

# La comunidad funcional

**LUIS A. GODOY DOMÍNGUEZ**

Doctor en Derecho

Profesor asociado de Derecho civil

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: I. *Planteamiento*.—II. *Delimitación: La aceptación de la figura en estudio*: A) El fundamento económico. B) El fundamento jurídico: 1. Desenvolvimiento histórico de la norma: a) Los precedentes inmediatos. b) Los precedentes lejanos. c) El posterior desarrollo del Código civil. 2. La interpretación sistemática del precepto.—III. *Aproximación conceptual*.—IV. *Sus caracteres*: A) Voluntariedad. B) Estabilidad y Permanencia. C) Indivisibilidad: 1. Autonomía de la voluntad. 2. Indivisibilidad por el destino. 3. Divisibilidad natural. D) Finalista. E) Accesoriedad. F) Organización.—V. *Diferencias con figuras afines*: A) Comunidad funcional y otros tipos de comunidad: 1. Comunidad pro diviso. 2. Comunidad germánica: a) Factores que las aproximan. b) Criterios de distinción. 3. Comunidad romana. B) Comunidad funcional y sociedad: 1. Origen convencional. 2. Cumplimiento de los requisitos formales. 3. Personalidad jurídica. 4. La finalidad: a) *La affectio societatis*. b) El ánimo de lucro. c) La actividad. 5. Recapitulación.—VI. *Posibilidades prácticas de la figura*: A) Garajes. B) La llamada multipropiedad. C) Las urbanizaciones privadas.—VII. *Conclusión*.

## I. PLANTEAMIENTO

Con una frecuencia extraordinaria puede comprobarse cómo surgen en el tráfico jurídico situaciones, normalmente buscadas de propósito, que tienen por finalidad favorecer y facilitar el desarrollo de las relaciones jurídico-privadas. Relaciones que toman como punto de partida figuras aceptadas y reguladas en nuestro Ordenamiento; pero a las que, al mismo tiempo, los interesados añaden o suprimen aspectos y elementos de las más variadas instituciones,

que determinan la aparición de problemas en orden a su integración e interpretación jurídica. Especialmente complicado es, muchas veces, verificar ante qué tipo de relación nos encontramos y, en su caso, qué respuesta debe ofrecerse a los conflictos que la misma genera. Lo cual, por lo común, va a depender de la calificación que previamente se lleve a cabo.

Esto ocurre en ocasiones en el ámbito de la copropiedad, mediante la constitución de cotitularidades que, aun cuando en apariencia responden a la fisonomía tradicional de la comunidad, carecen, no obstante, de algunos de los elementos que la caracterizan. Efectivamente, con el desarrollo socio-económico surge un conjunto de situaciones para las cuales el concepto clásico de comunidad se muestra insuficiente<sup>1</sup>. Máxime si se tiene en cuenta un denominador común de todas ellas: la estabilidad de su existencia<sup>2</sup>.

El objeto de nuestro estudio lo constituye, por tanto, el análisis de algunas de éstas para verificar si la relación surgida es, verdaderamente, una comunidad o si, por el contrario, debe considerarse que estamos ante otro clase de negocio jurídico y, por consiguiente, deben ser de aplicación otras normas distintas a las contenidas en el título III del libro III CC. La cuestión no es baladí, pues de una u otra calificación dependerán cuestiones tan importantes como el contenido de los derechos y obligaciones de los sujetos, entre sí y respecto de terceros, y también el régimen jurídico aplicable para el caso de disolución de dichas situaciones.

---

<sup>1</sup> Las razones de contenido económico que inspiran la aparición y desenvolvimiento de este tipo de copropiedades son de muy distinto signo. Aunque, en el terreno inmobiliario, responden fundamentalmente a una aspiración que conecta con un moderno sentido de la denominada «calidad de vida»: la de acceder a la propiedad de una vivienda que cuente con el mayor nivel posible de infraestructuras y dotaciones materiales. De tal manera, como pone de manifiesto FERNÁNDEZ COSTALES, «Las urbanizaciones y la propiedad horizontal», *AC*, 1, 1995, pp. 149-150, el mercado inmobiliario ha venido a convertirse en un verdadero canalizador de la inversión y del ahorro. La vivienda deja de ser así un bien de uso para convertirse en un bien de consumo.

Sobre los factores que determinan la difusión y proliferación de este fenómeno inmobiliario puede verse también RAYNAUD, *La copropriété dans les grandes ensembles immobiliers*, París, 1978, pp. 59 ss.; y BASILE, «I complessi residenziali», *RDC*, I, 1992, pp. 37-38.

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, «Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica: las comunidades funcionales y los «fondos de gestión», *RCDI*, 592, 1989, p. 618, enumeran varios ejemplos de esta situación, para los que la normativa del Código civil en materia de comunidad (arts. 392 a 406) es, en su opinión inservible: los llamados «clubes de inversión», la figura jurisprudencial de la «comunidad societaria», las comunidades *ad edificandum* en la prehorizontalidad, los denominados fondos de gestión, etc. A estos supuestos pueden añadirse, según otros autores, algunos más; en especial, comunidades sobre garajes, multipropiedad, elementos comunes en las urbanizaciones privadas. Cfr. también ALBIEZ DOHRMANN, *Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales*, Barcelona, 1992, pp. 35-37.

## II. DELIMITACIÓN: LA ACEPTACIÓN DE LA FIGURA EN ESTUDIO

### A) El fundamento económico

Las situaciones a las que aludimos constituyen comunidades de nuevo corte, surgidas al amparo del crecimiento y modificación del tráfico jurídico. Por lo general, vienen a ser producto de una exigencia social indebidamente ignorada por el rígido romanismo de los textos legales y a las que, en esencia, es inaplicable en principio la acción de división (configurada como absoluta e irrenunciable por nuestro Código civil), siempre que cumplan un destino económicamente ventajoso: en otras palabras, cuando respondan una finalidad económica plausible<sup>3</sup>. Nos referimos con esto a la existencia de lo que denominamos comunidad funcional. Figura cuyos contornos jurídicos no se encuentran del todo perfilados y de la que ni siquiera existe unanimidad respecto a su aceptación<sup>4</sup>.

Sin embargo, cada día es más frecuente la presencia de una copropiedad que, al contrario de lo que acontece con las comunidades habitualmente conocidas, se caracteriza por no suponer una inmovilización del tráfico jurídico sobre los bienes que la constituyen. Es decir, copropiedades que no menoscaban el principio de libertad de circulación de los bienes que se persigue por el legislador cuando, de un lado, proscribiera la duración indefinida del pacto de indivisión y, de otro, favoreciera, mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*, la salida de los bienes de la situación de estatidad que implica la comunidad, alentando con ello el tránsito de las cosas de unos titulares a otros.

Desde otro punto de vista puede afirmarse que, de la misma manera que hay unas comunidades cuyos efectos son nocivos para

<sup>3</sup> Cfr. RIZZI, «I beni, il tempo, la multiproprietà», *Q*, 1991, pp. 126 y 127; MUNAR BERNAT, *Presente y futuro de la multipropiedad*, Madrid, 1992, p. 112.

<sup>4</sup> El antecedente doctrinal más caracterizado lo constituye la expresión *comunidad social* acuñada por PELAYO HORÉ, «La indivisión perpetua en el Código civil», *RDP*, 305, 1942, pp. 460 ss., para referirse a un concreto tipo de situaciones que en esencia conformaba una comunidad de bienes pero que, al mismo tiempo, participaba de las características fundamentales de la sociedad, pues no constituía un fenómeno de equilibrio inestable, como lo es la indivisión, sino que disfrutaba de la estabilidad y permanencia propias de la sociedad. Esta primera noción se ha ido desenvolviendo en el panorama doctrinal, en ocasiones con distinta suerte terminológica, y ha sido utilizada como referente para aludir a un tipo de copropiedad que destaca por la nota de su funcionalidad. *Id.*, a este respecto, la alusiones a las denominadas «comunidades de fin subordinados», en AZPITARTE CAMY, «Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal», *RDN*, 36, 1979, p. 222; o ya con el uso de la expresión «funcional», en NÚÑEZ IGLESIAS, *Comunidad e indivisibilidad*, Madrid, 1995, p. 89, y PÉREZ PÉREZ, *Propiedad, comunidad y finca registral*, Madrid, 1995, pp. 201 ss.

el desenvolvimiento económico (y, por consiguiente, tienen el remedio de la acción de división del art. 400 CC), en ocasiones existen otras socialmente ventajosas, productivas, que por definición rechazan la posibilidad de su disolución. En tales casos la acción divisoria parece no tener sentido y más que remedio parece un inconveniente que el Derecho crearía torpemente<sup>5</sup>, en cuanto su ejercicio comportaría la realización de un valor netamente inferior al representado por la suma de los valores de las cuotas individuales<sup>6</sup>. O, en otras palabras, el derecho a pedir la división es una regla de orden público porque se corresponde con un principio de eficacia económica y, por consiguiente, su aplicación debe efectuarse con mucha prudencia cuando se tenga la fundada sospecha de producir un resultado insuficiente. Por lo que en ciertos casos su admisión sería tanto como ir contra el propio Ordenamiento<sup>7</sup>.

