, cesando los efectos del pacto que la impone, pues pierde su amparo legal. Lo que en la práctica, si no se ha expresado un fin determinado, será muchas veces difícil de dilucidar, pues mientras de todos sea en principio a todos sirve o para todos es útil. Pero cuando se ha concretado el servicio o la utilidad no puede admitirse su sustitución, ya que esto implica que ha desaparecido aquél, causa y soporte de la proindivisión. En cuanto al cambio por pacto, tratándose de una regla que por su rango estatutario afecta a todo el inmueble, sólo podrá hacerse si estuviere previsto en los Estatutos o cuando para su modificación se cumplieren las exigencias legales, singularmente la aprobación de todos los condueños del edificio.

4.º Si el departamento se vende a una sola persona, entendemos que han cesado para siempre los efectos de la regla de indivisión, por extinguirse ésta, sin posibilidad de resucitarla, pues la regulación se fijó para conservar lo que ya no existe; la nueva proindivisión requerirá una nueva normativa con el carácter de modificación estatutaria.

Si se venden las cuotas, es decir, si se sustituyen los titulares (21), creemos que como no cesa la proindivisión tampoco mueren las razones que justifican su obligada subsistencia. Mientras exista uno de los comuneros iniciales no puede afectarle la sustitución de los demás, en alteración de su derecho a mantener la proindivisión. Pero aunque todos lo fueren no por ello se altera el servicio, si efectivamente perdura (garaje, por ejemplo) ni siquiera la utilidad, de la que el transmitente ha obtenido un anticipo (venta de la cuota del local en proindivisión para obtener renta), cediendo su posición al adquiriente a cambio de

(21) Por tal sustitución entendemos tan sólo la transmisión a título singular (inter-vivos o legado), pues la universal (herencia) implica sucesión en la titularidad *personal* y no sustitución propiamente dicha.

ella. Exceptuándose la transmisión que implica el agotamiento de la utilidad (local destinado a venta), aunque por el número de adquirentes continuare en comunidad.

23. d) *Sin posibilidad de división.*

Del texto legal resulta que la acción de división no procederá para extinguir el condominio de un piso o local determinado cuando haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios. Es decir, por el mero hecho de reunirse los tres requisitos antes expuestos queda exceptuado de la regla general formulada por el artículo 400 del Código Civil, sin precisarse que expresamente se declare o establezca.

Estamos ante un tipo especial de comunidad que surge en cuanto la proindivisión de un piso o local de un edificio en propiedad horizontal se establece de intento con la finalidad indicada. Y cabe preguntarse si esta consecuencia —el destierro de la *actio communi dividundo*— es de carácter natural o esencial. O dicho de otro modo, ¿puede configurarse un departamento procomunal sujeto al imperio del artículo 400 del Código Civil? Creo que no, pues una proindivisión para atención de un fin en la que sea posible cesar en cualquier momento no puede decirse que haya sido fijada para su cumplimiento, luego no se reúnen los requisitos pedidos por el legislador. Otro problema es el de la posibilidad de la limitación temporal determinando el tiempo máximo por el cual se ordena la proindivisión o la condición de la que depende la aplicabilidad de la acción *communi dividundo*, a lo que me inclino afirmativamente, siempre y cuando su duración fuere igual a la prevista para la prestación del servicio o de la utilidad o dependa del mismo evento su vida, en conformidad con lo dicho al tratar de sus características, pues la indivisión se ordena para el servicio o utilidad previstos y en tanto así fuere.

C) *Concepto*

24. De lo dicho queda claro que se trata de un *condominio sui generis* que adquiere carta de naturaleza cuando siendo su

objeto un departamento en propiedad horizontal la proindivisión tienda a una finalidad derivada del concebir o del ser de dicho tipo de propiedad.

Viene posibilitado por un reconocimiento legal, plasmado en el último instante de la elaboración de la Ley, sin precedente ni explicación ninguna, pero, como la práctica demuestra, para regular una realidad viva en cubrimiento de unas necesidades cada día mayores. Por lo que es en esta práctica, a golpes de *pactos* y *reglas*, escoplo y cincel de la figura, donde los juristas hemos de darle vida larga y recia para que no quede en norma inocua y olvidada, sino en amparo seguro de los múltiples casos que bajo ella pueden desarrollarse en bien —siempre en definitiva el mismo— de la sociedad que así lo requiere y a la que hemos de servir.

Yo lo definiría como *el condominio de un piso o local en propiedad horizontal regulado en los Estatutos del inmueble para el servicio o utilidad de los condueños*.

IV.—SUS MAS IMPORTANTES CONSECUENCIAS

Conocida y configurada, de su concepto, en armonía con su naturaleza, vamos a obtener las consecuencias que hoy se nos ofrecen como más importantes, aunque su corta vida y sus muchas posibilidades auguren un futuro más amplio que el que ahora podamos predecir. Sin tratar de aquellos puntos cuya regulación o posibilidades se ofrezcan de modo similar a los de la comunidad ordinaria, que por remisión a lo dicho por los autores y a lo decretado por los Tribunales quedan solucionados, sino de las especialidades que *nuestra* figura nos muestra, se nos presentan estos cinco como más señeros:

A) *Normas aplicables*

25. Rige el artículo 392 del Código Civil, cuya consagración de la libertad de pacto adquiere mayor importancia en cuanto, como luego veremos, desaparecen ciertos límites fijados por la Ley, la doctrina o la jurisprudencia al atribuir carácter impera-

tivo a algunas reglas, que en nuestro caso dejan de tenerlo al faltar los presupuestos de los que tal imperio se deriva.

