

II.1. DERECHO CIVIL

NOTAS EN TORNO A LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Por la Dra. MARGARITA FERNÁNDEZ ARROYO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Extremadura

Resumen

El trabajo tiene por objeto el análisis de la evolución experimentada en la llamada propiedad horizontal, cuya institución, además de gozar de una rabiosa actualidad, se ha visto expuesta, en su corta existencia, a profundos cambios de orientación, los cuales han contribuido, de manera decisiva, en la conformación de su configuración jurídica. Por ello, se ha dedicado una singular atención a las vicisitudes legislativas por las que ha atravesado la figura desde su consagración en el art. 396 del C.c. hasta la concepción que ahora nos presenta la Ley 49/1960, de 21 de julio, tras las numerosas aportaciones introducidas por la reforma efectuada por la Ley 8/1999, de 6 de abril. Al hilo de la exposición se han ido determinando los perfiles diferenciales existentes entre el régimen de propiedad horizontal y otras figuras afines, como sucede con el sistema de la comunidad de bienes y con los complejos inmobiliarios privados.

Abstract

This paper aims to analyze evolution in the so-called horizontal property, which is in vogue and experiencing great changes. Such a configuration has led to the juridical setting up of horizontal property. As a result, since its conception by Law 49/1960 and its founding in art. 396, after many reforms in Law 8/1999, the description of horizontal property contrasts with other similar concepts, such as the goods community system and private state and land ownership.

SUMARIO

- I. RASGOS GENERALES DE LA INSTITUCIÓN
- II. VICISITUDES LEGISLATIVAS: ESPECIAL REFERENCIA A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 8/1999, DE 6 DE ABRIL
- III. SISTEMA DE FUENTES
- IV. REQUISITOS CONSTITUTIVOS DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

I. RASGOS GENERALES DE LA INSTITUCIÓN

Desde una perspectiva estrictamente material la propiedad horizontal se puede configurar como el conjunto inmobiliario urbano, caracterizado porque las distintas viviendas y locales que constituyen el objeto de las propiedades separadas, se integran, junto con los elementos, instalaciones y servicios comunes, en un mismo edificio, formando desde el punto de vista estructural una inescindible unidad. A esta situación fáctica también responde la edificación compuesta por varios bloques de viviendas cuando entre ellos exista la correspondiente dependencia en el orden arquitectónico y urbanístico¹. Este modo de construcción comenzó a difundirse a raíz del aumento de la demanda de vivienda, desencadenada por el flujo migratorio producido a las ciudades tras el abandono de las estructuras agrarias de producción, pues, para satisfacer dicha exigencia se procedió, ante la escasez y carestía del suelo, a la superposición horizontal de los distintos pisos y locales, proyectando la extensión de las edificaciones hacia la línea vertical², aunque en la actualidad muchas construcciones se extienden de manera contigua y no superpuesta. A ello ha contribuido el aumento del nivel de vida y del consumismo de los tiempos más modernos³. Por ello, se puede, sin lugar a dudas, afirmar, que, además de gozar de una rabiosa actualidad, la propiedad horizontal es un nítido resultado de las necesidades económicas y sociales.

Pero lo verdaderamente relevante, a los fines que aquí interesan, es que el régimen de propiedad horizontal da lugar a una forma especial de propiedad,

¹ Así lo ha venido a poner de manifiesto, recientemente, Peña Bernaldo de Quirós, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo I, 4.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, págs. 528 y 535, texto y notas 23 y 23 bis, al considerar que hay propiedad horizontal cuando las diversas propiedades autónomas integran un solo edificio, y también, cuando los distintos edificios, objeto de diversas propiedades, recaen sobre una parcela urbanísticamente indivisible, por existir unidad de parcela urbanística, de paredes maestras, conducciones y desagües. En favor de dicha solución ha invocado la aplicación del art. 82 del R.D. 1089/1997, de 4 de julio, por el que se aprobaron las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Desde el punto de vista jurisprudencial, el Alto Tribunal negó en la sentencia dictada el 25 de mayo de 1992 (R.J. 4379), que constituyeran fincas independientes *las que están interiormente unidas, se alzan en único solar y tienen posibilidad de regirse por un solo estatuto, como tantas y tantas urbanizaciones de las llamadas planas que pueden constituir una sola comunidad.*

² Prats Albetosa, *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, coordinado por Ángel M. López López y Vicente L. Montés Penadés, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 411, ha cifrado en el movimiento migratorio la causa de la recuperación del viejo concepto de explotación, representado por la denominada *ínsula romana*.

³ Con dichos términos se ha expresado Luna Serrano, *Elementos de Derecho civil III del Profesor Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, nueva edición, Dikinson, Madrid, 2000, pág. 394, tras indicar que la propiedad horizontal, lejos de constituir un fenómeno aislado, ha alcanzado unas dimensiones explosivas.

surgida como consecuencia de la coexistencia, en el mismo edificio, de una pluralidad de propietarios, por cuanto cada uno de ellos ostenta un derecho complejo, por estar, a su vez, integrado por dos elementos: la propiedad separada sobre cada piso o local y la comunidad compartida sobre los elementos comunes. De esta yuxtaposición derivan las distintas peculiaridades que lo delimitan y completan y de las que emana su indiscutible complejidad, como se infiere de cuantas prevenciones legales restringen su contenido y las posibilidades de ejercicio de este específico derecho real⁴. Estas limitaciones se han impuesto para ordenar las relaciones de vecindad y convivencia. Por ello, aunque la propiedad separada se ha configurado como un derecho singular y exclusivo del propietario de cada piso o local, se han limitado las facultades de uso, disfrute y disposición⁵.