## B) El fundamento jurídico

Por las razones que expondremos a continuación, la admisión de una indivisión funcional en la línea que proponemos, esto es, la de una copropiedad indivisible, económicamente beneficiosa, generadora de provecho para sus integrantes, puede sustentarse, a nuestro juicio, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 401, párrafo 1.º CC. Siempre y cuando la interpretación de este precepto se efectúe de la manera que viene demandando la doctrina más reciente: es decir, mediante una interpretación autónoma de dicha norma, desvinculada por entero de lo dispuesto en el artículo 404 CC y entendida en el sentido que preconizan tanto sus precedentes históricos como su inserción en el marco general de la regulación de la comunidad de bienes del Código civil<sup>8</sup>. Por esta vía es factible

<sup>5</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Algunos problemas en torno a la consideración de la multipropiedad como propiedad», *RDR*, 14, 1987, p. 42.

<sup>6</sup> Cfr. TONDO, «Multiproprietà e funzione alberghiera», *RN*, 1984, pp. 837 ss.

<sup>7</sup> En este sentido, GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, p. 665. De manera casi matemática lo explica CHIODI, «La multiproprietà immobiliare dopo vent'anni», *GI*, 4, 1992, p. 94, cuando señala que «el ejercicio de la cláusula de divisibilidad está justificada si y sólo si resulta efectivamente que el valor de mercado de la cuota ( $V_q$ ) es menor que el valor de mercado del bien *pro quota* ( $V_b/q$ ). Pero supongamos ahora que  $V_q > V_b/q$ . En tal circunstancia ninguno de los copropietarios tendrá interés en pedir la división y probablemente ninguno la pedirá. Podemos sin embargo teorizar sobre la hipótesis de un copropietario que, por cualquier razón más o menos honesta, pida la división. En tal caso la división daría lugar a una situación de ineficacia. La misma, de hecho, impondría la conversión de mayor eficacia económica a una situación de menor eficacia. La cláusula de orden público vendría, en sustancia, a desenvolver una función opuesta a aquella que la *mens legis* ha pretendido asignarle».

<sup>8</sup> Sin ninguna exhaustividad, pueden destacarse entre otros, en el panorama doctrinal de los últimos años, CAPILLA RONCERO, *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, p. 404; CRESPO ALLUE, *La división de la comunidad de bienes*, Vallado-

entonces aceptar la existencia de una comunidad funcional en la que puedan encontrar acomodo, sin tener que abandonar los márgenes marcados por el propio Código civil, aquellas nuevas manifestaciones de la vida jurídica destinadas a satisfacer concretas y reales necesidades de quienes comparten en régimen de comunidad el dominio de unas mismas cosas<sup>9</sup>.

Tal entendimiento del artículo 401.1.º CC puede llevarse a cabo a través de dos criterios determinantes en esta materia: de una parte, la vinculación del precepto a sus antecedentes históricos y, de otra, la interpretación sistemática del mismo.

## 1. DESENVOLVIMIENTO HISTÓRICO DE LA NORMA

Teniendo en cuenta los diversos antecedentes, ya sean los inmediatos ya los remotos, es posible obtener como conclusión que la norma de referencia excluye la acción de división y obliga a permanecer en comunidad a los cotitulares de un mismo bien, siempre que el destino de la cosa haga exigible dicha permanencia.

### a) *Los precedentes inmediatos*

El precedente más cercano de nuestra disposición lo constituye el artículo 683 CC italiano de 1865, del cual se tomó para la redacción del artículo 403 del Anteproyecto español de 1882; de donde, con muy ligeras variaciones, pasó al Código de 1889. Pero este

---

lid, 1993, p. 134; DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho civil patrimonial* (de J. L. Lacruz y F. A. Sancho), III-2.º, Barcelona, 1991, p. 484; MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, I, Madrid, 1993, p. 1106; MORENO TRUJILLO, *La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes por cuota*, Barcelona, 1994, pp. 31 ss.; MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 112; NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 113; PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 172 ss.

En un pasado reciente se encuentra esta postura en DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Insuficiencia normativa de la Ley de propiedad horizontal», en *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985, pp. 284 ss.; CARRETERO GARCÍA, «Comentario a la Resolución DGRN de 20 diciembre 1973», *RCDI*, 502, 1974, p. 636; AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 128; BRIOSE ESCOBAR, «Cuestiones sobre la comunidad de derecho romano y la facultad de pedir la división», *RDN*, 107, 1980, pp. 80 ss., y el propio MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales de M. Albaladejo*, V-2, Madrid, 1985, pp. 470 ss. Y, más distantes en el tiempo, cabe hacer referencia a COVIÁN, «División de bienes», *EJE*, XII, Barcelona, s. f., p. 380; CASADO PALLARÉS, «La acción "communi dividundo" y la propiedad sobre pisos y habitaciones», *RDP*, XVII, 1930, pp. 132 ss.; PELAYO HORÉ, *op. cit.*, nota 4; GULLÓN BALLESTEROS, «La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia», *ADC*, XVIII-2, 1965, pp. 382 ss.

<sup>9</sup> Sobre el beneficio jurídico que puede reportar esta interpretación, cfr. CARRETERO GARCÍA, *op. cit.*, p. 636; FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *op. cit.*, p. 617; SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, «"CB": Una nueva sigla en el tráfico jurídico», *RDM*, 196-197, 1990, p. 425; MUÑOZ DE DIOS, «Más sobre la multipropiedad», *LL*, 3369, 1993, p. 939.

artículo 683 del *Codice* (en el que se establecía que «la disolución de la comunidad no puede ser pedida por los copropietarios de cosas que de dividirse dejarían de servir al uso al que están destinadas»), no tuvo siempre una misma redacción. Cuando aún era sólo un proyecto, contenía un elenco ejemplificativo de cosas sobre las que, de existir la comunidad, no podía operar la acción de división en ninguna de sus formas, material o económica. Enumeración que desapareció con la aprobación definitiva del *Codice* de 1865<sup>10</sup>.

Como resultado de esta ablación, se introduce un criterio ciertamente novedoso, consistente en extender la exclusión de la disolución de la comunidad a todas las cosas que, aun sin ser accesorias de otras principales, no podían materialmente dividirse so riesgo de que su destino desapareciese. La duda inicial se centraba en determinar si el legislador italiano quiso tan solo suprimir aquella enumeración, dada su inutilidad (ya que siempre sería incompleta) y su peligro (pues podía dejar fuera supuestos importantes que debían ser objeto de inclusión); o si, por el contrario, su ambición iba aun más lejos, queriendo instaurar un principio general de mantenimiento de la comunidad, para las cosas cuyo destino así lo demandaba, mediante la prohibición del ejercicio de la *communi dividundo*. Y, si atendemos a los argumentos de los intérpretes de este primer *Codice*, esta última debió ser la pretensión del legislador italiano<sup>11</sup>. Prohibición que, en similares términos es recogida en el artículo 1112 del Código italiano vigente<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Vid. STOLFI, *Diritto civile*, II, Torino, 1926, p. 359, donde indica que el artículo 792 del Proyecto del Ministro Cassinis establecía que «*lo scioglimento della comunione non potrà essere domandato dai comproprietari di aje, di forni, di pozzi o di altre cose che dividendosi cesserebbero di servire all'uso cui sono destinate*». Sin embargo, en los proyectos posteriores (especialmente en los de los Ministros Miglietti y Pisanelli) aquella enumeración desapareció, pero se mantuvo el mismo espíritu del precepto que, con esta supresión, llegó a ser ley en la forma presentada en el Proyecto Pisanelli. Cfr. también, VITALEVI, *Della comunione dei beni*, III, Torino, 1901, pp. 1347 y 1348.