El contrato será la norma contenida en los Estatutos que regulan la propiedad del edificio, complementada por la reglamentación que establezcan los condueños del departamento, eficaz tan sólo en cuanto no contravenga aquélla. La única disposición especial —el artículo 4.º L. P. H.— no fija reglas, simplemente configura, confiere carácter. Luego a falta de pacto habrá que acudir a lo que dispone el Código Civil en el Título III del Libro segundo, siempre en adecuación a su naturaleza de comunidad insita en una propiedad horizontal y a ella sujeta.

26. Esta es la escala de valores u orden de aplicabilidad de las normas:

1.º Disposiciones imperativas de la Ley, que respecto al Código quedan reducidas a la inderogabilidad del artículo 398, § 3.º, como luego veremos, y en cuanto a la L. P. H. a la imposibilidad de su subsistencia si no se cumple lo dispuesto en el § 4.º, es decir, que la proindivisión sólo puede perdurar en servicio o utilidad de los condueños.

2.º Estatutos de la propiedad del edificio.

3.º Reglamento especial del condominio.

4.º La Ley de propiedad horizontal en cuanto sus normas sean aplicables por extensión analógica, como *disposiciones especiales*.

5.º El Código Civil en sus artículos que tratan del condominio, siempre que no contrariaren la naturaleza peculiar de esta figura.

B) *Su configuración como derecho anejo*

27. Nuestra legislación registral se ha mostrado enemiga de la cuota indivisa en una finca como derecho anejo de la propiedad de otra, pero lo ha sido sólo por razones adjetivas, es decir, de técnica de inscripción, sin formular obstáculo especial a que así pueda establecerse en el ordenamiento sustantivo de la propiedad. Cuando por naturaleza las fincas son indepen-

dientes, en el ordenamiento civil no encontramos apoyo para justificar una relación de dependencia plena de la titularidad de una finca respecto de otra con efectos *erga omnes*. El vínculo puede ser rechazado tanto por aplicación de la teoría del *numerus clausus* (o del *numerus apertus* justificado) como por extensión analógica del criterio contrario a las prohibiciones o simplemente por basarnos en la concepción individualista del Derecho Civil.

Aquí estamos ante una regulación especial. La propia Ley permite que unas titularidades dependan de otras, solución lógica, pues por esencia hay una interdependencia entre sus objetos que forman parte del mismo todo, del mismo edificio. Y así el artículo 3.º L. P. H. reconoce a cada propietario el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre el de los anejos que expresamente hayan sido señalados, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado de su piso o local, anejos cuya expresión es de obligatoria constancia en el título constitutivo conforme al artículo 5.º.

Cuáles puedan ser éstos es algo que queda al libre arbitrio; la enumeración que el legislador nos hace (*garaje, buhardilla o sótano*) es por vía de ejemplo. Puede decirse que de esta posibilidad sólo se excluyen aquellas partes del edificio que por esencia se integran en una de las dos clases de necesaria existencia: los elementos comunes y los pisos o locales, lo que, en cuanto a estos últimos, dependerá muchas veces de la voluntad de los condueños (basta pensar en las distintas soluciones que en la práctica se da a los llamados áticos-estudios).

En los casos previstos expresamente por la Ley el derecho anejo es el de propiedad de una parte del edificio no singularizada como departamento, mientras que en el nuestro es la titularidad de una cuota indivisa de un departamento independiente, siquiera tenga el carácter de procomunal, para lo cual no encuentro obstáculo, pues una normativa de este tipo no es otra cosa que, empleando palabras del legislador (artículo 5.º, § 3.º, L. P. H.), *una regla de constitución y ejercicio del derecho no prohibida por la Ley en orden al uso y destino de los diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, parte del estatuto privativo que perjudicará a tercero si se inscribe en el Registro de la Propiedad.*

Pero es más, uno de los posibles anejos previstos expresamente por el legislador —el garaje— encuentra su cauce más adecuado en la atribución proindiviso de un local amplio, reglamentando su uso, que no en la propiedad exclusiva de cabinas independientes (22).

Fijada la cuota del departamento procomunal como derecho anejo de cada piso o local, no podrá transmitirse con independencia de éste y la transmisión de lo principal acarreará necesariamente la del anejo, que no es más que una parte de aquella propiedad privativa en él objetivada, de la que no cabe desgajarse, salvo el caso de que en los Estatutos se hubiere previsto de otro modo.

C) *Improcedencia del retracto de comuneros*

28. La norma contenida en el artículo 1.522 del Código Civil es de carácter general, aplicable a toda situación de comunidad, salvo si existe disposición especial contraria que de su imperio exceptúe la situación que contempla. Estamos ante una norma imperativa, pues, tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia, no puede ser derogada por voluntad de las partes.

En el punto que nos ocupa nos encontramos con una norma especial, la del artículo 396 C. c., § 3.º, declarando la improcedencia de este derecho cuando se trate de la *enajenación de un piso o local* frente a los dueños de los demás pisos o locales. No es una excepción concreta, sino una aclaración: el retracto del Código se refiere a transmisiones de una misma cosa, que es objeto del derecho de todos, mientras que en la propiedad horizontal o son propiedades separadas o son propiedades comunes carentes de independencia que posibilite el ejercicio de derechos de preferente adquisición respecto a cuotas de las mismas. Y, como opina FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (23), en nuestro caso el título de condóminos del departamento proindiviso viene conferido en razón del de propietarios individuales (que lo son o que lo fueron), por lo que no es apto para ejercitar los derechos de

(22) En este mismo sentido, JOSÉ LUIS ALVAREZ, ob. cit., pág. 477.