⁴ Como ha reconocido la resolución dictada por la D.G.R.N. el 23 de marzo de 1998 (R.J. 1860), *en la propiedad horizontal, la necesidad de armonizar la tendencia a la plena autonomía de los derechos recayentes sobre los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (configurados en la Ley de Propiedad Horizontal como propiedad separada, arts. 1 y 3), con la ineludible interdependencia objetiva y recíprocas limitaciones derivadas de la unidad física del edificio en su conjunto, no se opone, en sede de utilización de los elementos privativos, al mantenimiento de los principios informantes del derecho de propiedad, cuya delimitación se verifica a partir de un señorío potencialmente absoluto sobre el que se proyectan los límites legales en forma de prohibición u obligación, y por ello, tratándose de los elementos privativos, ha de ser regla la de la posibilidad de todo uso, siempre que éste sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal (normalidad, salubridad, comodidad y no peligrosidad (...)). Ciertamente, dicha amplitud de goce puede ser restringida por el título constitutivo, dentro del debido respeto a la ley (...); mas la exigencia de interpretación estricta de tales límites exige que hayan de ser formulados con claridad y precisión, sin que puedan deducirse, como en el caso debatido de una simple expresión descriptiva, como la de «locales de negocio».* También el Tribunal Supremo ha declarado en la sentencia dictada el 20 de diciembre de 1989 (R.J. 8855), con motivo de la transformación de una parte de un local destinado a restaurante en supermercado, que *una limitación de las facultades dominicales, no puede presumirse ni interpretarse de manera extensiva.*

⁵ Dentro del elemento privativo puede distinguirse una parte principal y otra accesorio, a la que técnicamente se denomina anejo. Así suele acontecer con los trasteros, buhardillas y plazas de garaje, aunque su calificación jurídica depende de la configuración otorgada a los mismos. La cuestión no es baladí, habida cuenta de la dependencia funcional que los anejos presentan respecto del piso o local en orden a su transmisión, dada la vigencia del principio de indisponibilidad separada de la parte principal de un espacio privativo y de su correspondiente anejo. Y, por ello, no se puede enajenar a un tercero un trastero, configurado como anejo, si no se enajena conjuntamente con el piso o local. Sí lo será, en cambio, el trastero configurado como elemento o finca independiente en el momento de la constitución del régimen de propiedad horizontal, o con posterioridad a la misma, a través del acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, por el que se aprueba la desvinculación. Esta exigencia se justifica porque dicha operación jurídica comporta una alteración en el régimen del inmueble, al entrañar una modificación del título constitutivo, por afectar a las cuotas de participación. De ello nos da una primera muestra la resolución de 11 de junio de 1986 (R.J. 3841), en la cual se revocó el auto apelado por el que se había denegado la inscripción de un garaje que era anejo de un desván buhardilla, porque sí se había obtenido la aprobación de la Junta y distribuido las cuotas de participación entre las dos nuevas fincas creadas. El Centro Directivo, con sumo acierto, calificó la operación realizada como desvinculación de un anejo y no como segregación, al no concurrir el requisito de la colindancia o vecindad exigido para esta última. Al mismo resultado llegó la resolución de 25 de octubre de 1996 (R.J. 7488). En el supuesto litigioso por ella resuelto se había denegado la inscripción de una escritura denominada por las partes de segregación y venta como finca independiente de una plaza de garaje aneja a una vivienda, pretendida al amparo de una cláusula estatutaria en la que, de un lado, se facultaba a los propietarios que no fueran titulares de

Pero tan importante como lo anterior es que dicha propiedad lleva como anejo inseparable un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes, es decir, sobre aquellos que no siendo exclusivos de cada piso o local, resultan necesarios para el adecuado uso y disfrute del inmueble⁶. Dichos elementos tienen carácter accesorio porque están al servicio y utilidad de las unidades privativas, de donde deriva su dependencia funcional; razón por la cual, además de no ser susceptibles

los departamentos de la planta baja y sótano para realizar actos de división y agregación sobre los mismos y, de otro, a los propietarios de las plazas de garaje, que estaban situadas en el sótano, para cerrarlas, sin necesidad del consentimiento de los demás propietarios. La Dirección General de los Registros y del Notariado confirmó el auto apelado, por considerar, a la luz del contenido estatutario, que los propietarios de los elementos privativos ubicados en la planta baja y sótano no podían desvincular los garajes sin el acuerdo unánime de la Junta. También está necesitada del consentimiento de los demás propietarios la alteración del destino de los anejos. Así lo ha puesto de manifiesto la resolución de 25 de septiembre de 1991 (R.J. 6236), dictada con motivo de la denegación de la inscripción de una declaración de obra nueva, en un caso en el que se habían realizado obras para transformar un desván-trastero en vivienda, tras obtener la correspondiente licencia de obras, pero sin que constara la aprobación de la Junta. El Centro Directivo confirmó el auto apelado, por entender que la alteración del destino de un elemento privativo entraña una modificación del título constitutivo y, por ello, requiere el acuerdo unánime de la Junta de propietarios, a cuya aprobación se entiende subordinada la licencia. Además, consideró que la modificación realizada no podía ampararse en la cláusula estatutaria en la que se facultaba a los propietarios de las bodegas, pisos y desván para realizar las alteraciones físicas que permitiera practicar divisiones, segregaciones y agrupaciones, sin necesidad de recabar la autorización de la Junta. Al mismo resultado se llegó, en un caso similar, en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 15 de marzo de 2000 (R.J. 1836), puesto que se había vendido un trastero como vivienda para que, como tal, fuera habitado por terceras personas, al amparo de las facultades que el promotor del edificio se había reservado en el título constitutivo en orden a la realización de obras y al cambio de destino de los elementos privativos, a pesar de que la Junta de propietarios lo había prohibido en el correspondiente acuerdo comunitario. El Alto Tribunal entendió que la autorización de la junta se justifica porque la actuación realizada comporta una alteración de las cuotas de participación, al obligar a la fijación de unas nuevas.

⁶ Los elementos comunes del edificio están minuciosamente descritos en el art. 396 del C.c., cuya enumeración no tiene carácter cerrado, como se deduce del hecho de estar encabezada por la expresión *tales como* y clausurada por una fórmula residual, con arreglo a la cual se atribuye la condición de elemento común a cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles. Así lo ha reconocido la sentencia de 6 de mayo de 1991 (R.J. 3564), *al declarar que la enumeración del mismo no es ni puede entenderse como cerrada, fija y radical, sino que, por el contrario, sólo es indicativa y abierta a las necesidades varias que impone la propiedad horizontal, que, al ser especial, exige un cuidadoso tratamiento, no sólo por la función social que cumple, sino también atendiendo a las dificultades y complejidades que produce su desarrollo dinámico en los presentes tiempos*. Pero ello no significa, como ha hecho notar en su riguroso y completo estudio Yzquierdo Tolsada, «Comentario al art. 396 del C.c.», *Comentarios al C.c.*, coordinados por Joaquín Rams Albesa y Rosa M.^a Moreno Flórez, tomo III, José M.^a Bosch Editor, Barcelona, 2001, pág. 377, *que la larga relación de elementos sea una típica lista enunciativa: antes bien, está consolidada la idea apoyada por un buen número de resoluciones jurisprudenciales, de que la norma sienta una presunción general favorable al carácter común del elemento de caracterización prima facie dudosa, de tal modo que quien mantenga su carácter privativo será a quien deba corresponder la prueba en contrario de que un elemento no integrado en su piso o local (o anejo) es, en efecto, privativo*. Además, no podemos ignorar, en la línea anunciada por la sentencia de 20 de diciembre de 1996 (R.J. 9277) que los elementos del edificio que no hayan sido configurados en la escritura de división horizontal como privativos tendrán la consideración de comunes. Así acontecerá con las buhardillas, trasteros y plazas de garajes. Ello es posible como consecuencia de la distinción existente entre elementos comunes por naturaleza o esencia y elementos comunes por destino.