<sup>11</sup> Cfr. MATTEI, *Codice civile italiano*, II, Venezia, 1873, p. 454; PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, *La comunione dei beni nel Codice civile italiano*, Roma-Firenze, 1895, p. 383; BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, IX-3, Torino, 1900, p. 1082. Más tarde, se pronuncian también en este sentido, RICCI, *Corso teorico-prattico di Diritto civile*, V, Torino, 1907, p. 10; RAMPONI, *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli-Torino, 1922, p. 1085; JACHIA, «La teoría de la comunione», *EGI*, III-2. Milano, 1924, p. 172; SALIS, *La comunione*, V-2, Torino, 1939, p. 225.

Es frecuente en todos ellos traer a colación las palabras que el propio Ministro Pisanelli pronuncia en el informe que presenta al Senado, y de las cuales se concluye que, al eliminar el mencionado repertorio de bienes, el legislador quería impedir que cese la comunidad sobre cosas cuya utilidad quedaría totalmente perdida, ya para todos ya para uno de los copropietarios, si cesase la comunidad sobre la misma.

<sup>12</sup> Sobre la correspondencia entre los artículos 683 del Código de 1865 y 1112 del Código de 1942, vid. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 761; BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, Bologna-Roma, 1982, p. 285; LENER, *La*

b) *Los precedentes lejanos*

Pero, además, si se toma en consideración los antecedentes más lejanos, se aprecia que, tanto la disposición del actual artículo 1112 como la del antiguo artículo 683, conectan con un texto de Paulo, referido en *Digesto*, X, 3, 19, §1<sup>13</sup>, relativo al vestíbulo común de dos casas, y en el que se contemplaba la especial situación de indivisión en que venían a quedar determinados bienes pertenecientes a distintos propietarios y, a la vez, accesorios de otros, cuyo uso y disfrute estaban destinados a facilitar<sup>14</sup>.

Ciertamente, el supuesto no era en ningún caso susceptible de una aplicación incondicionada. A decir verdad, se encontraba sometido al yugo difícilmente flexible de la prohibición de indivisión perpetua en general<sup>15</sup>, pues la admisión de esta cláusula estaba sujeta a una condición rigurosa que restringía su desarrollo excesivo: el objeto indiviso debía ser necesario para los propietarios que lo tenían en común; su simple utilidad no era por tanto suficiente. En todo caso, quedaba claro que el texto de Paulo no establecía sino una regla general que iba más allá del simple caso concreto que tomaba en consideración: cuando un objeto indiviso era necesario para el disfrute de propiedades vecinas, este objeto estaba afectado por una indivisión perpetua<sup>16</sup>.

De esta manera se obtiene una primera aproximación al verdadero sentido de la norma del artículo 401 CC. Sus antecedentes muestran que, en realidad, contempla la existencia de comunidades respecto de las que no es posible su disolución y que, por tanto, no se encuentran afectadas por lo prescrito en el artículo 404 CC (adjudicación de la cosa a uno de los copropietarios o, caso contrario, venta de la misma y reparto del precio).

---

*comunione*, VIII-2, Torino, 1982, pp. 326 ss.; PALAZZO, «Comunione», *DDP*, III, Torino, 1988, p. 180; TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Milano, 1998; BIANCA, *Diritto civile*, VI, Milano, 1999, p. 481.

<sup>13</sup> *D. X, III, 19 § 1*, «*De vestibulo communi binarum ædium arbiter communi dividundo invito utrolibet dari non debet, quia qui de vestibulo liceri cogatur, necesse habeat, interdum totarum ædium pretium facere, si alias aditum non habet*».

<sup>14</sup> Se trataba por lo general, como exponen FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO, *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*, Madrid, 1991, p. 35, de cosas afectadas a una función solidaria, de manera que en tanto uno de los copropietarios se opusiese, la disolución de la comunidad a través de la *actio communi dividundo* no podía tener lugar.

<sup>15</sup> *D. XII, VI, 26, § 4. Ulp. ad Ed.*, «*In communionem vel societatis, nemo compellitur invitus detineret*».

<sup>16</sup> Cfr. GOBEAUX, *Étude sur la clause d'indivision forcée et perpetuelle en Droit civil français*, París, 1910, pp. 28 y 29.

c) *El posterior desarrollo del Código civil*

De otra parte, tal vez no sea necesario retroceder tanto en el tiempo. Que nuestro Código, en la norma de referencia, está aludiendo a comunidades indivisibles es algo que resulta no sólo de sus antecedentes. También podemos encontrar argumentos que apoyan esta postura en el propio desenvolvimiento del Código civil. En este sentido, el artículo 396, en su primitiva redacción, regulaba exclusivamente la repartición de los gastos entre los copropietarios de una casa dividida por pisos. Mediante la Ley de 26 de octubre de 1939, se reformó dicho precepto, y se estableció expresamente, para este modelo de propiedad, la existencia de un derecho singular sobre cada piso o parte de él y de una copropiedad sobre los elementos comunes. Mientras, el artículo 401 sólo contenía el que en la actualidad figura como primer párrafo. De esta manera, la reforma de 1939 supuso una interpretación legal de las disposiciones vigentes hasta entonces, por lo que no cambió nada en torno al primitivo reconocimiento de la existencia de comunidades indivisibles. Posteriormente, la Ley de 21 julio 1960 de Propiedad Horizontal introdujo el actual párrafo segundo, en el que se prevé la posibilidad de una división horizontal<sup>17</sup>.

De esta forma podemos decir que, en su origen, nuestro propio Código contemplaba, de un lado, la existencia de cosas peculiarmente comunes a varios propietarios (art. 396) y, de otro, la absoluta indivisibilidad de las mismas (art. 401). Probablemente pensando en aquellos casos en los que, al dividirse una casa por pisos o en otra forma, las partes contratantes dejaran en común la puerta, portal, pasillo, escalera, techo o cualquier otra dependencia que fuese necesaria para la explotación de los inmuebles divididos<sup>18</sup>. Claridad que se vio enturbiada merced a la sistemática introducida por las leyes de referencia, que vienen a colocar la excepción antes que la regla.

---

<sup>17</sup> Para NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 104, esta reforma es determinante en la inteligencia del artículo 401 CC. Añade, en este sentido, que la *STS de 24 mayo 1943* declaró que la nueva redacción dada al artículo 396 «interpreta los artículos que el Código civil consagraba a esta materia» y, como ley aclaratoria, «ha de suponerse publicada en el momento en que lo fue aquella que se propone aclarar». Con lo que viene a reconocer la existencia originaria de una comunidad forzosa en nuestro sistema, anterior a la reforma del Código civil y a la legislación especial.

<sup>18</sup> Cfr. BRIOSE ESCOBAR, *op. cit.*, pp. 89 y 90; MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 112; COVIÁN, *op. cit.*, p. 380.



## 2. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL PRECEPTO

Este otro instrumento viene a reforzar la interpretación que sostenemos. Es fácil comprobar cómo el artículo 401 se sitúa después de haber sentado el principio general de divisibilidad en el artículo 400, porque se quiere excepcionar la aplicación de este último en ciertos casos (cosas que, divididas, dejarían de servir al uso a que están destinadas). No se sitúa, por el contrario, junto al artículo 404, en el que se contempla otra categoría de bienes (cosas esencialmente indivisibles).

El artículo 401 empalma con el anterior, una vez propuesto por el legislador el principio de la libre disolución de la comunidad, y desenvuelve negativamente el mismo, al proscribir que esa libre disolución pueda darse en determinadas situaciones. Sin embargo, el artículo 404 se localiza con posteridad, no para consagrar o vedar la extinción de la comunidad (de lo cual los autores del Código ya se habían encargado unos preceptos antes), sino para disponer la manera en que dicha desaparición debe tener lugar cuando no es posible el fraccionamiento material de la cosa. En este sentido, debe resaltarse que el Codice italiano de 1865 no contenía, dentro de la regulación de la comunidad, una norma que hiciera referencia a cosas esencialmente indivisibles. Por lo que es probable que el codificador español adoptase el término «esencialmente» en el artículo 404 para aludir a los bienes que, por su propia naturaleza, resultan indivisibles; para contraponerlos a aquellos otros (a los que había hecho referencia con anterioridad en el art. 401), que son indivisibles no por naturaleza, sino por su destino. De ahí que ambos preceptos vendrían a hacer referencia a dos situaciones bien distintas <sup>19</sup>.

