

civil, párrafo segundo. Desde nuestro punto de vista, la solución es idéntica a la del Tribunal Supremo, pero es preciso hacer constar, para sostenerla, que por la semejanza de naturaleza entre la comunidad de gananciales en liquidación y la comunidad hereditaria, no se trata, en nuestro caso, de la formación, sobre la mitad de la primera, de una comunidad independiente, sino que ambas se funden en una comunidad, en cierto modo única, en que las cuotas de los herederos vienen determinadas por la cuantía de sus participaciones hereditarias

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
Notario

Propiedad horizontal.—Naturaleza jurídica.—Constitución por división de cosa común

SENTENCIA 9 JULIO 1951

ANTECEDENTES.—Cuatro hermanos son coherederos de una finca urbana, que, aparte de unas lonjas en los pisos bajos, tiene cuatro pisos. Tres de los copropietarios solicitan en la demanda que se declare su derecho a pedir y practicar la división de la casa en secciones horizontales o pisos y a repartirse las lonjas, que son susceptibles de aprovechamiento independiente. Se opone el otro hermano aduciendo que la división debe verificarse con arreglo a lo dispuesto en el Código civil, es decir, fraccionando la cosa, adjudicándola a uno de ellos con indemnización a los demás o vendiéndola en pública subasta y repartiendo el precio. Se practica la prueba y la sentencia reproduce solamente la pericial, que, en general, se reduce a dictaminar sobre la posibilidad material y la conveniencia económica de la división. El Juzgado estima la demanda y la Audiencia confirma en todas sus partes la sentencia recurrida.

MOTIVOS.—1.º Fundado en el núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por aplicación indebida de los artículos 400 y 306 del C. c. y violación del artículo 404 del mismo cuerpo legal y del artículo 1.062, en relación con el 406 del citado Código, y la doctrina sustentada constantemente por el T. S. y, especialmente, en las sentencias de 17 de abril de 1806, 14 de febrero de 1912, 17 de diciembre de 1914, 14 de junio de 1895, 15 de febrero de 1909, 3 de julio y 2 de octubre de 1915 y 6 de abril de 1946, al resolver que se divida solamente una parte de la finca y la otra continúe en comunidad.

2.º Fundado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por error de hecho que resulta de documentos o actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador.

CONSIDERANDO: Que la tesis que sostiene el motivo primero del recurso es que la división de una casa por pisos no es un medio de salir de la comunidad de su propiedad cuando alguno de los copropietarios ejercita el derecho a pedir la división que le reconoce el artículo 400 del Código civil, y como consecuencia de esto y no admitir la casa en cuestión otra manera de dividirse debe venderse como dispone el artículo 404 del mismo Código.

CONSIDERANDO: Que para enjuiciar toda cuestión referente a la propiedad y división de las casas por pisos, o mejor dicho, por departamentos o viviendas, pues pueden éstas no coincidir materialmente con los pisos, hay que empezar por tener presente que por ser esta forma de goce de propiedad establecida por el uso y traida hace poco tiempo como *institución jurídica singular e independiente* a la regulación legislativa, *no tiene características totalmente diferenciadas de los otros modos de disfrute de la propiedad, sino que en algunos aspectos se asemeja a varios de ellos*; pero en este caso, como ha dicho la jurisprudencia, *en todos los que aparecen mezclados las formas o aspectos de varias instituciones se ha de atender a los caracteres preponderantes o más importantes o esenciales para encajar las formas nuevas en las disposiciones legales anteriores.*