de división, no se pueden enajenar ni gravar separadamente y, por ello, los actos dispositivos necesariamente han de extenderse a los dos elementos que integran el complejo derecho a que da lugar la propiedad horizontal, habida cuenta de su innegable inseparabilidad⁷. De todo ello se desprende que la indivisibilidad de los elementos comunes y su inseparabilidad respecto de las unidades privativas constituyen dos principios rectores en la materia, hasta el punto de marcar la correspondiente línea divisoria entre el régimen de propiedad horizontal y el sistema de la comunidad de bienes. Así lo evidencia la Ley 49/1960, de 21 de julio, reguladora de la propiedad horizontal, profundamente reformada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, por cuanto en ella se contienen las reglas esenciales y los principios informadores de la institución, aunque ello no ha impedido que la figura se convierta en un verdadero *semillero de pleitos*⁸, como lo corrobora la abundante jurisprudencia que ha tenido ocasión de pronunciarse en la materia, la cual constituye un nítido indicio de la complejidad del tema y de su innegable transcendencia práctica. Además, no podemos ignorar que la llamada propiedad horizontal se ha visto expuesta, en su corta existencia, a profundos cambios de orientación, los cuales han contribuido, de manera decisiva, en la conformación de su configuración jurídica. De hecho, han sido muchas y muy importantes las dificultades que han debido superarse desde la génesis del instituto hasta llegar a la concepción que ahora nos presenta la Ley en su texto reformado. De aquí deriva la necesidad de analizar las principales vicisitudes legislativas por las que ha atravesado la figura desde la promulgación del C.c. hasta nuestros días, aunque esta panorámica no resultaría completa si, al propio tiempo, no se hiciera la correspondiente referencia al sistema de fuentes.

II. VICISITUDES LEGISLATIVAS: ESPECIAL REFERENCIA A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 8/1999, DE 6 DE ABRIL

Del régimen de propiedad horizontal se ocupó la redacción originaria del C.c. en la sucinta disposición contenida en el art. 396⁹, en la cual tan sólo se atendía

⁷ Así lo ha puesto nítidamente de manifiesto la Dirección General de los Registros y del Notariado en las resoluciones dictadas el 13 de junio de 1998 (R.J. 5231) y 28 de febrero de 2000 (R.J. 1089), al declarar que *el régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la inseparabilidad entre el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre cada parte privativa, y la participación en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio, no procediendo la enajenación de estos últimos sino juntamente con la parte privativa de la que son anejo inseparable, de modo que los actos dispositivos sobre el piso o local se extienden necesariamente a los dos elementos que según se ha señalado integran el complejo derecho sobre el piso enajenado o gravado.*

⁸ Dicha expresión ha sido acuñada por Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho civil*, tomo IV, Trivium, Madrid, 1996, pág. 197, en opinión del cual la dificultad estriba en determinar si la litigiosidad surgida en la materia se debe a la insuficiencia normativa o a la falta de aptitud de muchas personas para vivir en comunidad.

⁹ Con arreglo al tenor literal del art. 396 de la primera edición del C.c. recogido por Lalaguna Domínguez, *El C.c. y sus reformas*, Editorial Nomos, Valencia, 1991, pág. 218, *cuando los diferentes pisos de*

a la distribución de los gastos generados por la realización de obras necesarias entre los propietarios de los distintos pisos en que se divide el edificio¹⁰. Dicho precepto coincidía, en esencia, con lo establecido en el art. 521 del proyecto de C.c. de 1851, contenido en el título dedicado a la regulación de las servidumbres¹¹. Sin embargo, con la entrada en vigor del C.c. se introdujo un radical giro en la materia al ubicarse, desde el punto de vista sistemático, en sede de comunidad de bienes, propiciando la adopción de la correspondiente toma de posición por parte del Tribunal Supremo en orden a la determinación de su naturaleza jurídica, al configurarla como un tipo especial de copropiedad¹², con las perturbadoras consecuencias derivadas de la aplicación de los mecanismos tendentes a poner fin a los estados de indivisión, como acontece con la *actio communis dividundo*, ya que cualquiera de los propietarios podía erradicar la situación de cotitularidad provocando la venta de todo el inmueble en pública subasta, con la consiguiente pérdida del piso para los demás propietarios¹³. Pero este remedio es específico de la comunidad de bienes, por tratarse de una institución destinada a una rápida extinción, al reputarse antieconómicos los estados de indivisión y ser fuente de discordias entre los distintos condueños, lo cual contrasta con la vocación de permanencia y estabilidad con que nace la propiedad horizontal¹⁴.

una casa pertenezcan a distintos propietarios, si los títulos de propiedad no establecen los términos en que deban contribuir a las obras necesarias y, no existe pacto sobre ello, se observarán las reglas siguientes: 1.º Las paredes maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común, estarán a cargo de todos los propietarios en proporción al valor de su piso. 2.º Cada propietario costeará el suelo de su piso. El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía comunes a todos, se costearán a prorrata por todos los propietarios. 3.º La escalera que desde el portal conduce al piso primero se costeará a prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo; la que desde el primer piso conduce al segundo se costeará por todos, excepto los dueños de los pisos bajo y primero; y así sucesivamente.

¹⁰ Navarro Amandi, *Cuestionario del C.c. reformado*, tomo II, Madrid, 1889, pág. 124, ha cifrado la parquedad legislativa en el carácter excepcional que en la etapa codificadora presentaba la institución, al tratarse de un supuesto sumamente infrecuente en la práctica.

¹¹ Las diferencias existentes entre la redacción otorgada a sendos preceptos se concretan en ligerísimas variantes de estilo, y, por ende, de corte gramatical, salvo en lo tocante a las paredes medianeras, por cuanto dicha referencia se incorporó *ex novo* en el número primero del art. 396 del C.c. Pero lo verdaderamente relevante es que García Goyena: *Concordancias, motivos y comentarios del C.c. español*, tomo I, Madrid, 1852, págs. 449 y 450, vino a poner de manifiesto la iniquidad de la regla relativa a la distribución de gastos de la escalera, pues, entendió que deberían ser sufragados por todos los propietarios del edificio por tratarse de un elemento útil y necesario para todos ellos y no sólo para los titulares de cada una de las plantas en que se divide el edificio.

