

Consideraciones en torno al departamento procomunal

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El departamento procomunal y la Ley de Propiedad Horizontal.*—III. *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la nueva figura.*—IV. *Configuración jurídica del departamento procomunal:* 1. Nuevo tipo creado al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal.—2. Naturaleza jurídica del departamento procomunal.—3. Régimen jurídico del departamento procomunal: A) Plano del ámbito normativo. B) Plano de la aplicación. C) Plano de la investigación integradora.

I. INTRODUCCION

Es con toda seguridad la Ley de Propiedad Horizontal una de esas leyes que, no obstante su modernidad, se presenta como más usada por el quehacer de los prácticos, a la par que no resulta nada desdeñable el interés que la misma plantea a los estudiosos del Derecho. En efecto, es fenómeno perfectamente comprobable el acceso, cada vez más frecuente, a la propiedad horizontal. La consecución de un piso lejos de suponer un *desiderátum* de difícil logro aparece en nuestros días como objetivo de cómodo alcance. Ahora bien, si, en un primer momento, la propiedad de casas por pisos se presentó como algo inevitablemente unido a la ciudad, no debemos por menos que advertir que esta primera fase de expansión ha sido ampliamente superada, llegando la propiedad horizontal a no pocas zonas rurales que demandaban una solución más útil y conveniente de acuerdo con las necesidades que los nuevos tiempos les han planteado.

Son muchos los problemas que el régimen de propiedad de casas por pisos plantea. Desde su configuración jurídica hasta la más pequeña rela-

ción interna de convivencia que la nueva realidad urbana nos ofrece se extiende un amplio abanico de cuestiones que ocupan la atención del jurista. Nota característica de la propiedad de casas por pisos es la intensa e imprescindible conexión que la misma guarda con el fluir de la realidad social de los hechos. La Ley de 21 de julio de 1960, configuradora del régimen jurídico de la propiedad horizontal, no pretende sino seguir esa realidad. Esta adecuación del Derecho a unos hechos claramente establecidos debe perseguir «un orden de convivencia presidido por la idea de la justicia, la cual, como virtud moral, se sobrepone tanto a la realidad de los hechos como a las determinaciones del legislador, que siempre han de hallarse limitadas y orientadas por ella», según confiesa la Exposición de Motivos de la citada Ley.

No obstante el antecedente inmediato que supone la Ley de 26 de octubre de 1939, el legislador acometió de nuevo la regulación de la propiedad horizontal a través de la Ley de 1960, que constituye en la actualidad la legislación vigente. Toda creación normativa *ex novo* que pretende acomodar un fenómeno social fluyente corre el riesgo de quedar corta en sus aspiraciones; han de ser frecuentes las lagunas que deberán cubrirse en muchas ocasiones con criterios que directamente emanan de la misma ordenación legal. Es precisamente en este terreno, en el de la insuficiencia o, si se quiere, en el de la parquedad legal, en el que se nos va a permitir efectuar algunas consideraciones en torno al que se ha venido en llamar «departamento procomunal».

La realidad de los hechos ha emergido una nueva figura, a la que desde la legalidad vigente se le debe dar un tratamiento que responda y respete en lo posible la figura misma, tal y como ella se ha presentado.

En el edificio en propiedad horizontal se configuran claramente dos clases de elementos: los departamentos privativos y los elementos comunes. Los primeros son, en terminología actual del Código civil, «los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública», que «podrán ser objeto de propiedad separada» (art. 396 C. c.). Tres características debemos destacar en los departamentos privativos: *a)* son departamentos diferenciados; *b)* constituyen objeto de propiedad separada, y *c)* son susceptibles de aprovechamiento independiente. Frente a éstos, los elementos comunes son aquellos del edificio «necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbres».

Ahora bien, junto a los elementos privativos y los comunes se encuen-

tran los que MONET calificó como atribuciones procomunales (1). Se trata —adelantando ideas que posteriormente desarrollaremos— de un departamento de un edificio constituido en propiedad horizontal, susceptible de aprovechamiento independiente, que pertenece a los condueños de un inmueble en proindivisión, la cual se establece de intento para el servicio o utilidad común de aquellos propietarios. Tanto el ámbito objetivo de esta figura (piénsese en las posibilidades actuales y futuras del departamento procomunal) como su aspecto subjetivo (quiénes puedan ser titulares del departamento procomunal) son dos puntos que necesariamente se nos presentan algo vagos, ya que, en gran medida, dependen de lo que en la práctica resulten; pero decimos sólo en gran medida, por cuanto los perfiles más amplios dentro de los cuales se debe mover la autonomía privada vienen fijados por la propia Ley de Propiedad Horizontal.

Antes de entrar en el estudio de la legalidad vigente para comprobar si es posible la inclusión del departamento procomunal dentro de la misma, y antes, también, de acercarnos al problema de su naturaleza o de su régimen jurídico, parece de interés detenernos, si bien con brevedad, en la cuestión de los hechos, a los que nos hemos referido.

Son dos los interrogantes que en este punto se plantean: ¿existen intereses en juego en la supuesta creación del departamento procomunal?, y, si es así, ¿son lícitos y protegibles los intereses a que responde la nueva figura? Así como los elementos comunes de un piso vivienda responden a exigencias de carácter permanente y esencial, que los hacen verdaderamente imprescindibles y necesarios para que cada propietario pueda disfrutar su piso en las condiciones más óptimas de habitabilidad y prescindiendo del costo que supondría la construcción aislada del mismo, las razones que justifican la presencia del departamento procomunal no son esenciales, si bien, no obstante, cumplen fines muy concretos y responden a intereses dignos de protección. Unas veces se trata de que determinado piso o local (normalmente este segundo) pueda ser atribuido a dueños de propiedades horizontales del edificio con un fin específico: habilitar las rentas que de él se obtengan para sufragar los gastos comunes, tanto de construcción como de mantenimiento del edificio. Otras, la finalidad responde a intereses diversos: piénsese en un local garaje propiedad de varios vecinos del inmueble, en un piso-club, en una guardería infantil, etc. La figura en estudio no tiene una dependencia, respecto del piso o local privativo, de tipo permanente, objetiva o general, como es la de los elementos comunes. Estos departamentos de servicio o utilidad común —advierde SAPENA— nacen con el desarrollo de la propiedad horizontal,

(1) MONET ANTÓN, F.: «Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal», en *Centenario de la Ley del Notariado: Estudios de Derecho Notarial*, vol. I, Madrid, 1962, pág. 259.

cuando su proliferación y auge conllevan el afán de perfeccionamiento, tanto en lo físico, por los constructores, como en lo jurídico, por quienes han de plasmar en un estatuto lo que la realidad les presenta (2).

Estas necesidades, que no se habían planteado en 1960—si bien algún autor, como MONET (3), las intuyera—, constituyen hoy centro de estimados intereses que brotan de la propia dinámica de la propiedad de casas por pisos.

Es lícito preguntarse si estos intereses, que, como decimos, deben ser objeto de especial atención, se encuentran en nuestros días protegidos de algún modo. Quede aquí constancia del hecho cierto de que son numerosos—cada vez más frecuentes—los propietarios que por uno u otro motivo aspiran a su satisfacción, para lo cual acuden al expediente del departamento procomunal. Así, pues, esta figura nace como una exigencia, como un afán de desarrollo y perfeccionamiento de lo que en su momento estableció la Ley.

Como hipótesis—en su día poco frecuente—de constitución de la propiedad horizontal, la Exposición de Motivos de la ley señala la construcción de «un edificio con ánimo de distribuirlo *ab initio* entre los varios propietarios, transformándose en propietarios singulares de cada departamento. Es precisamente en este supuesto de construcción en régimen de comunidad en el que el denominado departamento procomunal alcanza su mayor virtualidad. En esta comunidad cada propietario contribuye con lo que a su piso o local corresponde y con la parte pertinente en cuanto al resto del inmueble, lo que se expresa diciendo, con fórmula de estilo notarial, que cada uno sufraga la construcción de su respectivo piso o local, y todos en común y en la debida proporción, la de los elementos comunes y aquellas partes o departamentos que en común les hayan de pertenecer, con lo que, en germen—dice SAPENA—, ya tenemos el departamento procomunal (4).

