

Elementos comunes, procomunales y anejos: caracteres diferenciales y disposición de los mismos

Conferencia pronunciada dentro del ciclo sobre
Propiedad Horizontal, organizado por las Cámaras
Oficiales de la Propiedad Urbana de la Zona Cuarta
en diciembre de 1975

I. INTRODUCCIÓN

Estimados señores: Como ya sabrán por los programas que obran en su poder, esta conferencia va a tratar, dentro del contexto general de la Propiedad Horizontal, del tema:

ELEMENTOS COMUNES, PROCOMUNALES Y ANEJOS: CARACTERES DIFERENCIALES Y DISPOSICION DE LOS MISMOS.

Su contenido es quizá demasiado ambicioso y extenso, pero deben ustedes tener en cuenta que no pretendo agotar los posibles problemas que pueden plantearse, porque muchos de ellos son objeto específico de estudio en otras conferencias de este mismo ciclo.

Por ello, y sin perjuicio de abarcar en lo posible, con carácter general, los epígrafes señalados en el título, voy a detenerme de una manera especial en esos elementos llamados PROCOMUNALES, porque su configuración en nuestra normativa española puede decirse que está aún insuficientemente desarrollada.

Inevitablemente tendré que hacer mención a los elementos privativos, no incluidos expresamente en el título, como referencia y necesario apoyo para el mejor entendimiento de todos los demás.

II. PREMISAS

Como se dice muy acertadamente en el acta de las sesiones de trabajo, celebradas con ocasión del Primer Simposio sobre Propiedad Horizontal, organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la Zona de Levante en 1972, la Propiedad Horizontal tiene por objeto una UNIDAD ORGANICA DE EDIFICACION, en la que tienen cabida los elementos privativos y comunes, que deben considerarse como ordinarios, y los procomunales y anejos, que deben calificarse como extraordinarios o especiales porque no siempre existen en aquélla.

Y en esta Propiedad Horizontal debemos tener en cuenta, antes de entrar directamente en el objeto de esta conferencia, las dos siguientes premisas:

Primera: Normativa aplicable o fuentes

Conviene precisar que la Propiedad Horizontal en España se rige, por orden preferente, por las siguientes normas:

1. Ley especial de 21 de julio de 1960.
2. Artículo 396 del Código civil, según el texto dado al mismo por la ley antes relacionada.
3. Ley Hipotecaria en la materia específica que es de su competencia.
4. Estatutos y reglamentos de régimen interior aprobados, en su caso, en cuanto respeten las normas imperativas de las anteriormente relacionadas.
5. Preceptos contenidos en el Código civil referentes a la comunidad de bienes.

Además, y aun sin tener carácter de fuente formal, hemos de tener en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo con la fuerza complementaria que el artículo 1 reformado del Código civil le asigna cuando constituye jurisprudencia, así como la extraordinaria aportación de la Dirección General de los Registros y del Notariado a través de sus razonadas resoluciones.

Tampoco debemos olvidar la eficaz experiencia de los Notarios, ma-

nifestada a través de libros y revistas, quienes continuamente se ven obligados a resolver en sus despachos los innumerables problemas que esta materia hoy día presenta.

Segunda: Carácter especialmente imperativo de sus normas

De la jerarquía de fuentes anteriormente relacionadas resulta que la voluntad de los particulares solamente podrá actuar respetando las normas imperativas o de derecho necesario contenidas en aquéllas.

Así lo dice expresamente el artículo 396 del Código civil en su último apartado, disponiendo que: «Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, *en lo que las mismas permitan*, por la voluntad de los interesados.»

Y tal principio ha sido reiteradamente ratificado por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Concretamente, la sentencia de 10 de mayo de 1965 de nuestro más Alto Tribunal destaca en el actual ordenamiento sobre Propiedad Horizontal, su carácter de *derecho necesario*, frente al cual la voluntad particular ha de adoptar una posición de sumisión y complemento.

Determinar en cada caso qué es lo imperativo o lo dispositivo en esta materia tiene una importancia esencial y tendré que referirme a tal cuestión a lo largo de mi conferencia, pero de momento no insistiré más en este punto, que ha sido objeto específico de la conferencia del compañero Manuel Serrano, que con tanta brillantez ha expuesto.

* * *

Y una vez sentadas las anteriores premisas entro directamente en el desarrollo específico de mi conferencia.

Por razones de orden, primero haré un estudio separado de cada elemento componente de la Propiedad Horizontal, señalando sus caracteres específicos diferenciadores, para después referirme a los actos de disposición otorgables sobre los mismos.

III. ELEMENTOS PRIVATIVOS: CARACTERES

El elemento privativo en la Propiedad Horizontal es el primordial o básico y se encuentra suficientemente configurado en la ley, por cuya razón no ofrece problemas importantes en su caracterización.

El artículo 396 del Código civil dice que «los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento

independiente, por tener salida a un elemento común de aquél o a la vía pública, podrán ser objeto de propiedad separada...».

Y el artículo 3 de la Ley especial de 1960, completando más el texto anterior, dispone que: «En el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código civil corresponde al dueño de cada piso o local:

a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado de aprovechamiento independiente...»