¹² Vid. Batlle Vázquez, *La propiedad de casas por pisos*, 8.ª ed. revisada y actualizada, Editorial Marfil, Alcoy, 1980, págs. 57 y ss., donde realiza un severo análisis de esta concepción y de sus nefastas consecuencias jurídicas.

¹³ De ello nos da buena muestra la añeja sentencia dictada el 9 de noviembre de 1931 (R.J. 2238), al decretar la venta en pública subasta de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, en consonancia con la petición formulada por los recurrentes, pues, el Alto Tribunal consideró que siendo los titulares de los distintos pisos condueños del edificio entero, cualquiera de ellos podía pedir su división al amparo de lo dispuesto en el art. 400 del C.c., pero al no ser divisible, debía venderse como una unidad en pública subasta.

¹⁴ Así lo ha venido a poner de manifiesto, con inmejorable criterio, Yzquierdo Tolsada, «Comentario al art. 396 del C.c.», *op. cit.*, págs. 404 y 406, de quien está tomada la idea reflejada en el texto.

Con la finalidad de evitar que el derecho de los distintos propietarios pudiera quedar a merced de los demás titulares, la ley de 26 de octubre de 1939 dio una nueva redacción al art. 396 del C.c., atribuyendo a cada propietario un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso o local y un derecho conjunto de copropiedad sobre los restantes elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute. Ahora bien, aunque dicha reforma supuso un avance al excluir la acción de división sobre los elementos comunes, mantuvo la idea de copropiedad al conferir a los propietarios de los distintos pisos un derecho de adquisición preferente cuando alguno de ellos lo enajenara a un extraño. Junto a ello se ocupó de los gastos de reparación y conservación de los elementos comunes, pero dejó huérfano de regulación al complejo entramado de relaciones derivadas de esta forma especial de propiedad.

Este vacío legal se colmó con la publicación de la Ley 49/1960, de 21 de julio, en virtud de la cual se marcó un verdadero hito en la materia, al determinar, con suma minuciosidad, la estructura y funcionamiento del régimen de propiedad horizontal. Así se hizo constar en su Exposición de Motivos, al afirmar que, lejos de reformar la legalidad vigente, supuso una ordenación *ex novo* de la institución. Por ello, el art. 396 del C.c. ha quedado relegado al rango de mera norma de remisión. Aunque han sido muchas y muy importantes las aportaciones realizadas, la creación del concepto de coeficiente o cuota de participación ocupa un destacado lugar, ya que en su virtud se determina el nivel de participación de los propietarios, tanto en los elementos comunes, como en el levantamiento de las cargas derivadas del mantenimiento, conservación y reparación de los mismos¹⁵. Con ella se suprimieron los derechos de tanteo y retracto, lo que comportó el alejamiento definitivo de la figura del sistema de la comunidad de bienes. A ello también contribuyó la reforma introducida por la Ley en los arts. 8 y 107 de la Ley Hipotecaria, al dotar de autonomía a la inscripción de la propiedad horizontal frente a la inscripción de la propiedad *pro indiviso*, por resultar nítidamente diferenciada la inscripción del edificio en su conjunto, en la que ha de constar la constitución del régimen, de la inscripción separada de los diversos pisos o locales, fortaleciendo, consiguientemente, el principio de

¹⁵ Ahora bien, la contribución a los gastos comunes no ha de hacerse necesariamente con arreglo al coeficiente de participación, ya que puede hacerse con arreglo a lo especialmente establecido. Así lo ha reconocido la jurisprudencia en la sentencia de 30 de abril de 2002 (R.J. 4039), al considerar que en el título constitutivo, en los estatutos y, en su defecto, por acuerdo unánime de la Junta de propietarios, es posible adoptar un sistema de reparto igualitario e, incluso, cabe dispensar del deber de contribuir a determinados gastos. En este último sentido se habían pronunciado las sentencias de 6 de julio de 1991 (R.J. 5330) y 30 de diciembre de 1993 (R.J. 9907), al admitir la validez de las cláusulas estatutarias que exoneran del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos generados por algunos servicios comunes. En la sentencia de 19 de julio de 2000 (R.J. 6817), el Alto Tribunal consideró válida la disposición inserta en el título constitutivo, mediante la cual se estableció, con respecto a los gastos de calefacción, una distribución en proporción al número de elementos instalados en cada vivienda o local, y, por ello, entendió que la alteración de este sistema contributivo debía hacerse por acuerdo unánime de la Junta, al entrañar una modificación del título constitutivo.

especialidad. Además, impuso la necesidad de inscribir los estatutos para que pudieran afectar a terceros.

Tras ligeras modificaciones introducidas en el articulado de la Ley a finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa¹⁶, se ha introducido un nuevo giro en la materia con la publicación de la Ley 8/1999, de 6 de abril, en virtud de la cual se ha reformado, de manera considerable, el texto originario. Entre las numerosas modificaciones cabe destacar, la imposición de la constitución del fondo de reserva, la alteración del régimen de mayorías para la adopción de los acuerdos comunitarios¹⁷, el reforzamiento de los mecanismos tendentes a erradicar la morosidad y la actualización de las cuestiones organizativas de la comunidad de propietarios, como acontece con la formación de actas, las funciones de los órganos, las convocatorias de la junta y el ejercicio del derecho de voto¹⁸. Pero la aportación más relevante está constituida, sin lugar a dudas, habida cuenta de la incidencia que ello despliega en el terreno conceptual, por la ampliación del ámbito de aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal tanto a las comunidades de propietarios que no han otorgado el título constitutivo, como a los denomi-

¹⁶ Mediante la Ley 2/1988, de 23 de febrero, se introdujeron modificaciones en el funcionamiento de la junta de propietarios y en las obligaciones de los mismos, y en virtud de la Ley 3/1990, de 21 de junio, se alteró la disposición relativa a la adopción de acuerdos tendentes a facilitar el acceso y movilidad de minusválidos, en el edificio de su vivienda.

¹⁷ Sin embargo, en algunos aspectos el legislador ha adoptado una posición más regresiva que la mantenida con anterioridad a la reforma por la jurisprudencia, como acontece con el *quorum* exigido para la adopción de acuerdos relativos al establecimiento de algunos servicios comunitarios de interés general, tales como porterías o ascensores.