(23) Ob. cit., pág. 494.

tanteo y retracto, ya que está incluido en la prohibición fijada por el § 3.º del artículo 396 del Código civil.

No olvidemos tampoco que la *ratio legis* de este retracto estriba en considerar a la comunidad como una situación transitoria y anómala, cuando en nuestro caso se trata de una situación expresamente querida, de vigencia permanente y adecuada al fin perseguido por el tipo de propiedad en que se inserta, lo que nos aboca a admitir la improcedencia del retracto como norma general. Aunque la falta de disposiciones concretas y de decisiones jurisprudenciales nos fuerza, en bien de la seguridad de las conclusiones, a separar los distintos casos que puedan presentarse, y de los que, por mera agrupación, se probará también la generalidad del principio expuesto.

29. a) Si las cuotas se han configurado como derecho anejo e inseparable de cada piso o local, no cabe ejercitar el retracto, pues su objeto no puede ser lo principal, por expresa disposición del Código, y en uso de un derecho subjetivo, cual es el de retraer la cuota, no cabe contravenir una disposición estatutaria que impide su separación de la titularidad de aquél. Es más, las razones en que se funda el retracto de comuneros —evitar la perduración del estado de proindivisión que se estima como situación anormal— cesan cuando el proindiviso está justificado por una razón de dependencia en servicio de lo principal, un proindiviso objetivamente cualificado podríamos decir.

30. b) Si se trata de enajenación por decisión unánime, como todos son transmitentes por propia voluntad, ninguno puede ejercitar el retracto. Y a este supuesto hemos de equiparar el de disposición por acuerdo de la mayoría estatutariamente facultada del que seguidamente trataremos, pues hay un sometimiento *ab initio* a la voluntad de quienes puedan disponer del departamento conforme a lo convenido con los mismos efectos que si se tratare de decisión unánime. No cabe aquí aplicar el artículo 1.522 C. c., pues no se trata de la enajenación de “la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos”, sino de todo el departamento, de la cosa en su unidad y no de cuotas de la misma.

31. c) Nos queda el caso aislado de venta de cuota o cuotas del departamento procomunal no configuradas estatutariamente como anejos de los pisos o locales. En principio no juegan las razones expuestas en los dos casos anteriores y el supuesto encaja perfectamente en el artículo 1.522 C. c., conforme a su tenor gramatical.

A su pesar estimo que no es así. El artículo 1.522, si bien aparece separado del título que el Código civil dedica a la comunidad romana, a ella se refiere, ya que es la única que el legislador contempla, por lo que esta regla queda sujeta a todas las posibilidades de excepción legal de la normativa-tipo por vía de disposiciones especiales, como el artículo 392 establece. Y una de ellas es la L. P. H., que en materia de derechos de preferente adquisición declara su inaplicabilidad, pues si bien se refiere a un supuesto distinto del que nos ocupa, por analogía debe aceptarse la misma regulación, ya que si no cabe el retracto de un piso porque por naturaleza se distingue de una cuota indivisa, tampoco debe caber el de ésta cuando se refiere a un departamento cuya situación de comunidad viene exigida por su propia esencia, en función de su finalidad, lo que la separa de las cuotas en la comunidad ordinaria. Consecuencia a la que nos fuerza también la equiparación de este caso a los otros dos antes examinados, manteniendo la unidad de la figura.

D) Irrenunciabilidad de la cuota

32. Configurada como derecho anejo o titularidad *ob rem*, el problema se plantea *prima facie* en la posibilidad de renunciar a dichos derechos, posibilidad que no aceptamos. En primer lugar porque la dependencia impone una inseparabilidad fijada tanto en provecho del titular como de los demás condueños del edificio. Permitir esta separación por voluntad unilateral iría contra su propia esencia. Pero, y vuelvo a mi campo, es la práctica quien aduce su veto por razón de las consecuencias. La titularidad del anejo comporta unos derechos, pero también unas obligaciones; insertado en un edificio sin posibilidad de propiedad separada, su renuncia no lo convertiría en un mostrenco apto para la ocupación, sino que se confundiría con el común del edificio, con los

elementos comunes, pasando a la titularidad de todos, cuando al resto de los condueños puede no convenirles por las cargas que representa. Sin que tampoco podamos parangonar el caso con el general de la renuncia al dominio de un bien cualquiera, pues nos falta la nota de independencia que en éste la posibilita; si yo puedo renunciar a la propiedad de mi fundo es porque de nadie dependo y a nadie estoy obligado por mi titularidad, por lo que cuando se demuestra la falsedad de este aserto es cuando vienen las limitaciones del Derecho público. En cambio, en la titularidad del anejo, frente a mis condueños en el edificio estoy obligado por los Estatutos que regulan su propiedad con una norma que lo adscribe a la del piso o local de que pretendo desgajarlo con mi renuncia. Y en este caso la especial permisión del artículo 395 C. c. cede ante las razones expuestas, dado el esencial carácter de su adscripción a la titularidad del piso o local.

