

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA Y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

15. PROPIEDAD HORIZONTAL.—VENTA A EXTRAÑOS DE ELEMENTOS COMUNES. DESPUÉS DE ACUERDO UNÁNIME EN JUNTA DE PROPIETARIOS DE DESVINCULAR LA VIVIENDA-PORTERÍA COMO ELEMENTO COMÚN Y DE USO FUNCIONAL COMPARTIDO, SEÑALÁNDOLA UN PORCENTAJE COMO PISO INDEPENDIENTE (REDISTRIBUYÉNDOSE LAS CUOTAS DE LOS RESTANTES), PERO SIN INSCRIBIRSE COMO PRIVATIVO A NOMBRE DE TODOS LOS PROPIETARIOS EN PROPORCIÓN A SUS RESPECTIVAS CUOTAS, ES SUFICIENTE NUEVO ACUERDO, TAMBIÉN UNÁNIME DE LA JUNTA, EN LA FORMA ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 16, PARA CONCERTAR LA VENTA DE DICHA VIVIENDA Y AUTORIZAR AL PRESIDENTE PARA QUE EN NOMBRE DE LA COMUNIDAD FORMALICE LA ESCRITURA, SIN NECESIDAD DE QUE TODOS LOS COPROPIETARIOS PRESTEN EL CONSENTIMIENTO DE VENTA EN FORMA INDIVIDUAL EN ELLA, PORQUE LA VERDADERA NATURALEZA DEL ACTO CALIFICADO ES LA DE ENAJENACIÓN DE UN ELEMENTO COMÚN DESAFECTADO QUE NO PASA EN NINGÚN MOMENTO A SER LOCAL PRIVATIVO Y HAN DE APLICARSE LAS NORMAS DE LOS ARTÍCULOS 12, 13 Y 16 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Resolución de 5 de mayo de 1970 («B. O.» de 4 de junio)

Antecedentes de hecho.—Vendida por pisos, antes de la Ley vigente de Propiedad horizontal, la casa de la calle Oviedo núm. 32, de Madrid, en la escritura de adaptación de los Estatutos de la Comunidad a dicha Ley, otorgada el 9 de octubre de 1965, en base al acuerdo de la Junta se procedió a desvincular como elemento común la vivienda que estaba destinada a portería (bajo núm. 3) al cual se le atribuye un porcentaje del 6,6 por 100 en los elementos comunes, a la vez que se redistribuirían las cuotas (1) correspondientes a los otros pisos; la nueva vivienda seguiría perteneciendo a la comunidad, si bien por no formar ya parte de los elementos comunes inseparables de la propiedad horizontal, no se incluye en la relación que de esos elementos hace el nuevo artículo 1.º de los Estatutos, ni por otra parte se verifica su descripción física ni se solicita su inscripción como finca independiente; la escritura se inscribió en la forma indicada.

En sesión de 6 de febrero de 1966, la Junta de propietarios acordó «vender el piso que fue de la portería, a don Moisés Bausela Martín, en la cantidad de 125.000 pesetas, al contado; se autoriza al Presidente para que, en nombre de la comunidad, firme cuantos documentos públicos o privados sean necesarios hasta la total inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad». Como en la sesión estuvieron ausentes tres de los propietarios de piso, se acordó notificarles el acuerdo y firmaron después, en el libro de actas, su conformidad con la enajenación, haciéndolo por los herederos de uno de ellos que había fallecido, una de sus hijas, notificándose también el acuerdo a otros posibles herederos mediante acta notarial remitida por correo certificado al titular del piso o sus herederos en la propia finca a que se refiere el recurso. En cumplimiento de lo acordado el Presidente otorgó ante el Notario de Madrid don Santiago Pelayo Hore escritura de venta de la vivienda con la descripción correspondiente a favor del señor Bausela (2).

Presentada esta escritura en el Registro núm. 6, de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción de segregación y venta del piso que fue vivienda-portería a que se refiere el precedente documento, por los defectos siguientes: 1.º No corresponder a la Junta de copropietarios la facultad de enajenación del referido piso, que se atribuye al Presidente en representación de aquellos asistentes al acuerdo y de la ratificación que se dice de los no asistentes, facultad no comprendida dentro de los distintos apartados del artículo 13 de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre propiedad horizontal; y 2.º No constar la ratificación en escritura pública por los demás copropietarios de la enajenación realizada en su nombre por su Presidente. Y siendo, al parecer subsanable este último defecto, no se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado».

El Notario autorizando interpuso recurso gubernativo y sus principales alegaciones pueden resumirse así: Que el condominio en el cual la relación de adscripción de una cosa al interés de varios hombres se establece individualmente entre cada interesado y la cosa, sin surgir

(1) Aunque el Resultando dice en el *Boletín Oficial*: «a la vez que se redistribuirían las cuotas» del conjunto de la resolución parece que éstas se redistribuían efectivamente en la escritura de 9 de octubre de 1965.

(2) Aunque el Resultando expresa cantidad distinta a la del acuerdo (120.000 pesetas y no 125.000) debe tratarse de error de imprenta en alguno de los dos pasajes, por cuanto tal discordancia no juega en el recurso.

un ente colectivo, es figura inestable y anómala mirada con recelo por el legislador que procura su terminación (arts. 400, 404 y 1.522 del Código; que cuando los interesados no son extraños entre sí, sino que resulta un interés conjunto diferente de la suma de los individuales dispersos, el derecho acude a configurar una persona jurídica y al surgir ésta con contornos más o menos perfilados desaparece aquella multiplicidad de intereses inconexos y el legislador dicta disposiciones especiales para regular esas situaciones, una de las cuales es la propiedad horizontal; que la Ley vigente sobre la materia, afortunadamente pragmática ha procurado resolver, huyendo de rigideces doctrinales, los numerosos problemas que plantea la propiedad de pisos; que la propiedad horizontal es una institución *sui generis*, que algún autor y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1956 han llamado propiedad colectiva y cuyas características ponen de manifiesto la Sentencia de 18 de mayo de 1960 y la exposición de motivos de la Ley que confiesa alejarse del sistema de la comunidad de bienes; que por la nota no se sabe si el Registrador cree que la Junta de Propietarios no tiene subjetivamente facultad para enajenar elementos comunes o cree que la cosa vendida no es elemento común; que el sistema establecido por la Ley de Propiedad es totalmente distinto al de la comunidad de bienes del Código; en ésta la unanimidad o mayoría, sin acuerdo previo, sin resultado de hecho de una serie de comportamientos individuales, mientras en aquella delibera y decide colectivamente los asuntos que interesan a la comunidad, haciendo a continuación referencia y transcripción del artículo 13, 5.º y 12 apartado 1.º de la Ley; que dada la claridad de estos preceptos, seguramente el Registrador no ha querido decir que la Junta no tenga facultades para la enajenación si el piso fuese elemento común, sino que éste, desde que se tomó el acuerdo de no dedicarlo a portería, dejó de ser elemento común transformándose instantáneamente en un *pro indiviso* romano regido por el Código; que para calificar de común o privativo algún elemento no se puede prescindir del criterio voluntarista decisivo en muchos casos, como acontece en la práctica cuando construido un edificio, la comunidad de propietarios acuerde no vender los locales comerciales y considerándolos elemento común destinarlos a ser arrendados para con el alquiler atender a gastos de la comunidad o en aquellos supuestos en que la Empresa urbanizadora construye calles, paseos, jardines, escuelas, etc., que pertenecen proporcionalmente a los titulares de las viviendas, en los que el *pro indiviso* romano resulta inconveniente; que en los citados casos y otros similares el concepto amplio y flexible de la propiedad por pisos de la Ley de 1960 es mucho más útil; que señalada la eficacia de la voluntad de los propietarios manifestada a través de sus acuerdos en orden a determinar el carácter común o privativo de un elemento del edificio y conseguida la unanimidad en la forma prevista en el artículo 16 de la Ley, el escrúpulo registral dimanó probablemente de que la voluntad de la Junta se manifestó a través de dos acuerdos sucesivos; pero ambos acuerdos constituyen un solo proceso y responden al mismo propósito de vender el piso que por ello se elimina de la relación de elementos comunes y se le señala un porcentaje; que el Registrador entiende que siempre que la Junta se pronuncie sobre la venta de una cosa común, esta se convierte en un *pro indiviso* ordinario que requiere que los propietarios vayan desfilando uno tras otro en presencia del Notario para consentir individualmente la venta de su respectiva participación indivisa, lo cual no fue la voluntad de los propietarios según resulta de sus acuerdos; que el propio Registrador se deja arrastrar por la evidencia de los hechos hablando de la ratificación de los copropietarios de la enajenación realizada en su nombre por su Presidente, del que no cabe hablar

en el *pro indiviso* romano y que su riguroso criterio se apoya únicamente en la inercia de la tradición y no en la Ley de 1960.