En definitiva, el párrafo primero del artículo 401 establece la excepción a la regla del artículo anterior, esto es, dice lo que no se puede hacer o, en otras palabras, en qué casos no es aplicable la regla general. Por el contrario, el artículo 404 dice lo que debe hacerse o, mejor, cómo debe hacerse, bien entendido que se refiere a cosas, a comunidades, en las que es aplicable la regla general. Colabora al sostenimiento de esta opinión el hecho de hallarse, al contemplar el plan del Código, el artículo 401 emplazado al tratar de la procedencia del derecho a pedir la división, luego de la regla general contenida en el artículo 400, que establece la no obligación de permanecer en la comunidad un copartícipe contra su voluntad. El artículo 401 en su párrafo primero encierra la excepción, mien-

---

<sup>19</sup> Cfr. PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 174.

tras que el artículo 404 está situado al regular la forma de realizarse la división <sup>20</sup>.

Nótese, asimismo, que tradicionalmente se han olvidado los términos iniciales del precepto («Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior...»). Y el artículo anterior recoge, por este orden, el principio general de no vinculación a la comunidad, la acción de división y una primera excepción al ejercicio de ésta: la indivisión pactada. Es decir, que el Código civil, después de haber permitido que cualquiera de los comuneros pueda, en cualquier momento, exigir la división de la cosa, o lo que es lo mismo, después de conceder al comunero la acción de división para que la ejercite cuando lo considere conveniente, le pone un «pero» (el sin embargo con que se inicia el artículo siguiente) <sup>21</sup>. Esto es, los artículos 400 y 401, 1.º (cuyo enlace a través de dicho sin embargo con que comienza este último es claro), tratan de si procede o no la acción de división; tratan del si, mientras que el artículo 404 trata del cómo <sup>22</sup>.

Aceptar lo contrario es tanto como admitir la existencia de dos acciones de división, en función de que el bien sea o no divisible. Y lo cierto es que sólo existe una acción cuyo resultado final será la división material de la cosa o su adjudicación o venta, según la divisibilidad o indivisibilidad de aquélla. Por esto mismo, no resulta muy acertado entender que el artículo 401 excluye la división material pero no la adjudicación o venta. Si el artículo 401 impide el ejercicio de la acción divisoria, la impide con todas sus consecuencias <sup>23</sup>.

### III. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

En los escasos trabajos conocidos donde se aborda la comunidad funcional puede apreciarse una conducta común en los autores: evitan dar una definición de la figura. Bien es verdad que todos, en mayor o menor medida, procuran fijar sus características más singulares, intentan diferenciarla de otras instituciones e, incluso, llegan a plantearse el alcance de sus efectos. Sin embargo, ninguno

---

<sup>20</sup> BRIOSO ESCOBAR, *op. cit.*, p. 83.

<sup>21</sup> MORENO TRUJILLO, *op. cit.*, p. 46.

<sup>22</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, p. 471. Añade, además, que por esto mismo el párrafo 2.º del artículo 401 (introducido en 1960) hubiera estado quizá mejor situado en el artículo 404 CC. Pero no hay que olvidar que en todo caso este párrafo 2.º presupone, como hace también el párrafo 1.º, una comunidad estable, es decir, sin acción de división, respecto de los elementos comunes.

<sup>23</sup> Cfr. CRESPO ALLUÉ, *op. cit.*, p. 134.

que hayamos visto expone un concepto de la misma. Un positivo acercamiento lo constituye, no obstante, la idea expresada por Pérez Pérez, según el cual el calificativo de funcional, aplicado aquí a la comunidad, parece motivado por el hecho de que se trata de explicar con esta fórmula comunitaria situaciones jurídicas plurilaterales que tienen por objeto bienes inmuebles atribuidos en cuotas indivisas con unidad de destino, en función de ese destino predeterminado por la naturaleza del inmueble común o acordado convencionalmente por los propietarios <sup>24</sup>.

En cualquier caso, la dificultad en la obtención de un concepto del fenómeno propuesto puede ser la consecuencia de una constante en esta materia: la falta de acuerdo por parte de quienes la han estudiado en torno, como veremos, a ciertas condiciones y elementos de tal comunidad. Ello, unido a su relativa modernidad, si no en cuanto a su presencia en la vida real, sí respecto a su categorización jurídica, dan como resultado el que aun hoy no encontremos un concepto de la misma <sup>25</sup>. Todo lo cual supone que los intentos al respecto queden en meras descripciones de sus aspectos más sobresalientes. Así, se dice que es esencialmente una comunidad de bienes que presenta algunas de las características fundamentales de la sociedad. Otras veces, que se trata de situaciones jurídicas estables de cotitularidad. Y, en ocasiones, que consiste en un tipo de comunidad equidistante entre la comunidad típica y la sociedad civil <sup>26</sup>.

Como puede apreciarse, en ningún caso se ofrece un concepto diáfano y unívoco que muestre con claridad la esencia de esta figura. Y es probable, en tanto no avancen los estudios en la materia, que sigamos sin contar con ese deseable instrumento que contribuya a fijar de manera más segura la presencia de este modelo comunitario en el orden jurídico. De todas formas, algo es seguro: todas estas tentativas cooperarán, más tarde o más temprano, a una completa delimitación de aquélla. Y así se puede ir percibiendo en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como más adelante tendremos ocasión de comprobar.

---

<sup>24</sup> PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 201.

<sup>25</sup> Al margen de que la comunidad funcional existiese o no de hecho, como advirtió profusamente PELAYO HORÉ, *op. cit.*, p. 459, a través de las diversas situaciones que planteaba (y que ni siquiera, según sus propias palabras, agotaban la serie de hipótesis más frecuentes), lo cierto es que fue en la *Resolución de la DGRN de 18 mayo 1983* cuando por primera vez se aceptó oficialmente su existencia; es decir, cuando adquirió carta de naturaleza en nuestro Derecho. Cfr. PAU PEDRÓN, *Comentario a la Resolución DGRN de 18 mayo 1983*, ADC, 3, 1983, p. 936.

<sup>26</sup> *Vid.*, entre otros, PELAYO HORÉ, *op. cit.*, p. 460; FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *op. cit.*, p. 618; MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 112.

#### IV. SUS CARACTERES

Distintas características son las que se han reconocido en la comunidad funcional. Algunas resultan de unánime admisión por quienes han reparado en la existencia y condiciones de aquella. Otras no cuentan con tanta adhesión, dada la contraposición de argumentos favorables y opuestos a las mismas. Por esto circunscribiremos la exposición a la de los rasgos que suelen encontrar una mayor aceptación doctrinal, sin perjuicio de hacer constar, en su caso, las discrepancias existentes al respecto de algunos de ellos.

##### A) Voluntariedad

Una de las notas comúnmente aceptada es el origen convencional de la comunidad funcional. En la mayoría de los casos se da nacimiento a esta figura mediante un acuerdo de las diferentes personas que van a ser sus copartícipes. Para lo cual puede tomarse en cuenta las dos posibles fuentes de la comunidad: la que nace por pacto y la que surge sin acuerdo alguno. Y se advertirá que, en la primera, se trata por lo general de una copropiedad buscada, querida e instituida por voluntad de los propios sujetos, sin que sea merecedora de la misma desconfianza que provoca la que emerge de espaldas al deseo de los comuneros. Por ello se dice que, frente a la incidental, la voluntaria se acomoda mejor a la realización del fin perseguido por sus creadores, con independencia de cuál haya sido el medio negocial elegido<sup>27</sup>.