33. ¿Y si no se le ha dado a la cuota el carácter de anejo o titularidad *ob rem*? La situación es la misma. Pues aun faltando la dependencia expresa respecto de otro bien principal, de un piso o local, a la finalidad de servicio o utilidad de los condueños, que le confiere carácter permanente, está subordinado el derecho de cada condueño, quien no puede ejercitarlo en detrimento de aquélla; su derecho lleva una considerable carga de deber que se transmitiría a los condueños con esta postura individualista. Basta con pensar en el garaje: a los demás no les interesa tener una plaza de la que disponer, dando entrada a un extraño, sino que cada cual contribuya a los gastos por la suya —por su cuota—, la utilice o no.

De ahí que estimemos irrenunciable la cuota del piso o local en proindivisión finalista, a menos que se acomode a lo previsto en los estatutos o todos los condueños la acepten (24).

E) *Actos de disposición*

34. En cuanto a los actos de administración del departamento procomunal, no ofrecen problema alguno. Se estará a lo que se

(24) En contra FERNANDO MONET (ob. cit. en nota 6, págs. 18 y 19) admite la renuncia tanto de la cuota del departamento procomunal como del anejo.

ordene en el título constitutivo de la propiedad horizontal (artículo 5.º, L. P. H., § 3.º) o en las normas de régimen interior (artículo 6.º), pudiéndose tomar en esta materia acuerdos por simple mayoría en cuanto no impliquen modificación de las reglas contenidas en dicho título o en los estatutos (art. 16), en plena conformidad con lo que el Código civil dispone (art. 398).

La cuestión, sin duda la de mayor importancia que de nuestro tema surge, está en dilucidar si para disponer del departamento procomunal se precisa la decisión unánime de todos sus condueños o si basta con el acuerdo tomado por quienes alcancen el *quorum* fijado como bastante por los estatutos, con plena eficacia tanto entre partes como frente a terceros, afectando incluso a los condueños que no hayan tomado parte en la decisión o que hubiesen votado en contra.

Es corriente que los departamentos procomunales se configuren para atender a una utilidad económica, bien directamente a través de su venta, bien transitoriamente por medio de su alquiler, sin desechar la venta futura, aunque el servicio a prestar sea el fundamento de su indivisión, pues conviene prevenir la posibilidad de una desafección total o parcial, posibilitando su transmisión. Previsiones que revisten una mayor trascendencia cuando se trata de construcción en comunidad, que requiere unas reservas convertibles en dinero, o cuando se quedan pisos o locales sin peticionarios, que se adjudican en proindiviso a todos los condueños como situación transitoria hasta que surja la oferta aceptable.

35. Si puede venderse el departamento cuando así lo decidan los condueños que alcancen el *quorum* previsto, nos encontraremos con que por voluntad de unos se dispone del derecho de todos. Esto es, estamos, ni más ni menos, que contemplando un supuesto de titularidad solidaria, del recusado dominio solidario. En la concepción clásica la solidaridad se ofrece en determinación individual: uno, cualquiera, puede disponer del derecho o cosa común y por lo tanto del de todos y cada uno de los comuneros, concepción que es la de nuestro Código en materia de obligaciones (C. c., arts. 1.141, 1.142 y 1.143). Pero la esencia de la figura estriba no en que el disponente fuere uno, sino en que quien o quienes sean simples cotitulares puedan disponer como

si lo fueren únicos, lo que da a la figura esa apariencia de ente extraño de imposible injerto en un sistema individualista cual el de nuestra propiedad y fundamentalmente en el tipo de condominio que el legislador acepta sin salirse de la línea fijada por el devenir histórico.

36. Dícese que la solidaridad en la titularidad de los bienes apareció en el Derecho romano cuando, fallecido el *pater familiae* sin sucesor designado, todos los hijos, *in solidum*, asumían la jefatura familiar y consiguientemente la de su patrimonio. No están claras las aguas, ni concordes los historiadores, en sobre si fue o no fue así. Mas de haberlo sido en algún tiempo, corto sería éste, en cuanto la memoria es mala y su perdurabilidad ninguna. Porque de dominio solidario nulos son los ejemplos que nos ofrece la historia del Derecho romano y la del nuestro, de aquél derivado. En cuanto a los germanos, tan bien se arreglaban con la *mano común* que poco —o nada— se interesaron por esta figura.

En nuestra jurisprudencia encontramos la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1946, que de forma tajante la recusa, considerando que el *pretendido dominio solidario* "constituye una relación jurídica sin posible entronque en nuestro ordenamiento legal, que al admitir la pluralidad de dueños sobre una misma cosa configura el condominio bajo los moldes romanistas con cuotas ideales, siguiendo los precedentes de aquel derecho que al tratar de la posesión como facultad integrante del dominio estableció el clásico aforismo de que *plures eadem rem in solidum possidere non possunt*" (25). Y la doctrina o se calla o tratándolo muy de pasada, como cosa archisabida, también la recusa (26).

Cierto: en nuestro Derecho no aparece ni reconocido por el legislador o el juzgador, ni como resultado de la labor de los juristas, dominio solidario alguno. Pero no por ello toda situación nueva por fuerza habrá de vestirse con el manto del condominio

(25) La Dirección fue más prudente; el Registrador llamó *figura jurídica hueca de realidad al absurdo del dominio solidario*, y el Presidente de la Audiencia tildó de *forma inadecuada y antijurídica* a la adjudicación de fincas en pleno dominio y solidariamente.