El Registrador informó: que no desconoce esta Ley, pero estima que en el caso existe un exceso de atribuciones concedidas al Presidente; que la citada Ley no va más allá del objeto de la misma por lo que rigen los preceptos de la Legislación civil para aquellos actos o contratos que han de tener su acceso al Registro de la Propiedad; que el defecto 2.º sólo se expone como medio de subsanar el primero; que a la inscripción del documento se opone la legislación civil vigente, en cuanto al derecho de representación que se atribuye al Presidente de la comunidad con una simple autorización de una parte de ellos y la posterior conformidad de los no comparecientes en la sesión celebrada, por lo cual el Registrador desconoce la capacidad de los copropietarios en cuanto a la libre disposición de sus bienes, así como sus circunstancias personales, requisitos imprescindibles para la inscripción; que también se opone el artículo 20 de la Ley, pues aunque en la reunión de 1965 se acordó desafectar la vivienda del portero de tal destino en el Registro sólo consta la variación de destino pero no su segregación, ni los titulares de tal elemento común, ni la participación que a cada uno corresponde en el mismo; que la propiedad por pisos engendra una copropiedad especial, regida por una Ley especial; que no existe dificultad en que se desvincule de su fin si no se precisa la vivienda del portero y se decida su enajenación; que los actos de enajenación de elementos comunes susceptibles de cambiar de destino exigen como reconoce el recurrente la concurrencia de todos los partícipes y exige que tales actos sean ejecutados por todos, lo que supone el acuerdo unánime de los mismos y que ningún copropietario, incluido el Presidente de la Junta, que sólo representa a la comunidad en los asuntos que afectan a la misma, puede ejecutar por sí solo acuerdos de tal naturaleza; que la Ley no ha dotado a la Junta de propietarios de personalidad jurídica por lo que la representación de su Presidente sólo puede extenderse a los asuntos que no trasciendan a las esferas de la legislación civil e hipotecaria; que la nota no es opuesta al cambio de destino de la vivienda-portería y que la modificación de los Estatutos fue inscrita como una exigencia de la Ley; pero la segregación de la portería para constituir vivienda independiente y su venta exigen para su inscripción registral la comparecencia ante el Notario de todos los partícipes sin que sea admisible la representación de los mismos por la Comunidad.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por éste; el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos con puntualizaciones y ampliaciones referentes al Auto del Presidente de la Audiencia, y la Dirección General acuerda revocar el Auto apelado y la nota del Registrador (3) en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General.—Después de acuerdo unánime en Junta de propietarios de desvincular de vivienda-portería como elemento común y de uso funcional compartido a la que se señala, como piso independiente, un determinado porcentaje a la vez que se redistribuyen las cuotas de los restantes, la cuestión que plantea este expediente consistente en resolver si basta nuevo acuerdo de la Junta de propietarios, logrado por unanimidad en la forma establecida en el artículo 16 de la Ley, para concretar su venta y autorizar al Presidente para que en

(3) Vistos los artículos 396 del Código civil, 8 de la Ley Hipotecaria y la Ley de Propiedad horizontal de 21 de julio de 1960.

nombre de la comunidad formalice escritura e inscripción, o sí, por el contrario, se necesita que todos los copropietarios, en forma individual, presten consentimiento en escritura pública.

La constitución de un edificio—destinado a viviendas o locales de negocio—en régimen de propiedad horizontal sustrae aquél a la comunidad ordinaria de bienes ordenada en título III del libro II del Código civil, y crea una figura jurídica original que trata de delimitar el artículo 3.º de la Ley de 21 de julio de 1960, señalando un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente y una copropiedad compartida con los demás propietarios, en todos los restantes elementos, pertenencias y servicios, sin duda alguna comunes y, en principio, utilizados por todos.

Ese derecho de propiedad singular—creación intelectual inspiradora de la Ley—se cifra y materializa en la cuota de participación con relación al total valor del inmueble y referido a centésimas del mismo, con la posibilidad de disponer de tal derecho *inter vivos* y *mortis causa* y de percibir, en su día, si se extinguiere el régimen de propiedad horizontal, en los casos señalados por la Ley, una cuota de liquidación en consonancia con la de participación fijada.

Tal cuota de participación no queda, en principio, afectada por la desvinculación como elemento común de uso compartido de un piso originariamente destinado a portería, el cual puede 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, como ocurre con frecuencia con ciertos locales de negocio, cuya renta se aplica a pago de gastos comunes y que, incluso, como sucede en el caso cuestionado, puede venderse a un extraño, en cuyo supuesto es ya obligatorio el reajuste de coeficientes de todos los copropietarios, cuyo número aumenta en una unidad.

Si el piso destinado originariamente a portería y posteriormente desafectado de su carácter de elemento común de uso funcional compartido, 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, la enajenación debería hacerse en forma ordinaria y mediante el consentimiento prestado en escritura pública, de todos los copropietarios, cuya voluntad no podría ser sustituida por un acuerdo de la Junta, toda vez que no son equivalentes la suma de los consentimientos de los copropietarios, individualmente prestados, y el acuerdo de la Junta, aunque se adopte por unanimidad, ya que la competencia de ésta es siempre limitada y su forma de actuación especial.

Al no aparecer inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de todos los copropietarios y como local privativo el piso destinado originariamente a portería, a pesar de su previa desafectación como elemento común, la verdadera naturaleza del acto calificado es la de enajenación de un elemento común que se desafecta previamente con tal finalidad, sin pasar en ningún momento intermedio, a la categoría de local privativo, razón por la cual han de aplicarse en este caso las normas sobre modificación del título constitutivo y funcionamiento de la comunidad en régimen de propiedad horizontal y, especialmente el artículo 12, en cuanto determina que el Presidente «representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten»; así como el artículo 13, en cuanto establece que corresponde a aquélla «conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común»; y el artículo 16, en cuanto exige para los acuerdos de la Junta, «la unanimidad para la validez de los que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título

constitutivo de la propiedad o en los estatutos», con lo que hay que concluir que corresponde a la competencia de la Junta, si bien sometida al régimen de unanimidad, el acuerdo modificativo del título constitutivo, de desafectar el piso destinado a portería y enajenarlo en interés colectivo.

En el presente supuesto es de observar que la unanimidad necesaria para la validez del acuerdo se halla reflejada en la correspondiente acta de la Junta, ya que se notificó su contenido a los propietarios que no asistieron, dos de los cuales manifestaron con posterioridad, su conformidad en diligencias en la misma acta, y en cuanto al otro no asistente, dejó transcurrir, sin oposición, el plazo de un mes que a partir de la notificación señala el artículo 16 de la Ley como necesario para que el acuerdo sea vinculante, por lo que hay que concluir que, cumplidos los requisitos legales establecidos, puede el Presidente, en nombre de la Junta de condueños, otorgar la correspondiente escritura de venta.

Se hace innecesario entrar en el estudio del segundo defecto, al no resultar necesaria la ratificación en escritura pública de los demás copropietarios si se considera válida y eficaz la enajenación hecha en su nombre por el Presidente de la Comunidad.

Comentario.—Cuando el 5 de mayo último la Dirección General de los Registros falló a favor del Notario recurrente, el recurso objeto de este comentario, dio un decidido paso hacia el reconocimiento de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios sometidas a la Ley de Propiedad Horizontal. Acaso este camino sea acertado y aceptable en vista del derecho comparado y de la realidad jurídico-social, pero no está exento de peligros, por cuanto siempre se producen distorsiones al introducir un principio nuevo en tanto no se cambian las normas instrumentales que constituyen el sostén del anterior contrario.

Haremos primero un análisis crítico de las alegaciones del Notario recurrente, desarrollaremos luego los argumentos del Registrador, y trataremos por último de encontrar una explicación razonable al fallo que en nuestra modesta opinión no es exactamente la derivada de la argumentación de sus considerandos.

A) La primera parte del escrito de recurso es una hábil insinuación de que en las comunidades de propietarios en propiedad horizontal surge un ente colectivo y nace una persona jurídica, sin llegar a hacer una concreta afirmación en este sentido. El recurrente sabía que nuestra Ley vigente rechaza tal personalidad jurídica, pero al socaire de ciertas alabanzas a su pragmatismo y a cuanto ha huido de rigideces doctrinales, va el escrito cultivando aquella insinuación.

La segunda honesta artimaña del recurrente consiste en hacer conjeturas sobre la opinión del Registrador, sobre lo que éste, ha querido decir y sobre los motivos últimos de la calificación negativa. La mayor parte del escrito del recurso está dedicado a estas conjeturas, apoyadas en peticiones de principio, pues lo que se trata de probar es precisamente que la Junta tiene facultades para enajenar el elemento común desafectado que es lo que el Registrador negaba y el Notario da por supuesto. Con la alegación de dos prácticas que el recurrente estima usuales (reserva como elementos comunes de locales comerciales para alquilar, y viales y escuelas comunales de las urbanizaciones) y la de que la voluntad de los propietarios fue contraria a la exigencia del Registrador y del Código de hacerlos desfilar uno tras otro en presencia del Notario queda casi agotada la argumentación de éste, indudablemente hábil, pues al

final el lector queda casi convencido, sin argumento ninguno, de que la Junta tiene facultades para la enajenación a extraños de los elementos comunes, conforme a los artículos 12, 13 y 16 de la Ley, y de que el derecho común del Código no tiene aplicación.

