

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIAADO

A cargo de  
CHICO Y ORTIZ, José María  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE PARCELACIÓN HORIZONTAL DE INMUEBLE EN QUE LA SOCIEDAD PROPIETARIA DEL EDIFICIO SE RESERVA EL DERECHO DE CONSTRUIR DOS PLANTAS MÁS Y MODIFICAR EN CONSECUENCIA LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS DIFERENTES PISOS O LOCALES, CON ARREGLO A UNOS MÓDULOS DE EXTENSIÓN SUPERFICIAL. (Resolución de 7 de abril de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 23 de abril de 1970.)

*Hechos.*—Fundamentalmente, el motivo del recurso que justifica la resolución dictada es una escritura pública autorizada por el Notario de Vigo, don Luis Solano Aza, el día 10 de marzo de 1966, y en la que don Manuel Segura García, Consejero Delegado de la Sociedad "Antonio Lasheras, S. A.", formalizó la parcelación de la finca número 278 de la Gran Vía, de Vigo, a la que se unieron los estatutos y especialmente el artículo 17 de los mismos, que decía así: "La Sociedad "Antonio Lasheras, S. A.", se reserva el derecho de poder adicionar al inmueble dos plantas más, siempre que lo permitan las ordenanzas municipales y las condiciones de firmeza y seguridad del edificio, cuyo derecho de vuelo podrá inscribir a su nombre, conforme al artículo 16 del Reglamento Hipotecario. A las plantas de nueva construcción se les asignará un módulo a efectos de beneficios y cargas y en relación con el total valor del inmueble, proporcional a su extensión, pudiendo dicha entidad propietaria determinar tales módulos y rectificar los atribuidos a las plantas ya existentes, en proporción, en el acto de otorgarse las correspondientes escrituras de declaración de obra nueva, para lo cual se considerará investida de amplios poderes de todos los titulares de los respectivos pisos y plantas, que lo entenderán conferido por el sólo hecho de la adquisición de los mismos y la aceptación de los presentes estatutos. En consecuencia, solamente el titular del derecho de vuelo podrá utilizar la terraza que remata y corona el edificio, aunque los gastos de conservación y reparación sean considerados comunes por tratarse de la cubierta del edificio".

Presentada la correspondiente primera copia en el Registro fue denegada su inscripción alegándose en la nota que el artículo 17 de los estatutos admitía una fijación unilateral de cuotas y sus posibles variaciones, lo cual supone un criterio contrario al establecido en los artículos 5 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal. En su consecuencia, no procedía la anotación preventiva de suspensión y no resultó aplicable el artículo 434 del Reglamento Hipotecario por no manifestar conformidad el presentador.

Ante dicha nota, el Notario autorizante recurrió gubernativamente alegando la improcedencia de la nota en la que no se especificaba si el defecto

era o no subsanable, aclarando el hecho de que otra escritura similar había sido inscrita en el mismo Registro; que en el momento del otorgamiento de la escritura sólo existía un propietario y que, por ello, a él solamente le correspondía fijar la cuota, así como reservarse el derecho a elevar las plantas que se citan y, en su consecuencia, el de rectificar las cuotas en su momento; que, de otra parte, el artículo 17 de los estatutos ya prevé que el otorgamiento de las escrituras de venta suponen apoderamiento a este efecto para redistribuir porcentajes. El Registrador en su informe ataca los argumentos notariales y perfila el hecho de estar bien extendida la nota, ya que en ella se precisa que no cabe la anotación preventiva; que los acuerdos contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal son nulos conforme a la Sentencia de 21 de marzo de 1914 y artículo 4 del C. c.; que si bien inicialmente existe sólo un propietario y éste tiene la facultad de fijar las cuotas, a medida que va enajenando pisos se requiere el consentimiento de todos para variarlas conforme a los artículos 3, 5 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal; que el número 2 del artículo 16 del Reglamento Hipotecario ha sido derogado por la legislación de Propiedad Horizontal y que la reserva de variación de cuota es contraria al artículo 1.256 del C. c., que no permite que el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de uno de las partes.

El Presidente de la Audiencia se inclinó por los argumentos notariales y en auto fundado revoca la nota del Registrador, el cual, en alzada, acude a la Dirección General de los Registros, la cual confirma el auto apelado con los siguientes argumentos.

*Doctrina.*—“Considerando que en este recurso ha de dilucidarse si es inscribible una escritura de parcelación horizontal de un inmueble, en cuyos Estatutos se contiene una cláusula por virtud de la cual la Sociedad vendedora se reserva el derecho de levantar dos plantas a las que se asignará un módulo, proporcional a su extensión, que será determinado por la propia entidad, quien podrá, asimismo, rectificar, en proporción, aunque pertenezcan a otros propietarios, los ya atribuidos a las plantas existentes;

Considerando que en el caso de enajenación de todo o parte de un edificio es frecuente que el propietario del mismo se reserve el derecho de elevar una o más plantas, y tal situación no podía ser desconocida por el legislador hipotecario, y así primeramente el Reglamento en el artículo 16 prescribió su inscripción en el Registro de la Propiedad, y con posterioridad la Ley de Propiedad Horizontal autoriza, en el artículo 11, la construcción de nuevas plantas por los actuales titulares del dominio, no existiendo inconveniente en que tal derecho pueda reservárselo el primitivo propietario y afecte a tercero, siempre que la cláusula forme parte del estatuto privativo y se inscriba en los libros registrales;

Considerando que el artículo 5 de la Ley de 21 de julio de 1960, en el párrafo 3.º indica la forma en que se fijarán las cuotas de participación que corresponden a cada piso, pudiendo hacerlo el propietario único del edificio al iniciar la venta por pisos, y así, los futuros compradores podrán conocer a través del título constitutivo, la establecida para el local o piso que pudiera

interesarse adquirir, pero una vez enajenado, toda modificación de ese título y por ende, de las mencionadas cuotas, requerirá la aprobación unánime de todos los propietarios, según el artículo 16 de la misma Ley, que confirma lo ya ordenado en el propio artículo 5, de que serán fijadas por acuerdo de todos los dueños del edificio, en caso de ser varios;

Considerando que no obsta a la anterior conclusión que el artículo 16, 2.º, del Reglamento Hipotecario, permita que, en la inscripción del derecho de elevar una o más plantas de un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo, se hagan constar, bien "las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas", bien "las normas que se establezcan para su determinación", ya que este precepto debe interpretarse en forma conjunta con los de la Ley de Propiedad Horizontal a la que ni por su rango ni por su fecha puede derogar, por lo que será necesario que, si no se hacen constar las nuevas cuotas, sí al menos, existan reglas de las que se deduzcan aquéllas en forma indubitada, evitando así que la modificación del título constitutivo sea un acto unilateral y arbitrario del transmitente;

Considerando que los adquirentes de pisos o locales pueden conferir al transmitente o a cualquier otra persona los apoderamientos que estimen oportunos para rectificar las cuotas de aquéllos en relación con el total valor del inmueble, o para cualquier actuación no prohibida por las normas vigentes, ya se incluyan tales apoderamientos en los estatutos, ya se hagan figurar en documento separado, con lo que la modificación del título constitutivo, si en su día llegare a realizarse, se hará por el enajenante, en su propio nombre, si es titular de algún piso o local, y en el de los demás titulares de los mismos, en calidad de apoderado, sin que se viole así el principio de unanimidad sentado en los artículos 5 y 16, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, en tanto los poderes no sean revocados, sin que sea aquí necesario entrar en el estudio de la posibilidad de que las partes los configuren como irrevocables, ya que no parece desprenderse esta consecuencia de la cláusula estatutaria cuestionada, que considera a la sociedad vendedora "invertida de amplios poderes de todos los titulares de los reseñados pisos y plantas, que lo entenderán conferido por el solo hecho de la adquisición de los mismos y la aceptación de los presentes estatutos".

