

ficultades aumentan cuando al hacer efectiva la hipoteca, se tiene en cuenta para la efectividad de la acción hipotecaria un inmueble que no existe. Y siendo el Derecho real de hipoteca un *ius-ad-valorem*, es muy posible que los postores en la subasta no aceptasen únicamente una realidad tabular, sin más esperanza que la futura y floreciente realización.

JOSÉ MARÍA LÓPEZ TORRES

OBSERVACIONES SOBRE LA COPROPIEDAD PRO DIVISO

1.º Ventajas.—2.º Inconvenientes.—3.º Nacimiento de esta copropiedad.—4.º Construcción jurídica.—5.º Cuotas.—6.º Inscripción.—7.º Hipotecas.—8.º Extinción.—9.º Tanteo.

1.º Sin exagerar la importancia que la Ley de 26 de octubre de 1939 haya de tener para la reparación de los daños sufridos por la edificación urbana durante la guerra civil, puede asegurarse que favorece el acceso de las clases medias y humildes a la propiedad urbana, consolida el desenvolvimiento de la familia en el hogar propio, facilita la colocación de los modestos ahorros, invita al cuidado, arreglo y decoración de la casa *immune* contra el desahucio, disminuye los obstáculos que encuentra el necesitado de habitación, elimina las ásperas discusiones entre caseros e inquilinos, permite el aprovechamiento racional de la plusvalía, normas de las fincas urbanas; arraiga la propiedad mercantil y el acervo del comerciante sobre bases sólidas y promueve la constitución de Sociedades que destinen sus capitales e iniciativas a la construcción de casas económicas.

2.º Frente a estas ventajas, aparecen los inconvenientes de toda comunidad de bienes (*mater rixarum*), agravados por la convivencia forzosa, la casi imposibilidad de avenir en todo momento a las docenas de copropietarios que pueden existir en las grandes construcciones modernas, la desconsideración o aversión que los Bancos Hipotecarios sienten por la propiedad indivisa (que se traduce constantemente en la negación de créditos) y las dificultades técnicas que, sobre todo en los Registros de la Propiedad, provoca la confusión de las cuotas matemáticas de proindivisión con las partes integrantes de

los edificios, cuando éstas, como es lo corriente, no aparecen descritas ni valoradas reglamentariamente.

3.º Aunque la ley únicamente modifica el artículo 396 del Código civil, y con ello plantea de nuevo los problemas relativos a su vigencia en las regiones forales, las circunstancias imponen su extensión a toda España, si bien no puede negarse que en la inmensa mayoría de los casos las fincas urbanas pertenecientes a varias personas, y adquiridas por título hereditario o por documento intervivos de un solo dueño, se regirán a falta de contrato o de disposiciones especiales por las prescripciones del Título III del Libro 2.º del mismo Código o de la legislación foral. Habrá, sin embargo, una serie de casos en que la propiedad de los pisos o departamentos independientes de un edificio será atribuida a cada uno de los titulares, bien por la Empresa que ha construido el edificio con tal objeto, o por cesión del propietario único que se ha reservado un piso o pabellón, o por manifestaciones hechas al tiempo de formalizar las particiones hereditarias o en la escritura de compra formalizada por varias personas con un vendedor, o por acuerdo de todos los copartícipes que hasta entonces tan sólo hubieran poseído partes ideales, o, en fin, por prescripción, si a ello no fuera un obstáculo el artículo 1965 del Código civil, a cuyo tenor no prescribe la acción para pedir la división de la cosa común.

4.º La Ley examinada, como es natural, no intenta fijar las líneas de una construcción jurídica irreprochable, pero en su preámbulo habla de la *propiedad horizontal*, caso típico de propiedad privada singular, unida al condominio indivisible sobre los elementos comunes necesarios al debido aprovechamiento de cada una de sus partes. Es decir, que reconoce la propiedad exclusiva de cada dueño sobre su piso y la une indisolublemente a la comunidad sobre las porciones no divididas y necesarias para el adecuado uso y disfrute del edificio. Nada indica sobre la trabazón interna de este régimen de indivisión forzosa con las servidumbres recíprocas entre las distintas partes, que figuran alternativamente como predios dominantes y sirvientes, ni establece con claridad si la copropiedad forzosa corresponde a los titulares por cuotas, según el valor de su parte privativa, ni parece permitir que se resuelva la situación jurídica en una serie de copropiedades distintas por el número de titulares y por las facultades correspondientes a los mismos.