¹⁸ Como ha señalado Bercovitz, «Prólogo», *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.^a ed., Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 16, la Ley de reforma ha venido a acentuar la naturaleza corporativa de la propiedad horizontal. Así lo evidencian los créditos constituidos a su favor (art. 9-1,e), la responsabilidad directa de la comunidad por las deudas contraídas frente a terceros, en contraste con la responsabilidad subsidiaria de los propietarios por la cuota que les corresponda en el importe insatisfecho (art. 22), la atribución de la titularidad del fondo de reserva a la comunidad (art. 9-1,f), o la imposición a la comunidad de la obligación de realizar las obras necesarias (art. 10). En la misma línea se sitúa la práctica de la anotación preventiva de demanda y embargo a favor de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, permitida por el art. 11-5 del Reglamento Hipotecario, introducido por el R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre, el cual ha sido declarado nulo por la sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 31 de enero de 2001 (R.J. 1089), por contravención de lo dispuesto en los arts. 9-4 y 72 de la Ley Hipotecaria, al carecer la comunidad de propietarios de personalidad jurídica. A este respecto no podemos ignorar que, aunque la comunidad es un ente colectivo orgánicamente estructurado que está al servicio de las propiedades singulares, no constituye una entidad autónoma y distinta de las personas que la integran. Así lo ha puesto de manifiesto la resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado el 1 de septiembre de 1981, al declarar, siguiendo la doctrina contenida en la resolución de 15 de junio de 1973 (R. 2758), que *nuestra Ley no ha llegado a atribuir personalidad jurídica independiente de la de los miembros que la integran, a pesar de todas las facultades que como órgano rector le competen*. La carencia de personalidad jurídica se justifica, en palabras de Alonso Pérez, «Comentario al art. 1», *Comentarios a la Ley de reforma de la propiedad horizontal*, coordinados por Manuel Cuadrado Iglesias, Dickinson, Madrid, 200, págs. 45 y 46, porque el legislador no ha pretendido resolver un problema de capacidad jurídica, sino de legitimación para actuar y, por ello, simplemente la ha dotado de cierta subjetividad funcional.

nados complejos inmobiliarios privados, los cuales han sido regulados *ex novo* en el art. 24 del texto reformado. En efecto, con la extensión directa de la Ley a las manifestaciones no institucionalizadas, se ha otorgado carta de naturaleza a la llamada propiedad horizontal de hecho, hasta entonces sólo contemplada por algunos pronunciamientos jurisprudenciales dispersos, y lo que es más importante, se ha venido a poner de manifiesto que la propiedad horizontal nace, y, por consiguiente, se constituye, como consecuencia de la concurrencia de una pluralidad de propietarios, en un edificio dividido en pisos, locales y demás espacios susceptibles de aprovechamiento independiente, aunque aún no se haya otorgado la escritura de división horizontal, ni por tanto, el mal llamado título constitutivo. Y, por ello, se puede afirmar que la constitución y la formalización del régimen constituyen dos operaciones diversas, hasta el punto de poder, indistintamente, preceder la una a la otra¹⁹. Así se infiere de lo ordenado en los arts. 2 y 3 del texto reformado de la Ley. Cuestión distinta es que mientras no se proceda a la formalización del régimen, la propiedad horizontal de hecho no gozará de plenitud estructural y funcional, dada la indeterminación de las cuotas de participación correspondientes a cada piso o local²⁰. Además, la inexistencia de título constitutivo impide el acceso al Registro de la Propiedad tanto del régimen de propiedad horizontal como de los pisos y locales sometidos al mismo, con los peligros que ello genera para los eventuales adquirentes, al no poder ampararse en el principio de la fe pública registral, proclamado en el art. 34 de la Ley Hipotecaria, y tampoco podrán constituirse las correspondientes hipotecas, como se infiere, *a contrario sensu*, de lo ordenado en el número 11 del art. 107 del mismo texto legal.

¹⁹ En el mismo sentido se pronuncia la doctrina dominante. Prueba de ello es que para Solís Villa, «Comentario al art. 5», *Comentarios a la reforma de la Ley de propiedad horizontal*, coordinados por Manuel Cuadrado Iglesias, Dickinson, Madrid, 2000, pág. 111, *pese a lo rotundo del calificativo la propiedad horizontal puede existir aunque no se haya formalizado título alguno*. También Peña Bernaldo de Quirós, *Derechos Reales*, *op. cit.*, pág. 537, considera que, incluso antes de la formalización, el régimen de propiedad horizontal puede estar substantivamente constituido. En el sentir de Bercovitz, «Comentario al art. 1», *op. cit.*, pág. 28, *sin la mencionada comunidad de propietarios no es de aplicación la Ley, aunque el propietario único del edificio haya otorgado el título constitutivo, con el fin de enajenar ulteriormente los pisos y locales. Nada impide al propietario de un edificio, tanto si está acabado, como si está en construcción, como si está meramente en proyecto, proceder al otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal. Lo que ocurre es que dicho régimen no podrá aplicarse mientras que no exista una comunidad de propietarios (más de un propietario) titulares de los respectivos pisos o locales; tampoco podrá aplicarse mientras que el edificio proyectado o en construcción, no esté acabado al no existir (total o parcialmente) el objeto de la propiedad de cada uno de ellos. En tales casos el valor del otorgamiento del título constitutivo por el único propietario será el de permitir la enajenación de los pisos o locales (presentes o futuros) y el de garantizar a los hipotéticos adquirentes el objeto y las características del derecho que adquirirán; especialmente si el título se inscribe en el Registro de la Propiedad*. En parecidos términos se ha expresado Echevarría Summers, «Comentario al art. 5 de la L.P.H.», *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 113, al considerar que es posible que el otorgamiento del título constitutivo preceda a la existencia de aquella situación fáctica.

²⁰ En opinión de Bercovitz, «Comentario al art. 2», *op. cit.*, págs. 29 a 31, dicha carencia podrá ser subsanada por acuerdo unánime de los comuneros y, en su defecto, por resolución judicial, rigiendo, entre tanto, la presunción de igualdad de las cuotas, en aplicación de lo dispuesto en el art. 393-2 del C.c.