II. EL DEPARTAMENTO PROCOMUNAL Y LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Hemos visto que la constitución del departamento procomunal responde a unos intereses muy concretos, aunque puedan ser de índole diversa; hemos señalado que esta figura es una realidad presente, en aquellas

(2) SAPENA TOMÁS, J.: «Naturaleza y disposición de pisos y locales *pro indiviso* en propiedad horizontal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1971, pág. 86.

(3) MONET ANTÓN, F.: «Estatutos de propiedad horizontal», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XII, Madrid, 1961, págs. 90 y 91.

(4) SAPENA, *ob. cit.*, pág. 88.

personas que, de uno u otro modo están relacionadas con los problemas jurídicos que la propiedad horizontal plantea. Debemos preguntarnos ahora por su enclave dentro de la legalidad prefigurada por la Ley de Propiedad Horizontal de 1960. ¿Cabe la constitución de un departamento procomunal dentro de la normativa creada por esta Ley? La doctrina ha orillado la cuestión sin plantearse el tema; únicamente SAPENA (5), DE LA CÁMARA-GARRIDO-SOTO (6) y MONET (7) lo contemplan como realidad independiente, cual otro piso o local de especial naturaleza en razón de su destino.

Para que podamos hablar en sentido técnico de propiedad horizontal es preciso que concurren dos circunstancias: primera, que los diferentes pisos o locales de un edificio o partes determinadas de ellos pertenezcan a distintos propietarios y, segunda, que esos pisos o locales o partes de ellos sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común del edificio o a la vía pública (art. 396, 1, del C. c.). El departamento procomunal en el contexto de un edificio cumple perfectamente—o, al menos, puede cumplir—las dos exigencias referidas, luego no parece que en una primera aproximación podamos dudar del carácter de propiedad horizontal que la mencionada figura presenta. Ahora bien: se debe dar un paso adelante y preguntarnos si dentro de la normativa que ofrecen, por un lado, el artículo 396 del Código civil y, por otro, la Ley de Propiedad Horizontal, existen argumentos que amparen y protejan la constitución en procomún de un departamento, o bien si, por el contrario, dentro de la legalidad vigente existen normas que de un modo claro lo prohíben.

El artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal preceptúa: «La acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta ley. Sólo podrá ejercitarse por cada propietario pro indiviso sobre un piso o local determinado circunscrito al mismo, y siempre que la proindivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios.» Si nos detenemos en la última parte del precepto observamos: 1.º Que el supuesto de hecho es la copropiedad sobre un piso o local determinado de un edificio; 2.º, la posibilidad, *a contrario sensu*, de que en ese régimen de copropiedad se establezca la proindivisión de intento para servicio o utilidad común de los propietarios. Por otro lado, el artículo 5 de la citada Ley permite que el título constitutivo contenga reglas de ejercicio del derecho en orden al uso o destino de los diferentes pisos o locales formando parte del estatuto privado, que perju-

(5) *Ob. cit.*, págs. 89 y ss.

(6) DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO: *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*, Madrid, 1969, págs. 61 y ss.

(7) *Problemas de técnica notarial...*, cit., págs. 259 y 260.

dicará a terceros al inscribirse en el Registro de la Propiedad. En síntesis, la legalidad que configura la propiedad horizontal da pie para mantener la existencia del departamento procomunal, figura cuyo desarrollo y perfección no ha alcanzado su más alto grado; sin embargo, la Ley de Propiedad Horizontal, norma previsor y abierta al futuro, supo configurarla, si no de forma acabada, al menos, en sus trazos más generales.

El artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal no ha sido interpretado unánimemente. ALVAREZ ALVAREZ, por ejemplo, considera que este precepto contiene una norma importantísima de carácter general, que ampara la posibilidad de creación de elementos comunes accidentales. Señala este autor que el artículo mencionado prevé que exista un piso o local en el que se establezca la proindivisión de intento para el servicio o utilidad común; pero igual que un piso, puede ser un espacio, un paso, un jardín, etcétera (8). Se trata, en definitiva, para ALVAREZ, de un verdadero elemento común accidental, que, por lo mismo, puede dejar de serlo, venderse o dividirse, a diferencia de los elementos naturales comunes (9). Más adelante, al referirse a los anejos, mantiene como una posibilidad de los mismos los que llama «anejos de cada uno de los pisos o anejos de proindivisión», que, al parecer, serían distintos de los elementos comunes accidentales. No parece dudoso—sostiene ALVAREZ—que estos anejos puedan pertenecer a varios de los pisos y no a todos; en este caso, según su criterio, se trataría de una comunidad especial dentro de otra (10).

VENTURA TRAVESET advierte que en ocasiones, si bien no frecuentes, quedan de la copropiedad de todos los propietarios espacios a los que no se les puede llamar elementos comunes al no estar directamente destinados al servicio de la finca, y cita dos ejemplos:

- Cuando se dejan las plantas bajas en copropiedad entre todos los propietarios para alquilarlas y pagar con el importe del alquiler los gastos comunes del resto del edificio. A juicio de este autor, el caso mencionado parece admitirlo el artículo 4, al hablar de la proindivisión de un piso establecida para el servicio o utilidad de todos los propietarios. Para VENTURA TRAVESET esto excede del

(8) ALVAREZ ALVAREZ, J. L.: «El título constitutivo de la propiedad horizontal», en *Centenario de la Ley del Notariado: Estudios de Derecho Notarial*, vol. II, Madrid, 1965, pág. 468.

(9) *Ob. cit.*, págs. 468 y 469.

(10) *Ob. cit.*, pág. 477. Con razonamientos semejantes a los de ALVAREZ, PÉREZ PASCUAL en un libro reciente considera que no es necesaria la construcción jurídica del concepto de elemento procomunal, pues, a su juicio, las partes privativas, los elementos comunes y los anejos son suficientes para cubrir las necesidades que hasta el momento plantea la propiedad horizontal (*El derecho de propiedad horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, Valencia, 1974, págs. 86 a 90).

concepto de propiedad horizontal, que debe limitar la copropiedad a lo estrictamente indispensable, por lo que destinar un piso para gastos es aumentar las posibilidades de fricción, junto al hecho de que se produciría una proindivisión, no indispensable, incrustada en una propiedad horizontal.

- Otro caso se produce cuando por ser muy amplio el solar se edifica en él y se reserva una parte para posteriormente venderla y repartir el precio entre los propietarios (11).

Al comentar la excepción legal a la acción de división fijada en el artículo 4 de la ley, sostiene que los propietarios a cuyo servicio o utilidad se dejó el piso *pro indiviso* no son los normales propietarios de un piso, sino los propietarios de los demás pisos, que han dejado éste *pro indiviso* entre ellos para los siguientes fines:

- *Servicio*.—Cuando, por ejemplo, se deja un piso para que sirva como oficinas del régimen de propiedad horizontal o para escuela de los vecinos, para casino de los mismos, para clínica sanitaria de aquéllos, etc. En estos casos, según VENTURA TRAVESET, estamos en presencia de un verdadero elemento o servicio común.
- *Utilidad*.—En ocasiones, advierte este autor, y para no solicitar provisión de fondos a los propietarios, se deja un piso *pro indiviso* entre ellos para alquilarlo y con su importe pagar los gastos comunes (12). El juicio que a VENTURA TRAVESET le merecen los casos planteados no resulta del todo favorable, «aparte de que desnaturaliza la auténtica comunidad de servicio característica de la propiedad horizontal, por la comunidad económica—ya más discutible—es muy difícil que con el importe de los alquileres del piso en copropiedad baste para pagar gastos, lo que obliga a una doble contabilidad (la del piso, y la otra, de la comunidad)» (13).