B) *El informe del Registrador, aunque claro y suficiente para justificar su razonable denegación, simplifica en exceso el problema y peca un tanto de inocente. Concede alegremente una total prevalencia a la legislación común civil e hipotecaria sobre la Ley de propiedad horizontal cuyo ámbito, limita a priori a su objeto propio, sin determinar éste, exigiendo la aplicación de los preceptos de aquella para los actos y contratos que han de tener su acceso al Registro. La alegación del artículo 20 de la Ley hipotecaria es oportunísima; incluso debió insistirse más en ella, ya que en el caso jugaba una interrupción del tracto (propietario fallecido); pero aquí, como en la totalidad de las alegaciones, se deja sin explicar el juego combinado de la legislación común y la Ley especial, de cuya combinación tiene que obtenerse la norma aplicable al caso. A pesar de todo, los argumentos que daremos a continuación, en favor de la nota denegatoria se encuentran suficientemente reflejados en el informe del Registrador.*

C) *Argumentando en favor de la nota denegatoria destacaremos los siguientes puntos.*

1. *Todos los autores parecen conformes en que la Ley vigente ha rechazado la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios. La exposición de motivos es clara en este punto cuando hace referencia a la evolución de la propiedad horizontal: hace ésta su irrupción en los ordenamientos como una modalidad de la comunidad de bienes, después se subrayan los perfiles que la independizan de la comunidad y así la Ley de 1939 reconoció la propiedad privativa y singular del piso o local, quedando la comunidad como accesorio, circunscrita a los elementos comunes; y la Ley vigente, dando un paso más, lleva al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto, incorporando a éste (o sea, al piso o local), el propio inmueble, sus pertenencias y sus servicios. Sobre el piso, el uso y disfrute son privativos; sobre el inmueble, edificación, pertenencias y servicios, el uso y disfrute han de ser compartidos; pero unos y otros derechos, aunque distintos en su alcance, se reputan inseparablemente unidos, unidad que también se mantiene respecto de la facultad de disposición. El coeficiente o cuota no es ya la participación en los elementos comunes, sino que expresa (activa y pasivamente) el valor proporcional del piso (y de cuanto a él se considera unido) en el conjunto del inmueble que se divide así, física y jurídicamente en pisos y económicamente en fracciones o cuotas.*

De este apartado de la exposición de motivos, que hemos sintetizado, aparece claro que la evolución no fue dotar de personalidad jurídica a lo que antes era simple comunidad de bienes (condominio sobre el edificio) sino, por el contrario, reforzar la importancia y trascendencia de la propiedad singular del piso, a la que se incorpora, como accesorio, el uso y disfrute compartido de los elementos comunes. De esta manera la Ley vigente se aleja más de la idea de ente colectivo dotado de personalidad jurídica que el régimen anterior, en el que, más destacada la idea de comunidad sobre el edificio en conjunto, era más fácil dar a tal comunidad la vestidura de la personalidad jurídica.

La Ley centra la relación jurídica fundamental en el derecho de propiedad singular y exclusiva del propietario sobre su piso [apartado a) del artículo 3.º], dejando en el segundo plano [apartado b)], la copro-

riedad con los demás dueños de los otros pisos, sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes. No encontramos en ella ningún indicio de un derecho de propiedad de la comunidad de propietarios sobre el inmueble, sobre el edificio en su conjunto, ni sobre sus elementos comunes. Y esto precisamente porque se ha querido que la participación en los elementos comunes sea nada más que un anejo, un accesorio del derecho de propiedad exclusiva sobre el piso.

El artículo 12 no es ningún argumento en favor de la personalidad jurídica de la comunidad. El Presidente representa en juicio y fuera de él a la comunidad; pero sólo en los asuntos que la afecten. Las siguientes frases de la exposición de motivos son concluyentes: «La concurrencia de una colectividad de personas en la titularidad de derechos que, sin perjuicio de su sustancial individualización, recaen sobre fracciones de un mismo edificio y dan lugar a relaciones de interdependencia que afectan a los respectivos titulares, ha hecho indispensable en la práctica la creación de órganos de gestión y administración». La lectura del apartado completo de la exposición de motivos dedicado a estos órganos y de los artículos 12 a 18 de la Ley nos lleva a la conclusión de que no hay ninguna persona jurídica titular de ningún dominio y de que ni el Presidente ni la Junta tienen la menor facultad dispositiva del único derecho de dominio que aparece en la Ley: el de cada propietario sobre su piso, del cual forma parte integrante la participación del mismo en la copropiedad sobre los elementos comunes.

Damos por conocidas las múltiples posiciones doctrinales en orden a la naturaleza del condominio en general. Esta multiplicidad resulta en gran parte de la variedad legislativa sobre la copropiedad y también de la existencia de varias modalidades de copropiedad en una misma legislación. La variedad de normas en la regulación de cada tipo y cada legislación afecta a su naturaleza, y por eso es desacertado decidirse por determinada opinión en abstracto (4).

También son múltiples las posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal. También aquí, y con mayor razón (5) es desacertado buscar una postura mejor haciendo abstracción de la normativa concreta de cada legislación (6). Desde el punto de vista práctico, lo mejor es separar la tesis de la persona jurídica frente a todas las que niegan que exista una persona jurídica formada por el conjunto de los propietarios. Pero hay que evitar exagerar esta separación. Entre ambas tesis no puede existir un tajo insalvable porque precisamente nos enseña el derecho comparado que los tanteos legislativos en esta materia parecen encaminarse a buscar la confluencia entre ambas opuestas tesis. Así la Ley francesa de 1965, al hacer obligatoria la constitución de un sindicato con personalidad civil, se pasa aparentemente a las soluciones anglosajonas. Por el contrario, si hemos de creer a AGUIRRE (7), los Estados Unidos encaminan sus pasos a sustituir su sistema de «Cooperative apartment plan of ownership» por la legislación de Puerto Rico que no difiere sustancialmente de la nuestra y así en el Estado de Massachusetts se ha pasado al sistema europeo de primacía de la propiedad exclusiva e individualizada del piso o apartamento con creación de un «trust» de los propietarios para la administración.

(4) Puede verse esta materia en la monografía de BELTRÁN DE HEREDIA: *La comunidad de bienes en el Derecho español*.

(5) Con mayor razón porque al tratarse de una figura jurídica sin sedimentar, constantemente batida por hechos y circunstancias nuevas, su formulación legal está sometida a frecuentes y recientes cambios.

(6) Ver el resumen de *Teorías en FUENTES LOJO*, I, págs. 61 a 75.

(7) A AGUIRRE, en los núms 420-421 de esta REVISTA, págs. 305 y sigs.

Lo que consideramos acertado en la exposición del Notario recurrente es calificar de pragmática la Ley vigente. Es verdad que ha huido de rigideces doctrinales y también es verdad que la Ley puede conceder a la Junta facultades para enajenar elementos comunes, tanto concediendo como negando personalidad jurídica a la comunidad como norma de principio. Lo que mantenemos es que una Ley que ha negado, como norma de principio, tal personalidad jurídica, está negando, también en principio, facultades dispositivas a la Comunidad y a la Junta. Y la prueba de que ha querido conceder estas facultades debe ser convincente, ya que ha de presumirse lo contrario.

No vemos inconveniente grave en decir que las comunidades de propietarios gozan de una cierta personalidad jurídica determinada por el principio de especialidad de su fin. El Presidente, al cumplir acuerdos de la Junta, actúa como representante orgánico—legal más que voluntario; pero el ámbito de su representación, como las mismas facultades de la Junta, no puede exceder de los límites de gestión de los asuntos comunes y de la administración del edificio como conjunto y nunca puede llegar a afectar a los derechos de dominio exclusivo de los propietarios. El problema estriba por tanto en determinar los límites de las facultades de la Junta de Propietarios.

Es verdad que el apartado 4.º del artículo 13 autoriza a la Junta para aprobar y reformar los Estatutos y que la regla 1.ª del artículo 16 hace referencia a los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos. Pero, deducir de estos preceptos, apoyándose en el principio ubi lex non distinguit..., que la Junta tiene facultades para todo tipo de alteraciones en el título constitutivo y en los Estatutos, no parece razonable, porque a través de sencillas alteraciones en cláusulas del título o de los Estatutos pueden resultar menguados e incluso extinguidos los derechos dominicales de los propietarios de los pisos. El argumento ad absurdum debe prevalecer aquí sobre el ubi lex non distinguit... Los actos dispositivos del piso, todo cuanto afecte a su extensión, a su sustancia y a su porcentaje debe estar reservado al consentimiento individualizado y notarialmente controlado del propietario del piso. Esto es lo que quería decir el Registrador cuando invocaba la legislación civil e hipotecaria en ayuda de su calificación. Pero incurrió en el descuido de creer que en la Ley de Propiedad horizontal no había elementos suficientes para restringir a sus justos términos el ámbito del apartado 4.º de su artículo 13 y la regla 1.ª del artículo 16.