Ahora bien, algunas observaciones se han hecho a propósito de este pretendido carácter convencional. En primer lugar, se ha querido identificar la voluntariedad tan sólo con una de las modalidades posibles de constitución o mantenimiento de la comunidad funcional, como es el convenio o acuerdo de los interesados. Siendo así que se puede, voluntariamente, formar parte de una comunidad sin necesidad de concierto con otras personas. Pues de forma voluntaria se adquiere una herencia, una donación y, también, a través de un contrato con eficacia traslativa del dominio. Y no puede negarse que, en cualquiera de estos casos, existe comunidad si al mismo tiempo hay una pluralidad de sujetos adquirentes. Pero es que el origen convencional de la comunidad exigirá a menudo un contrato

---

<sup>27</sup> Cfr. AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 120; PELAYO HORÉ, *op. cit.*, p. 460; FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *op. cit.*, p. 619.

entre los comuneros y esto mismo es lo que pasa cuando se concierta una sociedad <sup>28</sup>.

De otra parte, si sobre la base de la convención no sólo se desea crear la copropiedad, sino también, y especialmente, modular su contenido con determinación de las facultades de que se gozará en virtud del denominado principio de autonomía del Derecho patrimonial, habrá de tenerse en cuenta, de un lado, que el derecho real pleno, el dominio, no admite formas atípicas; y de otro, que resulta más que discutible la aplicabilidad de aquel principio a la determinación del contenido de las relaciones jurídico-reales resultantes de la iniciativa de los particulares <sup>29</sup>.

## B) Estabilidad y permanencia

Otra de las características que ha concitado mayor acuerdo es la perdurabilidad de esta forma de comunidad. Frente a la inestabilidad que por lo común presenta la copropiedad ordinaria, la comunidad funcional se caracteriza principalmente por su vocación de continuidad. Así, se ha negado que se trate, como en la indivisión ordinaria, de un fenómeno de equilibrio inestable. Por el contrario, el modelo planteado se define precisamente por su estabilidad y permanencia. Estas notas derivan en concreto de las ventajas socioeconómicas que estas comunidades implican, de manera que se opera un desplazamiento de las ideas de rechazo legal y transitoriedad, en favor de su mantenimiento y protección <sup>30</sup>.

Los mismos beneficios que generan estas formas de agrupación suponen la inadmisibilidad de los reproches enunciados. Se trata, en suma, de un condominio que se quiere como situación permanente, no transitoria o pasajera. Y ello, por la poderosa razón de la rentabilidad que conlleva para quienes forman o van a formar parte subjetiva de aquél <sup>31</sup>.

<sup>28</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, p. 480. En contra, TRUJILLO CALZADO, *La constitución convencional de comunidades. El contrato de comunicación de bienes*, Barcelona, 1994, pp. 54 ss.

<sup>29</sup> Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid, 1995, p. 101. SEISDEDOS MUÑO, «Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en Derecho español», *RCDI*, 597, 1990, p. 433.

<sup>30</sup> BIANCA, *op. cit.*, pp. 531 y 532; CHIODI, *op. cit.*, p. 96; NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988, pp. 290 y 291.

<sup>31</sup> Esta nota de estable perdurabilidad ha sido sostenida a menudo por los autores que de una u otra manera analizan copropiedades del tipo que planteamos. En este sentido, *vid.* AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 136; FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *op. cit.*, p. 638; PAU PEDRÓN, «Configuración jurídica de la multipropiedad en España», *RCDI*, 584 (1988), p. 21; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «La multipropiedad y la acción de división», *RDR*, 11-12, 1985, p. 71. Y goza además de un considerable predicamento en la

### C) Indivisibilidad

La primera y principal consecuencia de esta peculiaridad es la exclusión de la acción divisoria: ésta no será susceptible de ejercicio ya que, por su propia configuración, la denominada comunidad funcional preconiza la imposibilidad de su extinción mediante el ejercicio de la *communi dividundo*. En este tipo de copropiedades la acción de división no se presenta como un elemento constitutivo. Es más, desde el punto de vista estructural se caracteriza precisamente por lo contrario: la indivisibilidad constituye en esencia un rasgo definidor de esta clase de agrupaciones, que la dota de un valor jurídico ciertamente especial.

Cómo pueda o deba articularse legalmente tal exclusión es algo sobre lo que no hay coincidencia. No obstante, se pueden distinguir tres posiciones al respecto que, con matices, aglutinan los diversos criterios sustentados: E incluso puede afirmarse que en ocasiones se sostienen un determinado razonamiento que se apoya en el juego de diferentes argumentos legales.

#### 1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Según este criterio, la imposibilidad de dividir encontraría su justificación en el principio de autonomía de la voluntad postulado, con carácter general, en el artículo 1255 CC y, de manera específica, en el artículo 392, 2.º *a senso contrario*. Es decir, el acuerdo de los copartícipes en estos casos no tendría por objeto la simple regulación del modo en que deberá ejercerse el derecho de cada uno; sino que, propiamente, determinará el contenido de la relación entre ellos, configurando una copropiedad en la que la acción de división ha quedado eliminada<sup>32</sup>. De forma que la voluntariedad hace inadecuada e injusta la aplicación de esta acción en los términos en que la regula el Código civil<sup>33</sup>. Para evitar este nocivo resultado valdría, entonces, la suscripción de un pacto de indivisión intemporal por los propios interesados.

---

doctrina de la DGRN: *vid. Resoluciones DGRN de 18 y 27 mayo 1983, de 20 febrero 1989 y de 4 marzo 1993*. En Italia, pueden verse, entre otros, RIZZI, *op. cit.*, p. 126; BASILE, *op. cit.*, pp. 41 y 42; VINCENTI, *Comunione residenziali*, Padova, 1995, pp. 96 y 97.

<sup>32</sup> Cfr. NATUCCI, *op. cit.*, pp. 296 y 297.

<sup>33</sup> *Vid.* AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, pp. 121 y 137; SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, *op. cit.*, p. 427; PAU PEDRÓN, *op. cit.*, nota 31, p. 19. En Italia, igualmente, TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 554; DANUSO, «Comunione e multiproprietà immobiliare», *GI*, I-2, 1982, p. 514.

## 2. INDIVISIBILIDAD POR EL DESTINO

Desde otro ángulo, se ha creído ver la razón de esta limitación en las palabras del artículo 401, 1.º CC, el cual impediría que se pudiera exigir la división de la cosa cuando resultara inservible para el uso a que está destinada<sup>34</sup>. El destino reconocido en el precepto se configura entonces como causa motora de la indivisibilidad, sin que esté ligado necesariamente a un acuerdo inicial, pudiendo ser inherente lo mismo a una comunidad voluntaria que a una comunidad incidental<sup>35</sup>. En todo caso ha de darse una relevancia especial al convenio por el cual se determina voluntariamente tal destino, a pesar de que ello suponga una evidente ampliación del inicial ámbito objetivo de la norma<sup>36</sup>.

Así, se considera primordial la finalidad buscada de propósito al constituir una comunidad de este corte. Es decir, los copropietarios no tendrían derecho a pedir la división cuando el destino de la cosa constituya el motivo único o determinante de la vinculación entre aquéllos; o, en otras palabras, cuando la cosa no es divisible por el modo en que ha sido considerada por los partícipes<sup>37</sup>. De tal manera, esta clase de comunidades no podrá disolverse en tanto no se haya obtenido el fin perseguido<sup>38</sup>. Lo cual, por otra parte, vendría a poner en evidencia que la celebración de un pacto de indivisión para excluir indefinidamente la acción divisoria es de todo punto innecesario, por superfluo<sup>39</sup>.

## 3. INDIVISIBILIDAD NATURAL

En último término, existe otro pensamiento que, por una parte, rechaza la operatividad del principio de autonomía de la voluntad,

<sup>34</sup> Cfr. CASADO PALLARÉS, *op. cit.*, p. 134; PELAYO HORÉ, *op. cit.*, p. 462.; BRIOSO ESCOBAR, *op. cit.*, p. 84.

<sup>35</sup> LENER, *op. cit.*, p. 327.

<sup>36</sup> Idea de amplio predicamento en la doctrina italiana con respecto al artículo 1112 del Código de dicho país. Entre otros, *vid.* DE CUPIS, *La durata della proprietà turnaria*, GI, IV, 1983, pp. 194 y 195; SANTORO-PASSARELLI, *Multiproprietà e comproprietà*, RTDPC, 1984, p. 19; PALAZZO, *op. cit.*, p. 180; AUTORINO, *Natura giuridica della multiproprietà*. Napoli, 1989, p. 29; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I. Milano, 1991, pp. 643 ss.; RIZZI, *op. cit.*, pp. 118 y 119.