*Consideraciones críticas.*—La norma no puede prever en su articulado todos y cada uno de los problemas que la vida práctica ofrece y así sucede que la Ley de Propiedad Horizontal, junto con las normas del C. c. y de la Ley Hipotecaria, sólo ofrece una serie de soluciones genéricas en las cuales es preciso ir incrustando todos y cada uno de los supuestos que los hechos jurídicos y las relaciones plantean. La práctica notarial y la calificación registral son los dos caminos que se ofrecen para, dentro de la ley, ir construyendo y asegurando esos casos en los que el legislador no pudo pensar. La imaginativa construcción del jurista tiene el tope que la ley y sus disposiciones le prestan y, en último extremo, éstas le vendrán impuestas a través del principio de legalidad que con el poder calificador ejerce el Registrador.

Los dos grandes obstáculos no sólo de índole práctica, sino jurídica, son el concepto intocable de la cuota y el principio de unanimidad para su al-

teración o modificación. Precisamente en el caso planteado en este recurso ambos requisitos van a jugar un papel decisivo y frente a la construcción más o menos legal del Notario autorizante se ofrece la actuación registral que trata de impedir lo que a su juicio supone una violación de normas.

Vamos a reducir nuestro comentario a los dos puntos en los que sustancialmente el recurso se plantea: la reserva del derecho a elevar plantas en un edificio en régimen de comunidad horizontal y el apoderamiento hecho en forma estatutaria para la modificación ulterior de cuotas.

a) *Reserva del derecho a elevar plantas.*—El derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio ya construido ha sido regulado en nuestro derecho, en virtud de una necesidad sentida, en el Reglamento Hipotecario, en su artículo 16, 2.º, y mediante la modificación que del mismo se hizo por el Decreto de 17 de marzo de 1959. Posteriormente, con la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, dicho derecho viene aludido en el artículo 11 y calificado como acto “modificativo” del régimen de propiedad. Entendemos que uno y otro artículo son perfectamente compatibles y que ni el primero puede desplazar al segundo, ni éste ha tenido la intención de derogar al primero. Quizá éste sea el punto menos hábil de la calificación registral. Así se reconoce por el Centro Directivo que en uno de sus considerandos habla de que “este precepto debe interpretarse en forma conjunta con los de la Ley de Propiedad Horizontal a la que ni por su rango ni por su fecha puede derogar”.

Para que pueda constituirse y, por tanto, inscribirse, el derecho a elevar plantas se hace preciso el cumplimiento de dos requisitos fundamentales:

— Que se reserve el propietario “*en caso de enajenación*” de todo o parte de la finca o que transmita a un tercero el derecho a elevar una o varias plantas. De la letra de este precepto (artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario) se deduce que el legislador pensó siempre en un acto traslativo de derechos en los que el disponente se “reserva” ese derecho. Es decir, que en el caso de constructor o edificante único del edificio, éste tiene que reservarse el derecho en el momento en que va desprendiéndose de los pisos y generando la base o la razón de ser de la propiedad horizontal: diversos propietarios de pisos, pues mientras la totalidad del edificio sea de un solo propietario éste no tiene que “reservarse nada”, pues lo es de él todo.

Pero de una parte, el artículo 8 de la Ley Hipotecaria admite la posibilidad de que se practique la inscripción a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen, y, de otra, en la inscripción deben hacerse constar aquellas “reglas” contenidas en el título y en los “estatutos” que configuren el ejercicio y contenido de esta propiedad. Ello significa que el derecho de elevar en su condición de reservado por el dueño único de la edificación puede penetrar en el Registro, aun sin posible transmisión de pisos a través de las “reglas” o de los “estatutos” que modelan esta propiedad. Sólo de esa forma puede ser alterada la normativa reglamentaria. Esto es lo que viene a suceder en el caso con-

templado, en el que en el artículo 17 de los estatutos se especifica y configura la "reserva" del derecho a elevar una o más plantas.

El problema práctico reside en aquellos casos en los que el título constitutivo de la propiedad horizontal no hable para nada de "reglas" o "estatutos" que han de regir la comunidad, pero, sin embargo, se reserve el propietario del edificio y constituyente del régimen ese derecho. La solución, a mi entender es la de suspender la inscripción de tal cláusula hasta tanto se la dé el carácter de "estatutaria" o se vaya reflejando en cada uno de los títulos en que se vayan transmitiendo los diferentes pisos y locales de negocios.

- El segundo requisito exigido por el Reglamento Hipotecario es el de que el título constitutivo, y por tanto en la inscripción, se hagan constar las "cuotas" que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las "normas" que establezcan su determinación y las "normas" del régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción.

Habiéndose calificado por el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal como un supuesto de modificación "la construcción de nuevas plantas" que lleva consigo la necesidad de alterar la descripción de la finca y la de los pisos o locales, así como la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales y pisos, parece evidente que en principio no pueda seguirse el procedimiento que la práctica realiza con los "departamentos procomunales" de asignarles una cuota general que luego puede ser distribuida entre los diferentes pisos o apartamentos que se construyan. Digo esto, pues mientras los departamentos procomunales están ya construidos, el piso o pisos que se han de levantar no lo está y en estos casos estaríamos jugando con una cuota de gastos no producidos en beneficio de algo que no está aún construido.

Entiendo que lo correcto sería, conforme a la terminología legal, fijar las cuotas de los diferentes pisos y locales y anticipar su posible variación para el caso de que la construcción se llevase a efecto o bien establecer, como dice el Reglamento Hipotecario, las bases o normas de equidad, de proporcionalidad o de criterios semejantes para determinar en el momento de la declaración de la obra nueva las cuotas que han de corresponder a los nuevos pisos y la variación que ello supone de las asignadas primitivamente a los ya construidos.

El mecanismo de que se sirve el supuesto de hecho es el de arbitrar un "sistema de apoderamiento" que faculte al promotor, constructor o dueño único del edificio para que cuando realice la obra nueva distribuya, en proporción, las cuotas, lográndose con ello el criterio de unanimidad que exige la Ley para tales actos. Ello nos lleva al examen del punto siguiente.

- b) *Apoderamiento hecho en forma estatutaria.*—Uno de los principios de la Ley de Propiedad Horizontal es el de que las "modificaciones" de cuota exigen los mismos requisitos que los de su constitución, o lo que resulta igual: se precisa la unanimidad de todos los propietarios. Así re-

sulta del artículo 11 de dicha Ley en relación con el 5.º de la misma. En el supuesto práctico que nos ocupa, la "unanimidad" se logra de una forma indirecta, estableciendo en el artículo 17 de los estatutos que los diferentes compradores de los pisos o locales conferirán por el hecho de la adquisición de los mismos amplios poderes a la entidad vendedora para que sea ella la que designe un módulo a los efectos de beneficios y cargas en relación con el valor total del inmueble, proporcional a su extensión, a las plantas de nueva construcción y rectificar los atribuidos a las ya existentes.