(26) Citemos por todos a Roca SASTRE, quien nos dice que "la posición más fundada es la que niega la posibilidad de la comunidad *in solidum* en orden a la titularidad del dominio" (*Derecho hipotecario*, tomo II. Barcelona, 1948. pág. 246).

romano, sin posibilidad de escape, aunque se desnaturalice o se desvitalice al no tener por este camino ancho suficiente para su desarrollo. Creo que el obstáculo no es insoslayable y a intentar demostrarlo voy, terminando así mi charla al tiempo que vuestra paciencia.

38. Como argumentos de tipo general a favor de nuestra postura encontramos los siguientes:

a) Fundamentalmente la libertad de pactar en esta materia, consagrada por el artículo 392 C. c., que sujeta la comunidad a su articulado sólo *a falta de contratos o de disposiciones especiales*, reiterándolo en cuanto a la propiedad horizontal el § último del artículo 396, si bien con dicción *imperativista* al expresar que “se rige por las disposiciones legales especiales y, *en lo que las mismas permitan*, por la voluntad de los interesados”. Es decir, ateniéndonos estrictamente a su tenor gramatical, el pacto prevalece siempre frente a las normas del Código, pero será posible tan sólo si lo permiten las normas sobre propiedad horizontal.

A su pesar, aun dentro del Código hemos de aceptar que existen normas de carácter imperativo que no podrán ser contravenidas por pacto. Pero son pocas las que lo tienen. Así BELTRÁN DE HEREDIA, en estudio exhaustivo sobre el tema (27), sólo nos cita a tres preceptos inderogables: la facultad de acudir al Juez si no hubiere mayoría o el acuerdo fuese gravemente perjudicial (artículo 398, § 3.º), la facultad de eximirse de los gastos renunciando a la parte en el dominio (art. 395) y la imposibilidad de pactar la indivisión por plazo superior a diez años (art. 400, § 2.º), de los cuales en nuestro caso no rige el tercero por expresa disposición legal y no es aplicable el segundo, como hemos visto.

Y en cuanto a las normas de propiedad horizontal, su reglamentación, como se ha dicho, tiene en nuestro Derecho un signo más bien imperativo, pero sin que esto excluya ciertos márgenes de actuación a la autonomía de la voluntad (28). Si aceptamos la relación de las normas imperativas que formula ESCRIVÁ DE ROMANÍ, por citar la más completa, incluso demasiado amplia

(27) *La comunidad de bienes en derecho español*. Madrid, 1954, páginas 191 a 194.

(28) DE LA CÁMARA y sus colaboradores, ob. cit., pág. 97.

para nuestro criterio (29), no encontramos en ella límite alguno para el pacto que propugnamos. Pues de haberlo, estará en la letra o en el espíritu del Código, es decir, en la concepción tradicional del condominio, regida por un signo individualista, y no en una Ley encuadrada en la moderna orientación comunitaria.

Se trata, no lo olvidemos, de unas disposiciones especiales que excepcionan el régimen general. Y si ellas permiten que la voluntad de los interesados regule las relaciones en lo no impuesto por las mismas, no cabe alegar una imposibilidad derivada no ya siquiera de la letra de la Ley general excepcionada, sino de su espíritu, precisamente espíritu de una figura —el condominio romano— del que se escapa el edificio por plantas, exigiendo la especial normativa de la propiedad horizontal.

La situación es distinta. En el condominio romano la exigencia, insoslayable o no, de la unanimidad para disponer de su objeto no se traduce en la obligación de los condueños de permanecer en la indivisión a perpetuidad, por cuanto en cualquier momento, rebasado en su caso el límite voluntariamente fijado por un máximo de diez años, pueden ejercitar la acción de división. En cambio, en completo trastrueque del resultado, en el departamento procomunal, desterrada la *actio communi dividundo*, de precisarse la unanimidad para la disposición todos quedan sujetos, por voluntad de uno cualquiera, a la indivisión perpetua. Se puede alegar que esto será así en cuanto así se haya querido, pero en tal caso no precisábamos de figura nueva alguna, pues con su configuración como elementos comunes lo tendríamos bien solucionado, resultando innocua una previsión legal de la cual, por otro camino, tan buenos resultados podrían obtenerse.

En definitiva, entiendo que al amparo de los artículos 392 y

(29) "Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad horizontal", conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Registradores de la Propiedad y publicada en esta misma REVISTA, año de 1967, número 462, páginas 1233 y siguientes. Acepta como normas imperativas todas las referentes al concepto mismo de la institución, imposibilidad de prohibir este régimen, necesidad y requisitos esenciales del título constitutivo, condiciones necesarias para independizar pisos y locales, elementos comunes esenciales o por naturaleza, fijación de la cuota, régimen de unanimidad para ciertos acuerdos, inviolabilidad de los derechos individuales de los comuneros y causas legales de extinción. No trata de los departamentos procomunales, pero en terreno próximo estima que en materia de anejos prevalece lo dispositivo sobre lo imperativo (pág. 1244) y que los elementos comunes accidentales o por destino entran dentro del libre juego de la voluntad (pág. 1246).

396 C. c. puede pactarse una regulación especial permitiendo la disposición del departamento procomunal sin necesidad del convenio unánime, tanto porque la regla que se desprende de los artículos 397 y 399 no es de carácter imperativo, a más de no estar expresamente impuesta (30), como porque, aunque se entendiera lo contrario, estamos ante una comunidad regida por disposiciones especiales que no fijan esta concreta excepción en su letra, excepción que no sería acorde con su espíritu.