<sup>37</sup> CONSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*. Napoli, 1967, p. 287.

<sup>38</sup> LENER, *op. cit.*, p. 327. También en España se ha efectuado esta afirmación con respecto a situaciones tan singulares como la de la comunidad *ad edificandum*. Cfr. BATISTA MONTERO-RIS, «Comunidad para edificar», *RDP*, LIII, 1979, p. 103.

<sup>39</sup> Así, MINUSSI, *Multiproprietà, tra modello reale e societario*, ICG, 2, 1992, p. 224, aunque no desdeña la función cautelar más que justificada que en la praxis desempeña este pacto, como instrumento para asegurar en la medida de lo posible la inescindibilidad del bien. Cfr. también, MALUQUER DE MOTES BERNET, *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» en el Código civil*, Madrid, 1992, p. 189.

con cualquier manifestación que se intente presentar; y por otra, fundamenta la exclusión de la *actio communi dividundo* en una concreta interpretación del artículo 400 CC, según la cual la misma no es procedente cuando su ejercicio no tiene razón de ser. Es decir, consideran que la posibilidad contemplada en este precepto será sólo viable en el caso de comunidades socialmente desventajosas o antieconómicas, y no si de comunidades económicamente provechosas se trata.

Así, se ha argumentado que la justificación de la indivisibilidad sobre la base de la autonomía de la voluntad no es convincente, dado el carácter imperativo del artículo 400, que se impone a la libertad de pacto reconocida en los artículos 392, 2.º, y 1255 CC. Pues, en otro caso, es decir, considerar que la pura y simple voluntad privada (prescindiendo del todo de la objetiva función de la cosa), pueda bastar para convertir en esencial el destino a un determinado uso del bien, en el sentido y a los efectos del artículo 401, 1.º, CC, implicaría privar de toda eficacia la prohibición contenida en el artículo 400 CC<sup>40</sup>. Es más, la regla de los artículos 392, 2.º, y 1255 CC estarían haciendo referencia al ámbito interno de la relación de los comuneros y tendrían un alcance meramente obligatorio; mientras, el artículo 400, 1.º, CC atiende al modo de ser de un derecho real y constituye una regulación relevante también en el plano externo. Aplicar, por tanto, reglas de relevancia subjetiva, peculiares de las obligaciones, a esta situación jurídico-real equivaldría a trastornarlo, connotándolo de aspectos propios de las relaciones obligacionales<sup>41</sup>.

Por tanto, la exclusión de la facultad divisoria se encuentra más exactamente en la desaparición de la causa misma de la acción. Eliminación que se producirá de manera natural habida cuenta de la aceptación social de esta situación comunitaria, que se traduce en la mejor circulación de la parte que el todo<sup>42</sup>. Esa misma conveniencia económica implica, entonces, la desaparición de las razones que se argumentan para justificar la pervivencia de la acción divisoria<sup>43</sup>. En definitiva, de la conjugación de los artículos 400

---

<sup>40</sup> Tanto en el sentido de hacer ilusorio el derecho a dividir, como en el de violar la prohibición de duración ultradecenal del pacto de indivisión. En la doctrina italiana plantean esta cuestión, SANGIORGI, *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*, Napoli, 1983, pp. 29 y 30; CONFORTINI, «Multiproprietà», *EGT*, XX, Roma, 1990, pp. 2 y 3; BASILE, *op. cit.*, p. 66, con respecto a los artículos 1111 y 1112 *Codice*, equivalentes en esencia, como hemos visto, a los artículos 400 y 401, 1º, del Código español.

<sup>41</sup> MINUSSI, *op. cit.*, p. 224; SANGIORGI, *op. cit.*, p. 28

<sup>42</sup> Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 5, p. 50.

<sup>43</sup> MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 112; CRESPO ALLUÉ, *op. cit.*, p. 139; CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la Resolución de la DGRN de 4 marzo 1993», *RCDI*, 624, 1994, p. 2090.



y 401, 1.º, CC puede deducirse que la comunidad funcional se caracteriza por estar desprovista de acción de división; cuyo ejercicio (exista o no un pacto que la excluya) supondría un verdadero abuso del derecho <sup>44</sup>. Ahora bien, que este modelo de comunidad, estable y permanente, no disfrute de la acción en cuestión, no significa que haya de durar indefinidamente. Puede ocurrir que, con el tiempo, la comunidad no responda a los tan plausibles fines que determinaron su nacimiento y conservación. Renacerá entonces la posibilidad de extinguirla mediante el ejercicio de la *communi dividundo* <sup>45</sup>.

#### D) Finalista

Suele apuntarse también que en estos casos estamos ante cosas que cumplen un fin concretamente señalado; bienes que cuentan con un destino determinado y permanente. Pero, además, no se trata de cualquier finalidad que satisfaga los intereses individuales de cada uno de sus cotitulares. Ha de tratarse, necesariamente, de fines colectivos, de manera que su consecución no sea posible sino mediando el mantenimiento de la agrupación <sup>46</sup>.

En tal sentido, existen comunidades en las que el provecho obtenido por cada titular es independiente del logrado por los restantes partícipes, de manera que la utilidad de cada uno será siempre la misma, al margen de que la cosa se divida o permanezca en comunidad. Sin embargo, en otros casos se proporciona a los comuneros un rendimiento económico que no es sólo la suma de las distintas utilidades, sino que representa un fin común a todos ellos, de tal forma que el único modo de conseguirlo es el mantenimiento de la copropiedad. Ésta debe, por tanto, aprovechar o servir a dos o más titulares de la cosa. De manera que se constituirá, así, en una «copropiedad de intento o destino» <sup>47</sup>.

Dejando a un lado las diferencias doctrinales <sup>48</sup> existentes en torno a la determinación subjetiva u objetiva del fin, también se ha exigido que esté dotado de una cierta estabilidad. Es decir, será necesario, si se admite la figura de la comunidad funcional, aceptar

<sup>44</sup> AZPITARTE COMY, *op. cit.*, p. 139.

<sup>45</sup> Así, CHIODI, *op. cit.*, pp. 94 y 95; LENER, *op. cit.*, p. 327; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, p. 480; CRESPO ALLUÉ, *op. cit.*, p. 138.

<sup>46</sup> MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 112.

<sup>47</sup> Cfr. NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, pp. 139 ss.; BRIOSE ESCOBAR, *op. cit.*, p. 90; PELAYO HORÉ, *op. cit.*, pp. 460 y 461; AZAUSTRE TORRECILLA, «Multipropiedad: propiedad por turnos», *BICNG*, 3, 1981, p. 597.

<sup>48</sup> *Vid.*, por todos, NATUCCI, *op. cit.*, pp. 266 ss.; GERBO, «Il problema della tipicità dei diritti reali», *IN*, 8-9, 1998, pp. 37 ss.

la vinculabilidad o permanencia del fin como una característica más de este tipo de comunidades <sup>49</sup>.

### E) Accesoriedad

En este aspecto emergen las dudas respecto a si la cosa objeto de la comunidad funcional ha de ser accesoria de otra de titularidad privada de los comuneros o si, por el contrario, es admisible que el bien desempeñe su función prestando una utilidad específica a sus titulares, sin que a la par exista esa indisoluble unión a otros como principales en la relación.

En este orden, se ha defendido la posibilidad de constituir un condominio sobre un bien que presta aprovechamiento en sí mismo, sin necesidad de subordinación o dependencia con otro <sup>50</sup>. Para ello bastaría tener en cuenta que, sin efectuar una interpretación menos respetuosa de la letra de la ley, puede atribuirse a la norma un mayor campo de operatividad. En este sentido, se puede pensar, de hecho, que el artículo 401, 1.º, CC es aplicable no sólo a los casos en los que la indivisibilidad viene dada por la naturaleza misma de la cosa, sino también a las hipótesis en las que se le haya asignado voluntariamente un vínculo de destino <sup>51</sup>. La ventaja fundamental de esta consideración estaría en la oportunidad de dar viabilidad, dentro del cauce de la regulación de la copropiedad del Código civil, a situaciones de hecho que no han contado con una reglamentación explícita <sup>52</sup>.