Se trata de un apoderamiento expreso que implica a su vez la aceptación de los estatutos y la adquisición del piso o local respectivo. Viene impuesto por la entidad transmitente que en su oferta de venta se reserva la facultad de vender o no, si no se acepta el apoderamiento. Linda la figura con un contrato de adhesión, pero a diferencia de éstos la vinculación que supone el compromiso contraído no obsta a que el adquirente y poderdante pueda revocar el poder concedido a este respecto, pues creo que debe deslindarse lo que podría llamarse "estatutos" que se aceptan y perjudican a tercero y la vinculación de un poder irrevocable, pacto que al ser nulo por ir contra lo dispuesto en la ley no puede tener eficacia ante un posible acto revocatorio del adquirente.

¿Cabe esta distinción? La revocación del poder a través de lo que dispone el artículo 17 de los estatutos supone una "alteración" de los estatutos o, por lo menos, un acto contrario a ellos. Toda alteración exige criterios de unanimidad (artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal); un acto contrario a los estatutos ha de reputarse nulo o ineficaz, pues hemos dicho que los estatutos no sólo vinculan a los componentes de la comunidad, sino a los terceros una vez que estén inscritos en el Registro. Si el forzoso apoderamiento forma parte de los estatutos, si contra los mismos no cabe un acto contrario y si los mismos sólo pueden modificarse por criterios de acuerdo unánime, es evidente que la idea de "irrevocabilidad" va implícita en el contenido de los estatutos y que en el acto de revocación habría de reputarse ineficaz.

¿Es esto posible? La Dirección General de los Registros y del Notariado así lo considera estableciendo que el poder que el comprador otorga es indiferente que conste en los estatutos que en documento separado, pues en ambos casos confiere a la persona del constructor o dueño o transmitente el poder de decisión por sí, cumpliendo así el requisito de unanimidad exigido por el artículo 5 y 16, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, pues en tanto los poderes no sean revocados dicha persona ostenta las facultades que se le han conferido en el poder, entre las que está el de la decisión de modificación de cuotas.

Concluye la Dirección que en el caso contemplado no es preciso examinar si el apoderamiento se configura por las partes como irrevocable, ya que de la cláusula estatutaria no parece desprenderse tal cosa. Es aquí donde a nuestro juicio se rompe la argumentación del Centro Directivo, pues no puede ser lo mismo el apoderamiento hecho en un documento separado o en el mismo documento de compra del piso o local, que estar incrustado en un artículo estatutario que se hace intocable por el juego de los prin-

cipios que rigen la Ley de Propiedad Horizontal. El artículo 17 de los estatutos debió reputarse contrario a la ley, no la de Propiedad Horizontal, sino el Código civil que claramente establece esta sanción en el artículo 4 para los pactos contrarios a lo dispuesto en la ley y debe recordarse a estos efectos el carácter esencialmente revocable del poder, en su versión de mandato que nuestro código regula (artículo 1.732 del C. c.). Discutido es doctrinalmente el problema del mandato irrevocable y los esfuerzos doctrinales para ofrecernos casos del mismo, pero creemos que este supuesto no puede justificarse con los argumentos que para ello se emplean.

De otra parte, esos “amplios poderes” de que se invisten al dueño inicial del edificio en buena técnica jurídica no suponen, conforme a la terminología legal” más que legitimación para actos “de administración” (artículo 1.713 C. c.), exigiéndose para los de “riguroso dominio” un poder especial y circunstanciado. La adopción de acuerdos por unanimidad suponen actos que exceden de los de mera “administración”, pues de lo contrario la ley—guiada en este punto por las normas que rigen las comunidades—hubiese sólo exigido el criterio de mayorías a que se refiere el artículo 16, 2, de la Ley de Propiedad Horizontal.

**PROPIEDAD HORIZONTAL.—EN EL PODER CONCEDIDO PARA VENDER LA PARTICIPACIÓN INDIVISA DE UNA HERENCIA, CABE ENTENDER COMPRENDIDA LA ACÉPTACIÓN Y PARTICIÓN DE LA MISMA, PERO NO LA CONSTITUCIÓN DE UN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.** (Resolución de 17 de abril de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 2 de junio de 1970.)

*Hechos.*—Doña Antonia González Fonturbel falleció el Burgos el 13 de mayo de 1937, bajo testamento otorgado el 22 de febrero anterior ante el Notario don José Nieto Méndez, en el que nombró heredero usufructuario con facultad de disponer actos intervivos a su esposo, don Primitivo del Barrio Cebrecos, y herederos de residuo a los sobrinos carnales de la testadora, doña Inés, doña María Patrocinio, doña María de los Angeles y don Marcos González Ausín, así como a los de su esposo, don Cipriano, don Alejandro y doña Matilde del Campo y Barrio, que se distribuirían, por mitad cada grupo, el haber hereditario que quedare.

Don Primitivo, viudo de la testadora, el 19 de octubre de 1939 contrae segundo matrimonio con doña Matilde Gómez Santillana y el día 13 de septiembre de 1944 otorga testamento en el que declara no haber tenido descendencia de ninguno de sus matrimonios y que instituye heredera universal en pleno dominio de sus bienes muebles a su esposa Matilde Gómez Santillana, a la que también deja el usufructo vitalicio de sus bienes inmuebles, instituyendo herederos nudo-propietarios de los mismos, por partes iguales, con derecho a ser sustituidos por sus descendiente y en su defecto de acrecer, a sus sobrinos, don Cipriano, don Alejandro y doña Matilde del Campo y Barrio.

Así las cosas, sucesivamente van falleciendo primero doña Matilde Gómez Santillana el 15 de noviembre de 1957, por lo que quedó sin efecto la institución a su favor, pasando a ser herederos en pleno dominio los sobri-

nos de don Primitivo. Este fallece el día 17 de junio de 1962 sin haber dispuesto por acto inter vivos de la herencia que le dejó, con facultad de disponer, su primera esposa, doña Antonia González Fonturbel. En la herencia de dicha señora sólo existían en el caudal hereditario una casa sita en Burgos, en la calle de las Tahonas, número 1, adquirida durante el matrimonio. También existía una parcela de terreno que el viudo, don Primitivo compró en ese estado y sobre la cual construyó un edificio de cuatro plantas y ocho viviendas, sito en la calle de las Calzadas, número 40.

El día 20 de septiembre de 1963, ante el Notario de Burgos, don Ursino Vitoria Burgoa, comparece de una parte don Marcos González Ausín por sí y en representación de sus hermanas, doña Inés, doña Patrocinio y doña María de los Angeles, que tenían otorgado poder "para enajenar la participación que les correspondiese en la herencia de doña Antonia González Fonturbel" y don Cipriano, don Alejandro y doña Matilde del Campo Barrio, a efectos de aceptar la herencia y adjudicarse sus participaciones. En dicha escritura estos últimos se adjudican las tres cuartas partes de la finca de las Tahonas y por terceras e iguales partes indivisas la totalidad de la casa de la calle de las Calzadas. Doña Inés, doña Patrocinio, doña María de los Angeles y don Marcos González se adjudican la cuarta parte restante de la finca de la calle de las Tahonas.