Para MONET y ANTÓN—como ya hemos apuntado—, la atribución procomunal responde a una necesidad realmente sentida por los propietarios del inmueble. Se trata de que determinado piso o local—normalmente, el segundo—quede atribuido a todos los dueños de propiedades horizontales del edificio, como recurso óptimo para habilitar sus rentas al levantamiento de los gastos comunes sin particular dispendio de los propietarios individualmente considerados (14). Respecto del supuesto recogido en el

(11) VENTURA-TRAVESET y GONZÁLEZ: *Derecho de propiedad horizontal*, Barcelona, 1961, pág. 132.

(12) *Ob. cit.*, pág. 143.

(13) *Ob. cit.*, pág. 143.

(14) MONET ANTÓN: *Problemas de técnica notarial...*, cit., pág. 259.

artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, MONET considera que se trata de una propiedad horizontal básica, en el sentido de que no es un elemento común de los que como tales califica el artículo 396 del Código civil (15).

SAPENA TOMÁS defiende igualmente la existencia, conforme a la legalidad vigente (art. 396 del C. c. y Ley de Propiedad Horizontal), del departamento procomunal (16).

A nuestro entender, y sin perjuicio de que volvamos más adelante sobre el tema, el departamento procomunal tiene—o puede tener—una existencia legal, con arreglo al artículo 4 de la ley, con unos caracteres primarios que se deducen del propio enunciado del precepto: 1) nos encontramos ante un departamento de aprovechamiento independiente y objeto de propiedad separada; 2) perteneciente en *pro indiviso* a copropietarios del edificio; 3) la proindivisión se debe haber establecido de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios de dicho departamento, y 4) no es ejercitable la acción de división.

III. LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO ANTE LA NUEVA FIGURA

Hasta este momento hemos defendido la existencia del departamento procomunal dentro del inmueble porque, por un lado, pensamos responde a una necesidad sentida en muchos casos por los propietarios y vecinos de un mismo edificio y, por otro, porque estamos convencidos que su constitución no sólo no contradice la legalidad vigente, sino que la desarrolla y completa.

Para mejor comprender las cuestiones que respecto al departamento procomunal se han planteado ante la Dirección General de los Registros y del Notariado es preciso destacar dos notas, no únicas, pero sí características de esta figura: 1.^a) La participación en la titularidad del departamento procomunal viene dada en razón de la vinculación a un piso o local del edificio en cuestión. Las necesidades de tipo económico, asistencial, benéfico, etc., que abogan por la existencia de este departamento requieren la preexistencia de la titularidad del piso o local en régimen de propiedad horizontal; serán normalmente los propietarios de un determinado inmueble los que decidan financiar los gastos comunes que del mismo se derivan o los que piensen establecer en los bajos del

(15) *Ob. cit.*, pág. 260.

(16) SAPENA TOMÁS, en el trabajo citado, efectúa un sugerente estudio sobre la naturaleza y disposición de pisos y locales *pro indiviso* en propiedad horizontal.

edificio un club social, etc. 2.^a) La constitución de este departamento exige un concurso de voluntades puestas al servicio de unos intereses o de unas necesidades comunes sentidas por un grupo o por todos los propietarios del edificio.

Las notas que acabamos de dibujar (a saber, la concurrencia de intereses, que desemboca en un régimen de cotitularidad, y la accesoriedad de este derecho respecto del de propiedad sobre un piso o local de inmueble) plantean un tema de indudable interés. Parece evidente que el derecho sobre el departamento procomunal deberá tener como una de sus exigencias—la gran mayoría de las veces—su indisposición respecto de personas extrañas al inmueble; resulta claro que disponer de la respectiva cuota correspondiente al departamento en favor de un tercero ajeno a la comunidad de propietarios contraría la finalidad que con el mismo se pretende alcanzar. Bien, ¿estamos en este caso ante una verdadera prohibición de disponer?, ¿debemos calificar técnicamente como tal a la cláusula que en estos términos apareciese en el título constitutivo de la propiedad horizontal, en las normas de régimen interior o en los estatutos del inmueble? De ser así podía pensarse que nos encontramos en presencia de una disposición que atenta contra el principio fundamental de libertad de disponer recogido en el artículo 348 del Código civil, a la vez que se incurre en uno de los supuestos del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, que impide su acceso al Registro (17). No creemos que sea éste el caso, pero antes de ofrecer nuestra opinión veamos dos resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que abordan—de modo más directo la segunda—el tema del departamento procomunal, a propósito precisamente de la cuestión suscitada.

En la Resolución de 4 de noviembre de 1968 se sienta una doctrina que va en la línea de la prohibición de disponer, anteriormente indicada. El supuesto de hecho, en lo que al punto que tratamos nos interesa, se presenta del modo siguiente: Al vender una porción indivisa del garaje de una casa, se pretende que sólo puedan utilizarla en el futuro los que sean dueños de algún piso o local de la misma casa. Se quiere excluir que puedan ser propietarios de la parte correspondiente del garaje y, en consecuencia, puedan guardar allí sus vehículos las personas que no sean al mismo tiempo propietarias de algún local del mismo edificio. La propiedad del garaje se configura como accesoria de la de viviendas. Hasta aquí

(17) El artículo 27 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 26, párrafo tercero, niega la posibilidad de ser inscritas y, por tanto, de ser eficaces frente a terceros a las prohibiciones de disponer constituidas negocialmente a título oneroso. Únicamente las prohibiciones de disponer contenidas en actos gratuitos—disposiciones de última voluntad, donaciones—tienen acceso al Registro. Las onerosas, por el contrario, en ningún caso son susceptibles de inscripción.

el resumen de los hechos. El Registrador que debía calificar la escritura no admitió la inscripción, entre otras razones, por «contener la cláusula séptima (18) una prohibición de disponer, no inscribible—artículo 27 de la Ley Hipotecaria—». El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en apelación interpuesta por el Notario recurrente, defiende respecto de la cláusula séptima de la escritura—que recoge la parte del supuesto que aquí interesa—, que dicha cláusula «contiene una obligación de no disponer, en cuanto no permite al propietario transmitir libremente la cuota adquirida más que a determinadas personas, lo que si como obligación personal puede tener trascendencia, caso de incumplimiento, por la responsabilidad que pudiera originar, no tiene tal pacto acceso al Registro, por no tener su origen en uno de los supuestos del artículo 26 ni haberse garantizado, de otra parte, su cumplimiento mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real, y sin que ello impida la inscripción de la escritura, de conformidad con lo establecido en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario» (19).

AMORÓS GUARDIOLA, comentando la resolución que nos ocupa, sostiene que la finalidad que se persigue con el establecimiento de la cláusula séptima de la escritura es «perfectamente justificable, lícita y socialmente digna de protección por razones elementales de convivencia social dentro de la gran ciudad» (20). No se le escapa al autor citado la necesidad sentida en muebles urbanos de gran densidad que los sótanos de los edificios sirvan de garaje para los propietarios de los pisos o apartamentos. AMORÓS GUARDIOLA ve tres posibles vías jurídicas como solución a este problema:

a) La configuración del garaje como elemento común al constituirse el edificio en régimen de propiedad horizontal.

b) La creación de una comunidad *pro indiviso* constituida por los interesados con el propósito de que se emplee para el servicio o utilidad común de todos los propietarios. Esta posibilidad legal quedaría apuntada en el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal.

(18) La cláusula séptima de la escritura establecía que «la participación indivisa de garaje objeto de esta venta no podrá enajenarse si no es conjuntamente con otra vivienda de la misma casa o a favor de quien ya fuere propietario de otra vivienda de dicho edificio, y no dará lugar a derecho de retracto alguno de condueños, todo ello por tratarse de una comunidad de fin, establecida sobre este garaje, destinada a que los propietarios de las distintas viviendas de la misma casa puedan tener en ella el garaje para sus propios coches».