2. La Ley vigente agota totalmente el edificio en propiedad horizontal con los pisos, locales o departamentos en propiedad singular y exclusiva, de un lado; y los elementos comunes, accesorios y necesarios para el uso y disfrute de aquellos, de otro. La Ley, en abstracto y el título constitutivo en concreto describen y separan unos de otros. El elemento común es en la Ley, por definición, algo accesorio que está al servicio de los pisos (de todos o de algunos). Y no hay nada más en el edificio. Además de los pisos independientes y de los elementos comunes no hay ningún tertius genus que no sea ni elemento común ni piso independiente. La Ley en ningún momento ha pensado en parte alguna de la casa, susceptible de aprovechamiento independiente, que no sea ni una cosa ni otra y esté atribuido en propiedad a la Comunidad como ente social representada por su Junta y en definitiva por su Presidente. La Ley ha rechazado tal cosa claramente con su silencio.

En mi modesta opinión la escritura de 9 de octubre de 1965, en la que se desvincula la vivienda-portería, se le asigna un porcentaje del 6,6 por 100, y se atribuye a la comunidad, si bien no como elemento

común, sin describirse ni solicitarse su inscripción como finca independiente, adolecía de defecto que no fue acusado por el Registro.

El piso portería quedaba en una situación anómala, en una especie de limbo hipotecario, reflejo de la condición de cosa nullius con la que civil y notarialmente había quedado. Esta anómala situación que de ninguna manera encajaba en la Ley de Propiedad horizontal, no podía tener después salida fácil. Por un lado el desdoblamiento de la operación de venta a un extraño de la vivienda-portería en dos fases o momentos añadía la garantía de aportar dos acuerdos de la Junta; por otro lado, al complicar el asunto daba más amplio margen a las sutilezas doctrinales y, por último, si ingresaba en el Registro la primera fase se tenía ya medio camino recorrido. Con esto no insinuamos que ambas escrituras derivasen de un cuidadoso plan previo, porque la búsqueda de comprador del piso pudo ser la razonable operación intermedia. Lo que queremos dejar sentado es que con dos fases o con una sola, la solución del problema básico, consistente en averiguar a quién corresponden las facultades dispositivas de un elemento común, debe ser la misma.

3. La imposibilidad de enajenar los elementos comunes resulta del texto literal del artículo 396, 2.º Este precepto no es una mera repetición del último párrafo del artículo 3 de la Ley. La prohibición de enajenación, gravamen y embargo inmediatamente puesta a continuación de la prohibición de división nos demuestra que es una prohibición dirigida al conjunto de los propietarios. La redacción es, sin duda, imprecisa, pero su lectura más imparcial conduce a que las partes o elementos comunes no pueden dividirse, enajenarse, gravarse ni embargarse ni siquiera con unanimidad de los copropietarios. Sólo cabe la enajenación, gravamen y embargo de la participación que corresponde en ellos a cada piso y juntamente con éste, del que es anejo inseparable.

Ni esta interpretación es absurda ni es absurdo el artículo 396 interpretado así. Lo que ocurre es que la Ley no pensó en el supuesto de que resulte conveniente desafectar un elemento común. Es que el concepto de elemento común de la Ley (necesario para el adecuado uso y disfrute del edificio) peca de simplista y elemental. Situado lo necesario entre lo conveniente y lo imprescindible; siendo relativa y subjetiva la cualidad de necesario y siendo posible la variación de circunstancias influyentes en tal cualidad, la Ley debió prever el caso de desafectación de un elemento común y regular los requisitos de las enajenaciones, etcétera, de los elementos desafectados.

4. La Ley de propiedad horizontal contempla en su artículo 4.º la propiedad colectiva de todos los propietarios sobre un piso o local determinado. Este artículo sólo admite dos posibilidades o situaciones. La copropiedad romana pro indiviso, que puede corresponder a la totalidad de los propietarios de pisos, incluso con participaciones respectivamente iguales a sus cuotas de participación en el edificio; y la situación de propiedad colectiva de fin cuando la cotitularidad resulte establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios. Esta segunda situación de dominio colectivo, indivisible e inseparable de la propiedad de los pisos puede, por ello, recaer también sobre un piso o local o un elemento del edificio que no sea elemento común típico o por naturaleza, pero convierte el piso en elemento común por destino. No parece posible una tercera alternativa. Para el pensamiento de la Ley cuando una parte de edificio se desafecta, cuando un piso colectivo común deja de estar destinado al servicio o utilidad común debe pasar a la situación primera.

5. Si consideramos demostrado que la Ley vigente no contempla más dominio que el exclusivo sobre el piso del que es anejo la partici-

pación de condominio sobre los elementos comunes; que para ella no hay más que pisos privativos y elementos comunes destinados al común y que cuando un elemento deje de ser común por su destino ha de pasar a privativo, no debe extrañarnos que no haya previsto la enajenación de elementos comunes como una de las facultades de la Junta. Si la Ley hubiera querido conceder a la Junta facultades de disposición de los elementos comunes lo hubiera hecho en el lugar más destacado del artículo 13. Incluir tales facultades en el "et cetera" de su apartado 5.º, cuando las primeras y principales de la enumeración del artículo son de mera administración, no parece interpretación correcta. La Ley ha estimado que estos actos de disposición deben realizarse individualmente por el total de los propietarios por ser algo que afecta a su derecho primordial de propiedad ordinaria, singular y exclusiva sobre su piso de la que es accesoria la titularidad compartida sobre los elementos comunes. Igual tiene que darse sentido restrictivo y limitado al apartado 4.º. De la misma manera que los llamados derechos individuales del accionista están sustraídos de la competencia de la Junta general de la S. A., así la actividad que desarrolla la Junta de propietarios se encuentra "limitada por los preconstituídos e invariables derechos subjetivos de los condueños" (PERETTI GRIVA).

6. Es ya antigua la duda en nuestra doctrina sobre la posibilidad de enajenación de elementos comunes. Don JERÓNIMO la admite partiendo de la distinción germánica entre partes integrantes (esenciales y no esenciales) y accesorios. La literatura sobre propiedad horizontal es tan abundante que no estimamos conveniente entrar en detalles sobre el particular. Las discusiones sobre si la prohibición del apartado 2.º del artículo 396 del Código tiene por destinatario el propietario individual y por ello igual contenido que la regla final del artículo 3.º de la Ley o si va dirigida incluso al conjunto de los copropietarios son, en cierto sentido, totalmente estériles, pues no puede negarse que todos los propietarios juntos y de acuerdo pueden hacer lo que estimen conveniente con los elementos comunes y con la totalidad del edificio.

Lo que si es verdaderamente interesante es si estos actos de enajenación de los elementos comunes están dentro de las facultades de la Junta o requieren consentimiento individual. Y en esta cuestión los autores o no entran o dan por supuesta una total soberanía de la Junta (con unanimidad). Así, por ejemplo, FUENTES LOJO (8) precisamente refiriéndose a la venta de la portería una vez dividido el inmueble por pisos, dice que, en este caso, sólo se requiere la constitución de los propietarios en Junta, previa, convocada al efecto, en la que se tome por unanimidad el acuerdo de venta. Pero debe tenerse en cuenta que el autor está enumerando los distintos supuestos de ventas del local previsto para portería para clasificarlas en posibles o nulas, etc., y no se plantea directamente la duda o problema básico de este recurso.

Estimamos que el problema no puede resolverse menospreciando la diferencia que la Dirección ha dejado tan claramente sentada en el 5.º Considerando. Pero tampoco debe tergiversarse con el distingo de que la operación se consume en una fase o en dos. La enajenación a extraños de un elemento común es un negocio único y unitario; desafectación y enajenación son operaciones sucesivas, pero totalmente conectadas. En nuestro caso, el precio que el señor Bausela estuviese dispuesto a pagar por la vivienda-portería era decisivo para el acuerdo de desvinculación. En cuanto se piense en otra cosa estamos transformando la comunidad de propietarios en algo totalmente alejado de

(8) JUAN V. FUENTES LOJO, *Suma de la Propiedad por apartamentos*. 2.ª edición, tomo I, págs. 118 y sigs.

su fin. En cuanto estemos dispuestos a admitir que la Junta tiene una titularidad duradera de elementos pseudo-comunes para traficar con ellos y disponer de los mismos en régimen de persona jurídica, estamos saliéndonos claramente de la Ley de Propiedad horizontal y entrando en un peligrosísimo terreno de competencia desleal con la sociedad mercantil.