CONSIDERANDO: Que es indiscutible que *el destino propio y esencial de una casa es servir de vivienda o alojamiento para un negocio* en la mayor amplitud de estos conceptos, y esto lo cumplen cada piso o grupo de habitaciones que puede disfrutarse por separado con independencia de los demás del mismo inmueble y por consiguiente *son susceptibles de apropiación individual*, y al dividirse así y adjudicarse a distintas personas se facilita su aprovechamiento para el destino propio, sin que sea más que *una cosa accesorio* para ese uso independiente el que queda en común el disfrute y la propiedad de los elementos como cimientos, patios y escaleras, que son indispensables para la subsistencia de cada una de esas propiedades individuales y que por su naturaleza no pueden dividirse, pero que por su *menor importancia económica y sobre todo por su carácter accesorio o de medio* para el fin esencial de que se disfruten las viviendas, *no pueden privar a la propiedad de éstas de su carácter de singular, individual y divisible*, y por lo tanto el dividir una casa en cada uno de esos departamentos para su adjudicación a cada uno de los copropietarios del inmueble en conjunto, *es salir de la indicación* a los efectos del artículo 400 antes mencionado, aunque para algunos aspectos de índole económica y que son solamente secundarios, pues no constituyen el fin de la casa, sino el medio para su disfrute y sostenimiento, como reconoce el párrafo primero del nuevo artículo 396 del Código civil, haya que reconocer en ellos una coparticipación de los dueños de las propiedades individuales que constituye una copropiedad adjunta a una propiedad singular, como puede ocurrir en algunas conducciones de agua, medianerías y aprovechamientos parecidos que tampoco alteran la condición de los aprovechamientos principales.

CONSIDERANDO: Que demostrada la exactitud de esa doctrina, lo mismo los efectos de esa división que los derechos que después de ella y precisamente por ella puedan ejercer los propietarios de los pisos como dueños singulares y no como condóminos, pues por tal división y adjudicación, *que es de efecto traslativo*, se consolida y concreta en cada una de las partes o viviendas el derecho abstracto e indeterminado que tenía sobre la totalidad y se le constituye en propietario completo y excluyente de su nueva parte material, *tiene facultad para vender por su exclusiva voluntad, sin necesidad de la concurrencia en concepto de vendedores de los demás propietarios en el inmueble*, la parte que le ha sido adjudicada y con verdadero carácter accesorio de esto, según el párrafo cuarto del citado artículo 396, los derechos de participación en los elementos de uso común; *puede ejercitar por sí y para sí solo por la uti-*

lidad que a él y no a los demás dueños colinflatantes le corresponda determinadas acciones referentes a la cosa común, como en caso de obstrucción de la escalera, ciertos daños en el tejado o cimientos por obras, y ésto no en nombre de la comunidad, sino por su exclusiva conveniencia, y *no le cabe ya utilizar el derecho que siguiendo doctrina antiquísima* reconoce el artículo 400 del Código civil a todo condómimo para pedir la disolución de la comunidad como esencial de esa situación; y las *limitaciones que tenga para usar de sus derechos no nacen de un estado de comunidad, sino del respeto al derecho propio de todo vececino impuesto por la concurrencia social*, como puede ocurrir con el establecimiento de voladizos, marquesinas y similares.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto no se han infringido los artículos que pretende ese motivo, ni tampoco las sentencias que cita, porque no se refieren al problema que se enuncia en el primer Considerando, pues la de 14 de junio de 1895 se funda en la indivisibilidad útil y fácil de la cosa en cuestión, y *la afirmación que hace de pasada* de que la división por pisos sería cambiar la forma del condominio, *además de ser la única sentencia que la contiene*, está en oposición con la evolución que ha tenido ese concepto en los cincuenta y seis años posteriores a ella: la de 15 de febrero de 1909 versa sobre la forma de pedirse la división de la cosa común y apreciación de la prueba: las de 14 de febrero de 1912, 17 de diciembre de 1914, 3 de julio y 2 de octubre de 1915, se refieren a la división de fincas rústicas, y las de 17 de abril de 1896 y 6 de abril de 1946 declaran que ha lugar al retracto de comuneros entre los propietarios de distintos pisos de una casa precisamente por la comunidad que subsiste sobre la techumbre, el solar y paredes maestras y medianeras, que también reconocen la sentencia recurrida y los Considerandos anteriores de esta; pero hay que tener en cuenta, en primer término, que estas dos sentencias no valoran esa comunidad para darla efectos distintos de los que ahora se reconocen para resolver el caso actual y además por no ser objeto de aquellos recursos la cuestión planteada concretamente en este, no constituyen jurisprudencia invocable ahora, pues es bien sabido que sólo la establecen las sentencias de este Tribunal sobre los puntos que expresamente se le someten en los respectivos recursos de casación.