(19) Puede verse la Resolución comentada en el *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1968, págs. 72 y ss.

(20) Véase comentario a la Resolución de 4 de noviembre de 1968 en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 1969, págs. 771 y 772.

c) La prohibición de disponer a persona ajena a los dueños de los pisos (21).

La solución c)—que es la acogida por la Dirección General—se le presenta como la legal y formalmente ortodoxa; sin embargo, el resultado práctico a que conduce no le resulta suficientemente satisfactorio. Tal vez —dice AMORÓS GUARDIOLA—fuese oportuna y justa una línea de interpretación jurisprudencial más abierta, que sancionara como válidas situaciones semejantes a las que aquí se contemplan, por considerarlas de distinta naturaleza que la mera prohibición de disponer aisladamente considerada. Sin embargo, y en tanto esto no se produzca—concluye—, «parece que sólo será posible enfocar eficazmente problemas como el que nos ocupa, mediante la configuración del garaje—o del local subordinado a todos los demás—como elemento común de los pisos separados en la propiedad horizontal. Lo cual nos sigue pareciendo el medio técnicamente adecuado para conseguir esta finalidad» (22). En definitiva, si bien AMORÓS GUARDIOLA entrevé una solución distinta más apropiada a los intereses en juego, opta al final por acudir al expediente de los elementos comunes como el medio técnicamente más ortodoxo para obtener la finalidad perseguida.

Resolución de singular interés para el tema que tratamos es la de 20 de diciembre de 1973. En la misma se plantea el problema del departamento procomunal en toda su virtualidad y eficacia, a la par que se ofrece por la Dirección General una solución, a nuestro juicio, más correcta y compatible con los intereses de los propietarios, presentando una vía de interpretación de la Ley de Propiedad Horizontal más en consonancia con la realidad que pretende regular. Presentemos, primero, el supuesto de hecho: Por escritura pública algunos condueños de una casa describieron los departamentos que la integraban y los asignaron a sus respectivos propietarios. No comparecieron todos los condueños y algunos de los otorgantes, que lo fueron por representación, sólo habían recibido poder para declarar la obra nueva, pero no para regular la propiedad, como, en efecto, lo hicieron en unos Estatutos, pues esto quedaba pendiente de aprobación y regulación por todos los interesados. Uno de los copropietarios vendió el piso sexto, puerta 12, que le pertenecía, así como la correspondiente plaza de garaje en el sótano, destinado a aparcamiento de 14 automóviles, al tiempo que se reservaba la participación que le correspondía en la planta baja. Por otra escritura posterior, los copropietarios del inmueble ratificaron la inicial, excepto el contenido

(21) *Ob. cit.*, pág. 772.

(22) *Ob. cit.*, pág. 773.

de los Estatutos, que fueron rectificadas, aprobándose otros, que comienzan así:

«El régimen de propiedad horizontal del edificio se regirá por las disposiciones legales, con estas particularidades, cuyas normas tienen plenos efectos reales y *erga omnes*:

1.^a El destino exclusivo del sótano (departamento núm. 1) es el de aparcamiento de automóviles o garaje como departamento procomunal, con arreglo a las determinaciones de la presente regla.

Su uso y aprovechamiento corresponde única y exclusivamente a las 14 viviendas, que son los departamentos 3 al 9 y 11 al 17, esto es, menos la vivienda puerta 8.

Cada una de dichas 14 viviendas, con derecho al uso y aprovechamiento del sótano, tiene como derecho anejo el del aparcamiento de un vehículo que sea factible de aparcar dentro del espacio que resulte de dividir entre 14 la superficie del sótano, de modo que permita su mejor aprovechamiento como garaje. El uso de este aparcamiento individual podrá ser cedido a otra persona que sea titular de una de dichas 14 viviendas. Igualmente podrá cederse a la misma persona a la que se cede el uso de la vivienda, que lo tiene como derecho anejo. Pero en ningún caso podrá transmitirse con carácter perpetuo, separando cada derecho a un espacio de su correspondiente vivienda, ni podrá resultar que por un mismo derecho a un espacio se pueda aparcar más de un coche. Y en todo caso de cesión de uso deberá comunicarse al presidente de la Comunidad, remitiéndole copia del correspondiente documento con el nombre y circunstancias del cesionario y de las características del vehículo que se pretenda aparcar.

El sótano no contribuirá a los gastos generales del edificio ni de sus elementos comunes, pues el valor de cada vivienda con derecho al mismo ya se ha estimado en función de éste, y por ello ya contribuye por su derecho a tales gastos generales.

En cuanto a los gastos que origine el uso y administración del garaje, serán satisfechos a partes iguales por las 14 viviendas que a él tienen derecho, tanto si lo usan como si no, siendo responsables de aquéllos, con carácter solidario, el titular de la vivienda y aquel a quien haya cedido el uso de su derecho.»

Presentada en el Registro la escritura fue denegada su inscripción por un doble orden de razones:

- Porque en ella se subordina la enajenación de los derechos sobre el local destinado a garaje a la disposición conjunta con locales destinados a viviendas del mismo disponente (*sic*), sin que resulte

de la descripción de estos últimos que sean anejos a ellos los derechos sobre el garaje, por lo que mediante la cláusula cuya inscripción se deniega, se establecería sobre este departamento derechos no a favor de un titular cierto y determinado, sino meramente determinable a través de la titularidad de una vivienda que constituye una entidad registral distinta e independiente, fórmula ésta no reconocida en modo general por nuestro Ordenamiento.

- Porque, en todo caso, se establece una traba a la plena facultad de disponer distinta de las que las leyes admiten y regulan, y no comprendida en los casos de permisión del artículo 26 de la Ley Hipotecaria.

Contra la anterior calificación, el Notario que había autorizado el instrumento interpuso recurso gubernativo, sosteniendo que la estipulación convenida debía inscribirse porque:

- No eran aplicables al caso que nos ocupa las conclusiones de carácter general a que ha llegado la doctrina y la jurisprudencia en materia de titularidades *ob rem* y *propter rem*, al negar su acceso al Registro de la Propiedad, estimando que se trata de figuras o relaciones de derecho real no reconocidas en nuestro Ordenamiento, por cuanto nos encontramos ante una normativa especial, nueva, completa y distinta: la de la propiedad horizontal.
- La adscripción de la titularidad del sótano-garaje a la de las viviendas, a cuyo servicio exclusivo se destina, está amparada tanto por el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, como una consecuencia lógica del mismo, como por el artículo 5, al permitir que el título constitutivo contenga reglas del ejercicio del derecho en orden al uso o destino de los diferentes pisos o locales formando parte del Estatuto privativo, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad afectará a terceros.
- Ni en la Ley de Propiedad Horizontal, ni en el Código civil, ni en la legislación hipotecaria, existe norma alguna que prohíba esta dependencia en la titularidad entre unos departamentos independientes y un departamento en común construido y regulado para el servicio exclusivo de aquéllos.
- No se trata de una prohibición de disponer a título oneroso de las que veta el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, sino de una regla de un Estatuto de propiedad de un todo—el edificio—que afecta a sus partes como la Ley de Propiedad Horizontal permite.

El Registrador en su informe, respecto del garaje, mantuvo su carácter de elemento común, a la vez que defendió la existencia, en la escritura, de una prohibición de disponer. El presidente de la Audiencia confirmó la tesis del Registrador en este punto, por lo que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus argumentos anteriores, a los que añadió: que la cuestión acerca de la licitud o ilicitud del pacto según el cual queda prohibida la transmisión del derecho de aparcamiento de automóvil en el sótano-garaje de un edificio en propiedad horizontal, con independencia de la correspondiente vivienda, no debe plantearse en el campo de las prohibiciones de disponer, sino en el de la propiedad horizontal; que el pacto referido no contiene, en sentido estricto, una prohibición de disponer, sino una regulación de uso del sótano-garaje, que se vincula a la titularidad de las viviendas beneficiarias de las plazas utilizables de aparcamiento de automóviles, y que una de las limitaciones legales de la propiedad, a las que alude el artículo 348 del Código civil, es precisamente la Ley de Propiedad Horizontal, sin que, por tanto, sean aplicables a este supuesto las prohibiciones generales establecidas para transmisiones gratuitas o que difieran de la misma por otras causas.