7. A primera vista no parece que exista diferencia entre el consentimiento individualizado de todos y cada uno de los propietarios de los pisos y el consentimiento del Presidente dado en cumplimiento y ejecución de un acuerdo de la Junta tomado por unanimidad. Posiblemente por esto los autores no suelen dedicar excesiva atención al ámbito y límites de las facultades de la Junta de Propietarios en orden a actos dispositivos y de alteración de título constitutivo y estatutos. Pero, tanto en el orden práctico como en el formal, estimamos la cuestión trascendental y probablemente la más delicada que encuentra la interpretación evolutiva de la Ley de Propiedad horizontal. El Notario recurrente la presenta en toda su crudeza cuando rechaza la exigencia de que los propietarios vayan desfilando uno tras otro en presencia del Notario al otorgamiento de la escritura de venta. Ignoramos cuántos serían los propietarios de la casa de Oviedo, 32, pero si pensamos en la posibilidad de que el número de propietarios podría ser en otro caso diez y cien veces mayor y el porcentaje de valor del elemento común a enajenar, diez o cien veces menor, el argumento clave del señor Pelayo cobra una relevancia indudable y el llevar las enajenaciones de elementos comunes al régimen de los artículos 12, 13 y 16, 1.º de la Ley especial resulta imprescindible y perentorio.

Pero esta solución por práctica y evolutiva que nos parezca acaso no sea la correcta para el ordenamiento vigente por todo lo que anteriormente hemos dicho y, desde luego, no puede aceptarse alegremente, porque aquella equiparación, entre consentimiento individualizado ante Notario y acuerdo de la Junta tomado por unanimidad conforme al artículo 16 de la Ley, representa una gravísima fisura en el régimen general de titulación pública de las transferencias inmobiliarias.

No negamos que los artículos 15 y 16 han procurado dar seriedad y garantías a las reuniones y acuerdos de las Juntas de propietarios; tampoco negamos que la exigencia de notificación fehaciente a los propietarios no asistentes puede ser rigurosamente interpretada ni que la convivencia, conocimiento personal y trato diario entre los propietarios puede dar, de hecho, a los asientos del libro de actas un carácter y un valor que el artículo 17 por sí solo no les concede. Pero el sistema de garantías que el artículo 1280, 1.º del Código impone para las transmisiones inmobiliarias, y que las legislaciones notarial e hipotecaria concretan, corre por cauces muy distintos y a nivel superior. El régimen de los acuerdos, en la Ley de 1960, resulta idóneo para todo lo referente a la administración y gestión ordinaria y extraordinaria de los elementos comunes, pero acaso sea insuficiente para actos de disposición del dominio de inmuebles (9).

¿Puede considerarse suficiente la comparecencia del Presidente con un acuerdo unánime de la Junta para la venta a un extraño de la totalidad del inmueble con extinción simultánea de la propiedad hor-

(9) Si tratamos de supervalorar las actas de las reuniones y acuerdos de las Juntas, por el conocimiento directo, de máximo vigor identificativo, de las personas asistentes, estamos dando otro rudo golpe al dominio titulado al dar indebida beligerancia a la posesión real. La publicidad posesoria de los usuarios puede prevalecer sobre los títulos de dominio. No es raro encontrar inquilinos extrañados de carecer de derecho de asistencia a las Juntas.

zontal al amparo del artículo 21, 2.º de la Ley? No hay duda que este negocio es un asunto de interés general para la comunidad encajable en el núm. 5.º del artículo 13 y de hecho se opera modificando el título constitutivo (16, 1.º); pero creemos que nadie contestaría afirmativamente a la pregunta. ¿Porqué solución distinta para la enajenación de un elemento común, cuando la diferencia de los supuestos es, en definitiva, meramente cuantitativa? (10).

Estamos seguros de que los autores de la Ley de 1960 no quisieron introducir ninguna excepción al régimen de los actos de transmisión de inmuebles con autenticación notarial, y acto de transmisión de derechos inmobiliarios reales es el caso contemplado por el recurso (11).

8. El recurrente ve tan claros, o al menos quiere ver tan claros los artículos 12 y 13, apartado 5.º, en relación con el caso, que rechaza la idea de que el Registrador haya querido decir que la Junta no tuviese facultades para la enajenación de un elemento común. Lo que no encontramos en el correspondiente resultando es la alegación de que la enajenación a extraños de elementos comunes con mera comparecencia del Presidente con acuerdo de la Junta sea práctica notarial usual basada en una "communis opinio". La falta de esta alegación es extraña cuando se hace la de otras dos prácticas que se estiman similares.

Una de ellas consiste en que las comunidades de propietarios acuerdan no vender los locales comerciales, sino, considerándoles elementos comunes, arrendarlos para pago de gastos de la comunidad. La práctica se describe en el resultando de manera confusa por no aclararse la situación jurídica de esos locales comerciales, del edificio total y de los restantes pisos cuando se toma ese acuerdo de no vender aquellos. Por otra parte al tratarse de mero arrendamiento es claro que la práctica no afecta a nuestro problema. El considerando cuarto se hace eco de esta práctica y la extiende al caso cuestionado de venderse a un extraño el elemento común. Este es el paso adelante peligroso.

La otra práctica deriva de la construcción por las empresas urbanizadoras de calles, paseos, jardines, escuelas..., que se consideran

(10) Sin duda, la constitución de una hipoteca, de cuantía relativamente pequeña, en la forma que determina el artículo 218 del Reglamento hipotecario afecta menos al derecho de los propietarios que la desafectación y venta a un extraño de un gran garaje que pasará a locales comerciales (acaso su precio sea superior al valor de las viviendas). Sin embargo, no creo que nadie haya interpretado las palabras «podrán acordar los dueños» en el sentido de estar refiriéndose a un acuerdo en Junta, base de una comparecencia del Presidente sin poderes notariales de todos los propietarios.

(11) Ya apuntamos nuestra opinión de que el Registrador debió insistir más en la vulneración del artículo 20 de la Ley Hipotecaria por la escritura calificada. No sólo por el salto en el vacío que la vivienda-portería da desde elemento común, inscrito, por tanto, a favor de todos y cada uno de los propietarios en la misma inscripción del piso como titularidad subietivamente real, hasta encontrárnosla inscrita como piso privativo a favor del comprador, sin que haya existido previa inscripción a favor de ese ente fantasma cuya representación se arroga el Presidente. Pero es que además en el caso estaba bien manifiesto que había otra interrupción del tracto, porque aunque el Considerando primero no aclara la fecha de fallecimiento de uno de los propietarios, en todo caso la inscripción a favor de su heredero o herederos se elude y la determinación de éstos queda, al parecer, a la libre apreciación del Presidente de la Comunidad al que se reviste así de facultades que la Fiscalía del Tribunal Supremo niega a los Notarios. Por el fallecido firma una de sus hijas en el Libro de actas y el acuerdo se notifica a los demás posibles herederos por acta notarial remitida por correo al titular del piso o sus herederos en la propia finca del recurso. Todo ello, sin duda, muy idóneo para un acuerdo de mera administración; pero muy lejos de los requisitos legales para la inscripción de transmisiones inmobiliarias en el Registro.

pertenecer proporcionalmente a los titulares de pisos o viviendas de la colonia en propiedad colectiva que no puede regirse por el pro indiviso romano. Ya hace muchos años que el señor Pelayo Hore demostró, en magistral trabajo, que estos supuestos de *comunidad social* gozaban de indivisión perpetua y que por virtud del artículo 401 del Código han de separarse del régimen general del pro indiviso romano. Las nuevas urbanizaciones únicamente han hecho más acuciante el viejo problema de las calles, patios, ejidos y pozos comunales, complicado con la insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad horizontal que desconoce las modernas estructuras urbanísticas, en las que se escalonan el piso, la casa, el bloque, el grupo y la colonia o barriada, con elementos que son a la par privativos de cada escalón y comunes de los anteriores. La reforma legal y en tanto llega ésta, la Jurisprudencia, han de encontrar soluciones intermedias entre el pro indiviso romano y la persona jurídica formada por todos los propietarios del barrio o colonia apartándose lo menos posible del espíritu de la Ley vigente. Porque nadie niega que para la desafectación y venta de un pequeño trozo de jardín comunal el desfile ante Notario de todos los propietarios (acaso cientos) es excesivo rigor. La necesaria evolución creo que debe llegar a través de una interpretación amplia del acto de administración, mejor que de una extensión de las facultades de la Junta de propietarios que incluya las de disposición.

9. En el Derecho comparado vemos cómo la Ley alemana centra todas las facultades de la comunidad de propietarios en la idea de administración. Es la administración de la propiedad común la que corresponde al Consejo de administración (si se nombra) o a los propietarios en común (arts. 20 y sigs. de la Ley de 1951). La misma idea de gestión restringida a la administración encontramos en otras muchas legislaciones (Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, etc.).