Pero la Ley de Propiedad Horizontal también se aplica directamente a los complejos inmobiliarios privados cuando se constituyan en una sola comunidad de propietarios o en una agrupación de comunidades, sin perjuicio de las especialidades que estos últimos presentan en cuanto a las juntas de propietarios, a la adopción de los acuerdos comunitarios y a la constitución del fondo de reserva, al no resultar de obligada existencia. En cambio, cuando los complejos inmobiliarios no adopten ninguno de estos modelos organizativos la Ley sólo se aplicará con carácter supletorio²¹. De donde se desprende que las previsiones legales no alcanzan la misma intensidad que en la propiedad horizontal, habida cuenta del amplio margen concedido a los titulares de los complejos inmobiliarios en orden a su configuración jurídica, dado el marcado carácter dispositivo que en este ámbito presentan las disposiciones legales. Por esta vía se ha venido a confirmar que los complejos inmobiliarios y la propiedad horizontal constituyen dos realidades distintas. Buena muestra de ello es que en los complejos inmobiliarios las distintas viviendas y locales no se integran en un solo y único edificio, sino en dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí. Con el establecimiento de este requisito objetivo y plural, representado por la exigencia de independencia entre sí de las distintas edificaciones o parcelas, el legislador ha marcado una clara línea divisoria entre los complejos inmobiliarios y la propiedad horizontal, al erigirse en el perfil determinante de la distinción existente, en el orden fáctico, entre sendas figuras²², aunque en la doctrina no faltan quienes lamentan que el legislador haya desaprovechado la reforma para determinar la calificación jurídica que ha de otorgarse a un supuesto concreto de caracterización dudosa, como acontece con el edificio o bloque de pisos formado por dos o más alas, con acceso y portales diferentes²³. Pero, a decir verdad, dicha situación no admite una solución unívoca, por cuanto su configuración depende

²¹ También se aplica supletoriamente la L.P.H. en la llamada multipropiedad, como lo corrobora el art. 15-5 de la Ley 49/1998, de 15 de diciembre, de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.

²² Así lo ha puesto de manifiesto el Alto Tribunal, con anterioridad a la regulación de los complejos inmobiliarios, en la sentencia de 26 de enero de 1999 (R.J. 519), al considerar inapropiada la aplicación analógica de la Ley de Propiedad Horizontal a las urbanizaciones por tratarse de situaciones disímiles. Sin embargo, en la sentencia de 30 de septiembre de 1997 (R.J. 6669) el Tribunal Supremo configuró como un tipo especial de propiedad horizontal a los complejos inmobiliarios.

²³ En este sentido se ha expresado Ragel Sánchez, «Comentario al art. 24», *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 749 y 750, en el riguroso análisis realizado de los requisitos objetivos exigidos para la existencia de los complejos inmobiliarios privados, al indicar que *la Ley de Reforma de la L.P.H. no se ha pronunciado explícitamente sobre este supuesto concreto, lo que sin duda producirá litigiosidad en el futuro, que se pudiera haber evitado si el precepto que estamos comentando hubiera establecido el criterio decisivo para resolver este problema*. Sin embargo, ello no le ha impedido la adopción de una concreta toma de posición en la resolución de esta perturbadora cuestión, al entender que la falta de comunicación interior, junto con la salida independiente a la vía pública, aportan la nota de independencia requerida para los complejos inmobiliarios privados, y, en atención a ello, parece decantarse por esta calificación, especialmente, cuando las distintas partes del edificio se hayan construido en etapas distintas o estén referidas a fincas registrales diversas.

de las concretas características arquitectónicas, registrales y urbanísticas otorgadas al edificio, y, por ello, ante situaciones, en apariencia, idénticas pueden darse diversas respuestas. Además, con el ejemplo expuesto no se agotan los supuestos de variable caracterización, ya que a esta modalidad también responde la edificación integrada por varias casas y locales, cuya construcción se extiende de manera contigua y no superpuesta. Por ello, ha sido un acierto que el legislador no haya establecido un criterio para resolver los supuestos concretos. Además, los avances que se pueden experimentar en la arquitectura y en la tecnología podrían convertirlo en un instrumento obsoleto.

A fin de dotar de efectividad a la obligación de contribuir a los gastos generales y a la dotación del fondo de reserva, de la que están exentos los complejos inmobiliarios constituidos en una agrupación de comunidades, salvo que la Junta acuerde lo contrario, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 reformó el art. 21 de la Ley de Propiedad Horizontal, donde se regula el llamado proceso monitorio, el cual está caracterizado por su rapidez y simplicidad de trámite. Por último, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, ha otorgado nueva redacción a los arts. 10, 11 y 17-1.^a de la Ley 49/1960. Esta reforma se ha dictado, según consta en la Exposición de Motivos de la Ley, *para obligar a la comunidad de propietarios a la realización de obras de accesibilidad en elementos comunes a favor de personas con discapacidad, y con el límite de que tales no excedan del importe de tres mensualidades; en caso contrario, únicamente serán exigibles si han sido aprobadas por acuerdo con la mayoría correspondiente*. Por consiguiente, para que el gasto sea soportado por la comunidad de propietarios cuando se supere el citado importe, será necesario el voto favorable de la mayoría de propietarios que, a su vez, representen la mayoría de cuotas de participación.

III. SISTEMA DE FUENTES

Aunque la Ley de Propiedad Horizontal constituye la principal fuente reguladora de la institución que nos ocupa, su normativa ha de ser integrada con lo dispuesto, tanto en los arts. 396 y 401 del C.c., como en numerosas disposiciones complementarias. Así se infiere del orden de prelación de fuentes descrito en el párrafo cuarto del art. 396 del C.c., al disponer 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*. Entre las primeras ocupa un destacado lugar la Ley 15/1995, de 30 de mayo sobre límites al dominio sobre bienes inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad²⁴. También ha

²⁴ Al amparo de esta normativa las personas con discapacidad podrán obligar a la comunidad de propietarios a la realización de obras y al establecimiento de servicios comunes que tengan por finalidad facilitar su acceso y movilidad, cuando no alcancen el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que a su vez representen la mayoría de las cuotas de participación, exigido en la vigente

de tomarse en consideración el Real Decreto Ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación²⁵. Desde el punto de vista registral las disposiciones aplicables a la materia se encuentran actualmente dispersas, pues, además, de los números 4 y 5 del art. 8 y del número 11 del art. 107 de la Ley Hipotecaria, respectivamente referidos a la inscripción de los pisos y locales de los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal y a la constitución de hipotecas sobre los mismos, revisten especial interés los arts. 45 y siguientes del RD 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, por cuanto en ellos se determinan los requisitos exigidos para las inscripciones de obra nueva. Además, en el art. 53 se han establecido los requisitos necesarios para la inscripción de los títulos de división horizontal y de modificación del régimen ya inscrito. Pero el panorama registral resultaría incompleto si no hiciéramos referencia al RD 1867/1998, de 4 de septiembre, mediante el cual se otorgó una nueva redacción a los arts. 11-5 y 13 del Reglamento hipotecario²⁶. En el primero se permite practicar anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal. En el segundo se ha colmado la laguna existente en torno al contrato de permuta de suelo por obra futura, pues, a pesar de tratarse de una figura de gran importancia económica y muy difundida en la práctica, la disciplina estaba huérfana de regulación²⁷. El último bloque normativo, pero no, por ello, menos importante, está constituido por los arts. 163 y ss.

redacción del art. 17-1.ª-III de L.P.H., aunque en tales casos el solicitante deberá afrontar los gastos en exclusiva. A dicha Ley podrán acogerse las personas mayores de setenta años, sin necesidad de que acrediten su discapacidad con el certificado de minusvalía, como se infiere de lo dispuesto en el art. 1-2 y en su disposición adicional única. Así lo ha venido a poner de manifiesto Carrasco Perera, «Comentario al art. 17 de la Ley», *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2.ª ed. revisada y puesta al día, Navarra, 2002, págs. 528 y 529, al considerar análogicamente aplicables las citadas disposiciones a la persona anciana discapacitada y a la simplemente anciana, aunque no tengan la condición legal de minusválidos.