Hasta aquí, pues, el planteamiento de las distintas posiciones que sobre el supuesto referido mantuvieron el Registrador y el Notario. La inclusión, con alguna amplitud, de sus respectivas argumentaciones son, a nuestro entender, de enorme interés porque revelan las diferentes posturas—tal vez fuera mejor decir las dos perspectivas—a que puede dar lugar la figura que consideramos. La tesis del Registrador venía apoyada por la Resolución de 4 de noviembre de 1968, que constituía, por tanto, un valioso precedente. Los argumentos del Notario recurrente partían de una interpretación nueva, que si bien tenía a su favor una mayor aproximación a la realidad de los hechos y a los intereses en juego, suponía una opción desconocida y contraria a la Resolución mencionada.

La Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve:

A) Desistido el primer defecto de la Nota de calificación, la cuestión planteada se reduce, en efecto, a la licitud del pacto estatutario en inmueble bajo régimen de propiedad horizontal, que, al regular el destino exclusivo del sótano—que aparece como finca independiente, departamento número 1—para aparcamiento de los titulares de las viviendas, prohíbe que en ningún caso se transmita esta propiedad separadamente de la vivienda, lo que podría suponer traba a la plena facultad de disponer, distinta de las admitidas por las leyes, y en especial por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria.

B) Al establecerse el destino exclusivo de sótano «para aparcamiento de automóviles o garaje», cuyo uso y aprovechamiento corresponde «úni-

ca y exclusivamente a las 14 viviendas», se confiere el carácter de elemento procomún a dicho sótano, y de conformidad con el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, se ordena un adecuado uso, en cuya regulación, si no se llegó a especificar plazas de garaje concretas—jaulas o simples espacios—adscritas a las distintas viviendas como anejas a éstas, repitiendo el esquema de la propiedad horizontal, de un espacio arquitectónico acotado, de uso singular y exclusivo de puertas adentro, y el resto del inmueble con sus servicios, de propiedad y su uso compartido, quedan, sin embargo, fijados los correspondientes derechos y limitaciones que tal propiedad común comporta.

C) Dentro de tal regulación, aquellas limitaciones que saliendo al paso de un abusivo ejercicio de los derechos de los titulares de viviendas prohíban la transmisión de este derecho comunal con independencia de la correspondiente titularidad de propietarios a que está aquél vinculado, no hacen sino reiterar una limitación institucional del régimen de la propiedad especial por pisos, según lo proclamado por el último párrafo del artículo 3 de la ley, y en el mismo artículo 4, *in fine*, al negar la acción divisoria, y en este sentido no se atenta con ello al fundamental principio de libertad de disposición del artículo 348 del Código civil, ni se está ante uno de los supuestos a los que el artículo 27 de la Ley Hipotecaria impide su acceso al Registro.

De esta Resolución son de destacar los siguientes puntos:

- El reconocimiento del elemento procomún de cuyo carácter pueden gozar ciertas partes de un edificio.
- Su configuración legal, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal.
- La limitación consistente en la prohibición de transmitir este derecho comunal con independencia de la correspondiente titularidad de propietarios a que está aquél vinculado no es sino una limitación institucional del régimen de la propiedad horizontal, por lo que ni se atenta contra el artículo 348 del Código civil, ni se incurre en ninguno de los supuestos señalados en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria.

No obstante el comentario poco favorable de algún autor (23), creemos que esta Resolución presenta un interés especial, por cuanto al enfrentarse con una figura relativamente nueva aporta unos criterios de interpretación

(23) Puede verse el comentario de CARRETERO GARCÍA a la Resolución de 20 de diciembre de 1973 en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 1974, págs. 635 y ss.

de la Ley de Propiedad Horizontal más acordes con la realidad de los hechos y los intereses en juego.

Tanto en el supuesto de hecho de la resolución comentada como en otros análogos (piénsese, por ejemplo, en el establecimiento de una guardería infantil al servicio de los vecinos o en un gimnasio) parece clara la necesidad o, en su caso, la conveniencia de destinar un piso o local a un fin determinado. El piso o local del edificio constituirá un departamento más del inmueble, que gozará de un aprovechamiento independiente y será objeto de propiedad separada (24). De este departamento serán cotitulares los condueños del inmueble.

Punto difícil—insalvable, al menos en apariencia—de cara a su viabilidad registral lo constituye la presencia de un pacto en la escritura configuradora del departamento procomunal, cuyo resultado perseguido no es otro que el de limitar las posibilidades de disposición de las cuotas que cada uno de los copropietarios tiene en el citado departamento. La sola y aislada consideración del pacto puede llevar a sostener que en él se encierra una auténtica prohibición de disponer. En nuestro criterio —y aquí la Dirección General de los Registros y del Notariado acierta plenamente en su Resolución de 20 de diciembre de 1973—, este pacto debe ser estudiado en un contexto más amplio dentro del ámbito de la propiedad horizontal. De este modo, el pacto se presenta no como una prohibición de disponer, sino como una limitación institucional, que nace de la existencia misma de la figura que estudiamos, tal y como aparece configurada por la voluntad de los particulares. Sólo con una visión del derecho de propiedad que desmiembre su contenido en una suma de facultades y que olvide la especial significación de la propiedad horizontal se puede sostener con éxito la tesis de la prohibición de disponer.

IV. CONFIGURACION JURIDICA DEL DEPARTAMENTO PROCOMUNAL

En este apartado nos vamos a referir a tres puntos concretos: la tipificación legal del departamento procomunal, su naturaleza jurídica y el régimen jurídico aplicable.

(24) Con buen criterio advierte SAPENA TOMÁS (*ob. cit.*, págs. 91 y 92) que si el elemento procomunal es un piso o local susceptible de aprovechamiento independiente y objeto de propiedad separada, acarrearán como ineludible consecuencia la necesidad de su descripción en el título constitutivo, a la que acompañará, entre otros requisitos, la fijación de su cuota valor. La no fijación de cuota valor se traduciría, a juicio de este autor, en una injusticia o en una rémora para su evolución, en función del servicio que puede prestar en los distintos casos que su propia dinámica le presente.

1. NUEVO TIPO CREADO AL AMPARO DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Parece claro que estamos ante un verdadero derecho real; sin embargo, esta afirmación nos lleva a plantearnos otra cuestión: ¿Nos encontramos ante una nueva figura de derecho real? ¿Es posible esto en nuestro Ordenamiento?

Sabido es que en el Código civil no hay textos que de forma diáfana se refieran al problema del *numerus clausus* o *apertus* en los derechos reales. El artículo 1.280, 1.º, del Código se refiere a «los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales...», con lo que, en definitiva, se viene a decir que la autonomía privada puede crear, modificar o extinguir tales derechos; no obstante, no se prejuzga la libertad que los particulares puedan tener para configurar nuevos tipos de derechos reales no regulados de modo expreso por la ley. Falta en esta materia preceptos como los artículos 668, 1.º, y 764 con relación a los testamentos, o como el 1.255 para los contratos.