CONSIDERANDO: Que la posibilidad de dividir la finca aludida es una cuestión de hecho afirmada por la Sala sentenciadora, y para impugnarla el motivo segundo del recurso pretende demostrar con los informes de peritos arquitectos y Corredores de Comercio que la Audiencia ha incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas: pero no es legalmente posible combatir de esa manera la apreciación del Tribunal *a quo*, en primer término, y como fundamento de carácter general, porque ha declarado reiteradamente la jurisprudencia que los dictámenes periciales no son documentos auténticos a estos efectos, y además, como razón concreta para este caso, porque los informes invocados no contienen manifestaciones de hecho opuestas a las del Tribunal de instancia, el cual, dentro de sus atribuciones, ha dado a esos hechos una significación jurídica que ni hacen esos peritos ni sería propia de su carácter procesal.

FALLO.—No ha lugar.

COMENTARIO

En principio de extinción de las situaciones jurídicas de comunidad de bienes que recogen los artículos 400 y 1.501 del C. c. se lleva a sus últimas consecuencias por el arbitrio de procedimientos distintos de conversión en propiedad exclusiva de la parte compartida, según la naturaleza del objeto: «esencialmente indivisible» (art. 404), «inservible para el uso a que se destina» al dividirla (art. 401) o, simplemente, cuando «desmerezca mucho por su división» (artículo 1.062).

En estos casos, la adjudicación o la pública subasta vienen a borrar la situación transitoria, *mater rixarum*, que vió el Derecho romano y los ordenamientos jurídicos modernos.

Pero el Código civil se refiere a extremos arquetípicos de instituciones. Las nuevas figuras que la realidad plantea traen perfiles no dibujados jurídicamente. Tal es el caso de la propiedad de casas por pisos. Si se considerase un modo de comunidad, a ella serían aplicables las normas de los artículos 400, 401 y 404 del Código civil. Si se considerase propiedad individual, podía ser el fin a que tiende la *actio communi dividundo*. Si no se incluye en ninguno de estos casos, habrá que determinar, al menos, su naturaleza para poder aplicar en su orfandad normativa preceptos de una u otra figura. Esta es la postura inicial del Tribunal Supremo, aunque se refiera con impropiedad a las «disposiciones legales anteriores» y no a las instituciones como más exacta y comprensiva.

Por primera vez, desde que la Ley de 26 de octubre de 1939 modificó la redacción del artículo 396 del Código civil, ha tenido ocasión el Tribunal Supremo de enfrentarse y resolver el problema de la posibilidad de imponer a un coheredero, como modo de salir de la indivisión, el estado llamado de propiedad horizontal. Ningún precedente legislativo, ni jurisprudencial. Tan sólo un breve trabajo reciente pensaba doctrinalmente en esta posibilidad y la resolvía del mismo modo que lo hace la sentencia que comentamos (1). Su trascendencia, por tanto, es grande. En estas notas acotaremos el extenso campo con los mismos argumentos de los Considerandos.

La cuestión, tal como llegó al Tribunal Supremo y el cauce dado al motivo primero, no podía ser más concreta. La sentencia acumula razones para desestimarla a lo largo de cinco Considerandos. La conclusión es que la propiedad de casas por pisos es equiparable a la propiedad típica e individualizada. Una visión global nos hace observar que no es una preocupación jurídica, sino más bien económica la que se siente a lo largo de todo el procedimiento. Esta es la idea sobre la que se centra el debate: si será más o menos productivo el reparto del precio de la venta en pública subasta o la atribución individual de cada piso. Las sentencias de instancia parece que apoyaron su resolución en un argumento desacreditado, pero jurídico: la existencia de propiedad individual sometida a una servidumbre de indivisión (2). El Supremo vuelve a construir su doctrina con razones económicas.