Poniendo en relación ambos preceptos vemos que los caracteres diferenciadores de esos elementos privativos son:

1) Espacio suficientemente delimitado:

Cualquier espacio del inmueble suficientemente delimitado y que, por su propia naturaleza, no tenga la condición de elemento común, puede constituir elemento privativo. La noción del Código civil se ensancha en la Ley especial para comprender recintos que no sean un piso o local, en el sentido estricto que habitualmente se ha empleado.

Tal delimitación debe ser cúbica y no exige cerramiento, como parece reconocer la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1973 en su considerando 2.º. Pero en todo caso tal delimitación ha de estar claramente establecida.

2) Susceptible de aprovechamiento independiente:

Para ello ha de tener salida a un elemento común o a la vía pública. De ahí que sea una propiedad separada.

3) Haber sido constituido como tal en el título o en los Estatutos.

Ya veremos que los caracteres anteriores pueden darse en otros elementos distintos de los privativos, por lo que en muchos casos la determinación del título constitutivo o de los Estatutos es esencial. En caso de duda, la presunción se da en favor de la comunidad.

4) Se inscribirá en folio separado abriendo número de finca registral, pero relacionada con la inscripción matriz, en donde se reflejan las normas comunes de la Propiedad Horizontal.

* * *

Pues bien, como ya he dicho, la determinación de tales elementos privativos apenas si presenta problemas de importancia. Únicamente pueden surgir las siguientes cuestiones:

a) Si la delimitación del espacio exige que el elemento o departamento privativo haya de estar situado en el mismo plano horizontal.

La respuesta estimo que debe ser negativa, ya que el departamento puede estar delimitado en diferentes alturas siempre que estén comunicadas entre sí y haya cierta unidad funcional. Este parece el criterio de

la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 16 de septiembre de 1967.

Tal supuesto se presenta en los departamentos llamados «dúplex».

b) Si el departamento puede ser discontinuo:

La respuesta es claramente positiva siempre que también exista unidad funcional. En esa discontinuidad se funda normalmente, como veremos, la existencia de los «anejos», reconocidos expresamente en la ley.

IV. ELEMENTOS COMUNES: CARACTERES

El artículo 396 del Código civil continúa diciendo cómo esa propiedad separada sobre las partes privativas «llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio NECESARIOS para su adecuado uso y disfrute...».

Y el artículo 3 de la Ley especial dice que el dueño de cada piso o local, además del derecho sobre la parte privativa, tendrá «la copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes».

Pues bien, antes de entrar en la determinación de sus caracteres diferenciadores voy a hacer una referencia a las varias clases de elementos comunes que pueden presentarse:

a) Generales y particulares:

En los grandes edificios, y no digamos en las Propiedades Horizontales formadas de varios de aquéllos, es factible que el uso o disfrute de algunos elementos comunes no alcance a la totalidad de sus componentes. Pensemos, como expresión sencilla, en un edificio en donde haya dos escaleras con acceso respectivo para distinto grupo de viviendas. En tal caso, dicha escalera, ascensor, etc., serán comunes particulares para cada grupo, sin perjuicio de los elementos comunes generales para todo el edificio.

b) Elementos, pertenencias y servicios comunes:

Frente al criterio general del Código, la ley hace la distinción anteriormente referida.

El concepto de pertenencia no está recogido en nuestra legislación. El Código civil alemán, al estudiar las relaciones de accesoriedad en las cosas, distingue entre PARTES INTEGRANTES, como «aquellos elementos componentes de un todo que teniendo cierta autonomía están coligados entre sí para formar aquél» (art. 93), y PERTENENCIAS, como «cosas por sí mismas que, conservando su individualidad y autonomía, son puestas en relación duradera de subordinación respecto de la

cosa principal para servir a los fines de ésta» (art. 97). A su vez, las partes integrantes son esenciales o no esenciales.

MARTÍN-GRANIZO incluye dentro de las partes integrantes los elementos y servicios comunes, y como pertenencias, siguiendo el criterio de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 1929, suelen considerarse los llamados inmuebles por destino.

c) Esenciales y convencionales:

Más importancia para mi objeto tiene la distinción entre elementos comunes esenciales o por naturaleza y elementos comunes accidentales, convencionales o por destino.

Según la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1965, ya citada, los primeros son los «*inherentes* al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los espacios delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente, que son objeto de enumeración *ad exemplum* en la propia ley», mientras los segundos son «*aquellos que se adscriben* especialmente al servicio de todos o algunos de los propietarios singulares».

La distinción concreta de cuándo estamos ante un elemento común por naturaleza o cuándo ante uno accidental o por destino no resulta normalmente tarea fácil.

En principio habría que pensar que los relacionados en el artículo 396 del Código civil son siempre esenciales, aunque no solamente ellos, por cuanto dice que «son elementos del edificio NECESARIOS para su adecuado uso y disfrute». Pero si profundizamos un poco en tal relación veremos que no es así porque:

1. Se han adicionado en la última reforma dos elementos que no figuraban anteriormente, concretamente «vuelo» y «porterías», y se han eliminado otros dos de la anterior relación, a saber, «sótanos» y «desagües».