En dicha escritura y a continuación de lo dicho, los comparecientes realizan diversas "segregaciones" y en la proporción que les corresponde en la casa de la calle las Tahonas venden la planta sótano, que consta de dos locales unidos, a don Leandro Hernando Caro; el piso entresuelo, que consta de dos habitaciones, cocina y water, a don José del Río Vesga; el piso primero, de la misma composición que el entresuelo, a doña Dionisia de la Cruz Huidobro y el piso segundo, de la misma composición, a don Simón Pérez Alonso. En la cláusula H) se hace constar que "aunque por la superficie puede considerarse comprendidas en la venta de la planta baja el hueco que entra en la casa número 3 de las Tahonas, se hace constar de modo expreso".

Presentada la escritura a inscripción, se califica por el Registrador, el cual estima denegada la inscripción de la casa de las Tahonas por los defectos siguientes: 1.º) Los poderes de don Marcos no le autorizan para aceptar ni partir herencias. 2.º) La descripción de la finca en la escritura no coincide con la registral, ya que en ella se dice que además tiene entresuelo, el cual consta de dos habitaciones más que los pisos, lo que puede significar una obra nueva, que caso de estar realizada en vida de don Primitivo con su segunda esposa, exige liquidación de sociedad de gananciales. 3.º) No consta su medida superficial, hay contradicción descriptiva, en la descripción no se sigue el criterio de derecha, izquierda y fondo y la cuota debe ser una para cada local. 4.º) Conforme a la cláusula H), está comprendida dentro de la planta baja el hueco que entra en la casa número 3 de las Tahonas, lo que no consta en la descripción del edificio ni en el Registro. 5.º) En tanto no se inscriban los títulos de herencia y la constitución del régimen de propiedad por pisos, no pueden inscribirse las ventas de las diferentes dependencias de la misma. Los defectos 1 y 4 son insubsanables, los 3 y 5 sub-

sanables y el 2.º será de la primera categoría si la obra nueva se efectuó durante el matrimonio de don Primitivo.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo y en su defensa alegó, entre otras razones, el que el otorgamiento de poderes para vender lleva implícita la posibilidad de aceptación de herencia; que al describir la finca es lo mismo decir que la casa tiene dos pisos y desván, aparte de planta baja, que hablar de sótano, entresuelo y dos pisos; que diversas Resoluciones de la Dirección General autorizan la enajenación de bienes hereditarios por todos los interesados sin necesidad de previa liquidación de la sociedad de gananciales; que la falta de medida superficial no ha sido obstáculo para que se extiendan asientos posteriores a la norma que los autoriza, que la falta de descripción en forma reglamentaria la práctica se ha mostrado indulgente si está clara la identificación de la finca, que el señalamiento de cuota común al sótano, compuesto de dos locales, es con el objeto de prever su posible división y asignarles a cada uno la mitad; que la cláusula H) de la escritura no tiene otro objeto que la constatación de un hecho y que la previa inscripción de la herencia y de la constitución de propiedad horizontal sólo dependen del Registrador.

Por su parte el Registrador en el informe preceptivo que emitió insiste en que el poder es insuficiente, que la descripción no es coincidente y se hace necesario averiguar si hubo obra nueva y si ésta se realizó durante el segundo matrimonio de don Primitivo. Igualmente insiste en la descripción inadecuada y no ajustada al artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y al 51 del Reglamento Hipotecario, en la imposibilidad de señalar una cuota que ha de dividirse por mitad en un futuro, que la cláusula H) hace suponer la existencia no de un hecho, sino de una superficie o servidumbre sobre la finca vecina y que es preciso la previa inscripción de la herencia y de la constitución del régimen de propiedad horizontal para poder inscribir las ventas (artículos 20 y 8, 5 de la LH).

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador por razones análogas a las alegadas por el mismo y el Notario autorizante se alza de la decisión presidencial ante la Dirección General de los Registros y del Notariado confirma los defectos 1, 2, 4 y 5 de la nota del Registrador, si bien el primero debe calificarse de subsanable. Respecto del defecto tercero, lo confirma en sus partes primera y tercera, revocándolo en la segunda y cuarta. Sus razones son las que exponemos a continuación.

*Doctrina.*—“Considerando que por diversas escrituras de apoderamiento, doña Inés, doña María del Patrocinio y doña María de los Angeles Ausín confirieron a su hermano, don Marcos, la facultad de vender las participaciones indivisas (o divididas sólo en el de la tercera otorgante) que correspondan a las poderdantes en la herencia de su tía carnal, doña Antonia González, por lo que la primera cuestión que ha de resolverse es la de si tales poderes son o no suficientes, dado que en la escritura calificada se contienen las operaciones de aceptación de herencia, adjudicación, constitución de edificio en régimen de propiedad horizontal—por cierto con desconocimiento de la existen-

cia de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960—y venta de los diversos pisos y locales que lo forman a los compradores;

Considerando que los mencionados poderes autorizan para entender comprendida la facultad de aceptar la herencia, dado el contenido del artículo 1.000, 1.º, del Código civil, por ser antecedente necesario para que la venta se realice, pero no resulta que el resto de las operaciones llevadas a cabo—con todas las consecuencias que el régimen de propiedad comporta—se hallen incluidas dentro de los términos del poder otorgado, y habida cuenta del artículo 1.713 del Código civil, que exige mandato expreso para la ejecución de actos de riguroso dominio, es forzoso declarar la insuficiencia de dichos poderes, si bien podrán salvarse los actos hechos por el apoderado mediante la oportuna rectificación por los interesados;

Considerando en cuanto al defecto segundo, que aun cuando en la escritura de 25 de septiembre de 1917 resulta aclarada la posibilidad a que se refiere el funcionario calificador, dado que en dicha fecha ya aparece el inmueble con la descripción actual, y no puede, por tanto plantearse problema alguno de liquidación de la sociedad de gananciales de don Primitivo con su segunda esposa doña Matilde Gómez, es de advertir que al no haberse presentado esta escritura para su calificación por el Registrador, en tiempo y forma, sino en alzada ante el Presidente de la Audiencia, de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario no podrá ser examinada en este recurso;

Considerando respecto del tercer defecto, que reúne en realidad varios englobados, hay unos que más bien constituyen simples faltas reglamentarias, como el no expresar en la descripción total del inmueble, de conformidad con el artículo 51, 4, del Reglamento Hipotecario y 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, la medida superficial con arreglo al sistema métrico decimal o también cuando no se describen dos de los pisos o locales en la forma exigida por la regla 3.ª del mismo artículo 51 del Reglamento, mientras que se ha realizado correctamente para el resto de los pisos del mismo inmueble;

Considerando, en cambio, y dentro del mismo defecto 3.º, no parece que haya contradicción entre la forma de describir el edificio en conjunto y las dependencias que lo integran, pues aunque pudiera haberse reflejado con mayor claridad en el primero su descripción, por la simple lectura de la misma se comprueba la existencia de las plantas que después se relacionan, y por último, el porcentaje asignado al local número 1, de un 25 por 100, es lo único que debe tenerse en cuenta, al realizar la calificación, pues no aparece prevista en la escritura ningún pacto o cláusula que establezca una derogación de lo ordenado en el artículo 8 de la Ley en caso de división material del local, que pudiera servir de base para el planteamiento del problema;

Considerando en cuanto al defecto señalado en cuarto lugar, relativo a la cláusula H de la escritura, que contiene como una especie de ampliación de las circunstancias físicas del inmueble que no se han hecho constar en la descripción general del mismo, y que supondría, además—si se quiere fijar su alcance y contenido—, una limitación del dominio del predio contiguo, lo que exigiría el consentimiento de su titular para que pueda hacerse constar

en la inscripción correspondiente y pueda surtir efectos contra terceros, tal como señala el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, por lo que al no darse estas circunstancias, el mismo fedatario minimiza los efectos de la cláusula, a la que ni siquiera considera que producirá efectos obligacionales y el propio Registrador entiende que de acuerdo con el artículo 434, 2.º, del Reglamento Hipotecario puede no inscribirse, sin que impida la inscripción el resto de la escritura, salvo que existan otros defectos.