(1) BULL, BALTASAR: «Derivaciones del problema de vivienda. Aspectos de la llamada propiedad horizontal», en *Revista General de Derecho*, febrero, 1951, páginas 87-92, especialmente página 91.

(2) Puede verse expuesta en PARDESSUS: «Traité de servitudes ou services foncières», París, 1936: octava edición, § 190. Y su crítica en NAVARRO ALBERTA: «Naturaleza y regulación de la propiedad de casas divididas por pisos o departamentos. En «Cuestiones de

No se puede rehuir el afrontar la cuestión de la naturaleza de la institución. Y esto es lo que parece que va a hacer y no hace la sentencia. El problema no ha sido resuelto definitivamente, ni es éste lugar de acometerlo. Pero la doctrina, la ley y la jurisprudencia dan elementos suficientes, si no para decirnos en todos sus detalles lo que es, si al menos para decirnos lo que no es y barruntar lo que puede ser.

La doctrina no incluye la propiedad de casas por pisos en ninguna construcción clásica de consideración dominical. Nadie habla de propiedad individual. Nadie tampoco de incluir la institución dentro de la incierta noción del artículo 392. Prescindiendo de la salida fácil que resulta de considerar una institución jurídica nueva, sin más, vemos que se forma el concepto yuxtaponiendo la propiedad de los pisos y la de los elementos comunes. Al pretender concertar los dos términos, ¿en qué relación de accesoriedad resultan? La sentencia afirma rotundamente que las cosas comunes son accesorias y de menor valor económico. Un plebiscito doctrinal nos daría la resultante opuesta (3). ¿Acaso los cimientos, las paredes maestras, la «estructura» del edificio, el tejado, por no citar más, son accesorios a los huecos habitables? (4). El camino, sin embargo, es otro: conseguir un concepto superador de ambas ideas yuxtapuestas, que las englobe en una institución diferenciada. Y ésta se dibuja con las características de comunidad de bienes sobre el edificio entero (5).

Así lo ha visto también la jurisprudencia. La Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de diciembre de 1935 considera a la propiedad horizontal como una modalidad particular del derecho de dominio (6), lo que no significa una afirmación contraria a la tesis comunitaria, porque también se considera a la copropiedad como una modalidad de la propiedad. En esta dirección el Tribunal Supremo ha sentado reiteradamente: que «el estar una casa dividida en pisos no borra la comunidad real y efectiva» (7), y que es un caso de «comunidad especial» (8), que los artículos 392 y 396 del Código civil regulan dos formas distintas de condominio (9), que «aunque cada partícipe sea dueño

Derecho privado de nuestra post-guerra», Barcelona, 1942, pág. 41; BATLLE VÁZQUEZ: «La propiedad de casas por pisos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1933, páginas 479 y siguientes, y en NOVILLO CORVALÁN: «La institución creada por la ley 13.512», en *La Ley*, Buenos Aires, 15 de octubre de 1951, páginas 1 y 2.

(3) Por no hacer demasiado larga la nota, citemos solamente los nombres: En favor del predominio jurídico de la comunidad: Castañ, Sánchez Román, Alvarez Cascos, J. González, Manresa, Ruiz Salas, Taulet, Burón, Casso, Ruggiero, Hemard, Sechi, Poirier, Planiol, Beaudry-Lacantinerie, Derchi, etc. En contra, tan sólo radicalmente: De Buen, Gómez Ruino, Maora y Rull.

(4) Vide NAVARRO AZPÉRTUA: loc. cit., y ALVAREZ CASCOS: «Condominio de casas divididas por pisos en Santander», en *Revista de Derecho Privado*, 1928, págs. 267-276.