2. Pues bien, mientras parece acertada la eliminación del sótano, que, como luego veremos, puede o no ser elemento común, no lo es la inclusión del vuelo y de las porterías e incluso del suelo, que ya figuraba en la anterior relación.

El vuelo puede configurarse como elemento privativo a los efectos establecidos en el artículo 16-2 del Reglamento Hipotecario.

El suelo puede no incluirse en la Propiedad Horizontal mediante la ejecución a través del derecho de superficie, según los artículos 157 y siguientes de la Ley del Suelo, reformados en mayo del presente año.

Y en cuanto a las porterías hay que distinguir entre el servicio prestado ordinariamente en el pequeño espacio situado a la entrada del

portal y el piso dedicado a la vivienda del portero. Y ni uno ni otro pueden considerarse como elemento común esencial o por naturaleza. El servicio de portería puede o no existir. Y el piso del portero es un típico elemento común accidental o por destino, y por ese carácter puede configurarse como tal o como elemento procomunal, actuando en su determinación libremente la voluntad de los interesados. Así parece deducirse, entre otras, de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de diciembre de 1971 y 15 de junio de 1973.

Por todo lo cual he de concluir que no hay un criterio legal de distinción de ambas clases de elementos comunes y que, por tanto, habrá de tenerse en cuenta cada edificio en particular. Evidentemente, existen elementos comunes naturales o esenciales, pero ni son todos los relacionados en el artículo 396 del Código civil ni solamente ellos.

Y con estas consideraciones previas paso a determinar los caracteres de los elementos comunes:

1) Son dependencias necesarias o simplemente útiles para el adecuado uso y disfrute del elemento privativo.

Serán necesarias cuando se trate de los que hemos llamado elementos esenciales o por naturaleza. Y serán útiles los llamados elementos accidentales, convencionales o por destino.

2) Como resultado de la característica anterior, tienen una finalidad de servicio o accesoriedad con el correspondiente elemento privativo.

3) Mientras mantengan su consideración de elementos comunes son inseparables de la parte privativa.

4) El derecho o participación del titular del elemento privativo sobre los elementos comunes se concreta a través de la cuota, que se configura así como módulo de proporcionalidad.

5) Existen en un número indeterminado y no es precisa su relación en el título por cuanto, como principio general, se considera que todo elemento del edificio que no tenga expresamente señalada otra naturaleza es elemento común.

6) Su inscripción en el Registro de la Propiedad, materializada en la cuota de participación, se practica en el mismo folio y número que el elemento privativo correspondiente.

V. ELEMENTOS ANEJOS: CARACTERES

A estos elementos se refiere también el artículo 396 del Código civil, que en su párrafo segundo, con referencia a los elementos comunes, dice que éstos son «anejo inseparable» de la parte determinada privativa.

Indudablemente, no utiliza el Código la palabra en su sentido técnico, sino en el puramente gramatical, para constatar la relación accesorio que tales elementos comunes tienen, como hemos visto, con la parte privativa. No olvidemos que, según nuestro *Diccionario de la Lengua*, anejo es igual a «unido, agregado, dependiente, accesorio».

Es la Ley especial de 1960 la que ya precisa el concepto en su estricto sentido. Y así, el artículo 3.º determina que corresponde al dueño de cada piso o local:

«a) El derecho singular y exclusivo sobre..., etc. (aquí delimita el departamento o elemento privativo)..., así como el de LOS ANEJOS que expresamente hayan sido señalados en el título, AUNQUE SE HALLÉN SITUADOS FUERA DEL ESPACIO DELIMITADO.»

Por último, el artículo 5.º de la misma ley, dentro de la descripción que el título constitutivo señala para cada piso o local, dispone que se expresen «LOS ANEJOS, tales como garaje, buhardilla o sótano».

A la vista de lo anterior, podemos considerar como caracteres de los elementos anejos los siguientes:

- 1) Son espacios delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente.
- 2) Son accesorios del elemento o departamento privativo a cuyo fin sirven, formando parte integrante no esencial del mismo.
- 3) Han de determinarse expresamente en el título constitutivo como tales, pues en caso contrario se considerarán elementos comunes. En el mismo título se señalará el piso o local del que son accesorios, bastando una simple referencia y no siendo necesaria, aunque sí conveniente, su descripción total.
- 4) No tienen cuota especial de participación en los elementos comunes por aprovecharles la del elemento privativo base.
- 5) Deben tener acceso independiente desde algún elemento común o desde la vía pública.
- 6) Se inscriben en el mismo folio y número del departamento privativo base.

* * *

Puede surgir el problema en cuanto a la exigencia o no de que tales anejos estén situados *fuera* del espacio delimitado constitutivo del piso o local del que son accesorios.

Normalmente, el anejo está situado fuera de ese espacio, y así ocurre con las plazas de garaje cuando se configuran como tales, los llamados

trasteros, etc.; pero no podemos ignorar la posibilidad de que estén dentro del mismo, pues así parece admitirlo el propio artículo 3 de la Ley especial, que al referirse a ellos dice expresamente: «aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado». *A sensu contrario* reconoce la ley que puedan estar dentro.