Sin embargo, el principal obstáculo es la disconformidad con una interpretación basada en los antecedentes históricos del supuesto legal al que se suele acudir (arts. 401, 1.º, CC español y 1112 CC italiano), que restringe el ámbito objetivo de la norma <sup>53</sup>. Y así, se contemplarían solamente aquellos casos en los que el destino se determina objetivamente, *ex re*. Es decir, se comprenderían, por un lado, las cosas que reportan utilidad personal exclusivamente a los comuneros (de forma que dadas a otro no tendrían mayor valor) y, por otro, las cosas útiles no en sí mismas, sino en relación con otras

---

<sup>49</sup> AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 118; FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *op. cit.*, p. 638.

<sup>50</sup> En la doctrina italiana, entre otros, DANUSO, *op. cit.*, p. 514; DE CUPIS, *op. cit.*, p. 195; SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 25. En la española, AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 130; BRÍOSO ESCOBAR, *op. cit.*, p. 90; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 98.

<sup>51</sup> NATUCCI, *op. cit.*, p. 289; FRAGALI, *La comunione*, I, Milano, 1973, p. 325.

<sup>52</sup> Es lo que sucede entre un amplio sector de la doctrina italiana con respecto a la multipropiedad. *Vid.*, por todos, TASONI, «Multiproprietà», *RDC*, II, 1996, pp. 693 ss.

<sup>53</sup> Cfr. FEDELE, *La comunione*, III-5, Milano, 1967, pp. 354 ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 5, p. 47.

cosas, esto es, puestas a su servicio de modo duradero <sup>54</sup>. Por esto es frecuente que se prefiera exigir la concurrencia del elemento de la accesoriedad que parece formar parte del fundamento de la norma <sup>55</sup>.

Por otro lado, incluso aceptada la accesoriedad de la cosa, la conveniencia de admitir una comunidad funcional sobre determinados bienes ha sido puesta de manifiesto como expediente apropiado para configurar jurídicamente un conjunto de experiencias del tráfico económico cuya ubicación no aparece del todo clara, como es el caso de los elementos comunes de los garajes en copropiedad o, en su momento, los relativos a las urbanizaciones privadas <sup>56</sup>.

## F) Organización

Un último carácter lo constituye la necesaria organización de que ha de estar dotada esta comunidad. En este tipo de copropiedades, en las que se persigue la realización de un fin colectivo común a todos los partícipes, las relaciones y contactos entre los mismos no sólo son permanentes, sino también intensos, de suerte que se requiere una organización suficiente para la consecución de los fines buscados y queridos al crear la indivisión. En tal aspecto será determinante la ordenación interna de que se doten, a través de su propio reglamento, los miembros de la agrupación <sup>57</sup>. Llega a ser preciso, en ocasiones, la creación de verdaderos órganos para la gestión colectiva de lo que es común <sup>58</sup>.

Difícilmente se obtendrá este resultado con la exigua ordenación prevista en los artículos 392 y siguientes del Código. Deberá exigirse a menudo una más completa cobertura del compendio de relaciones que se mantiene entre los copropietario. Y ese algo más vendrá determinado por contar con una organización que, con fre-

<sup>54</sup> Cfr. BRANCA, *op. cit.*, p. 286; FEDELE, *op. cit.*, p. 355; DOSSETTO, «Comunione», *NDI*, VII, Torino, 1957, p. 874; BURDESE, *La divisione ereditaria*. Torino, 1980, pp. 150 y 151.

<sup>55</sup> CALÓ Y CORDA, *La multipropiedad*, Madrid, 1985, pp. 251 ss.; CASELLI, *La multiproprietà. Problemi giuridici*, Milano, 1983, pp. 42 ss.

<sup>56</sup> Cfr. ARNAIZ EGUREN, *Los aparcamientos subterráneos*, Madrid, 1993, pp. 144 y 165; MENCHÉN BENÍTEZ y MENCHÉN HERREROS, «Dictamen sobre uso y disfrute de plazas de garaje, Copropiedad», *RCDI*, 541, 1980; CAPILLA RONCERO, *op. cit.*, p. 404; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 248.

En todo caso, el propio BARASSI, *op. cit.*, p. 762, ya había manifestado la conveniencia de procurar una contemplación más abierta de la norma, desvinculada de sus precedentes históricos, y seguir los criterios de una interpretación histórico-evolutiva más amplia. De esta suerte —consideraba este autor— se podía interpretar con medios propios el precepto en cuestión y extenderlo a nuevas categorías de casos.

<sup>57</sup> NATUCCI, *op. cit.*, p. 267 y AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 119.

<sup>58</sup> CHIODI, *op. cit.*, p. 95; RIZZI, *op. cit.*, pp. 120 ss.

cuencia, participará de algunas de las notas de la sociedad <sup>59</sup>. Lo que, por otra parte, determina un acercamiento de esta comunidad a la fórmula societaria, con las consiguientes dificultades a la hora de establecer una nítida separación entre una y otra. En este orden, se ha afirmado que la presencia de una organización de carácter colectivo, siquiera sea embrional, pone de manifiesto la pertenencia de ambas categorías jurídicas a un mismo modelo de agrupación: la denominada «comunidad de intereses»; fórmula que comprendería todas las situaciones jurídicas en las que existe un interés común a más de un sujeto, en especial sociedad, asociación y comunidad. Y en las que se reconocerían características típicas de las relaciones asociativas, tales como una coexistencia de intereses, que se satisface en el grupo y mediante la actividad que se desarrolla; una organización unitaria, basada tanto en los poderes de la mayoría y, correlativamente, los deberes de sumisión impuestos a la minoría, como en el establecimiento *ex profeso* de una organización administrativa que asegure la unidad y la continuidad de la gestión <sup>60</sup>.

Sin embargo, tal construcción no parece aceptable en la medida en que tales formas no reciben la misma consideración legislativa, faltando en el ordenamiento normas comunes a todas ellas que sean aplicables por el hecho de existir una comunidad de intereses entre los miembros. Sin que, por otra parte, pueda hablarse de formas organizativas comunes, pues la presunción de la organización unitaria en cada uno de estos grupos está suscitada por disciplinas normativas bastante diversas entre sí y de las cuales es imposible obtener principios comunes <sup>61</sup>.

#### IV. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES

De todos los datos enunciados se deducen con claridad dos cosas: una, que la comunidad funcional no responde nítidamente al arquetipo tradicional y ordinario de la copropiedad romana; otra, que atendidos ciertos aspectos (como la convencionalidad, la finalidad y la organización) puede parecer que estamos ante un modelo

<sup>59</sup> Cfr. MINUSI, *op. cit.*, pp. 219 y 220; AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 121. En Francia, la *Ley de 31 diciembre 1976*, de organización de la indivisión, prevé toda una serie de disposiciones tendentes a ordenar la gestión de la comunidad, con posibilidad incluso de nombramiento de uno o más administradores (art. 1873-5 del *Code*). Cfr. DAGOT, *L'indivision. Commentaire de la loi du 31 décembre 1976*, París, 1978, pp. 215 ss.; y SIMLER, et STORCK *Droit des biens*, París, 1995, pp. 96 ss.

<sup>60</sup> GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1960, pp. 19 ss.

<sup>61</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1999, p. 530.

determinado de sociedad. Trataremos, entonces, de deslindar las diferencias existentes entre estas diversas situaciones, en cuanto puede ser útil a una más correcta ubicación de la institución.

## A) Comunidad funcional y otros tipos de comunidad

Partiendo de que el supuesto en estudio constituye una comunidad, se hace necesario aclarar si se trata de una copropiedad ordinaria o si, por el contrario, estamos frente a alguno de los casos comunitarios de cualquier otra naturaleza que se reconocen en nuestro Ordenamiento.

### 1. COMUNIDAD *PRO DIVISO*

En principio, debe descartarse la posibilidad de una comunidad *pro diviso*, en cuanto ésta supone la yuxtaposición de distintos derechos de propiedad sobre una misma cosa<sup>62</sup>. Y en la funcional no se superponen derechos diferentes, sino que se trata de una misma titularidad dominical sobre un bien de propiedad común. No existe una distribución entre los copropietarios del heterogéneo conjunto de facultades integrantes del dominio, sino que éstas corresponden por entero a los sujetos<sup>63</sup>. Baste otra nota: la situaciones *pro diviso* dan lugar normalmente a derechos reales limitados y en la comunidad funcional estamos hablando del derecho real pleno por excelencia: la copropiedad.