39. b) También por cuanto, atendido el conjunto de circunstancias, en especial la finalidad perseguida por los constructores al constituir el edificio en propiedad horizontal distribuyéndose los pisos o locales y quedándose con alguno o algunos en esta especial proindivisión, es dudoso calificar la venta de los mismos como acto de disposición, aunque aisladamente considerada sea un puro negocio dispositivo. Pues, conforme al más reciente y mayoritario criterio, el acto de disposición es aquel que produce inmediatamente una disminución o modificación del activo patrimonial, esto es, el que compromete la existencia, la individualidad o el valor *de un elemento estable del patrimonio*, siendo acto de administración, correlativamente, el que no afecta al capital, sino que tiende a obtener del mismo su normal rendimiento, conforme a su destino económico y sin alteración de su sustancia.

Y así, aunque la venta del departamento procomunal sea un negocio de disposición, pues por él se opera la transmisión de un derecho subjetivo, no puede considerarse como acto de disposición, ni con relación a la comunidad, cuyo patrimonio estable, cuyo capital, es toda la parte del edificio destinada a la propiedad separada de cada condueño, con los elementos comunes inseparables de la misma, ni con relación a cada condómino, pues en su patrimonio ha entrado la cuota como elemento de realización para la estabilidad de su capital. El departamento procomunal se ha construido para venderlo, a todo evento o sólo cuando convenga, en bien de los elementos estables del patrimonio de cada condueño que son los pisos y locales.

(30) Así opina también BELTRÁN DE HEREDIA (nota anterior, pág. 194) en estos términos: "Salvo la prohibición de derogar estas disposiciones legales, los copropietarios podrán establecer el régimen que tengan por conveniente, tanto por lo que se refiere al uso y disfrute de la cosa, como a la administración, disposición, división, etc., de la cosa común."

40. c) Finalmente nuestro punto de vista encaja en la actual tendencia comunitaria del Derecho y concretamente del Derecho español. Argumento de fácil teorización, como el anterior, pero no por ello menos real, por lo que me limitaré a reseñarlo sin especial estudio. La prueba de esa tendencia comunitaria, que yo centro en la vitalización de las soluciones que tiendan, por la vía de la agrupación de personas, de la reunión de esfuerzos, a satisfacer las necesidades individuales, siguiendo el camino recto de la realidad, es decir, sin acudir a coberturas ficticias del tipo de las sociedades, la tenemos en la propia propiedad horizontal. La tenemos en el auge y desarrollo de las cooperativas, si bien con la forzada solución del amparo administrativo y del reconocimiento de su personalidad, consecuencias de no afrontar de cara los problemas derivados de la arcaica concepción individualista de nuestro Derecho privado, pues de haberlo hecho sin tales medios se habría alcanzado el mismo fin, dentro del Derecho civil, que amplio cauce nos ofrece. Y está también, siquiera no sea novedad sino reconocimiento de una realidad histórica, en la normativa para la cesión definitiva o temporal de los montes vecinales en mano común, pues para el acuerdo basta un cierto *quorum* de sus titulares, sin precisar la unanimidad (31).

41. Frente a esta postura afirmativa encontramos como más serios dos obstáculos:

1.º La doctrina del *numerus clausus*, en materia de derechos reales, o si se quiere, la de *numerus apertus* con tales restricciones que a aquélla equivale.

2.º Y la exigencia de la unanimidad para disponer que, conforme a la común interpretación de los artículos 397 y 399 del Código civil, en relación con el 398 *sensu contrario*, es de carácter necesario. Pero si admitimos *por contrato* un tipo distinto de condominio, podría pactarse una regulación distinta, eximiendo al nuevo tipo del imperio de estas normas. Luego volvemos al mismo problema:

(31) Concretamente, "consentimiento del ente comunitario que tenga la titularidad del monte, expresado por el acuerdo de los dos tercios de los vecinos comuneros que lo constituyan" (art. 39), a quienes corresponde "su titularidad y aprovechamiento sin asignación de cuotas específicas" (artículo 38), según dispone el Decreto 569 de 26 de febrero de 1970, por el que aprueba el Reglamento de Montes Vecinales en Mano Común.

el de la posibilidad de la creación de un nuevo derecho real, o siquiera de un nuevo subtipo o configuración del condominio.

42. La doctrina clásica española presenta un amplio frente de partidarios del *numerus clausus* contra un reducido número de *aperturistas*. Creemos que una postura armónica, en la línea de PUIG BUTRAU (32), es la acertada, postura que puede condensarse así: formalmente cabe la creación de nuevos tipos de derechos reales, para lo cual la propia Ley deja portillos abiertos (artículo 334, número 10, C. c.; art. 2.º L. H.), si bien tropieza con rigurosos límites institucionales, por lo que sólo cuando surja un interés digno de protección —dignidad que presupone la importancia (33)— cabe crear una nueva figura que lo ampare, asimilándola o encuadrándola, dentro de lo posible, en el tipo más semejante de los que estén admitidos.

En nuestro caso hay un interés digno de protección que encarna en una figura encuadrada dentro del tipo general del condominio, pero sujeta a una disposición especial, lo que la singulariza y distingue, posibilitando una regulación distinta de la del tipo matriz, precisamente en uso de una permisión por él establecida, aunque su resultado sea la inaplicabilidad de unas normas cuyo carácter imperativo no resulta expresamente de una dicción legal, sino que le viene dada por la labor interpretativa basada en un esquema del condominio en el que no encaja el nuevo tipo que a su vez emana de otro —la propiedad horizontal— legalmente reconocido pero que aún está en vía de desarrollo.