Considerando que el último defecto viene a ser una reiteración de los anteriores, ya que es natural, dada la exigencia del principio de tracto sucesivo, recogido fundamentalmente en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que mientras no se hayan inscrito los títulos de herencia y constitución del régimen de propiedad horizontal no procederá la inscripción de las ventas de los diferentes locales y pisos que forman parte del edificio”.

*Consideraciones críticas.*—De las diferentes maneras de entender y hacer realidad el principio de legalidad y la función calificadora hay una que podríamos denominar como “cautelosa”, en la que el funcionario que la ejerce cree encontrar en cada línea y palabra de la escritura que contempla un defecto que impide a todo trance su inscripción. Y así, a la hora de redactar su nota, acumula defectos que son como “añadidos” de algunos que podríamos considerar como fundamental. Los tremendos problemas que la existencia “intuida” de una reserva dió lugar, hizo que en el artículo 265 del Reglamento Hipotecario se limitase para lo futuro la oficiosidad del funcionario que consignaba por los datos del supuesto de hecho la calidad de reservable de los bienes; ahora se dice: “a efectos registrales no serán suficientes, para reputarlos reservables, los datos e indicaciones que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones”; ahora es preciso que los reservistas hagan constar expresamente ese carácter para que se haga eco de ello la inscripción.

Un viejo y prestigioso Registrador, al enseñarme a dar mis primeros pasos registrales, me decía que cualquier escritura por perfecta que aparentemente parezca siempre ofrece posibilidades para señalar en ella un defecto, pero que él en su larga experiencia no había encontrado lo que la Ley llama defectos “insubsanables”. Lo fácil es decir no y lo difícil es estudiarse el problema a fondo y lograr descubrir una posible solución. Digo todo esto porque en el caso que contempla esta resolución pudieron evitarse discusiones de “tono menor” y centrar el problema en el verdadero y esencial defecto que la escritura contenía: “*la deficiencia de poder*”. Puede que ello contraste con el contenido de la Resolución en la que, como hemos visto, se da la razón en casi todos los puntos al funcionario calificador, pero de su lectura y estudio parece destacar la idea que apunto, ya que la Dirección habla de “simples faltas reglamentarias”. Conforme a ello vamos a distinguir dos partes: la que se refiere al defecto de insuficiencia de poder y los restantes defectos.

a) *Insuficiencia del poder.*—La teoría general de la representación que, como dice DE CASTRO (“Temas de Derecho Civil”, 1972), tiene un cierto carácter de colaboración y significa legitimar un hacer el representante, respecto

de la esfera jurídica del representando, como si fuera este mismo quien hubiese actuado, exige una serie de requisitos que tradicionalmente señala la doctrina y de los cuales es preciso destacar el de la suficiencia del poder. El poder resulta insuficiente cuando el negocio que se pretende realizar no está comprendido en el texto del mismo. Esta "literalidad" del poder obliga a una interpretación restrictiva y a una precisión entre lo que se llama negocios de administración y de disposición, pues para los primeros basta con un poder general, mientras que para los segundos se exige la rigurosidad antes señalada. Así se deduce del artículo 1.713 del C. c. y de las constantes decisiones que sobre este punto ha resuelto la Dirección General de los Registros y del Notariado (R. 20 de noviembre de 1900, 30 de octubre de 1912, 2 de enero y 6 de marzo de 1943, 20 de septiembre de 1967, etc.). No obstante, existen dos que dan posibilidad de una interpretación menos rigurosa: nos referimos a la de 3 de noviembre de 1908 y la más reciente de 23 de abril de 1969 que luego comentaremos.

En la escritura que se ofrece a la calificación se realizan, como dice la Dirección, cuatro negocios jurídicos: la aceptación de la herencia, la adjudicación, la constitución del régimen de propiedad horizontal y la venta de los diversos pisos y locales correspondientes. Bien es verdad que esa constitución en régimen de propiedad horizontal sólo puede considerarse "intuita", ya que se hace con el total desconocimiento de la vigente Ley de 21 de julio de 1960. El poder que don Marcos presenta al Notario le autoriza "para enajenar la participación que les corresponde en la herencia". El Registrador considera que el poder no autoriza a don Marcos para aceptar ni partir herencias en nombre de sus poderdantes, lo cual supone un defecto "insubsanable". En el informe del Notario se dice que autorizado don Marcos para vender la parte que les correspondiese en la herencia, queda implícitamente comprendida la posibilidad de aceptar la herencia.

Lo curioso del caso es que se da la razón al Registrador utilizando la doctrina sostenida por el Notario. La Dirección General en la Resolución de 3 de noviembre de 1908 había aclarado que el poder para vender lleva implícito el de la aceptación de la herencia a base del juego del artículo 1.000, 1.º del C. c., que estima "aceptada la herencia cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos". Aquí se vuelve a repetir la misma doctrina y con base en el mismo artículo que regula uno de los supuestos de aceptación tácita. Pero una cosa es aceptar o entender aceptada una herencia y otra la de adjudicación mediante las previas operaciones a que da lugar la partición. El Código civil se está refiriendo a la venta del "*derecho hereditario*" y no a la venta de cuotas proindiviso referidas a bienes concretos de la herencia. Es decir, el caso que se contempla en el artículo 1.000, 1.º del C. c., es el mismo al que alude el artículo 1.067 del mismo cuerpo legal.

Aquí, aparte de aceptar la herencia, se adjudica, según dice el supuesto de hecho, unas tres cuartas partes ciertos herederos y otra cuarta parte el resto de los mismos. Es decir, hemos concretado a través de la partición y adjudicación, el derecho hereditario referido ahora a bienes concretos y no a la totalidad del caudal hereditario, aparte de que habría necesidad de

realizar la correspondiente liquidación de la sociedad conyugal, operación para la que no estaba autorizado don Marcos en la representación que ostenta. Por eso, y por que tampoco el poder comprendía la posible constitución de una de las fincas en propiedad horizontal, es por lo que la Dirección da la razón al Registrador y estima existe insuficiencia de poder, pero con carácter subsanable teniendo en cuenta la doctrina del artículo 1,259 del C. c. Quizá la Dirección es extremosa en esta última apreciación referida a la parcelación horizontal, pues siguiendo su doctrina del año 1908 si la venta lleva implícita la aceptación de la herencia, la venta debería llevar consigo también la de poder parcelar para luego poder vender. Pero toda generalización es peligrosa y así debemos recordar la Resolución de 23 de abril de 1969 en la que se estimó que el poder o autorización para hipotecar llevaba implícita la posibilidad de vender la finca hipotecada en pública subasta.

b) *Restantes defectos.*—Restan por examinar cuatro defectos a los que la Dirección General no presta ya mucha atención, porque el último es consecuencia del primero y los otros tres se resuelven no entrando en el segundo y calificando algunos de los defectos contenidos en el tercero como “faltas reglamentarias” y considerando el cuarto superado por la solución que el Registrador le había ya dado. Veamos.