²⁵ Especial interés reviste su art. 6, en el cual se ha impuesto a la comunidad de propietarios la obligación de instalar dichas infraestructuras cuando el número de antenas instaladas en el edificio sea superior a un tercio del número de viviendas y locales, y cuando la Administración considere peligrosa o antiestética la instalación de antenas individuales.

²⁶ La sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 31 de enero de 2001 (R.J. 1083) ha declarado la nulidad de los tres primeros párrafos del art. 13, por entender que desnaturaliza el sistema de adquisición de la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, habida cuenta de la exigencia de concurrencia del título y el modo, y en dicho supuesto la entrega no es posible por tratarse de pisos o locales de un edificio que aún no está construido. Además, el Supremo ha puesto de relieve que la regulación de los derechos y obligaciones de los contratantes excede del modesto cometido de una norma de rango reglamentario, cuyo limitado alcance no le permite ordenar el sistema de adquirir el dominio ni la configuración de los contratos.

²⁷ Esta afirmación se realiza desde la perspectiva del Derecho común, puesto que la figura ha sido recientemente regulada por algún Derecho foral, como lo corrobora en Cataluña la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura.

de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, en los cuales se ha desarrollado el deber general de mantener los edificios en las debidas condiciones de seguridad, salubridad, ornato público y decoro, cuya inobservancia propiciará la declaración de la situación legal de ruina urbanística cuando el coste de las reparaciones necesarias supere el límite legalmente establecido; en cuyo caso el edificio será demolido, salvo que la junta de propietarios acuerde por unanimidad su rehabilitación. A este resultado conduce la interpretación sistemática, habida cuenta de la necesidad de integrar lo dispuesto en el art. 165-3-2 de la Ley extremeña con lo ordenado en los arts. 17-1.^a-I y 23-1 de la L.P.H.

De cuanto ha sido expuesto se desprende que en el régimen de propiedad horizontal se ha conferido un margen muy escaso a la autonomía de la voluntad, la cual se puede plasmar en el título constitutivo, en los estatutos, en el reglamento de régimen interno y en los acuerdos adoptados en la junta de propietarios. El problema reside en determinar qué normas de la L.P.H. presentan carácter imperativo y cuáles no revisten carácter necesario, pues son pocos los preceptos que, de manera expresa, permiten que la regulación se aplique en defecto de pacto en sentido contrario. Pero lo verdaderamente lamentable, en palabras de Yzquierdo Tolsada, es que, tras más de cuatro décadas de vigencia de la ley, aún persista la incertidumbre en torno al valor de las cláusulas estatutarias que alteran lo previsto en algunas normas, aparentemente, imperativas²⁸. La mayor litigiosidad ha girado en torno al valor que ha de otorgarse a las cláusulas que dispensan de la necesidad de obtener la aprobación de la Junta de propietarios para realizar las operaciones materiales de división, segregación o agregación de elementos privativos, descritas en el 8-1 de la L.P.H. Estas cláusulas suelen introducirse por los promotores del edificio cuando otorgan unilateralmente el título de división horizontal y, normalmente, afectan a los locales para facilitar su adaptación a las necesidades de los eventuales adquirentes, eliminando el riesgo de veto de una minoría disidente. Sin embargo, el Tribunal Supremo las considera inválidas por entender que el art. 8 de la Ley reviste carácter imperativo²⁹, lo que contrasta con la posición adoptada por el Centro Directivo³⁰. Pero, a decir verdad, el art. 8 de la Ley no puede ser aisladamente interpretado, sino que ha de ponerse en conexión con lo dispuesto en los arts. 7 y 12 del mismo texto legal, y, por ello, en cada caso concreto habrá que verificar si se han cumplido o no determinados requisitos consistentes, no sólo en la concreción de las operaciones materiales y en la determinación de las cuotas que habrán de asignarse a los elementos reformados, sino también en la observancia de las disposiciones relativas a la rea-

²⁸ Yzquierdo Tolsada, «Comentario al art. 396», *op. cit.*, pág. 410.

²⁹ De ello nos dan buena muestra las sentencias de 19 de julio de 1993 (R.J. 6160) y 22 de mayo de 1995 (R.J. 4087)

³⁰ A favor de la validez de dichas cláusulas se ha pronunciado la resolución dictada por la D.G.R.N. el 18 de enero de 2002 (R.J. 4589), al declarar que su única finalidad es la de hacer innecesario el consentimiento de la Junta.

lización de obras estructurales³¹. Por ello, cuando las obras alteren los elementos comunes o menoscaben la estructura y seguridad del edificio o perjudiquen los derechos de otro propietario, los elementos reformados deberán reponerse a su estado primitivo, salvo que se haya obtenido la aprobación unánime de la Junta y no se produzca lesión para ningún propietario.

IV. REQUISITOS CONSTITUTIVOS DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Para la existencia del régimen de propiedad horizontal se requiere la concurrencia, en el mismo edificio, de dos o más propietarios. Desde el punto de vista objetivo deben existir diversas propiedades autónomas, y, por ende, distintos pisos o locales, los cuales han de ser susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida directa a la vía pública, o, indirecta, a través de los elementos comunes del edificio. Pero esta exigencia, legalmente impuesta en el art. 396 del C.c., no entraña la necesaria existencia de un elemento arquitectónico de separación entre los elementos comunes y los privativos o entre estos últimos, ya que resulta suficiente con la existencia de cualquier signo externo que pueda cumplir dicha función, como acontece, por ejemplo, con las líneas pintadas en el suelo que delimitan las distintas plazas de garaje³². Por ello, no será susceptible de aprovechamiento independiente el espacio, cuya salida al exterior sólo pueda realizarse mediante la constitución de una servidumbre de paso que recaiga sobre otro elemento privativo. Así lo ha puesto de manifiesto la resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado el 12 de noviembre de 1997, al declarar que *la constitución del régimen de propiedad horizontal exige que las distintas partes del mismo que pasen a ser objeto de propiedad separada, sean susceptibles de aprovechamiento independiente, esto es, que para el adecuado goce de cada una de las partes privativas no se precise el uso de los otros elementos privativos*³³.