En este caso, los supuestos son reducidos. Se me ocurre pensar en esos armarios situados dentro del piso con entrada por el pasillo, elemento común.

En tales excepcionales supuestos de situación del anejo dentro del piso o local, entiendo que su entrada o acceso ha de realizarse a través de un elemento común o de la vía pública, de acuerdo con la característica número 5, que he señalado anteriormente. En otro caso, estimo que no sería un anejo, sino el propio piso o local.

Por último, he de decir que ISIDORO DELGADO ROLLÁN plantea, en trabajo publicado en 1971 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, la posibilidad de que los anejos estén incluso situados fuera del edificio. Pero esta situación anómala envuelve numerosos problemas, que no podemos ni siquiera relacionar, por lo que me limito a esta cita.

VI. ELEMENTOS PROCOMUNALES: CARACTERES

Ya dije al principio que iba a detenerme especialmente en el estudio de estos elementos especiales o extraordinarios de la Propiedad Horizontal. Me temo, sin embargo, que voy a tener que resumir para no resultarles demasiado pesado. Lo intentaré.

Ni en el Código civil, ni en la Ley especial de 1960, ni, por supuesto, en las demás normas subsidiarias, al principio señaladas, encontraremos la palabra «elemento procomunal».

Su apoyo legal se asienta en el artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal, y su desarrollo doctrinal se debe especialmente a los Notarios, quienes, sobre todo en la zona de Levante, acuden a la configuración del departamento procomunal como medio más adecuado para regular situaciones de difícil solución a través de los elementos que hemos estudiado. Creo que lo bautizó así el Notario MONET.

Su utilidad es evidente, bien para cubrir una conveniencia económica (como en los departamentos procomunales para renta o venta posterior), bien para llenar necesidades transitorias o de frecuencia dudosa (como la vivienda del portero) o bien para solucionar situaciones de encaje discutible entre lo privativo y lo común que exigen fórmulas intermedias (como los garajes, que, según estamos viendo, pueden configurarse en alguna de estas normas: 1) Cada plaza de garaje es un de-

partamento privativo del edificio. 2) Todo el sótano o planta destinado a garaje es un departamento procomunal, sin perjuicio de delimitar de una u otra forma las plazas o «jaulas». 3) Cada plaza de garaje es un anejo de todos o algunos de los departamentos privativos. 4) El sótano o planta destinado a garaje es un estricto elemento común, etc.).

La Dirección General de los Registros y del Notariado, como iremos viendo, ha reconocido la existencia legal del elemento «procomunal», utilizando tal nombre, que se puede ya considerar consagrado, sobre la base de dicho artículo 4.º de la Ley de 1960.

Vayamos, pues, al artículo 4.º Dice así:

«La acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta ley. Sólo podrá ejercitarse por *cada* propietario proindiviso sobre un piso o local determinado, circunscrita al mismo, y SIEMPRE QUE LA PROINDIVISION NO HAYA SIDO ESTABLECIDA DE INTENTO PARA EL SERVICIO O UTILIDAD COMUN DE *TODOS* LOS PROPIETARIOS.»

Como consecuencia de la escasez normativa en torno a los elementos procomunales hay muchos puntos discutibles en los mismos, que, al menos, quiero ir apuntando al señalar sus caracteres. Anticiparé que han sido considerados como un *tertius genus* entre los privativos y los estrictamente comunes, y en esa naturaleza híbrida es donde radica su especial interés y dificultad.

Veamos, pues, sus caracteres diferenciadores:

1) Es un departamento de un edificio en Propiedad Horizontal susceptible de aprovechamiento independiente.

Frente a las opiniones de los que han visto en él un elemento común, es preciso defender su naturaleza privativa. Y ello especialmente porque:

a) El artículo 4.º habla de piso o local.

b) Si se tratara de un elemento común no tendría razón de ser el pacto de indivisión, ya que la misma existiría por ley.

2) Como consecuencia de su carácter de elemento privativo nace la exigencia de determinación en él de la cuota de participación. Esto además tiene un interés práctico porque si se desafecta de su destino procomunal, se convierte en elemento privativo *strictu sensu* con todas sus consecuencias.

3) Pertenece a sus dueños en proindiviso.

Estos cotitulares pueden ser todos o parte de los componentes de la Propiedad Horizontal. Aunque el artículo 4.º habla de «todos los propietarios», tal generalidad puede quedar limitada exclusivamente a «todos» los titulares del departamento procomunal.

4) Tal comunidad debe regirse, especialmente por lo referente a su administración y disposición, por las normas de la misma establecidas en el Código civil, ya que entiendo que se trata de una comunidad ordinaria o romana, con la particularidad del pacto de indivisión, dentro de la propiedad especial que constituye la Propiedad Horizontal.

Esta afirmación no es unánimemente admitida, y así he visto que muestra un criterio contrario la Comisión respectiva del I Simposio de Propiedad Horizontal de las Cámaras de la Propiedad Urbana de Levante, expresado en el acta a que he hecho mención, pero estimo que es la más acertada a la luz de la normativa aplicable y la que mejor soluciona las cuestiones que el departamento procomunal puede suscitar.