(5) POIRIER: «La propiedad horizontal. Condominium», traducción castellana, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1960. NAVARRO, loc. cit., FERRINI: *Opere*. Vol. IV, páginas 131 y siguientes. HEMARD: «Précis élémentaire de Droit Civil», París, 1928, I, núm. 851. ROCA SASTRE: «Derecho Hipotecario». T. II, pág. 73, nota 1. CASTÁN: «Derecho civil español, común y foral». T. II, séptima edición, páginas 296 y siguientes.

(6) Así también BATLLE, loc. cit., y en «La reforma del artículo 396 del Código civil por la ley de 26 de octubre de 1939», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1942, páginas 243 y siguientes.

(7) Sentencias T. S. 22 junio 1892, 14 junio 1896, 17 abril 1896, 18 mayo 1897, 8 enero 1912, 5 mayo 1926, 11 noviembre 1927, 21 febrero 1931 y Resolución de la D. G. R., 21 junio 1917. (8 y 9) Sentencia T. S. 6 abril 1946.

de determinado piso, este derecho, por ser absolutamente inseparable del edificio entero, lejos de destruir, presupone la existencia de la comunidad y está subordinado a la misma tan indisolublemente como que no puede conservarse tal derecho sino en tanto en cuanto la cosa permanezca en estado de indivisión» (10). «Concorre en tal estado la indivisión que engendra la comunidad, siendo el derecho del dueño de determinado piso absolutamente inseparable del derecho sobre el edificio entero» (11). Finalmente, que no se puede «autorizar la pretensión de un condueño de que la cosa poseída proindiviso se divida por pisos y habitaciones, lo cual sería cambiar la forma del condominio». Este texto, que corresponde a la sentencia de 14 de junio de 1895, alegada en el motivo primero, lo desautoriza el Tribunal Supremo con la afirmación gratuita de que no ha seguido la evolución posterior esta concepción de la propiedad horizontal.

Tampoco la escasa regulación legal española parece solucionar la cuestión. Aparte de haber sido calificada la Ley de 1939 de «ley de circunstancias» (12), lo que por otra parte parece indicar la misma Exposición de motivos, se ha dicho también de ella que no intentó fijar las líneas de una construcción jurídica irreprochable (13). La lectura atenta del actual artículo 396 hace ver detrás de la atribución individual de los pisos «para abrir un cauce jurídico a la libertad contractual» (14), y de locuciones aisladas, como «derecho singular y exclusivo de propiedad» (párr. 1.º), «el propietario de un piso o parte de él» (párr. 5.º), «el propietario del piso o parte del piso» (párr. 6.º), la verdadera naturaleza comunitaria de la institución. Sin prevalerse de la situación del artículo, en el título III, libro II, que puede tropezar con el obstáculo de considerarse incluido a efectos de comodidad legislativa, se habla en él de las partes en copropiedad sin carácter de accesoriedad, pues no entraña esta afirmación el decir que son necesarias para su uso y disfrute. Habla la ley de «parte privativa», lo que hace suponer un todo formado por esas «partes», y de los «anejos inseparables» en «copropiedad indivisible». Establece una relación de mayorías para adopción de acuerdos que no se diferencian de la norma del artículo 398, que en otras legislaciones se atribuye a los Reglamentos preceptivos que han de redactar los copropietarios y que en la práctica jurídica española se traducen también en reglamentaciones internas de la relación jurídica (15). Se establece la prohibición de variar esencialmente el destino o estructura del piso, sin previo acuerdo, obtenido por mayoría, de los «otros interesados». Existe el deber de comunicación y un derecho, al menos similar al de tanteo, en la venta de los pisos. Y el Tribunal Supremo, ante la ausencia de regulación en la materia, considera también atribuible el retracto, expresa-

(10) Sentencia T. S. 18 mayo 1897.

(11) Sentencia T. S. 9 noviembre 1931.

(12) BATLLE: «La reforma, etc.», página 267.

(13) J. GONZÁLEZ: «Observaciones sobre la copropiedad pro indiviso», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1941, páginas 71 y siguientes.

(14) Exposición de Motivos.