No es fácil distinguir cuáles preceptos son de derecho necesario, sin que contra ellos pueda hacerse valer el pacto contrario, y cuáles pueden ser modificados por los mismos condueños. Hay que tener presente que, frente al valor decisivo de la voluntad privada, que la ley reconoce cuando se trata de satisfacer los gastos de conservación y reparación de los elementos comunes, se halla el carácter restrictivo y cerrado de la reglamentación hipotecaria que, por afectar a terceras personas, no deja mucho campo a la autonomía particular.

Sin embargo, no vemos inconveniente en que sobre un piso o parte de él se constituya una servidumbre a favor de otro piso, por tratarse de gravámenes que sólo afectan a los dos, como serían ciertas conducciones de agua, gas, electricidad, humos, residuos, letrinas o retretes que se apoyasen en las paredes que no fuesen maestras y perteneciesen privativamente a los dueños de las viviendas.

En realidad, pueden distinguirse entre los elementos comunes del edificio unos que son absolutamente necesarios para su uso, otros que forman partes integrantes, pero no esenciales de la construcción y otros que son a modo de accesorios adecuados para su disfrute, y aunque a tenor del cuarto párrafo del artículo 1.º de la Ley, el derecho de copropiedad de los mismos sólo es enajenable, gravable o embargable conjuntamente con la parte determinada de que es anejo inseparable, nos parece admisible que los copropietarios puedan enajenar una parcela del jardín común para alinear la calle, o alquilar por más de seis años el piso que hubieran dejado indiviso, con el fin de obtener las cantidades mensuales necesarias para reparaciones corrientes.

5.º Uno de los conceptos que merece ser estudiado con mayor atención es el relativo a la determinación de las cuotas. En primer lugar, es necesario distinguir las que corresponden a los comuneros en los elementos comunes (a tenor de la ley, no susceptibles de división) que, salvo pacto, se presumen iguales; además, el texto legal habla a renglón seguido, al tratar de los gastos de reparación y conservación, así como del cómputo de la mayoría para tomar acuerdo, del valor de la parte privativa, dato que no sabemos si se fijará de una vez para siempre, o si se alterará por las mejoras o deterioros de los locales respectivos. Pero la cuota de mayor importancia para los efectos hipotecarios, y que en el texto discutido parece haberse omitido, es la que ha de regir propiamente las relaciones de garantía. Por algo

el artículo 70 del Reglamento Hipotecario dispone que las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente. Esta exigencia no se puede desconocer si se quiere hacer posible el crédito hipotecario. De otro modo, nadie sabría repartir las responsabilidades de la hipoteca constituida por un Banco de construcción, entre los propietarios de los treinta pisos en que se halla dividida una casa de Madrid. Lo mejor sería fijar una sola cuota invariable para todas las relaciones internas y externas.

6.º Las modificaciones introducidas en el número 3.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria resuelven el difícil problema de la inscripción de pisos abriendo varios folios: uno a toda la finca urbana y otros a los diferentes pisos o partes susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común de aquélla o a la vía pública, con lo cual se desconoce una vez más el principio inmobiliario de la parcelación o régimen apoyado primordialmente en la división geométrica del suelo, se provocan descripciones contradictorias de igual fuerza y se crea una relación entre las entidades o folios hipotecarios que ni es la que existe entre el predio dominante y el sirviente, ni la de accesoriadad (puesto que si el vuelo es accesorio del suelo, también son accesorias las partes comunes de la propiedad exclusiva del piso), ni las de mera referencia, que sólo tienen carácter burocrático o de régimen interior. Acaso se diga que ni las transferencias, ni los gravámenes, ni los embargos tienen lugar adecuado en el folio común, como se deduce de los repetidos términos de la ley comentada; pero como la inscripción primera o común contendrá no sólo las circunstancias relativas al edificio, sino también las particularidades de mayor importancia que resulten de los estatutos, reglamentos, pliegos de condiciones, planos, certificados o presupuestos que se acompañen, y designará por sus nombres y características a los titulares de los respectivos derechos, serán inevitables las repeticiones y se dará ocasión para que no se armonicen o coincidan los asientos. En verdad, si las inscripciones de las viviendas o locales absorben todas las facultades dominicales, debiera ser innecesaria la de la totalidad. Por otra parte, hemos de reconocer que la hoja primordial facilitará la inscripción de los arrendamientos de las habitaciones o locales dejados en común para atender a los

gastos de reparación, así como la de las hipotecas de todo el edificio o las enajenaciones de las partes no esenciales, como el trozo de jardín que se cediera a un vecino o la venta del aljibe que resultara superfluo por haberse realizado la traída de aguas.