5) No es precisa la conexión o inherencia de la cotitularidad del departamento procomunal con la titularidad de otro piso o local del edificio.

Tampoco se muestra de acuerdo con esta solución la Comisión anteriormente referida. Ya me extenderé en esta materia al tratar de los actos de disposición.

6) No cabe ejercitar en el proindiviso la acción de división.

Aun configurando la comunidad del departamento procomunal como ordinaria o romana, la ley excepcionalmente permite el pacto de indivisión de manera indefinida y, por tanto, más allá del plazo de diez años señalado por el artículo 400 del Código civil.

Entiendo que es ésta la principal o quizá la única característica especial del elemento procomunal, comparándolo con el típico elemento privativo en régimen de cotitularidad y con pacto de indivisión indefinida. Ahora bien, para que la ley permita esta excepción al juego normal del artículo 400 del Código civil es preciso que se cumpla el siguiente requisito o carácter del elemento procomunal.

7) La indivisión debe estar constituida de *intento* y con la *finalidad* de servicio o utilidad de todos los cotitulares.

La constatación expresa resulta necesaria por su régimen excepcional. Así lo ha venido a reconocer la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 21 de enero de 1966.

A su vez, y por la misma razón, se exige, de conformidad con el artículo 4.º de la ley, que tal indivisión sea **PARA EL SERVICIO O UTILIDAD COMUN DE TODOS LOS PROPIETARIOS**. De otra forma carecería de fundamento y podrían surgir casos de fraude legal.

Desaparecida esa finalidad cesa el elemento procomunal como tal.

8) Su inscripción en el Registro no presenta particularidades importantes en relación con las de los demás elementos privativos en régimen de cotitularidad, pues el departamento se inscribirá en un solo folio

y número a favor de todos los cotitulares. Para que el pacto de indivisión tenga efectos *erga omnes* habrá de hacerse constar en el título constitutivo o en los Estatutos, de conformidad con el apartado 3.º del artículo 5.º de la ley, para su constancia en dicha inscripción registral.

Sí, a su vez, se pacta la conexión o relación *ob rem* de la cuota del departamento con la titularidad de un piso o local, relación que no es precisa, pero sí frecuente, podrá hacerse constar en la inscripción de aquél como derecho anejo.

Tal posibilidad, como veremos, ha sido reconocida por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1973, en un supuesto en el que se configuraba el sótano destinado a garaje como elemento procomunal.

* * *

Y con esto entramos ya en la parte segunda de la conferencia.

VII. DISPOSICIÓN DE LOS ELEMENTOS COMPONENTES DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

En nuestras leyes se habla muchas veces de los actos de disposición, pero ni en el Código civil ni en las demás se da un concepto preciso de los mismos.

En la doctrina española, siguiendo sobre todo la normativa alemana, se habla de actos de disposición en dos sentidos:

a) Como contrapuestos a los de obligación.

En este sentido, actos de disposición serían aquellos por los que inmediatamente se transmite, grava, modifica o extingue un derecho, mientras actos de obligación serían aquellos que se limitan a preparar los anteriores mediante la constitución de un deber de transmitir, gravar, etc.

b) Como actos de extraordinaria administración, en contraposición a los de ordinaria administración.

Los segundos miran únicamente a la conservación, disfrute y mejoramientos del patrimonio, mientras los primeros disminuyen la sustancia y la entidad económica del patrimonio. Y en éstos se distinguen: 1) los de enajenación (como venta, permuta, donación); 2) los de constitución de derechos reales (como servidumbres, hipotecas, etc.), y 3) los de constitución de derechos de obligación de larga duración que se equiparan a los reales (como los arrendamientos inscribibles).

El artículo 396 del Código civil se refiere expresamente, en su párrafo segundo, a los actos de ENAJENACION, GRAVAMEN y EMBARGO, típicos de disposición, y a los de DIVISION, cuya consideración como actos de administración ordinaria o de disposición es discutida.

Yo voy a referirme especialmente a la enajenación como acto de disposición típico y sólo de pasada a los demás.

Pero tampoco el concepto de enajenación está definido en nuestra legislación, y así puede adoptarse un criterio amplio (acto en virtud del cual se produce la desvinculación de un derecho de su titular y el traslado o constitución del mismo en un tercero) que casi se equipara al propio acto genérico de disposición, pudiendo ser *inter vivos* o *mortis causa*, oneroso o lucrativo, etc., o bien un criterio restringido referente a la TRANSFERENCIA TRASLATIVA *INTER VIVOS*, que es a la que me referiré. Dentro de tal concepto se recogen especialmente los actos de venta, permuta y donación, es decir, ONEROSOS o LUCRATIVOS.

VIII. DISPOSICIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS Y COMUNES

Es un principio general en nuestra Propiedad Horizontal que el elemento privativo, piso o local, y el elemento común, esencial o accidental, quedan unidos de tal forma que la disposición del uno supone la del otro.