El defecto segundo se refería a la “sospecha” que al funcionario calificante le producía ciertas variantes en la descripción del inmueble y que le hacían adivinar una supuesta “obra nueva” posiblemente hecha durante la vigencia del segundo matrimonio de don Primitivo. El asunto no se resuelve en el recurso, pues presentada por el Notario ante el Presidente de la Audiencia una escritura de 25 de septiembre de 1917, en las que constaba la variante descriptiva del inmueble, el Registrador eliminó su examen de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario. Ello nos priva de ver la reacción de la Dirección ante una variación descriptiva que puede hacer descubrir al funcionario la existencia de una obra nueva.

En el defecto tercero la Dirección General rechaza alguno de los que se engloban en el mismo bajo el criterio de calificarlos como “faltas reglamentarias” y admite otros como verdaderos defectos. Es de destacar cómo la Dirección General aflora a la temática actual el concepto —ya viejo— de defectos que no tienen la consideración de faltas (al que hacía referencia un tradicional programa de oposiciones) o de “faltas reglamentarias” entre las que la doctrina incluía la infracción notarial de la competencia en términos municipales de otro Notario de su Distrito, la omisión del nombre y apellidos del cónyuge y la infracción de prohibiciones reglamentarias impuestas al Notario por razones de imparcialidad. En la actualidad, teniendo en cuenta la reforma reglamentaria de los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, el segundo de los supuestos debe hoy ser excluido de dicho concepto y hacerlo entrar en el de falta subsanable. Sin embargo, a esos supuestos hay que añadir ahora la falta de expresión del sistema métrico decimal y la falta de descripción de los pisos o locales en la forma exigida por la regla tercera del artículo 51 del R. H. y 5 de la Ley de Propiedad

Horizontal. Se rechazan como defectos y faltas las otras dos observaciones hechas por el Registrador, es decir: el que existía a su juicio contradicción entre la descripción del edificio y las dependencias y el de la asignación de una cuota global distribuible por mitad entre dos locales de negocios.

Respecto del cuarto defecto provocado por la reacción de la cláusula H) en la que el funcionario creía adivinar la existencia de una servidumbre o de derecho de superficie, resulta que al serle aplicable lo dispuesto en el artículo 434, 2.º del Reglamento Hipotecario —consentimiento del presentante para que no sea inscrito el pacto— todo queda resuelto. No obstante, hay que concretar que en el presente caso la verticalidad del “vuelo” no siempre es predicable para delimitar el dominio y así conviene recordar da Sentencia del T. S. de 26 de junio de 1952, en la que se dice que la línea divisoria de dos casas contiguas no ha de ser necesariamente *perpendicular al solar* y coincidir con la que le separa por el piso principal. La penetración de determinadas porciones de piso de una casa en la contigua, ya existente en vida de la propietaria de ambas, no implicó la existencia de signo aparente de servidumbre del artículo 541 del C. c. Los hechos, de otra parte, fueron objeto de un famoso supuesto de hecho en un dictamen de oposiciones a Notarías.

Negada la suficiencia del poder para la realización de los actos de adjudicación hereditaria y constitución de propiedad horizontal, es lógico que la Dirección General diga que el último defecto es consecuencia de los anteriores y que conforme al artículo 20 sea precisa su previa o simultánea inscripción a la de la venta. De lo cual se deduce lo que apuntábamos al comienzo: que con un solo defecto estaba perfectamente calificada la escritura que tantos resortes intuitivos ofreció al funcionario de turno.

**PROPIEDAD HORIZONTAL. SEGREGACIÓN Y VENTA DE LOCAL. ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE VENTA DE LA VIVIENDA-PORTERÍA DE UNA CASA EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL POR EL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD AUTORIZADO EN JUNTA GENERAL EN LA QUE SE ACORDÓ PREVIAMENTE LA DESVINCULACIÓN Y VENTA DEL CITADO LOCAL. (Resolución de 5 de mayo de 1970, *Boletín Oficial* de 4 de junio de 1970).**

*Hechos.*—La casa número 32 de la calle Oviedo, de Madrid, se vendió por pisos y, al entrar en vigor la Ley de Propiedad Horizontal, se adaptaron sus Estatutos a la misma con fecha 9 de octubre de 1965, en la que se procedió, en virtud de un acuerdo de Junta General de propietarios del día 16 de junio, a desvincular como elemento común del inmueble la vivienda que estaba destinada a portería y que era el bajo número 3, al cual se le atribuía un porcentaje del 6,6 por 100 en los elementos comunes, a la vez que se redistribuían las cuotas correspondientes a los otros pisos. Dicho documento fue inscrito en el Registro de la Propiedad. La Junta de Propietarios en sesión de 6 de febrero de 1966 acordó vender el piso que fue de la portería, autorizando al presidente para que en nombre de la comunidad, firme cuantos documentos públicos o privados sean necesarios hasta la total inscripción de

la venta en el Registro. Como a dicha Junta dejaron de asistir tres propietarios hubo que notificarles la decisión, firmado dos de ellos su conformidad en el libro de actas, haciéndolo por los herederos del tercero que había fallecido una de sus hijas, notificándose el acuerdo a otros posibles herederos mediante el envío por correo certificado del acta notarial del acuerdo. Con fecha que no consta en lo hechos y ante el Notario de Madrid, don Santiago Pelayo Hore, se otorga la escritura de venta de dicho piso compareciendo el presidente de la Junta de Propietarios y el comprador, don Moisés Bausela Martín, fijándose el precio en la cantidad de ciento veinte mil pesetas.

Presentada dicha escritura ante el Registrador número 6 de los de Madrid, fue rechazada en virtud de dos defectos: 1) No corresponder a la Junta de copropietarios la facultad de enajenación del referido piso que se atribuye al presidente en representación de aquellos asistentes al acuerdo y de la ratificación que se dice de los no asistentes, facultad no comprendida dentro de los distintos apartados del artículo 13 de la Ley de 21 de junio de 1960. 2) No constar la ratificación en escritura pública por los demás copropietarios de la enajenación realizada en su nombre por el presidente, calificándose este último defecto de subsanable.

El Notario autorizante de la escritura interpone recurso gubernativo y en sus alegaciones maneja hábilmente las ideas de comunidad y personalidad jurídica, para luego hacer una especie de canto al carácter pragmático de la Ley de Propiedad Horizontal que ha procurado (sin conseguirlo, añadimos nosotros) resolver los numerosos problemas que la propiedad de pisos plantea. Juega un poco con lo que quiso o debió decir el Registrador en su nota no sabiendo a ciencia cierta si se dice que la Junta no tiene facultad para enajenar los elementos comunes o que objetivamente la cosa vendida no era elemento común. Para él es claro que el artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal faculta a la Junta en su número 5 para "conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad...", atribuyendo el artículo 12 la representación en juicio y fuera de él al Presidente. Sostiene también que el acuerdo de la Junta al desvincular el piso del portero al servicio destinado no varió el carácter de elemento común de la vivienda y autorizó a su presidente a venderlo en nombre de la comunidad.