También resulta clarísimo que en el Código civil italiano ni dentro de las atribuciones del Administrador (art. 1.130), ni dentro de las atribuciones de la Asamblea (art. 1.135) se encuentran facultades positivas de los elementos comunes. Las facultades de uno y otra se agotan en los actos de conservación de los derechos inherentes a las partes comunes del edificio y a las obras de conservación que se distribuyen partiendo de la distinción entre obras de reparación ordinarias, extraordinarias urgentes y simplemente extraordinarias.

Tenemos que llegar a la Ley francesa de 1965 para encontrar desbordada la idea de administración. Según ella, la colectividad de los copropietarios se constituirá en un Sindicato (que puede revestir forma de cooperativa) que tendrá personalidad civil y por objeto la conservación del inmueble y la administración de las partes comunes. Excepcionalmente encontramos desbordados los límites de la mera administración cuando expresamente dice el artículo 16 que el Sindicato podrá realizar válidamente, por sí mismo, toda clase de actos de adquisición y enajenación de las partes comunes o de constitución de derechos reales inmobiliarios a favor o a cargo de ellas, siempre que el acuerdo se haya tomado con los especiales requisitos de los artículos 6, 25 y 26. De ellos resulta que basta la mayoría de votos cuando el acto de disposición resulta obligado por la Ley o los Reglamentos, que se requiere la mayoría de 3/4 de los miembros del Sindicato en los demás casos y que hace falta acuerdo unánime de los copropietarios para enajenar las partes comunes cuya conservación sea necesaria atendido el destino del inmueble.

El paso está dado. La personalidad jurídica del Sindicato aunque restringida por el principio de especialidad del fin se extiende a los actos de disposición de los elementos comunes. Pero la lectura completa

de la Ley francesa y de su Reglamento de 1967 nos demuestra que, no sólo la consagración de la personalidad jurídica del Sindicato, sino una serie de garantías derivadas de la regulación de los órganos de la comunidad y concretamente de la figura del Síndico, han sido previas a la concesión de tan amplias facultades al Sindicato. Por ello decíamos que no deja de ser peligroso introducir criterios tomados de legislaciones en las que el cambio de criterio sobre la naturaleza jurídica de las comunidades de propietarios de pisos ha sido acompañado de suficientes medidas instrumentales para la adecuada actuación de los nuevos principios.

D) En el apartado C) precedente hemos intentado demostrar que dentro del sistema de la Ley de Propiedad horizontal encaja mejor la tesis del Registrador que la del recurrente. La primera se condensa en las siguientes afirmaciones sucesivas: los elementos comunes en tanto y en cuanto son tales no pueden enajenarse con independencia de los pisos; cuando dejan de ser elementos comunes han de transformarse en privativos de la totalidad de los propietarios, y de todas maneras, el acto de enajenación de un inmueble o de parte de él tiene que someterse a los principios generales de tracto notarial y registral, en los que la Ley no ha introducido alteración ninguna, pues la Junta de propietarios tiene sólo unos cometidos específicos mucho más subalternos.

La tesis del Notario se condensa así: resultan tan perturbadores en la práctica los referidos principios de tracto que debe entenderse que, haya o no persona jurídica, la Junta de propietarios tiene facultades actuando por unanimidad, para actos dispositivos de los elementos comunes con la aplicación pura y simple de las normas de representación orgánica de la Ley especial.

El dilema era grave para la Dirección General. De un lado la doctrina y la Jurisprudencia habían allanado el camino, con la distinción entre elementos comunes por naturaleza y elementos comunes por destino, para no extender a éstos la norma imperativa del artículo 396, párrafo 2.º, del Código; la escasa importancia que la doctrina venía dando a la diferencia (que hemos estimado fundamental) entre acuerdo unánime de la Junta y consentimiento individualizado de todos los propietarios, también la incitaba a aceptar sin inconveniente ni reserva la tesis del recurrente. Pero, de otro lado, el convencimiento de que no existe una persona jurídica y el de que la expresada diferencia es fundamental en el orden notarial, la han hecho proceder con cautela y la lectura de los considerandos nos demuestra que el fallo favorable al recurrente no se ha querido acompañar de una doctrina tajante, indudable y definitiva que concediese, en todo caso, libertad plena a la Junta para la enajenación de elementos comunes con la mera comparecencia del Presidente. Esta cautela y reserva queda conectada con las especiales circunstancias del caso en el que a través de dos momentos o fases en la operación se dejaba en una situación registralmente imprecisa el elemento común a enajenar.

El razonamiento de la Dirección General, prescindiendo de cuanto hace referencia a esta separación del supuesto de hecho en dos fases es, en síntesis el siguiente: El derecho de propiedad singular se cifra y materializa en la cuota de participación; ésta no queda, en principio, afectada por la desvinculación de la portería, que puede continuar siendo explotada como elemento común no funcional que puede darse en arriendo e incluso venderse, supuesto éste que obliga al reajuste de coeficientes; para la venta y reajuste de coeficientes, previa desvinculación, sin pasar en ningún momento intermedio la vivienda-portería a la categoría de local privativo, son aplicables los artícu-

los 12, 13 y 16 de la Ley sin que se requiera el consentimiento solemne e individual de todos y cada uno de los propietarios.

En esta línea de argumentación de los considerandos hay un ligero fallo lógico: si bien el derecho de propiedad singular no queda afectado por la mera desvinculación, sin duda, queda directamente afectado por la enajenación al extraño que obliga al reajuste de coeficientes. La disminución de las centésimas de cada propietario que ocasiona ese reajuste es la traducción en cifras del fenómeno que en realidad ha ocurrido: ha sido enajenada una parte de los derechos singulares de propiedad de todos y cada uno de los propietarios. Esto no ofrece duda, porque el condominio sobre los elementos comunes no es sino un anejo inseparable del dominio exclusivo sobre el piso (art. 396, ap. 2.º), y porque la cuota o coeficiente no es la participación en los elementos comunes, sino que expresa el valor proporcional del piso (y cuanto a él se considera unido) en el conjunto del inmueble (Exp. de Motivos).

Cuando en el 4.º Considerando se afirma que el antiguo elemento común funcional puede "incluso venderse a un extraño" sin notar que ya entonces si queda afectada la cuota de participación, todo el razonamiento de los considerandos anteriores se quiebra y dando un salto en el vacío queda la doctrina del 6.º sin base en los anteriores y sin más apoyo que un criterio intuitivo de mera adhesión a la tesis del recurrente.

La explicación de este giro en la línea de argumentación de los considerandos está en que, si bien la Dirección no cae en la primera trampa del escrito de recurso (insinuaciones sobre la personalidad jurídica de la comunidad), sí se deja confundir un tanto por la segunda (conjeturas sobre criterio del Registrador si la operación no se hubiese desdoblado en dos fases).

El considerando 5.º reconoce que no son equivalentes la suma de los consentimientos de los copropietarios individualmente prestados y el acuerdo de la Junta aunque sea unánime. Y sienta la doctrina de que es imprescindible aquella suma cuando el piso desafectado se ha inscrito en el Registro como local privativo a nombre de todos los copropietarios pro indiviso. Por estas dos afirmaciones el considerando debe ser alabado, aunque sea precisamente en él donde se inicia el distinguo que permita prescindir del consentimiento individual de los propietarios para la enajenación del elemento común.

El distinguo se centra al parecer en el momento de la inscripción registral. La Dirección General, posiblemente por descuido de redacción, parece hacer constitutiva la inscripción en este punto de la transformación de un elemento común en privativo. Innecesario insistir en contra de esto, porque aquí la inscripción registral no tiene porqué exceder de su cometido normal de publicar la verdadera situación jurídica conformada por la escritura y es a nivel de escritura donde hay que plantearse el problema de si es posible sustraer un piso de la relación de elementos comunes, desafectarlo como elemento común; pero dejándolo en una situación de elemento común especial o sui generis (tertium genus) no atribuirlo ni adjudicarlo a nadie; ni a los copropietarios, porque entonces habrían de señalarse la participación pro indivisa de cada uno ni a la Comunidad que carece de personalidad jurídica. Ya nos hemos referido al análisis de la escritura, en mi opinión defectuosa, de 9 de octubre de 1965.

Sería excesivamente sencillo interpretar la Resolución que comentamos de la siguiente manera: La escritura de 9 de octubre de 1965 era incorrecta, no debió inscribirse porque la desafectación de elemento común le hace privativo ipso iure, y hay que adjudicarlo pro indiviso a los condueños y la enajenación sigue las reglas notariales ordinarias. Solamente por una vez y sin crear precedente, para ser con-

gruentes con una anómala situación, se admite la inscripción de la venta efectuada como acuerdo unánime de la Junta de propietarios.

Con esta sencilla interpretación el problema acuciente que está en la realidad vivida quedaría sin resolver. Además, el considerando 6.º ve tan normal la enajenación de un elemento común que se desafecta para ello sin pasar en ningún momento intermedio a la categoría de local privativo, que tal interpretación de la Resolución acaso sea pueril.