43. A colación traemos las mismas palabras que, en la línea clásica de la recusación de la propiedad solidaria, ha dicho uno de los últimos autores que del tema han tratado. ALBERTO BALLARÍN alega que “la solidaridad es una de las formas de resolver un problema de actuación frente a terceros, mientras que en la propiedad no se trata de esto, no surge el dominio que se dirija contra sujetos determinados, a diferencia de lo que ocurre con el

(32) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III. Barcelona, 1953, págs 29 y siguientes.

(33) Pues, en lenguaje jurisprudencial, el derecho real debe constituirse para “cubrir una función económico social” (Res. D. G. R. N. de 21 diciembre 1943).

crédito; su contenido es el *ius utendi y fruendi*, también el *disponendi*, respecto del cual será más concebible la solidaridad, pero como esta facultad en modo alguno puede aislarse de las otras, resulta técnicamente imposible aplicarla" (34). Si esto como doctrina general es verdad en materia de condominio ordinario, no menos lo es en nuestro caso: de ella misma brota la excepción. Pues el departamento proindiviso para la utilidad económica de los condueños presenta el fundamental problema de la actuación frente a terceros en el ejercicio del *ius disponendi*, que por la propia finalidad de la indivisión es la facultad más importante, pues en este caso se confunde con el *ius fruendi*, estando des-terrado, desde un principio o por decisión posterior, el *utendi*. Con lo que la solidaridad no sólo queda justificada, sino que incluso es exigida por la naturaleza de la figura, por la propia finalidad con ella perseguida.

En definitiva, estamos ante la misma problemática que en su día ofreció la comunidad en mano común. El Código sólo regula la comunidad romana, siendo extraña a él la figura germánica de la mano común y, sin embargo, basándose en determinados preceptos del mismo y contemplando el propio ser de los tipos especiales por ellos regulados, no se ha dudado en calificar como comunidades germánicas a las conyugales de bienes y, con ciertos distinguos, a la comunidad hereditaria. Hoy, con menos base porque el pasado es más corto, se nos plantea otra especialidad que, si sabemos cuidarla, si sabemos estudiarla y plasmarla, amparo legal tiene también y próspero porvenir podemos augurarle.

44. Para que la disposición sea válida se exigirá en todo caso:

a) Que se trate de un departamento configurado como pro-comunal y que en los estatutos del inmueble esté prevista la posibilidad de la enajenación.

b) Que se tome acuerdo válido y eficaz conforme a su normativa estatutaria, es decir:

1.º Reuniendo los *quorums* previstos de asistencia y de votación, al tiempo que cumpliéndose los demás requisitos sobre convocatoria y deliberación que tales normas impongan.

(34) «Titularidad solidaria», conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 9 de diciembre de 1958 y publicada en los *Anales* de dicha Academia, tomo XIII, Madrid, 1962, pág. 221.

2.º Facultando suficientemente a la persona o personas que por todos hayan de otorgar la disposición.

45. La formación de la mayoría requerida puede presentar en la práctica problemas graves de no haberse regulado en los estatutos. Pues si bien en defecto de ellos habremos de atenernos a las reglas de la L. P. H. —disposiciones especiales de aplicación preferente a las generales del C. c.—, no cabe asimilar el caso a los contemplados en la norma segunda del artículo 16; dada su importancia, más bien se encuadra entre los de la primera, ya que para los condueños desprenderse de su departamento es, por lo menos, de tanta importancia como aprobar o modificar los estatutos o las reglas del título constitutivo, siendo negocio de disposición para el que se precisaría la unanimidad de no haberse dispuesto, *por decisión unánime necesariamente*, otra cosa.

Es decir: habrá de obtenerse el *quorum* previsto, tanto en primera como en segunda o cualquier otra convocatoria, sin que quepa reducirlo en las posteriores aplicando dicha norma segunda del artículo 16, ni tampoco acudir al Juez cuando no hubiere *quorum*. En cambio, creo que es aplicable lo dispuesto en la norma primera de igual precepto, esto es: si se toma acuerdo favorable a la disposición sin reunir el *quorum* previsto podrá notificarse a los no asistentes, como se regula en su segundo párrafo, y si éstos no manifiestan su discrepancia y sumado el valor de sus votos a los de los que lo hubieran dado en la Junta se alcanza el *quorum* previsto, el acuerdo será válido. Pues si la regla vale para tomar acuerdos por unanimidad, no podemos negarle eficacia para los acuerdos de una simple o reforzada mayoría. Y todo ello, como hemos dicho, siempre en defecto de pacto, pues la regulación de éste será preferente a la legal.

No podemos adentrarnos en la casuística de esta posible reglamentación. Sólo diremos que la libertad de pacto en la que se ampara no alcanza a permitir que se fije un *quorum* inferior a la mayoría absoluta, pues entonces desaparecen las razones de interés legítimo que apoyan y avalan a esta especial solidaridad, al dejarla equiparada al dominio solidario hasta ahora recusado, en cuanto por la decisión de uno o varios, que no forman mayoría, habrían de pasar todos. Otros problemas, que dejamos en alto,

son los de si el *quorum* mínimo habrá de consistir en la mayoría de personas o de cuotas o de ambas a la vez; si cabe que estas mayorías se refieran sólo a asistentes en segunda convocatoria al no haberse reunido en la primera; y si por pacto también, como todo lo antedicho, cabría acudir al Juez en este último caso para que refrendara el acuerdo.