El Registrador por su parte en el informe emitido en defensa de su nota estima que existe un exceso de atribuciones del Presidente y que su representación se basa en contra de la legislación civil en una autorización de parte de los copropietarios y la posterior conformidad de los no comparecientes; igualmente se alega que el artículo 20 de la L. H. es un obstáculo a la inscripción, pues en el Registro no consta la inscripción especial de dicho piso ni la de la persona que otorga o en cuyo nombre son otorgados los actos referidos; no se admite la representación del Presidente de la Junta en aquellos asuntos que trasciendan a las esferas de la legislación civil e hipotecaria. Alega otra serie de razones en orden a la necesidad del consentimiento de los partícipes en la comunidad y considera que el segundo defecto se redactó con la finalidad de poder subsanar el primero, caso de solicitarse anotación.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador en base

de razones muy similares a las expuestas por el mismo. El Notario se alza de la decisión presidencial insistiendo en sus argumentaciones y la Dirección General revoca el auto apelado y la nota del Registrador en ocho considerandos que transcribimos.

*Doctrina.*—“Considerando que después del acuerdo unánime en Junta de propietarios de desvincular la vivienda-portería como elemento común y de uso funcional compartido a la que se señala, como piso independiente, un determinado porcentaje a la vez que se redistribuyen las cuotas de los restantes, la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si basta nuevo acuerdo de la Junta de propietarios, logrado por unanimidad en la forma establecida en el artículo 16 de la Ley, para concretar su venta y autorizar al Presidente para que en nombre de la comunidad formalice escritura e inscripción, o si, por el contrario, se necesita que todos los copropietarios, en forma individual, presten consentimiento en escritura pública;

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

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

Considerando que tal cuota de participación no queda, en principio afectada por la desvinculación como elemento común compartido de un piso originariamente destinado a portería, el cual puede continuar siendo explotado como elemento común del inmueble que ya no es usado por todos funcionalmente, sino que su uso y aprovechamiento se cede en forma onerosa, como ocurre con frecuencia con ciertos locales de negocio, cuya renta se aplica a pagos de gastos comunes y que, incluso, como sucede en el caso cuestionado, puede venderse a un extraño, en cuyo supuesto es ya obligatorio el reajuste de coeficientes de todos los copropietarios, cuyo número aumenta en una unidad;

Considerando que si el piso destinado originariamente a portería y posteriormente desafectado de su carácter de elemento común de uso funcional compartido, se hubiera inscrito en el Registro como tal local privativo, a nombre de todos los copropietarios y en proporción a sus respectivas cuotas, la enajenación debería hacerse en forma ordinaria y mediante el consentimiento, prestado en escritura pública, de todos los copropietarios, cuya voluntad no

podría ser sustituida por un acuerdo de la Junta, toda vez que no son equivalentes la suma de los consentimientos de los copropietarios, individualmente prestados, y el acuerdo de la Junta, aunque se adopte por unanimidad, ya que la competencia de ésta es siempre limitada y su forma de actuación especial;

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

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

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

*Consideraciones críticas.*—Cuando los argumentos que se emplean para justificar una decisión jurisprudencial no encajan plenamente en el ordenamiento vigente, se hace preciso pensar en razones de equidad o en técnicas de progresos jurídicos como ideales a conseguir. En el presente caso creo que esta Resolución no pasa de ser un “*ensayo de criterio progresivo*” de lo que puede ser en su día la regulación de la propiedad horizontal, otorgando a la Junta de Propietarios unas facultades de disposición o sobre un elemento común de la comunidad o sobre un piso de propiedad de todos y cada uno de los partícipes.

Tres artículos de la Ley de Propiedad Horizontal (el 12, 13 y 16) y el peligroso concepto de “*afectación y desafectación*” de raigambre puramente administrativa, sirven para inclinar la balanza del lado del Notario recurrente que en el planteamiento de su recurso viene a utilizar los mismos argumentos dichos como antes apuntamos. A ellos se añade otro argumento de tipo registral y es el de que si el piso en cuestión una vez desafectado del servicio de portería se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad como privativo de los partícipes, la cosa hubiese sucedido de otro modo y en vez de estar legitimada la Junta para enajenar hubiesen sido todos los partícipes los que hubieran tenido que prestar su consentimiento para ello.

Sobre la base de todo ello se hace preciso distinguir tres partes fundamentales de la argumentación:

A. *Desafectación de la vivienda del portero.*—En base de un acuerdo de la Junta de Propietarios del año 1965 se procede—dicen los hechos— a desvincular como elemento común del inmueble la vivienda que estaba destinada a portería, atribuyéndole un porcentaje del 6,6 por 100, redistribuyéndose las cuotas de los demás pisos. Parece ser que también se decía que dicha vivienda seguiría perteneciendo a la comunidad, si bien por no formar parte de los elementos comunes inseparables de la propiedad horizontal no se incluye en la relación de los mismos. Este documento tuvo la “afortunada” posibilidad de colarse de rondón en el Registro, sin que dicho piso formase finca independiente por no solicitarse, creando con ello una especie de inscripción a favor de titular indeterminado.

La Dirección General no configura el supuesto de esta forma y dice que la cuota de participación que corresponde a cada propietario con relación al total valor del inmueble no queda en principio afectada por la desvinculación como elemento común de uso compartido de un piso originariamente destinado a portería, el cual puede continuar siendo explotado *como elemento común* del inmueble, que ya no es usado por todos funcionalmente. Los hechos dicen una cosa: que el piso en cuestión dejó de formar parte de los elementos comunes y, sin embargo, la Dirección dice que siguió siendo explotado como elemento común. La Dirección General dice que no quedó afectada la cuota de participación y los hechos dicen que se redistribuyeron las cuotas al asignar al nuevo piso una cuota del 6,6 por 100. Hay, por tanto, una configuración distinta entre lo que se estructura para justificar un supuesto y lo que los hechos revelan.

Pero donde creo que está la parte más débil de la argumentación es cuando se dice que si el piso originariamente destinado a portería y posteriormente desafectado de su carácter de elemento común de uso funcional compartido, se hubiera inscrito en el Registro como local privativo a nombre de todos los copropietarios y en proporción a sus respectivas cuotas, la enajenación debería hacerse en forma ordinaria. Lo que ha determinado, en último extremo, el que se aplique uno u otro régimen es la inscripción en el Registro de la Propiedad. Se me ocurre considerar que esto no hubiera podido suceder nunca tal y como los hechos nos refieren lo sucedido, pues el Registrador procedió bien al no inscribir el piso a nombre de cada uno de los partícipes, ya que de haberlo hecho hubiera cometido una falsedad. Pudo y debió denegar

aquella inscripción mientras la titularidad del piso desafectado no se concretase, pero no lo hizo así, pero su falibilidad no puede servir ahora para un argumento tan trascendental como la enajenación de un piso por una Junta de Propietarios que al no tener personalidad jurídica no puede ostentar una titularidad registral. La fuerza del argumento se derrumba con la aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y su principio de tracto sucesivo.