La Resolución, parece que sienta la doctrina de que cuando un elemento común no ha sido expresamente adjudicado en pro indiviso como privativo a favor de todos o algunos de los propietarios a raíz de su desafectación como elemento común, es posible transmitirlo a un extraño como privativo a través de los trámites que resultan de los artículos 12, 13 y 16 de la Ley.

En definitiva, esto es pura y simplemente conceder a la Junta de propietarios, facultades para disponer libremente de los elementos comunes, pudiendo desafectarlos, manteniéndolos en régimen de disfrute común por la comunidad representada por su Presidente, después de la desafectación y, si lo estima conveniente, venderlos; momento hasta el cual no pierden el carácter de comunes desafectados pertenecientes a la comunidad.

Este comentario, acaso con exceso, ha puesto de relieve los obstáculos para considerar indiscutible esta doctrina. También hemos encontrado la falta de asiento del considerando fundamental (el sexto), sobre los cuatro primeros. Pero con todo, como estamos muy lejos de estimar injusto el fallo de la Resolución, tenemos que llevar este comentario más allá intentando encontrar el principio que la hace justa y razonable, a pesar de lo poco que nos han convencido las argumentaciones de sus considerandos.

El camino para encontrar la verdadera razón justificativa de la justicia intrínseca de la Resolución, no obstante, las aparentes vulneraciones de la regulación legal de la propiedad horizontal es el siguiente:

La Ley de 1960 inclinó la balanza en exceso hacia la propiedad individual, singular y exclusiva sobre el piso, con grave detrimento de la propiedad colectiva sobre el edificio como un todo. Con excesivo optimismo sobre la divisibilidad de un edificio en pisos como cosas independientes susceptibles de dominio separado, desprecia demasiado el conjunto del edificio y sus elementos comunes que es donde, en definitiva, y a largo plazo, reside la esencia permanente de la cosa objeto de derecho.

Por ello la interpretación evolutiva de la Ley tiene que dar la relevancia debida a la propiedad colectiva del conjunto de propietarios sobre el conjunto del edificio y sus elementos comunes, propiedad colectiva que por su permanencia y fin tiene que superar el marco del condominio romano acercándose al régimen de una persona jurídica con capacidad limitada por ese fin.

De esta manera, sin derogar el principio de que los actos o negocios jurídicos de disposición, tanto de los pisos, como del total edificio o de sus elementos comunes, deben quedar reservados al consentimiento de los propietarios y fuera de la competencia de la Junta, es posible conceder a ésta, incluidas en las amplias facultades de gestión y administración del edificio como un todo, ciertas facultades que, aun siendo externamente de disposición de inmuebles, en el fondo, vistas desde el ángulo de la propiedad colectiva sobre el edificio, son de mera administración por no afectar a la sustancia de esa propiedad colectiva y, desde luego, no rozar el dominio privativo de ningún piso. Aquí estaría incluido el supuesto de la desafectación y venta de la vivienda-portería de la casa núm. 32 de la calle de Oviedo.

Quedaría, en cambio, fuera de la competencia de la Junta todos los negocios inmobiliarios inscribibles que operasen con partes del edificio

colocadas de intento en situación de comunitarias, aún no siendo de servicio común. La especialidad del fin y objeto de la Junta de propietarios es suficiente para demostrar que sus facultades no pueden llegar a nada que se parezca a la actuación de una persona jurídica mercantil con plena capacidad jurídica. En evitación de ello, nada mejor que negar a las Juntas de propietarios facultades para todo negocio dispositivo de elementos comunes.

La clasificación de los negocios jurídicos en negocios de disposición y negocios obligatorios y su parcial coincidencia con la de negocios de disposición y de mera administración no es nada pacífica; pero creemos que es a través de ellas, con las matizaciones que sean precisas, cómo se puede encontrar la línea divisoria entre negocios atribuidos a la Junta con mera mayoría, con unanimidad y sustraídos a la competencia de la Junta por estar reservados al consentimiento directo ante Notario de todos los propietarios o de los propietarios cuyo derecho exclusivo de dominio resulte afectado.

Ni todos los actos de disposición de elementos comunes, ni todas las modificaciones de reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos ni todos los asuntos de interés general para la comunidad, entran dentro de las facultades de la Junta de propietarios, aun aplicando la regla primera del artículo 16.

En cambio, determinados actos de disposición de elementos comunes, previa desafectación, podrán ser acordados por la Junta y otorgados por su Presidente cuando la entidad del elemento común sea tal, con relación a la propiedad colectiva sobre el edificio, que no resulte afectada sustancialmente ésta (12).

Ahora bien, como esta es, por ahora, una interpretación extra iurem bueno será interpretar en tal caso, los artículos 15 y 16 de la Ley con la máxima rigurosidad, exigiendo fehaciencia de la convocatoria, de las asistencias y de las notificaciones a los propietarios no asistentes (13).

T. C. G.

(12) Suele causar indignación la introducción de criterios cuantitativos y relativistas en las calificaciones jurídicas. Ello nos asombra cuando toda la Ley de Enjuiciamiento Civil está montada sobre clasificaciones del procedimiento por razón de la cuantía. Alguien se indignará también si insinuamos que la asignación de un porcentaje del 6,6 por 100 a la vivienda-portería en cuestión puede haber influido para considerar excesivamente rigurosa la calificación del Registrador. Pero, el deslinde entre las modificaciones de los Estatutos y los actos de disposición incluidos en la competencia de la Junta y los que requieren el otorgamiento notarial con consentimiento individualizado de la totalidad de los propietarios, habrá de realizarse con criterios entre los cuales no podrá faltar el de la cuantía de la operación o negocio en relación al total valor de la finca. Se conceda o no personalidad jurídica a las Juntas de propietarios, y cualquiera que sea la construcción conceptual de la propiedad por pisos, tan excesivo será exigir el consentimiento individualizado de los propietarios para desprenderse de una antena de TV anticuada, como inadecuado que sea el Presidente, previo acuerdo de la Junta, quien otorgue la escritura de venta o hipoteca de la totalidad del edificio.

(13) BUENAVENTURA CAMY comentando esta misma Resolución («Rev. de Derecho Privado», septiembre 1970, págs. 829 y sigs.) se adhiere totalmente a la tesis del Registrador; no admite ese elemento ni común ni privativo, sin titular determinado, que «crea» el considerando 6.º y distinguiendo en la propiedad horizontal actuaciones individualizadas, comunitarias y societarias afirma que para las comunitarias se requiere la unanimidad general conforme al Código sin que sea suficiente la unanimidad especial del artículo 13 de la Ley.

4. REGISTRO MERCANTIL.—SOCIEDAD ANÓNIMA: LOS REQUISITOS DE CONVOCATORIA DE LAS JUNTAS, EXIGIDOS POR LOS ARTÍCULOS 48, 49 Y 53 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS REFERIDOS LITERALMENTE A LAS ORDINARIAS, SON DE APLICACIÓN A LA JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA DADA LA ASIMILACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 57-2 ENTRE AMBOS TIPOS DE JUNTAS PARA LAS CONVOCATORIAS JUDICIALES.

Resolución de 23 de abril de 1970 («B. O.» de 3 de junio).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura autorizada por el Notario recurrente el 11 de noviembre de 1969 se constituyó la Entidad «Catalia, S. A.», en cuyos estatutos se encuentra el siguiente precepto: Artículo 29: «La convocatoria para la Junta general extraordinaria no necesitará de los requisitos formales exigidos para la ordinaria, y se hará mediante notificación personal a cada accionista por carta certificada y con acuse de recibo». Presentada en el Registro Mercantil primera copia del anterior documento fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento, por cuanto el artículo 29 de los Estatutos de la Sociedad, en el mismo constituida, infringe lo que respecto a requisitos de publicidad para la convocatoria de las Juntas estatuye el artículo 53 en relación con el 54, 55 y concordantes de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de Sociedades Anónimas; todo ello teniendo en cuenta la interpretación que de los citados preceptos hace la exposición de motivos de la propia Ley, la doctrina de los autores y las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963 y 27 de octubre de 1964. El citado defecto se califica de insubsanable, por lo que no procede tomar anotación preventiva».

Interpuesto recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo por el Notario autorizante de la escritura, contra la anterior calificación, en base sustancialmente a que en la Ley de Anónimas no hay precepto específico que obligue a que la publicidad de la convocatoria de Junta general extraordinaria tenga que hacerse mediante anuncio inserto en el *Boletín Oficial del Estado* y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, pues tales requisitos sólo se exigen, según claramente se expresa en el artículo 53 de la Ley citada para la Junta general ordinaria, el Registrador dictó acuerdo manteniéndola, y la Dirección General confirma el acuerdo y nota del Registrador, si bien asigna al defecto advertido el carácter de subsanable, en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 48, 49, 53, 54, 55, 56 y 57 de la Ley de 17 de julio de 1951 y las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963 y 30 de octubre de 1964.