El artículo 2 de la Ley Hipotecaria, al ocuparse de los títulos inscribibles, menciona aquellos «en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis... y otros cualesquiera reales»; pero, como acertadamente se cuidan de advertir PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, tampoco este artículo prejuzga el problema (25). En cambio, el artículo 7 del Reglamento Hipotecario parece sancionar el sistema del *numerus apertus* al establecer que «no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan (se refiere a los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del art. 2 de la Ley Hipotecaria), sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que sin tener nombre propio en Derecho modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales». Toda modificación en ese sentido tendrá efecto real—explican los anotadores de ENNECCERUS—, porque si su eficacia fuere meramente obligatoria no se hablaría de modificación de facultad, sino de obligación de no cesar del propio derecho en cierto sentido. Por tanto, las modificaciones que autoriza el artículo 7 del Reglamento Hipotecario representan gravámenes, limitaciones reales del contenido de la propiedad o de un derecho real. Pero—terminan PÉREZ

(25) *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolff*, tomo III, vol. 1.º, Barcelona, 1971, pág. 24.

GONZÁLEZ y ALGUER—siempre será impreciso el límite de la libertad de configuración que parece establecer dicho precepto (26).

Esta interpretación doctrinal, que ha sido con frecuencia sustentada por el Tribunal Supremo, se ha visto en ocasiones apoyada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (27). Por su interés, no sólo para el problema del *numerus clausus* o *apertus*, sino también para el tema que estamos tratando, recogemos aquí un considerando de la sentencia de 22 de enero de 1953, en el que nuestro más alto Tribunal adopta un criterio flexible y abierto en torno a la problemática de los derechos reales:

«Entre las múltiples modalidades que por razón de su elasticidad o diferente amplitud de las facultades de uso, disfrute y disposición puede revestir el dominio, la más irregular y difícil de catalogar en nuestro Derecho es aquella en que el suelo y el vuelo de una finca, con sus respectivos aprovechamientos, corresponde a titulares distintos, pues si guarda alguna afinidad con otras figuras específicamente reguladas por el legislador, como la servidumbre personal y la copropiedad, a efectos singularmente esta última de la acción de retracto, o con el derecho de superficie, carente de la debida regulación legal, las normas de aquellas instituciones típicas no son exactamente aplicables al supuesto del dominio compartido que es objeto de examen en estos autos, caracterizado, en definitiva, como relación jurídica innominada de derechos yuxtapuestos sobre una misma finca, que en su ejercicio puedan entrar en colisión por la incompatibilidad que provoque la concurrencia del pleno señorío de los titulares del suelo y del arbolado, recíprocamente limitados o restringidos por el derecho ajeno, y en estos supuestos de incompatibilidad de facultades dominicales, sin abandonar por completo el ordenamiento jurídico de las instituciones afines, es preciso idear la regla razonable que armonice las facultades en colisión, atendiendo preferentemente al título constitutivo del dominio y a las disposiciones generales que en el derecho positivo gobiernan el instituto de la propiedad, y sólo a falta de norma legal exactamente aplicable al punto controvertido habría de ser llenada esta laguna con las reglas supletorias del derecho consuetudinario si se demuestran los presupuestos de hecho determinantes de su nacimiento y subsistencia.»

(26) *Ob. cit.*, pág. 24.

(27) Véase, por ejemplo, la Resolución de 20 de septiembre de 1966.

Este considerando ha sido recogido en su casi totalidad por la sentencia de 10 de diciembre de 1962.

Si tenemos en cuenta, por un lado, la justificación legal expuesta, que parece apoyar una moderada postura de *numerus apertus* en la creación o configuración de derechos reales; si, por otro, el Tribunal Supremo e incluso la Dirección General de los Registros y del Notariado, ésta de modo más restrictivo, apoyan un criterio de admisión de nuevos tipos de derechos reales; si, además, tenemos presente el especial significado de la Ley de Propiedad Horizontal, no nos parece arriesgado acoger la tesis favorable al *numerus apertus*. Ahora bien: es necesario puntualizar que estas consideraciones que acabamos de hacer no pueden conducirnos sin más a sostener una amplia libertad de configuración de nuevos derechos reales; pretendemos únicamente dejar constancia de que si partimos de una moderada postura permisiva—que nos debe conducir en cada caso a un detenido estudio de las pretendidas figuras reales—en la creación de nuevos tipos de relaciones jurídico reales, a la que hay que añadir el especial ambiente que rodea a la propiedad horizontal, propenso al juego de la voluntad privada dentro de los cauces que la propia ley establece, es lícito pensar en el departamento procomunal como una nueva figura nacida al amparo de la ley y configurada por la autonomía privada.

En síntesis, el que nos decidamos por considerar el departamento procomunal como un nuevo tipo de derecho real nacido al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal y delineado por la voluntad concurrente de los propietarios de un edificio no supone adoptar una postura apriorística en favor del *numerus apertus* en los derechos reales dentro de nuestro Ordenamiento jurídico, sino, antes bien, aprovechar las posibilidades que la Ley de Propiedad Horizontal y su entorno socioeconómico nos ofrecen. Sólo desde esta perspectiva podemos hablar de *numerus apertus* en nuestro caso (28).

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO PROCOMUNAL

Venimos hablando del departamento procomunal como figura que, apuntada en la ley, viene creada por la voluntad de los particulares; hora es de que nos preguntemos por su naturaleza jurídica, cuestión ésta importante porque de ella se hará depender el régimen jurídico aplicable.

Toda explicación sobre la naturaleza jurídica del departamento pro-

(28) Como doctrina más reciente sobre la cuestión de la tipicidad en los derechos reales puede consultarse el sugerente ensayo de SANCHO REBULLIDA: «El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra», en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1974, págs. 67-90.

comunal no debe alejarse un ápice del contorno más amplio que le rodea, a saber, la propiedad horizontal. Sólo desde una consideración que tenga su base en la propiedad horizontal cabe plantearse correctamente qué sea el departamento procomunal, pues, en definitiva, éste no es sino un desarrollo lógico de la dinámica de este tipo de propiedad.

Como es sabido, la regulación legal de la propiedad horizontal está hecha en nuestra legislación únicamente desde el punto de vista del derecho sobre los bienes. No existe un tipo especial de sociedad inmobiliaria urbana. Por tanto, las construcciones doctrinales se han asentado sobre el dato de que la propiedad del inmueble pertenece directamente, sin interposición de persona jurídica alguna, a los propietarios efectivos de los pisos o departamentos. Sobre este presupuesto se han montado las diversas teorías explicativas acerca de la propiedad horizontal, que, en síntesis, pueden ser reducidas a dos: tesis unitaria y tesis dualista (29).

La tesis unitaria, que funda su construcción en la esencial unidad del inmueble, define la propiedad horizontal como un estado de derecho que tiene la naturaleza de una comunidad, voluntaria por su origen, pero forzosa en su permanencia, integrada por los titulares de los pisos o departamentos, quienes ostentan un derecho indiviso e indeterminado sobre los elementos comunes de la finca, y determinado por la localización sobre espacios susceptibles de utilizarse independientemente, dentro de los cuales el titular tiene el ejercicio de una propiedad por los pertinentes preceptos legales y por las normas estatutarias que rijan la comunidad, encaminadas a salvaguardar por igual el interés y el derecho de todos los comuneros (30). Frente a esta tesis, de algún modo superada por el nuevo rumbo de la Ley de 1960, que busca elevar al máximo el proceso de individualización de este tipo de propiedad, se alza la concepción dualista. Esta teoría destaca el hecho de que la propiedad horizontal está compuesta por dos derechos: una titularidad dominical ordinaria sobre el piso o departamento de que se trate, y un derecho accesorio de copropiedad sobre los elementos comunes del inmueble. Tampoco la tesis dualista radicalmente formulada resulta del todo convincente: por un lado, fracciona innecesariamente la titularidad de cada copropietario en dos titularidades yuxtapuestas, siendo así que ambas integran un solo todo; por otro, la titula-

(29) Un resumido e interesante estudio sobre las concepciones teóricas de la indivisión inmobiliaria urbana puede verse en el trabajo de DE LA CÁMARA, GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT: «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana (ponencia de la Delegación española en la III Comisión del X Congreso Internacional del Notariado Latino)», en *Revista de Derecho Notarial*, 1969, abril-junio, 145-271.