El principio está claramente determinado en los textos legales básicos:

Así, el propio artículo 396 del Código civil nos dice que la propiedad separada llevará INHERENTE el derecho de copropiedad sobre los elementos comunes. Y más adelante, en el apartado 2.º, dispone más claramente que «las partes en copropiedad SOLO PUEDEN SER ENAJENADAS, GRAVADAS O EMBARGADAS JUNTAMENTE CON LA PARTE DETERMINADA PRIVATIVA».

Y el artículo 3 de la Ley especial, después de señalar que al dueño de cada piso o local le corresponde un derecho singular y exclusivo sobre el elemento privativo y la copropiedad sobre los comunes, dispone claramente que «CADA PROPIETARIO PUEDE DISPONER LIBREMENTE DE SU DERECHO, SIN PODER SEPARAR LOS ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN».

Por otro lado, este principio, característico de la Propiedad Horizontal, se establece en casi todas las legislaciones extranjeras en términos similares. Concretamente, el artículo 6.º de la Ley alemana de 15 de marzo de 1951 ordena que sólo se puede disponer de la propiedad singular juntamente con la parte de copropiedad que le corresponde al titular

en los elementos comunes. Y lo mismo los artículos 20 y siguientes de la Ley de Costa Rica de 21 de marzo de 1966 (arts. 3.º de la Ley argentina, 25 de la portuguesa, etc.).

Y este principio, al menos en nuestro Derecho, es de carácter necesario y no admite pacto en contrario. Incluso nuestro Tribunal Supremo ya había plasmado esta solución con anterioridad a la Ley de 1960 en sus sentencias de 23 de abril y 26 de noviembre de 1956.

Ahora bien, esto es así en cuanto a «cada propietario y su cuota», pero ¿rige la misma norma para la actuación global de todos los componentes de la Propiedad Horizontal? O lo que es igual, ¿se puede enajenar por separado algún elemento común si así se acuerda por unanimidad en la Junta?

Entiendo que no cabe tal posibilidad cuando se trata de los elementos comunes esenciales o por naturaleza, por ejemplo, las escaleras, la fachada, etc., pero que no habrá inconveniente cuando se trate de los elementos que hemos llamado comunes accidentales o por destino, que por naturaleza pueden ser o no comunes y que lo son solamente por designio de los interesados, quienes pueden acordar que pasen a ser privativos, procomunales o anejos, siendo entonces su disposición regida por las normas referentes a su nuevo carácter.

El acuerdo debe tomarse por unanimidad, por cuanto la determinación de tales elementos como comunes habrá sido establecida en el título constitutivo o en los Estatutos y habrá de tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 16, regla primera, de nuestra Ley de Propiedad Horizontal.

Esta solución es la que defiende la mayor parte de la doctrina (MARTÍN-GRANIZO, NAVARRO AZPEITIA, BATLLE, etc.), y se recoge en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 1973, dictada en un caso de porterías. En su considerando 5.º dice que «entre las facultades que corresponden a la Junta de condueños se encuentra, según declaró este Centro Directivo en resolución de 5 de mayo de 1970, la de poder desafectar un elemento común y proceder o bien a adjudicarlo a todos los propietarios del edificio, que lo adquirirían en proindivisión y podrían inscribirlo a nombre de todos ellos en el Registro de la Propiedad, o bien a enajenarlo a un extraño...».

IX. DISPOSICIÓN DE LOS ELEMENTOS ANEJOS

En principio, no parece que pueda ofrecer problemas.

Como accesorio del departamento privativo y parte integrante, no esencial, del mismo, su disposición, mientras conserve tal naturaleza de

anejo, se hará juntamente con dicho elemento privativo, provocando la oportuna inscripción conjunta en el folio registral correspondiente abierto al mismo.

Así resulta claramente de la ley, al decir su artículo 3.º, en su apartado último, que «cada propietario puede libremente disponer de su derecho, SIN PODER SEPARAR LOS ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN...».

Concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1967 resolvió la imposibilidad de disponer por separado de un anejo, «por ser inherente a la propiedad privativa».

Sin embargo, no debemos olvidar que el anejo es un elemento especial o extraordinario de la unidad orgánica de la Propiedad Horizontal, que puede existir o no existir y que, incluso una vez constituido como tal en el título o en los Estatutos, puede ser objeto de disposición *separada*, previa desafectación.

Tal *disposición separada operaría*, teniendo en cuenta, sobre todo, el artículo 8.º de la ley, bajo los siguientes requisitos:

1) Segregación del departamento base. Además, podrá agregarse a otro elemento del propio edificio.

2) Consentimiento del titular o titulares afectados.

3) Aprobación por la Junta de Propietarios. Entiendo que el acuerdo ha de tomarse por unanimidad, de conformidad con la regla primera del artículo 16 de la ley, por implicar modificación del título o de los Estatutos.

4) Determinación por dicha Junta de la cuota de participación que el nuevo departamento independiente ha de tener en los elementos comunes del edificio. Tal determinación se hará teniendo en cuenta los criterios del artículo 5.º, haciendo el reparto de la existente entre el departamento base, del que se ha segregado el anejo, y éste, pero sin variar las cuotas de los demás.