De otra parte se me antoja un poco aventurado el argumento de la desafectación. Desafectar algo, en términos administrativos, es alterar la naturaleza de los bienes que de estar sometidos al uso general o al servicio público se transforman en patrimoniales. Ello no supone un cambio de titularidad, sino una alteración del uso o destino a que estaban entregados. Cambia su régimen jurídico, pero no su titularidad. Si esto es así, al desafectar la vivienda del portero a ese servicio y convertirse en un bien patrimonial de la comunidad, la titularidad del mismo no ha debido cambiar: seguirá perteneciendo en la parte proporcional a cada uno de los partícipes en la comunidad. La desafectación ha provocado, por así decirlo, el levantamiento de la prohibición que sobre este elemento común pesaba en virtud del artículo 396, 2, del C. c. y 1, 2, de la Ley de Propiedad Horizontal: las partes en copropiedad... sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte privativa de la que son anejo inseparable.

Aquí, según la Dirección General, se ha convertido el "uso funcional compartido" en un "uso y aprovechamiento que se cede en forma onerosa", con lo cual parece que no deja de ser común dicho piso, pero no pertenece ya a los copropietarios, sino a la comunidad en general, cuya Junta, por acuerdo unánime, decide y lleva a cabo su enajenación. No es lo mismo el ejemplo del arrendamiento que a título de argumento da la Dirección, que el supuesto de enajenación, pues el primero entra dentro de lo que la Exposición de la Ley llama "gestión y administración" y lo segundo creemos que excede a dichas facultades. Mientras los primeros actos pueden ser realizados o están legitimados para realizarlos los órganos de gestión y administración, los otros precisan la intervención específica de cada partícipe.

B. *Legislación aplicable.*—En base de la configuración operada en virtud de la desafectación de la vivienda del portero la consecuencia inmediata es la atracción hacia esa figura de la legislación de Propiedad Horizontal "en exclusiva", por ello el segundo considerando dice que la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal sustrae aquél a la comunidad ordinaria de bienes ordenada en el título III del Libro II del Código civil.

Esta afirmación debe ser entendida con restricciones, pues si bien el régimen de los edificios en propiedad horizontal se rige por la ley especial, también es cierto que hay que tener en cuenta que tiene una aplicación inexcusable el Código civil y su legislación complementaria, así como la legislación hipotecaria, sobre todo en los actos dispositivos. Realmente la Dirección recoge esta idea, dando relieve a la inscripción, pues en el caso de que la vivienda del portero al ser desafectada se hubiese inscrito en el Registro como local privativo, la enajenación hubiese tenido que realizarse

en forma ordinaria y mediante el consentimiento prestado en escritura pública de todos los titulares.

Lo que sucede es que para aplicar "en exclusiva" las disposiciones de la Ley de Propiedad Horizontal y hacer sustituir el consentimiento de cada uno de los partícipes por el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, fuerza el argumento y considera que la vivienda destinada a portería en virtud de la desafectación no se transforma en privativa, sino que sigue siendo un elemento común que se desafecta previamente con este fin, sin pasar en ningún momento intermedio a la categoría de local privativo. Como antes apuntamos, ni la existencia de personalidad jurídica en la comunidad de propietarios ni la esencia jurídica que lleva consigo la desafectación admiten esta construcción y, por ello, es preciso acudir como legislación necesaria aplicable a la común.

*C. Legitimación para la enajenación.* La argumentación que se utiliza para justificar la enajenación realizada por el Presidente de la Comunidad en base de un acuerdo tomado por unanimidad se concreta a los artículos 12, 13 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal. Todos ellos conjugados hacen concluir a la Dirección General con la afirmación de que es de competencia de la Junta, si bien sometida al régimen de unanimidad, el acuerdo, modificativo del título constitutivo, de desafectar el piso destinado a portería y enajenarlo en interés colectivo.

Una cosa, hemos dicho, que es desafectar y otra enajenar. Repasando la literalidad y el espíritu que informó la Ley de Propiedad Horizontal en los artículos que se citan, no cabe ver en ellos esas facultades de disposición que se pretende conceder. Veamos.

El artículo 12 determina que el Presidente de la Comunidad "representará en juicio y fuera de él, a la comunidad en los asuntos que la afecten". Manifestación del primer supuesto es el caso de la S. del T. S. de 14 junio 1968, en la que se apunta ya un claro avance en el orden de interpretación progresiva de la Ley de Propiedad Horizontal. Manifestaciones de la segunda, o sea, la representación fuera de juicio, son todos aquellos actos "que la afecten" y que vienen enumerados en el artículo 13, siendo todos ellos de gestión y administración, salvo el último, al que se le ha querido dar un sentido distinto. En el número 5 de dicho artículo se confiere a la Junta—representada, como sabemos, por su Presidente—"conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad". Cuando la norma jurídica hace una enumeración y termina con un criterio de amplitud genérica para tratar de comprender aquellos supuestos no previstos en el momento de redactarla, lo hace siempre bajo fórmulas parecidas a éstas "u otros cualesquiera reales" (artículo 2 de la Ley Hipotecaria), "y otros de naturaleza análoga" (artículo 1.800 C. c.), "y demás derechos reales sobre bienes inmuebles" (artículo 334, 10, C. c.), "u otros objetos preciosos cuya legítima pertenencia no conste" (artículo 352 C. c.), "y en general de todos los beneficios inherentes a la misma" (artículo 479 C. c.), etc. Las fronteras de la lista exhaustiva se prolongan bajo esas fórmulas que permiten convertirla en enunciativa o abierta, pero siempre bajo la idea de que se trata de actos semejantes, análogos o de la misma naturaleza. Pretender

contradecir esta norma interpretativa es abrir un cauce de muchas dimensiones en el que pueden caber cualquier facultad omnimoda que en momento determinado se quiera atribuir a la Junta.

Del examen de los actos enunciativos a que se refiere el artículo 13 nada parece indicar que se trate de supuestos que excedan a los de gestión y administración, que son a los que parece referirse el espíritu de la Exposición de Motivos de la Ley. Nada hubiese impedido al legislador incluir actos dispositivos en esa lista enunciativa; y al hablar de "asuntos de interés general" no puede entenderse que se refiere a otros que no sean "análogos", similares o de naturaleza paralela a los anteriormente enunciados.

El artículo 16 de la Ley al hablar del criterio de "unanidad" lo refiere a los actos que enumera el artículo 13 y en ellos hemos intentado apuntar que no están comprendidos los de enajenación. Por ello, ese sistema de notificaciones y de transcurso de plazo sirve, en el fondo, para esos actos de gestión y administración, pero es peligrosísimo aplicarlo a los de disposición. No debemos olvidar que cuando los herederos mayores de edad no se entienden sobre el modo de hacer la partición deben acudir a la autoridad judicial, pues no se admite en nuestro derecho ni el criterio de mayorías ni el sistema de hacer la partición, notificar fehacientemente la misma al heredero disidente o no asistente y una vez transcurrido el plazo aplicarle la teoría del silencio en su versión civilista: consiente el que pudiendo y debiendo contestar guarda silencio.