(30) Vid. NAVARRO AZPEITIA: «Naturaleza y regulación de las casas divididas por pisos o departamentos», en *Cuestiones de Derecho Privado de nuestra posguerra*, Barcelona, 1942, pág. 50.

ridad de cada propietario no puede considerarse como una titularidad dominical totalmente autónoma y desconectada de las demás (31).

La naturaleza jurídica de la propiedad horizontal—sostienen DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO—está, en el fondo, irrevocablemente unida a la idea de copropiedad. Para captar la verdadera esencia de esta institución, dicen estos autores, hay que partir de una doble afirmación: la propiedad horizontal es una forma especial de copropiedad, pero, a su vez, la copropiedad es una forma especial de la propiedad. En la propiedad horizontal, el derecho de cada copropietario se proyecta, de una parte, sobre una porción materialmente determinada del inmueble de modo exclusivo y, de otra, sobre el resto de la finca, de modo semejante al que establece el artículo 394 del Código civil, según el cual «cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho». Así, pues, las limitaciones recíprocas a que conduce la coexistencia de varios dueños actúan, en la propiedad horizontal, en una doble dirección: por un lado, impiden a cada propietario servirse de aquellas partes de la cosa común reservadas exclusivamente a los demás; de otro, y con referencia a los elementos comunes, actúan según la mecánica normal del condominio (32).

Si hubiera que caracterizar con dos notas la propiedad horizontal, no dudaríamos en sostener que es en esta clase de propiedad en la que se recogen con mayor claridad e intensidad los dos principios predicables de toda relación dominical, a saber, la libertad del *dominus* y la vocación solidaria (33) del dominio.

Es precisamente dentro de esta caracterización de la propiedad horizontal donde debe tener asiento el departamento procomunal. Dentro de esta forma especial de copropiedad en que consiste la propiedad horizontal, el departamento procomunal constituye una especie de la misma fuertemente modalizada por su fin (34). El departamento procomunal se aparta del tipo de comunidad romana acercándose bastante a la germánica en cuanto le es inaplicable la acción de división, no existen cuotas negociables, la relación personal entre los copartícipes es base del mismo, etcétera. Sin embargo, no vemos la necesidad de encuadrar este departa-

(31) DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO, *ob. cit.*, pág. 262.

(32) DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO, *ob. cit.*, págs. 266 y 267.

(33) Utilizamos la expresión «solidaria» en su sentido vulgar y más usual, prescindiendo de su significado técnico, que hace de la solidaridad una subespecie de la mancomunidad en el régimen de las obligaciones.

(34) *Vid.* I Simposio sobre propiedad horizontal organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la zona de Levante: Tercera Comisión, *Los elementos objetivos de la propiedad horizontal*. Separata. Valencia, 1973, pág. 45. La Tercera Comisión tenía como ponentes a CANO TELLO, GARRIDO CERDÁ, GOERLICH PALÁU, PÉREZ PASCUAL, SOTO BISQUERT y VERDÚ BELMONTE.

mento en uno de los tipos de propiedad mencionados. Estamos ante un supuesto de copropiedad consistente en la concurrencia de titularidades respecto de una unidad independiente de propiedad horizontal, que, amparado en la propia ley, viene configurado como tal por la voluntad de los interesados en atención a su finalidad (35).

3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEPARTAMENTO PROCOMUNAL

Una vez delimitado el contorno del departamento procomunal y establecida su naturaleza jurídica podemos preguntarnos por el régimen jurídico aplicable.

Hemos visto cómo al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal ha surgido una nueva figura jurídica, el departamento procomunal. La participación de los distintos propietarios del inmueble en él da lugar a un derecho real de nuevo cuño, una de cuyas características más notables hay que encontrarla en la concurrencia de los copartícipes en la titularidad del mismo. Ahora bien: la concurrencia requiere unas reglas que la ordenen, ¿de dónde las deducimos? Hemos de distinguir tres planos:

A) *Plano del ámbito normativo*

En este plano debemos abordar, si bien con brevedad, dos puntos concretos: el papel de la autonomía de la voluntad en la Ley de Propiedad Horizontal y el juego del artículo 4 de la citada disposición.

La ley presenta una ordenación jurídica de la propiedad horizontal que aspira a ser completa. No es—al menos, en principio—necesario que los otorgantes del título constitutivo creen normas que regulen sus relaciones. Una vez constituida la propiedad horizontal, las normas que a ellas se refieren entran en funcionamiento automáticamente. Estas observaciones no impiden que en muchos casos la voluntad de los particulares crea necesario adaptar la normativa legal a los intereses en juego.

La ley, en términos generales, no se opone a que la reglamentación que ofrece pueda ser completada por otra reglamentación privada. De acuerdo con el artículo 396 del Código civil serán las disposiciones legales especiales y, en lo que éstas permitan, la voluntad de los particulares, las que han de ordenar esta forma especial de propiedad. La Exposición de Motivos de la ley faculta a que, por obra de la voluntad, se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la ley. Su artículo 5 establece que «el

(35) *I Simposio sobre propiedad horizontal...*, cit., pág. 44.

título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso y destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un Estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad».

Se hace, pues, necesario determinar en qué medida puede actuar la autonomía privada en el campo de la propiedad horizontal o, dicho en otros términos, hasta qué punto las normas y preceptos que regulan esta forma especial de propiedad son imperativos o dispositivos.

Parece correcto afirmar que en el ambiente de la ley se respira imperatividad. Esto no significa—advierten DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO—que los Estatutos o título constitutivo sólo puedan desviarse de la reglamentación legal en aquellos casos en que la propia ley expresamente así lo autorice. Lo que sucede es que la contraposición entre normas imperativas y dispositivas no siempre se presenta con nitidez. Son muchas las ocasiones en que los preceptos juridicoprivados se encuentran en una amplia zona intermedia de unas y otras, por lo que señalar el grado exacto de imperatividad de una norma es cuestión que habrá que decidir teniendo en cuenta distintos factores, como son la relación con otros de los cuales pueda ser complemento o consecuencia y, sobre todo, la finalidad y función a que responda la disposición legal. En todo caso, puntualizan estos autores, antes de condenar definitivamente un acto que no se adecue a lo que la ley establece, habrá que ponderar con sumo cuidado hasta qué punto contradice realmente la finalidad perseguida por aquélla y en qué medida, para alcanzar dicha finalidad, es indispensable acudir al expediente, siempre extremo, de la nulidad (36).

La Ley de Propiedad Horizontal parte de una clara distinción entre partes privativas y elementos comunes. Esta clasificación tiene carácter fundamental y no pueden los particulares prescindir de ella. Son también vinculantes los criterios legales, que sirven para definir lo privativo y lo común. Sin embargo, hay que actuar con un criterio flexible a la hora de calificar un elemento como privativo o común. Respecto de los elementos comunes, los esenciales o por naturaleza tienen imperativamente este carácter; sin embargo, los accidentales o comunes por destino entran dentro del juego de la voluntad y pueden incluirse libremente entre lo común y lo privativo (37). Es decir, que resulta perfectamente admisible que el

(36) *Ob. cit.*, págs. 238, 239 y 240.

(37) ESCRIVÁ DE ROMANÍ, F.: «Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 1967, página 1246.

título constitutivo les asigne carácter de departamento privativo, de anejo, de departamento procomunal o de elemento común propiamente dicho.

Respecto de los anejos, como sostiene ESCRIVÁ DE ROMANÍ, la voluntad privada puede determinar si estos elementos, generalmente sótanos, cuartos trasteros, desvanes, etc., son anejos o accesorios de un piso o local, o bien elementos comunes o incluso ellos mismos locales o pisos independientes. Ello nos indica que en esta materia prevalece lo dispositivo sobre lo imperativo, ya que, por ejemplo, un sótano susceptible de aprovechamiento independiente y con salida propia puede ser un elemento común, un anejo de un piso o un local más (38).