La Junta a la que nos estamos refiriendo es siempre la de condueños del departamento y no la de copropietarios de todo el edificio, si bien se pueden confundir sin distingo entre ambas si los titulares son los mismos. Caso contrario, se regulará por sus propias normas y de no haberlas por las de la Junta de propietarios del inmueble, incluso para la expedición de certificaciones en prueba de los acuerdos y la representación para su cumplimiento.

46. El precio que se obtenga se invertirá o destinará conforme a lo previsto en las normas sobre la disposición o en el acuerdo tomado en cuanto, posibilitado por aquella normativa, pueda versar sobre tal destino. En último término creemos que bastará con el depósito o retención del precio a disposición de los titulares a quienes corresponda.

47. Un punto puede adquirir gran importancia en la práctica: ¿cabe el recurso al Juez cuando el acuerdo tomado con los *quorums* o mayorías previstos fuere gravemente perjudicial a los condueños? Con BELTRÁN DE HEREDIA (35) estimo que este precepto del artículo 398 C. c. para la administración de la cosa común es de carácter imperativo; luego sus efectos se extenderán a los acuerdos que excedan de aquélla, de la ordinaria administración, cuando fuere posible tomarlos, cual es nuestro caso. ¿Quid si transmitido el departamento el Juez se pronunciare en contra de lo acordado? La disposición, frente a terceros, es válida e inatacable; es más, el Juez no puede decidir la nulidad simplemente por razón del grave perjuicio que con ella se causare, pues no se le restan ninguno de los requisitos que para su validez bastan, ni se demuestra la falta *a priori* de alguno de ellos. En definitiva, el decreto judicial podrá enervar la eficacia impidiendo que la

(35) Ver nota 27.

disposición se otorgue, pero no afectará a la ya consumada, produciendo solamente efectos entre los condueños.

48. Si se puede disponer del departamento procomunal, también puede ser *desafectado* como tal, sin disponer del mismo, convirtiéndose en un piso o local sin carácter especial alguno. Y esto en todo caso, pues no hay departamentos procomunales por esencia o naturaleza, como hay elementos comunes, que impidan esta desafección.

Si nada hay dispuesto, se precisará el consentimiento de todos los condueños; si está previsto, a lo reglamentado habrá que atenerse, siendo la problemática de esta normativa la misma que para la de su disposición, pues se trata de un acto, si no de la misma trascendencia económica, sí de similar relieve jurídico. En el caso de que esté prevista y regulada la disposición y no la mera desafección, cabe preguntarse si las reglas que posibilitan aquélla nos servirán también para ésta. Punto dudoso a cuyo examen no llega mi tiempo: por una parte implicando toda disposición la previa o simultánea desafección y considerando, con miras económicas y por relación de resultado y presupuesto, la mayor importancia de aquélla, pudiera admitirse tal posibilidad; por otra, atendiendo a la protección de los condueños que han aceptado una sola disyuntiva (o departamento procomunal, en su servicio o utilidad o disposición del mismo) puede sostenerse que la desafección sin disposición es acto para el que no legitiman las reglas que esta última permiten. Quizá esta segunda postura sea la más acertada, en cuanto es la que mejor cubre el interés individual que se ha subordinado al común sólo para unos determinados casos y no para otros.

V.—PORVENIR DE LA FIGURA

49. No se precisa ser profeta —ni siquiera hombre de leyes— para predecir el brillante porvenir del departamento procomunal si nosotros, los juristas prácticos, sabemos regularlo y nos atrevemos a hacerlo en cuantos casos así convenga. Que serán unos de simple utilidad económica —departamentos para renta o venta—, otros de cubrimiento de necesidades transitorias o de

permanencia dudosa —vivienda del portero—, otros de destino dependiente del criterio cambiante de los condueños —pisos clubs, guarderías infantiles, salones sociales—, otros de encaje dudoso entre lo privativo y el elemento común —garajes— y muchos más que ahora no podemos ni siquiera columbrar.

Ahí está nuestra labor, ahí está nuestro deber: dar molde jurídico al propósito de los interesados, valientemente, trabajando sin el amparo de *lo dicho y consagrado*, que ésta es nuestra misión. Recientemente el profesor D'Ors reitera su postura sobre las fuentes del Derecho en título contundente: *Derecho es lo que aprueban los jueces* (36), y nos aclara que también es derecho lo que no pasa por los jueces, pero puede pasar, como son tantas cosas que se hacen en las Notarías, tantas cosas, añadido yo, que se plasman en los documentos. Pues si los jueces lo aprueban, *y es Derecho*, todos los juristas lo hacemos, cuando hay buen que-hacer: aconsejando a los interesados, minutando, redactando, configurando y conformando, abriéndoles los portillos de los registros... Y llega un día en que un Juez lo aprueba, la jurisprudencia, por reiteración, lo sanciona, o sin ello, porque no hubo motivos de pleito, *la práctica se extiende, la comunidad lo acepta*. Ya es derecho reconocido porque ya lo era en concreto, en norma particular y privada a la que los otorgantes se sometieron y los terceros quedaron obligados en deber de respeto a la libertad que dentro de los cauces legales creó y formó la nueva figura. Y a nosotros nos quedará la satisfacción de haber pagado en parte la deuda que con la sociedad tenemos contraída en continuo aumento desde los primeros garabatos escolares hasta la obtención del título profesional, de haber cumplido en aquel caso concreto lo que como jurisperitos le debemos.

Nada más; he terminado.

JOAQUÍN SAPENA TOMÁS

Notario.

(36) *Atlántida*, núm. 45, mayo-junio 1970, págs. 233 a 243.