Las inscripciones de pisos o partes, además de llevar un número diferente, consignarán con toda claridad que a cada interesado corresponde una propiedad independiente, la cuota matemática de cada uno de ellos en los derechos comunes y en las responsabilidades, la descripción suficiente del piso o habitaciones privativas y la sumaria de las partes o elementos comunes, si no estuvieran reseñados en la inscripción de la totalidad, los nombres de los restantes comuneros, la garantía real de los gravámenes de comunidad o responsabilidades, la reglamentación del tanteo, la unión hipotecaria de los elementos comunes con las partes privativas y los folios y números bajo los cuales éstas se hallan inscritas. Creemos que en esta clase de copropiedades pueden existir patios, lavaderos, cuevas, terrazas u otros accesorios que sean aprovechados tan sólo por dos o más de los comuneros o por uno de ellos; que puede haber relaciones jurídicas de carácter obligatorio, tales como la duración de la comunidad, plazos de las denuncias o rescisiones, causas de división y otras análogas que obliguen a todos los sucesores universales o singulares *propter rem*; que también será posible asegurar las responsabilidades respectivas con una hipoteca subjetivamente real, esto es, cuyo acreedor sería nuestro futuro y desconocido copartícipe, y nos parece igualmente admisible la exclusión o la admisión condicionada de los derechos de retracto, tanteo, etc., y en todos estos supuestos habrá que llevar al Registro lo que haya de afectar a los adquirentes.

7.º La fórmula sintética del artículo 3.º de la Ley en cuestión comprende tres hipotecas de características diferentes: 1.ª, la hipoteca *unitaria* de toda la finca urbana, cuando su construcción esté terminada y los comuneros se hallen de acuerdo en constituir un gravamen único. La aplicación a este caso del artículo 190 del Reglamento hipotecario, que permite la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos representados, sin que sea necesaria la previa distribución, choca un poco contra el principio de especialidad, que prohíbe constituir hipotecas solidarias sobre fincas distintas; esto es, registradas bajo números independientes, como lo serán los pisos o porciones. 2.ª, hipoteca de los pisos o partes determi-

nadas de ellos (cuya construcción esté terminada), extensiva a las partes comunes del edificio. Parece de buen sentido que las partes comunes del edificio no se inscriban independientemente; pero no debe olvidarse que un jardín o patio común puede tener folio separado, y que los comuneros pueden dejar uno o varios pisos proindiviso, a fin de aplicar las rentas a la conservación del edificio, y en este supuesto los arrendamientos inscribibles necesitan apoyarse en una inscripción separada. 3.^a, hipoteca potencial sobre los edificios o pisos cuya construcción esté sólo comenzada o meramente proyectada. Es una figura novísima de la legislación belga, y que en los regímenes inmobiliarios suizo y alemán no se halla desenvuelta porque no admiten la propiedad de pisos. Nosotros tenemos un precedente de estas hipotecas en los artículos 62 y siguientes del Reglamento hipotecario, que permiten la inscripción de los caminos de hierro, canales y demás obras públicas, y, por consiguiente, su hipoteca, cuando solamente se conocen los pliegos de condiciones generales, particulares y facultativas y los planos, cuadros o presupuestos de la construcción. Estas inscripciones pueden adicionarse o rectificarse mediante los documentos en que se acredite el replanteo, la construcción, suspensión o recepción de las obras, las modificaciones de la concesión, etc.

Cuando se trate de Empresas constructoras de grandes edificios, con múltiples viviendas, los préstamos otorgados por los Bancos hipotecarios, que vigilarán la realización de los proyectos y entregarán las cantidades paulatinamente y según los avances de la edificación, se diferenciarán muy poco en sus efectos de los que corrientemente se otorgan ahora en España. La ejecución hipotecaria comprenderá el suelo y las obras en el estado en que se hallen y el que adquiera en pública subasta o resulte adjudicatario de la finca podrá o no continuar la obra proyectada, sin más compromisos que los impuestos por las leyes a que la construcción se haya acogido. Pero si la hipoteca es constituida por uno o varios de los interesados como condueños del solar y del futuro edificio, el adquirente o adjudicatario han de contentarse con una simple subrogación en los derechos correspondientes a los mismos en la comunidad *pro diviso*.

Para terminar, vamos a hacer algunas indicaciones sobre el término o fin de la copropiedad examinada.