En definitiva, cabe señalar que si bien la Ley de Propiedad Horizontal tiene un marcado carácter imperativo, no obstante, dentro del ámbito de sus normas tienen acogida múltiples pactos, a la par que la interpretación de sus preceptos no debe hacerse de un modo literal o excesivamente ajustado al sentido gramatical de los mismos, sino poniendo especial atención en la *ratio iuris* de la norma que se interpreta (39). En este contexto, la autonomía privada debe jugar un decisivo papel configurador de nuevas situaciones, a través de las cuales se dé cauce a intereses perfectamente lícitos y dignos de protección. Este es precisamente el caso de la figura que nos ocupa.

Pero vayamos al segundo punto que, dentro del ámbito normativo, nos hemos propuesto considerar, el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal. Esta norma legal, que con anterioridad hemos transcrito (40), encierra tres importantes principios:

- La indivisión es consustancial a la propiedad horizontal.
- Cabe la división si ésta se lleva a cabo por cada uno de los propietarios sobre sus respectivos pisos o locales.
- La indivisión del piso o local se mantendrá siempre y cuando haya sido establecida voluntariamente en interés de todos los propietarios.

El departamento procomunal tiene cabida en la última parte del artículo 4. La norma, no obstante resultar ocasional e incluso insuficiente, aporta, a nuestro juicio, los datos necesarios para la construcción doctrinal de esta figura.

Este precepto nos habla de un piso o local, es decir, se trata de una unidad de la propiedad horizontal que si bien objetivamente puede ser considerada como elemento privativo, la voluntad de los propietarios la

(38) *Ob. cit.*, pág. 1244.

(39) ESCRIVÁ DE ROMANÍ: *Lo imperativo y lo dispositivo...*, cit., pág. 1261.

(40) *Supra*, núm. II.

configura como procomunal. En consecuencia, el departamento procomunal deberá ser descrito en el título constitutivo, a la vez que se le asigna cuota de participación con relación al valor total del inmueble.

El departamento se configura en situación de comunidad de varios titulares. Respecto de esta cuestión se han suscitado múltiples problemas (41), de los que tal vez el más interesante resulte el relativo a si el departamento procomunal debe pertenecer necesariamente a todos los titulares de elementos privativos en el edificio o basta con que lo sea de algunos de ellos. A nuestro entender, no hay obstáculo legal para que los cotitulares del departamento no sean todos los del inmueble (42). Cuando el artículo 4 de la ley se refiere a «todos los propietarios», está aludiendo a todos los propietarios *pro indiviso* del piso o local mencionado con anterioridad, es decir, a los que sean propietarios del departamento procomunal, con independencia de que sean todos los copropietarios del edificio o sólo parte de ellos (43).

B) *Plano de la aplicación*

Es precisamente en el plano de la aplicación de las normas en el que la concurrencia de derechos a que da lugar el departamento procomunal debe quedar sometida a los correctivos establecidos por la propia ley, a fin de que esta concurrencia resulte equitativa.

La actuación de los cotitulares del departamento procomunal debe estar guiada por los principios de buena fe y adecuado uso de su derecho, semejantes a los que para otras materias establece el Código civil (44). No es difícil encontrar en la Ley de Propiedad Horizontal reglas que pretendan facilitar la convivencia a la que aluden la Exposición de Motivos y el artículo 6 del texto legal: el propietario no puede con su actuación perjudicar los derechos de otro propietario (art. 7, párrafo 1.º); al propietario le está prohibida la realización de actividades dañosas, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres (art. 7, párrafo 3.º), etc. En esta misma

(41) Se ha discutido si pueden ser extraños al edificio propietarios del departamento procomunal; si el derecho de los titulares ha de ser de dominio o puede ser simplemente de uso; la relación proporcional entre la titularidad de la parte privativa y la procomunal, etc. Una exposición detallada de todas estas cuestiones puede encontrarse en SAPENA: *Naturaleza y disposición*, cit., págs. 33 y ss.; I Simposio sobre propiedad horizontal: *Los elementos objetivos*, cit., págs. 41 y ss.

(42) Sostienen una postura contraria: MONET y ANTÓN, *Problemas de técnica notarial...*, cit., pág. 260; VENTURA TRAVESET y GONZÁLEZ, *Derecho de propiedad horizontal...*, cit., págs. 142, en nota 1, y 143.

(43) Esta tesis ha sido mantenida por SAPENA, *Naturaleza y disposición...*, citado, pág. 94; CANO, GARRIDO, GOERLICH, PÉREZ PASCUAL, SOTO y VERDÚ, *Los elementos objetivos de la propiedad horizontal...*, cit., pág. 42.

(44) Pueden consultarse a este fin los artículos 594, 1.258 y 1.316 del Código civil, entre otros.

línea, el artículo 9 de la ley establece como una más de las obligaciones del propietario observar la diligencia debida no sólo en el uso del inmueble, sino incluso en sus relaciones con los restantes titulares.

Puede decirse, en definitiva, que para la figura que estamos estudiando rigen plenamente todas las normas que a lo largo de la Ley de Propiedad Horizontal conllevan un criterio ordenador de la convivencia entre los distintos titulares.

C) *Plano de la investigación integradora*

Más allá de la actividad propiamente interpretativa—se lee en la Exposición que precede al texto articulado del nuevo Título Preliminar del Código civil—figuran la analogía y el derecho supletorio. Tanto una como otro han de cumplir aquí su cometido, si bien el Código civil, excepción hecha del artículo 396, como derecho supletorio, será utilizado en muy última instancia.

La analogía, que no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, va a desempeñar un importante papel en el régimen del departamento procomunal, en virtud de la escasa regulación que del mismo hace la ley. Esta parquedad legal quedará salvada por la aplicación analógica de los criterios que dimanen de la ley y de los supuestos en ella configurados.

Si la titularidad del departamento procomunal está inserta dentro de la total propiedad horizontal del edificio, lógicamente deberá aplicarse a aquél la ley que configura ésta. Dado que el departamento procomunal es un departamento independiente, le serán de aplicación a cada titular las mismas normas de su derecho sobre su local privativo, siempre, por supuesto, en consonancia con el propio carácter y finalidad de aquél. La regulación de los acuerdos en la Ley de Propiedad Horizontal queda referida a la Junta de propietarios, por lo que con un criterio analógico resulta más procedente aplicar esta normativa a las decisiones sobre el departamento procomunal que las del Código civil, pensadas para una comunidad esencialmente diferente (45). Respecto a la existencia de derechos de tanteo y retracto, sabido es que la Ley de Propiedad Horizontal, en la redacción que ofrece del artículo 396, excluye estos derechos de adquisición preferente en caso de enajenación de un piso o local; si a esto añadimos que el derecho del titular en el departamento procomunal es real y va unido al de propiedad del piso o local privativo, la orientación

(45) Este es el criterio adoptado por la Tercera Comisión, que tuvo a su cargo la ponencia sobre *Los elementos objetivos de la propiedad horizontal* en el I Simposio que sobre ésta se celebró en Valencia. *Vid. ob. cit.*, pág. 47.

de la ley y la naturaleza de la titularidad del departamento procomunal abogan por la no aplicación de tales derechos.

Estas y otras muchas cuestiones que se puedan plantear deberán resolverse con el criterio expuesto. Podemos afirmar, para concluir, que en el plano de la investigación analógica se deberá deducir de la propia ley los principios que no aparezcan perfectamente formulados, sin perjuicio de acudir, como último recurso, al Código civil por su carácter supletorio general y en cuanto no contradiga la naturaleza y fundamento propios de esta institución.

ENRIQUE RUBIO

Profesor adjunto de Derecho Civil
de la Universidad de Navarra