5) En orden al Registro de la Propiedad, el anejo separado, que ha pasado a ser departamento independiente, se reflejará en el mismo, teniendo en cuenta especialmente los artículos 45 a 48 del Reglamento Hipotecario en alguna de las formas siguientes:

a) Si se opera una simple segregación, con o sin enajenación, se abrirá folio y número independiente.

b) Si, además, se practica la agregación de la finca segregada a otra también inscrita, caben dos posibilidades:

1º) Que la segregada no exceda de la extensión de la quinta parte de la finca a la cual se agrega. En tal caso, aquélla se registrará bajo el mismo número que la absorbente.

2') Que exceda de la quinta parte. Entonces ambas, es decir, finca segregada y finca a la que se agrega, se agruparán bajo un nuevo número o finca registral.

X. DISPOSICIÓN DE LOS ELEMENTOS PROCOMUNALES

La naturaleza híbrida del elemento procomunal plantea problemas en orden a los actos de disposición que voy a examinar.

Sin embargo, tales problemas estimo que dependen casi exclusivamente del planteamiento en orden a su naturaleza. Como yo ya me he manifestado al señalar sus caracteres, las soluciones ahora quedan simplificadas.

Para mejor entendimiento puedo señalar un supuesto, que llamaré ordinario, y otro, que denominaré especial.

1) *Supuesto «ordinario»:*

Un señor X es titular o dueño de un piso y además cotitular, en unión de algunos componentes de la Propiedad Horizontal del edificio, de un departamento procomunal también situado en el mismo: por ejemplo, un sótano destinado a garaje.

Pues bien, en este supuesto ordinario, dicho señor X enajena su derecho complejo en el edificio, como un *todo*, a otro señor cualquiera. No existirá entonces problema alguno ni de Derecho sustantivo ni registral, ya que si el departamento procomunal se ha inscrito como independiente, con su cuota en los elementos estrictamente comunes, a favor de sus respectivos cotitulares, afecto al servicio común de garaje, con o sin determinación de espacios o «jaulas» delimitadas, y, por otro lado, se ha inscrito también el piso o departamento estrictamente privativo a nombre del mismo señor, la enajenación se reflejará sencillamente en el Registro de la Propiedad, por voluntad exclusiva del transmitente manifestada en el documento público otorgado, en virtud del cual se practicarán las correspondientes inscripciones en ambos folios o fincas registrales a favor del adquirente.

2) *Supuesto «especial»:*

El señor X, titular del piso y cotitular del departamento procomunal, pretende enajenar **EXCLUSIVAMENTE** su participación en dicho elemento procomunal, conservando la propiedad del piso, a otro señor que

NO ES TITULAR DE PISO O LOCAL EN EL PROPIO EDIFICIO O UNIDAD ORGANICA DE EDIFICACION.

Para dar respuesta a este caso he de recordar que es preciso tener en cuenta las premisas o caracteres que dejé señalados para el elemento procomunal en la primera parte de este trabajo, ya que de ellos depende la solución a adoptar, habida cuenta de que ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni la Dirección General de los Registros y del Notariado, se muestran de acuerdo en algunos de aquéllos.

Me atrevo a repetir que yo estimo, entre tales caracteres, para el elemento procomunal, los de ser de naturaleza privativa, regirse la comunidad específica nacida por el Código civil con la excepción del plazo indefinido de indivisión y no ser esencial la vinculación o relación de inherencia entre la participación en el departamento procomunal y un piso o local del propio edificio o unidad orgánica de edificación.

Teniendo en cuenta estas premisas paso a contestar al supuesto que yo mismo he planteado distinguiendo:

a) Posibilidad de *separación* de la titularidad del piso de la participación en el departamento procomunal, como consecuencia de la enajenación independiente del derecho al último.

Es muy corriente que se vincule «convencionalmente», a través del título constitutivo o de los Estatutos, la titularidad del piso con la participación en el departamento procomunal mediante el establecimiento de una titularidad *ob rem* o la constitución del derecho al segundo como anejo del primero. Tal posibilidad, que podría suscitar problemas, a la vista del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, por establecimiento de una prohibición o limitación a la facultad de disponer, sobre todo en los actos de disposición a título oneroso, ha sido admitida expresamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 20 de diciembre de 1973, basándose en la especialidad que la Propiedad Horizontal presenta frente al régimen general.

Pero esto no quiere decir, a mi entender, que tal vinculación haya de ser necesaria por ley. Y, por tanto, si la misma no ha sido expresamente constituida, estimo que no hay inconveniente en disponer separadamente del piso y de la participación en el elemento procomunal, entendido éste en los términos ya reseñados.

De antemano reconozco que esta solución es discutible. Así, por ejemplo, los Notarios SAPENA y DE LA CÁMARA la defienden, mientras que el también Notario MONET, al menos anteriormente, y la Comisión del Simposio de Levante, tantas veces citada, defienden el carácter imperativo de esa vinculación, basándose especialmente en el último párrafo

del artículo 3.º de la ley. En cuanto a ese apoyo legal, yo estimo que no es aplicable a los elementos procomunales, sino solamente a los estrictamente comunes y anejos con relación a los privativos, pues solamente ellos están recogidos en dicho precepto.

b) Posibilidad de enajenación separada de la participación en el elemento procomunal a un *EXTRAÑO* a la Propiedad Horizontal originaria o anterior.