(15) Vide DERCHI: «La proprietà dei diversi piani di un edificio nella dottrina e nella legislazione dell'Argentina», en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, 1961, vol. IV, pág. 42. POIRIER, ob. cit. NAVARRO ASPERTIA, loc. cit. LAJE, «Conservación y transformación de las partes comunes en la propiedad horizontal», en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Buenos Aires), 19, 1950, páginas 469 y siguientes. DUVAL, Carlos A., «La propiedad horizontal en la ley argentina», en *Revista del Notariado* (Buenos Aires), 1, 1950, páginas 5 y siguientes.

mente, en la sentencia de 6 de abril de 1946, que el mismo tribunal da de lado en la sentencia que anotamos, cuando el retracto tiene como fin la desaparición de la comunidad (16). Y no puede considerarse a la misma relación como copropiedad para su desaparición por el retracto y como forma de propiedad individual para su nacimiento por conversión coactiva de la copropiedad hereditaria.

El hecho de que en la propiedad horizontal no se pueda ejercitar la división, no autoriza a pensar que pueda ser el término de la partición de la copropiedad ordinaria. Las razones para esta indivisión son las mismas que rigen para otras comunidades indivisibles, que constituyen la excepción al principio de divisibilidad de la cosa y extinción de la comunidad (17). Puede verse, en cambio, que la transformación operada coactivamente—no puede decirse, claro está, lo mismo en la voluntaria (18)—, operada en el derecho del condeño, entraña el paso de una situación de copropiedad que está en su mano destruir, en otra cuya única forma de evasión ha de ser la venta del piso atribuido, con todas las trabas de naturaleza comunitaria que la ley señala.

La escasa e insuficiente regulación de la ley no evita la complejidad de las efectivas relaciones, mucho más estrechas e íntimas que las de simple vecindad. Estas son relaciones extrínsecas al derecho de propiedad de cada vecino. Aquéllas están en la esencia misma de la institución. Las primeras representan fricciones físicas o jurídicas en dos derechos física y jurídicamente separados. Las de propiedad horizontal son relaciones jurídicas internas en unos derechos comunitarios sobre un objeto común, cual es el edificio. La consideración de la conveniencia económica en la solución jurídica dada a este problema ha incidido en la desconveniencia de dejar en roce continuo a unos copropietarios mal avenidos.

Pero, aparte esta consideración, cabe apreciar que la solución del Tribunal Supremo no es válida para siempre. En este caso se dieron cuatro pisos de valor equivalente para repartir entre cuatro hermanos. La cuestión no hubiese ofrecido tan poca dificultad si hubiese habido menos pisos, o más, sin ser múltiplo del número de coherederos, o en el caso de que los pisos tuviesen un valor muy distinto (19). Y, aun en el caso presente, cuando uno de los hermanos haya de vender su piso y lo ponga en conocimiento de los demás y éstos compren o ejerciten el retracto, ¿no se habrá dado un rodeo inútil, puesto que pudieron ahora obtener todo el inmueble indemnizando a los coherederos?

J. M. DESANTES

(16) Otra cosa distinta de su finalidad, que es indiscutible, es que se discuta su naturaleza, RULL, loc. cit.; GÓMEZ RAMO: «Algo sobre el párrafo quinto del nuevo artículo 396 del Código civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1947, páginas 465 y siguientes.

(17) Vid. Sentencia T. S. 3 mayo 1933; CASADO PALLARÉS: «La acción communi dividendo y la propiedad sobre pisos y habitaciones», en *Revista de Derecho Privado*, 1930, páginas 133 y siguientes. En contra argumentaba ALVAREZ CASCOS, loc. cit. Vid. también el conocido trabajo de PELAYO HORE: «La indivisión perpetua en el Código civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1942, páginas 458 y siguientes.

(18) ALVAREZ CASCOS, loc. cit. NAVARRO destaca su naturaleza de comunidad voluntaria.

(19) El mismo RULL limita la solución al caso de ser «practicable técnicamente».