Al cumplirse la presunción resolutoria o expirar el plazo fijado, el condominio no desaparecerá, sino que cambiará de forma, siempre

que los copartícipes no hubieran dado en la escritura originaria otro destino a las cosas. Nuestra Ley Hipotecaria no se opone a la inscripción de la propiedad condicionada, y la admisión de la llamada propiedad horizontal no impone la comunidad perpetua. Ahora, que el párrafo segundo del artículo 400 habrá perdido la categoría de precepto de orden público y aun la de norma supletoria.

8.º La reunión en una misma persona de todos los pisos o viviendas parece que debiera provocar inmediatamente la extinción de la copropiedad, porque el párrafo primero del artículo 396, en su nueva forma, exige que los diferentes pisos pertenezcan a *distintos* propietarios y además porque el principio de que a nadie puede servir su propia cosa, como si el propietario crease un gravamen a favor de sí mismo, es incompatible con las autolimitaciones internas y con las servidumbres establecidas entre las partes físicas del edificio. Sin embargo, existen razones poderosas para mantener vigentes las inscripciones en el Registro: en primer lugar, porque puede no aparecer clara la voluntad de cancelarlas y el Registrador no debe obrar de oficio; en segundo término, porque tampoco cuando el propietario del predio dominante adquiere el predio sirviente, o viceversa, se extiende ningún asiento para extinguir la servidumbre; en tercer lugar, porque se admite en la práctica la parcelación de grandes extensiones de terreno o la distribución en solares con servidumbres recíprocas de paso, agua, electricidad, etc., aunque todavía no hay terceras personas interesadas, y, en fin, porque el espíritu de la ley comentada favorece la creación de Empresas constructoras de viviendas o locales que hayan de ser enajenados y pertenecer, en el curso normal de los negocios, a personas distintas.

La mera renuncia de uno de los copropietarios, o el abandono de un piso, que no presenta las dificultades técnicas del abandono de una cuota indivisa, no sabemos si acrecerá a favor de los copartícipes por analogía con lo dispuesto en los artículos 395, 544, 575, en el número 4.º del artículo 513 y en el número 5.º del artículo 546 del Código civil, o si puede ser reclamada por el Estado de conformidad con la legislación de bienes mostrencos.

Respecto a la expropiación forzosa y a la pérdida total o parcial de la finca, nos remitimos a las consideraciones expuestas en REVISTA CRÍTICA (1929, pág. 417).

El caso más claro, quizá, de los discutidos es la terminación de es-

ta clase de condominio por voluntad expresa de los mismos copropietarios, no porque deje de hallarse la finca sometida a los titulares, sino porque desde entonces el derecho o la cosa pertenecerán *proindiviso* a las mismas personas, adquiriendo un valor absoluto la cuota matemática respectiva. Aunque la Ley Hipotecaria española no contiene un precepto igual al del artículo 876 del Código civil alemán, según el que cuando un derecho inmobiliario se halle gravado a favor de un tercero no puede ser cancelado sin el consentimiento del último, es indudable que en el supuesto de que una de las porciones esté gravada por un crédito hipotecario, se necesitará el consentimiento del acreedor para transformar la propiedad por pisos en un condominio ordinario.

Para discutir los efectos de la prescripción extintiva habrá que combinar prudentemente los términos de la inscripción con el uso práctico que se viniera haciendo de la finca, ya que, de un lado el Registro puede ser deficiente y, de otro, las ventajas y consecuencias de la posesión no entran en juego con toda energía en los casos de utilización común.

9.º Como si la Ley que trata de abrir un cauce jurídico a la libertad contractual estimulando las operaciones conducentes a la adquisición o gravamen de pisos o departamentos se hubiese arrepentido de las concesiones hechas, establece para el caso de venta por el propietario de un piso o parte de él, una preferencia adquisitiva o derecho de tanteo de los demás propietarios respecto de extraños, y como en el Código civil no se desenvuelve la figura más que en los artículos 1.636 y concordantes, se pregunta el comentarista si puede equipararse al retracto de comuneros. La Ley, en verdad, ha de producir sorpresas y hasta decisiones paradójicas, porque como todos sus preceptos quedan incrustados en el Código civil y en la Ley Hipotecaria, y no se ha preocupado de subordinar a los mismos, las normas contenidas en otros artículos, como el artículo 400 y siguientes (división de la cosa común) 1.522 (retracto de comuneros) y 1.640 (tanteo en las ventas judiciales), puede concluir la jurisprudencia por enlazar unas disposiciones con otras y dibujar un tipo de copropiedad que no estaba en la mente de los autores del proyecto.

J. G.