La respuesta a esta cuestión se vincula también a la propia naturaleza que se asigne al elemento procomunal.

Por ello, si, como yo defiendo, el elemento procomunal es un departamento privativo con la única especialidad esencial de su indivisión indefinida, la suerte de dicho departamento correrá el mismo camino que cualquier piso o local y, por tanto, su disposición podrá hacerse a favor de cualquier persona. El adquirente de la respectiva participación en el departamento procomunal pasará a formar parte de la Propiedad Horizontal con idénticos derechos y deberes que si hubiera adquirido una participación indivisa en un piso o local, respetando el pacto de indivisión en las relaciones con los cotitulares del elemento procomunal.

c) Para tales actos de disposición, ¿debe mediar acuerdo de la Junta de Propietarios?

Por las mismas razones apuntadas y teniendo en cuenta especialmente que, según he manifestado, la comunidad específica que nace en el elemento procomunal se rige por el Código civil, serán sus normas las que regulen tales actos. Por ello y por tratarse, como estoy reiteradamente repitiendo, de un departamento de carácter privativo, cada cotitular dispondrá libremente de su participación sin necesidad de contar para nada con la Junta de Propietarios, por tratarse de un acto ajeno a su competencia. Y si la disposición se refiriera a la totalidad del departamento procomunal serían todos los cotitulares del mismo los que por unanimidad la acordaran, también sin necesidad de dicha Junta.

d) Por último, acabo manifestando que, como consecuencia de todo lo anteriormente dicho, la enajenación de una parte indivisa del elemento procomunal dará derecho a los demás cotitulares al retracto en los términos del artículo 1.522 del Código civil, no siendo en tal caso aplicable la excepción del párrafo 3.º del artículo 396 del mismo, la cual ha de interpretarse con carácter restrictivo y, por tanto, aplicarse solamente al supuesto por aquél contemplado. Siempre, claro está, que no se haya constituido expresamente la vinculación a cada piso o local de

cada una de las participaciones del elemento procomunal en los términos que he expuesto y que ha contemplado especialmente la importante resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1973, ya citada.

MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ
Registrador de la Propiedad
Salamanca, diciembre 1975

PRINCIPAL BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

- ALVAREZ ALVAREZ: «La cuota de participación en la Propiedad Horizontal», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1963.
- *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*. Centenario de la Ley del Notariado: Estudios de Derecho Notarial, vol. II, Editorial Reus, Madrid, 1965.
- BATALLA GONZÁLEZ: «La Ley de Propiedad Horizontal y el Registro», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 1961.
- BATLLE VÁZQUEZ: *La propiedad de casas por pisos*, Ed. Marfil, S. A., Alcoy, 1960.
- «Las casas divididas por pisos y el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1961.
- BONET CORREA: «La propiedad de pisos en la legislación española», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril 1971.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y C.: *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- DE LA CÁMARA, GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT: «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1969.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ: «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal». Curso de Conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas, publicadas por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1975.
- DELGADO ROLLÁN: «Finca independiente, elemento común de otras», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1971.
- ESCRIVÁ DE ROMANÍ: «Lo imperativo y lo dispositivo en la Ley de Propiedad Horizontal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, 1967.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.
- FUENTES LOJO: *Suma de la propiedad por apartamentos*, Librería Bosch, Barcelona, 1969.
- LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, Librería Bosch, Barcelona, 1968.
- LINO SALIS: *El condominio en los edificios*. Traducción de Fuentes Lojo. Librería Bosch, Barcelona, 1968.
- MONET ANTÓN: *Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal*. Centenario de la Ley del Notariado: Estudios de Derecho Notarial, volumen I, Madrid, 1962.
- «Estatutos de propiedad horizontal», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XII, Madrid, 1961.
- NAVARRO AZPEITIA: *Naturaleza y regulación de las casas divididas por pisos o departamentos*. Cuestiones de Derecho Privado de nuestra posguerra, Barcelona, 1942.

- NAVARRO AZPEITIA: «Aspectos civil y notarial de la propiedad de casas por pisos en España», *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre 1957.
- ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia registral*, Casa editorial Bosch, Barcelona, 1967.
- RUBIO, ENRIQUE: «Consideraciones en torno al departamento procomunal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1975.
- SAPENA, TOMÁS: «Inscripción de Estatutos de Copropiedad Horizontal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1956.
- «Estatutos de propiedad horizontal», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XII, Madrid, 1961.
- SORO NIETO: «Derecho vivo. Jurisprudencia comentada», *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, 1971.
- SANTOS BRIZ: «La propiedad horizontal en la jurisprudencia», *Revista de Derecho Privado*, mayo 1969.
- I SIMPOSIO SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL: Organizado por las Cámaras de la Propiedad Urbana de la Zona de Levante. Edita Sucesor de Vives Mora, Valencia, 1972.
- VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ: *Derecho de propiedad horizontal*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1966.