³¹ Vid. en el mismo sentido, entre otros, Echevarría Summers, «Comentario al art. 8», *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 228 y ss., y Gómez Gállego, «Comentario al art. 8», *Comentarios a la Ley de reforma de la Propiedad Horizontal*, Dickinson, Madrid, 2000, págs. 284 y 285.

³² En dichos términos se ha expresado, con sumo acierto, Díaz Martínez, «Comentario al art. 3 de la L.P.H.», *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 37, a quien sigue Yzquierdo Tolsada, «Comentario al art. 396 del C.c.», *op. cit.*, pág. 373.

³³ En esta resolución dictada por la D.G.R.N. el 12 de noviembre de 1997 (R.J. 1998/5219), el Centro Directivo denegó la inscripción del régimen de propiedad horizontal de un edificio integrado por un local y una vivienda, pertenecientes a los mismos propietarios, porque la vivienda, que estaba situada en la planta alta del edificio, no tenía salida directa a un elemento común ni a la vía pública, y, por ello, debía realizarse a través de otra vivienda colindante, perteneciente a los mismos titulares, que estaba integrada en un edificio distinto, constituido en régimen de propiedad horizontal. Para garantizar la salida a la vía pública, los propietarios de sendas viviendas constituyeron una servidumbre de paso, cuando sabido es que la reunión en una misma persona de la propiedad del predio dominante y de la del sirviente es causa de extinción de las servidumbres, como se infiere de lo dispuesto en el art. 546 del C.c. Y lo que es más importante, consideró que la propiedad

Además, los llamados elementos comunes por naturaleza o esenciales son de obligada existencia al constituir el soporte estructural de la propiedad individual de cada vivienda o local³⁴. En cambio, de ellos se puede prescindir en los complejos inmobiliarios privados, como sucederá cuando se hayan cedido al Municipio los viales y zonas verdes³⁵; razón por la cual en estos últimos tan sólo deben concurrir los llamados elementos comunes por destino, y, por ello, en este ámbito presentan carácter esencial³⁶. Por tales se entienden los que están adscritos por voluntad del constituyente o por acuerdo unánime posterior al servicio de la comunidad³⁷. Entre ellos se encuentran los llamados elementos procomunales, a cuya categoría responden las unidades susceptibles de aprovechamiento independiente en las que la *proindivisión* se ha establecido de intento para el servicio y utilidad común de todos los propietarios, como sucede, por ejemplo, con la vivienda del portero. Así se infiere, *a contrario sensu*, de lo ordenado en el art. 4 del texto reformado de la Ley. Ahora bien, dado el carácter contingente o mudable de su destino, estos elementos pueden dejar de formar parte de la comunidad a través del correspondiente acto especial de desafectación³⁸. De

horizontal depende de las características objetivas del edificio y no de las circunstancias personales de sus propietarios, como es la común titularidad, porque al ser coyuntural, puede desaparecer, incluso, por causas ajenas a su voluntad, como acontecería en el caso de ejecución forzosa de una de las viviendas; lo que no sólo exigiría la constitución de la correspondiente servidumbre de paso a través de la vivienda colindante, sino también a través de los elementos comunes del edificio en que esta última se integra. La necesidad de que el elemento privativo disponga de salida propia, de forma que su propietario no tenga que abrirse paso al exterior a través de otro piso o local se puso de manifiesto en la sentencia de 13 de julio de 1996 (R.J. 5584), al acceder a la petición de venta de un edificio en pública subasta, formulada por el demandante, al no ser posible la constitución del régimen, porque la vivienda, que estaba situada en la primera y segunda planta, carecía de acceso directo desde la calle, independiente de la puerta de entrada, situada en la planta baja.

³⁴ Así acontece, señaladamente, con los muros de carga, las escaleras y las cimentaciones. Aunque también suele incluirse en esta categoría al suelo, a decir verdad, dicho elemento no siempre tiene la consideración de elemento común, ya que su titularidad puede pertenecer a un extraño. Así sucederá cuando, por ejemplo, se constituya a favor del constructor del edificio un derecho de superficie.

³⁵ En este sentido se ha pronunciado Peña Bernaldo de Quirós, *Derechos Reales, op. cit.*, pág. 580, nota 11, pues, estima que al recaer las propiedades separadas sobre fundos independientes, *puede no haber elementos comunes por naturaleza (una vez que en las urbanizaciones privadas las obras y servicios comunes exigidos por las disposiciones urbanísticas sean entregados a la Administración. Los elementos comunes lo serán, pues, ordinariamente por destino.*

³⁶ Acérrimo defensor de esta novedosa aportación es Rivero Hernández, «Comentario al art. 24», *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal*, coordinados por Manuel Cuadrado Iglesias, Dickinson, Madrid, 2000, págs. 765 y 766, pues, tras reconocer que los elementos comunes no constituyen un elemento esencial sino algo meramente natural al conjunto inmobiliario, considera que de lo que no se puede prescindir es de la existencia de los servicios comunes, tales como desagües, suministro de electricidad o gas.

³⁷ Entre los elementos comunes por destino se encuentran las terrazas, como han reconocido las sentencias de 5 de mayo de 2000 (R.J. 3990) y 8 de octubre de 1999 (R.J. 7319), al considerar que sobre su configuración cabe pacto en sentido contrario, y, por ello, podrá concebirse como un elemento privativo.

³⁸ La atribución del carácter privativo a un elemento común puede hacerse dos formas, como ha reconocido la sentencia de 22 de diciembre de 1984 (R.J. 10368): mediante la que pudiera denomi-

donde se desprende que la distinción entre elementos comunes por naturaleza y por destino sólo tiene trascendencia en la propiedad horizontal.

Por último no podemos ignorar que para la existencia del régimen de propiedad horizontal no es indispensable, a pesar de la inapropiada expresión acuñada por el legislador, que se haya otorgado el título constitutivo, por tratarse de un presupuesto para la plena efectividad del régimen, y no para su constitución.

narse inicial o atributiva, que surge cuando así se ha constatado en el título constitutivo, dando lugar a la reserva de titularidad, y *a posteriori*, por producirse en virtud de un acuerdo adoptado después de constituido el régimen de propiedad horizontal, dando técnicamente lugar a la desafectación de elementos comunes.