Considerando que este expediente plantea la cuestión de si los requisitos formales establecidos por la Ley de Sociedades Anónimas para la convocatoria de Junta general son de aplicación tanto para la ordi-

nares como para las extraordinarias, y, en consecuencia, si es increíble la cláusula estatutaria que establece que la convocatoria de la Junta general extraordinaria se haga sólo mediante notificación personal a cada accionista con acuse de recibo;

Considerando que en la vigente legislación sobre Sociedades Anónimas se mantiene un Ordenamiento jurídico unitario tanto para la gran Sociedad que cotiza sus títulos en Bolsa y acude al ahorro público para su financiación—para la que indudablemente está pensada la Ley—como a la pequeña Sociedad de carácter familiar o cuasi familiar, basada en el *intuitus personae* con pactos que limitan la libre transmisión de las acciones, para impedir la libre entrada y salida de sus miembros, y esta unidad de ordenamiento para ambas situaciones no deja de producir en ocasiones, sobre todo para las últimas, tensiones difíciles de solucionar, máxime frente a la rigidez de algunas normas legales, por lo que *iure condendo* se ha afirmado la conveniencia de una regulación diferente para los dos tipos de Sociedad, como ha ocurrido ya en algunas legislaciones y en otras se está en vías de proyecto para realizarlo;

Considerando que aun cuando a estas Sociedades familiares se pretendió encuadrarlas dentro del marco de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, no siempre resulta adecuado este tipo de Sociedad—pese a su mayor flexibilidad y a que, desde la Ley de 5 de diciembre de 1968, se aumentó el tope de la cifra de capital—, y por eso continúa acudiéndose a la forma de Sociedad Anónima con el consiguiente obstáculo de una mayor exigencia de formalidades, cuyo incumplimiento comporta graves consecuencias para la Sociedad—normalmente la nulidad del acto—y que una jurisprudencia progresiva ha de tratar de salvar, en la medida de lo posible, y siempre con el debido acatamiento a las disposiciones legales de tipo imperativo que no cabe desconocer;

Considerando que en el presente caso la validez de la cláusula discutida podría fundarse en que la Ley de Sociedades Anónimas, al establecer los requisitos de convocatoria de las Juntas en los artículos 48, 49 y 53, se refiere literalmente a las ordinarias, en tanto que en los artículos 54 y 55 emplea tan sólo los términos «Junta general» y «Junta», respectivamente, para aludir en el artículo 56 a la convocatoria de la Junta general extraordinaria sin indicar en este último si se precisan también los requisitos establecidos en el artículo 53 para las ordinarias, pero es lo cierto que al emplear la Ley estos términos en forma poco precisa y al asimilar el artículo 57-2 ambos tipos de Juntas en las convocatorias judiciales, hay que deducir que para la convocatoria de unas y otras deben cumplirse los mismos requisitos, lo que no podría ser de otro modo, pues los motivos tenidos en cuenta por el legislador para establecer las formalidades de convocatoria tienen todavía una mayor razón de ser cuando se trata de Juntas extraordinarias, dada su peculiar naturaleza, ya que no tienen una época determinada de celebración, lo que obliga a extremar más el cuidado, a fin de que todos los interesados tengan el debido conocimiento de la reunión;

Considerando que idéntica solución manifiesta el Tribunal Supremo en las sentencias de 30 de noviembre de 1963 y 27 de octubre de 1964, sobre todo en la primera, en donde una Junta extraordinaria de una Sociedad Anónima convocada de acuerdo con el artículo 13 de sus Estatutos—inscrita, por cierto, la cláusula en el Registro Mercantil—, que permitía que se omitiese el anuncio de su celebración en el *Boletín Oficial del Estado* sin dar cumplimiento, por tanto, a lo ordenado en el artículo 53 de la Ley, declaró que carecía de validez, porque cualquiera que sea el carácter de la Junta si no se ha cumplido con toda exactitud cuanto la Ley exige. «se imprime tacha a la Junta que con tan insalvables defectos iniciales haya podido celebrarse».

C) Comentario.—Son dos los problemas que surgen en el presente recurso: 1. La asimilación o no asimilación a efectos de cumplimiento de requisitos de convocatoria, entre las Juntas ordinarias y extraordinarias; y 2. Si la consignación en los Estatutos de un pacto sustitutivo de los textos legales, imposibilita la constitución de la Sociedad o da lugar, tan sólo, a la impugnación de los acuerdos adoptados.

Respecto de la primera cuestión, asimilación o no asimilación, a efectos de cumplimiento de requisitos de convocatoria, entre las Juntas ordinarias y extraordinarias, la Ley de Sociedades Anónimas no denota en absoluto claridad. Exige, en primer lugar, que las Juntas generales estén debidamente convocadas—arts. 48 y 54—, y que tal convocatoria emane de los Administradores de la Sociedad.

El artículo 49 de dicha Ley diferencia dos clases de Juntas generales: las ordinarias y las extraordinarias, cuya distinción resulta de la norma del artículo 52, "toda Junta que no sea la prevista en el artículo 50 tendrá la consideración de Junta general extraordinaria". Del contenido de este último precepto se desprende que la Junta que no tenga por contenido mínimo, censurar la gestión social, aprobar en su caso las cuentas y balances del ejercicio anterior, y resolver sobre la distribución de beneficios, será una Junta general extraordinaria.

Contempla la L. S. A.—art. 53—la convocatoria de la Junta general ordinaria, para la que exige: anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, fecha de la reunión en primera convocatoria y todos los asuntos que han de tratarse, al tiempo que permite en el artículo 51-2 que "los estatutos puedan establecer y fijar los requisitos especiales de convocatoria".

Llegados a este punto, se plantea el dilema resultante de la "laguna legal" relativa a los requisitos de convocatoria de las Juntas generales extraordinarias, cuya solución podría buscarse por dos vertientes: aplicar por analogía los requisitos exigidos para la Junta general ordinaria, o basarse, en vista del silencio legal, en la norma permisiva del artículo 51-2 y estar a lo que dispongan los Estatutos.

El criterio analógico es el que se mantiene de manera reiterada por la doctrina, ya que la norma del artículo 51-2 al utilizar el término de "requisitos especiales" es indudable que deja a salvo los requisitos generales exigidos por la Ley, y no tiene, por tanto, otra finalidad que la de permitir que los Estatutos puedan desarrollar dicha publicidad mínima.

Este criterio doctrinal se basa en los siguientes argumentos:

1. No existen diferencias sustanciales entre ambas clases de Juntas que gozan de la misma competencia, salvo la materia reservada según el artículo 53 al conocimiento de la Junta general ordinaria.

2. La Exposición de Motivos de la L. S. A. habla del régimen de formalidades para la constitución y funcionamiento de las Juntas, sin establecer distinciones.

3. El epígrafe del capítulo IV de la L. S. A. "Organos de la Sociedad", Sección 1.ª, se refiere exclusivamente a la Junta general.

4. Los artículos 54 y 55 relativos a la convocatoria de la Junta para su celebración en segunda reunión, emplean el término de Junta general.

5. El artículo 57 respecto de la convocatoria judicial, aplica los requisitos exigidos para la Junta ordinaria a la Junta extraordinaria.

En vista de los anteriores argumentos, parece lógico suponer que la laguna legal haya de suplirse aplicando por analogía a las Juntas

extraordinarias, los requisitos de convocatoria y publicidad exigidos por la Ley para la Junta general ordinaria, pero, y entramos en la segunda cuestión, ¿qué consecuencias provoca la omisión de dicha exigencia legal? ¿Afecta ésta a la constitución de la Sociedad o solamente a los acuerdos adoptados? Parece que la cuestión es clara, el pacto estatutario sustitutivo de los textos legales no es admisible, aunque el sistema que establezca ofrezca más garantías de eficacia que el impuesto con carácter mínimo por la Ley (1), pero esto no debe llevarnos a la conclusión de que tal pacto imposibilite la constitución de la Sociedad, y si únicamente a la de que la Junta general extraordinaria habrá de tenerse por no celebrada. La escritura de constitución social adolece de un defecto que provoca la nulidad de la Junta extraordinaria, y sin cuya previa subsanación ésta no podrá tener lugar.

E. F. C.

(1) Señalan J. GARRIGUES y R. URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, 2.^a edición, pág. 527, que entre las formas privadas (carta o comunicación dirigida individualmente a los accionistas), y pública, de convocar las Juntas, la Ley se decidió lógicamente por la segunda. La primera sólo podría funcionar prácticamente en las sociedades de muy reducido número de socios y cuyo capital estuviese representado íntegramente por acciones nominativas. En cambio, el anuncio público, aunque acaso carezca de la eficacia de la comunicación directa, vale en toda clase de sociedades y protege suficientemente el derecho de los accionistas a intervenir en las Juntas y a conocer previamente los asuntos que en ellas han de tratarse.