### 2. COMUNIDAD GERMÁNICA

Este modelo de comunidad, de difícil aunque no imposible aceptación en nuestro Ordenamiento<sup>64</sup>, puede prestarse a ser confundida con la funcional, con la cual guarda notables similitudes. Sin embargo, entendemos que existen suficientes factores que permiten distinguir una y otra figura. De hecho, como ha apuntado algún autor, ni siquiera la falta de disposiciones del Código que indiquen cuándo estamos en presencia de una comunidad romana y

<sup>62</sup> Vid. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *Propiedad dividida y copropiedad «pro diviso» en el Código civil*, IV, Madrid, 1989; CORRAL DUEÑAS, «La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura», *RCDI*, 561, 1984, pp. 271 ss.

<sup>63</sup> Entre otros, GARCÍA AMIGÓ, «Condominio *pro diviso* o propiedad separada», *RDP*, LVIII, 1974, p. 175; ALBADALEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, III-1.º, Barcelona, 1991, p. 389; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 1990, p. 96.

<sup>64</sup> Cfr. NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 247.

cuándo ante una germánica, impide que pueda establecerse una clara y exacta diferencia entre una y otra<sup>65</sup>.

a) *Factores que las aproximan*

En la copropiedad en mano común, como en la funcional, existe un interés superior al meramente individual de cada uno de los sujetos que la compone, y que se traduce en la presencia de una finalidad colectiva. Esto determina (también como en la funcional) que, en tanto subsista dicho fin, la comunidad será indivisible y, en consecuencia, los comuneros estarán desprovistos de toda acción para hacer cesar dicho estado<sup>66</sup>. Estas concomitancias fueron las que, precisamente, empujaron a algún autor a sostener el carácter germánico de la figura en estudio<sup>67</sup>.

b) *Criterios de distinción*

Sin embargo, a pesar de tales coincidencias, pueden detallarse una serie de factores que suponen la separación entre una y otra forma de copropiedad. En primer lugar, en ambas concurre desde luego una titularidad plural del derecho; pero mientras en la funcional los individuos son considerados individual y separadamente (en afinidad, entonces, con la copropiedad romana), en la germánica el sujeto es una reunión o conjunto de personas colectivamente considerados; colectividad que ostentará la plena titularidad de los poderes jurídicos que confiere el derecho de propiedad<sup>68</sup>.

En otro orden, en la comunidad funcional, análogamente a lo que sucede en la ordinaria o romana, sigue existiendo una división por cuotas ideales como expresión aritmética de la medida de la concurrencia en el todo, del que cada comunero es titular único y que representan la razón o proporción según la cual las utilidades o cargas de la cosa van a favor o a cargo de los partícipes, y de la que

<sup>65</sup> EICHLER, «La idea de copropiedad», *ADC*, IV, 1961, p. 915.

<sup>66</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III-2.º, Barcelona, 1979, p. 15; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 496.

<sup>67</sup> Es el caso de MEDRANO Y RUIZ DEL ÁRBOL, «Problemas en la indivisión en la comunidad», *RDN*, 19, p. 70, quien después de aseverar la consagración en el Derecho español de una comunidad indivisible sita en la regulación legal de nuestra copropiedad, admita la existencia de tipos distintos de comunidad y, antes de crear nuevos nombres para la comunidad y estatutos jurídicos que la regulen, entendía preferible considerar que en nuestro ordenamiento existen supuestos de comunidad romana o por cuotas (que llevan aparejada su disolución por voluntad de uno cualquiera de los comuneros) y supuestos de comunidad germana (más o menos pura o clásica) que llevan consigo la adscripción de la misma a un fin (lo que impide su división mientras el fin subsista).

<sup>68</sup> GARCÍA GRANERO FERNÁNDEZ, «Cotitularidad y comunidad Gesamte Hand o comunidad en mano común», *RCDI*, 214-220, 1946, p. 227.

podrán disponer éstos libremente<sup>69</sup>. Por el contrario, en la germánica no se discute que exista o no cuota; sino que, en todo caso, a la luz del aprovechamiento colectivo e indiferenciado propio de este modelo comunitario, la misma funciona sólo como factor que acredita la pertenencia del individuo al grupo, en manera tal que pueda determinarse aquello a que tiene derecho para el supuesto de una eventual disolución<sup>70</sup>.

Sobre la base, pues, de la titularidad y de la cuota puede negarse que la comunidad funcional sea del tipo de la en mano común. Súmase a ello, incluso, la posibilidad de negar la existencia de la denominada comunidad germánica como categoría jurídica reconocible, al menos, en el Derecho español<sup>71</sup>.

### 3. COMUNIDAD ROMANA

Inicialmente, la copropiedad contemplada en el título III del libro II CC es la romana o por cuotas, según tiene reconocido tanto la doctrina científica como la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>72</sup>. Comunidad en el derecho de propiedad que posee como notas esenciales, la pluralidad de sujetos titulares del derecho, la unidad del objeto y la atribución de cuotas en la forma antes apuntada<sup>73</sup>.

Y estos caracteres concurren como estructurales en la comunidad funcional. Bien es verdad que este modelo de agrupación no se corresponde, en virtud de su estabilidad e indivisibilidad, con el modelo típico de la comunidad romana previsto en las normas de los artículos 392 y siguientes CC, donde existe, amén de cierta inconsistencia, una frecuente y vigorosa propensión hacia su desaparición a través del ejercicio de la *actio communi dividundo*.

<sup>69</sup> DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 92.

<sup>70</sup> GARCÍA GRANERO, *op. cit.*, p. 230.

<sup>71</sup> En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pp. 496 y 497, considera que en realidad la comunidad *germánica* que describen los autores, no es una comunidad específica regulada por las leyes de algún concreto pueblo para una determinada ocasión, sino más bien una síntesis arbitraria realizada sobre los ordenamientos jurídicos de muchos pueblos en diversas épocas, y además asumiendo notas características de algunos tipos de comunidad (sobre todo, de las familiares), que faltan, sin embargo, en otros. La que propone, entonces, la doctrina como «comunidad germánica» es una abstracción, un modelo teórico, pero no un instituto real operante, en términos generales, en un tiempo y lugar determinados.

<sup>72</sup> Cfr. ALBADALEJO GARCÍA, *op. cit.*, p. 390; BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *La comunidad de bienes en el Derecho español*. Madrid, 1954, p. 28; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 85; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 24; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, III, Madrid, 1891, p. 162. En el plano jurisprudencial, *vid.*, entre otras, la *SSTS de 26 septiembre 1988* (RA 6859), de *20 diciembre 1989* (RA 8851), y de *22 mayo 1993* (RA 3723).

<sup>73</sup> De acuerdo con la idea expresada por GARCÍA GRANERO, *op. cit.*, pp. 154 y 155, sobre cuya formulación se apoya posteriormente BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *op. cit.*, p. 29.

Para salvar este peligro, se ha acudido al expediente de extraer del marco del Código civil aquellos supuestos prácticos que pudieran constituir una comunidad funcional y, aun reconociendo su naturaleza de comunidad *pro indiviso*, configurarla como atípica, en la medida en que no responde a todos y cada uno de los atributos que de aquélla se predicán; buscando en esta construcción una respuesta práctica a nuevas situaciones de innegable aceptación social<sup>74</sup>. A ello se ha opuesto que, mediante el recurso a la atipicidad, la solución a los principales problemas que origina la figura se vendrían a colocar en una fase previa a la elección entre «tipicidad» o «atipicidad» de los derechos reales, es decir, se antepondrían al debate sobre la aceptación o el rechazo de la teoría del *numerus apertus* de éstos. Sin que pueda servir como reclamo, para la calificación del supuesto como atípico, el hecho de la indivisibilidad de la copropiedad en cuestión<sup>75</sup>. Por lo que, en estos casos, la teoría de atipicidad, más que un medio para resolver dudas o proponer soluciones, corre el riesgo de aparecer sobre todo como un modo para eludir el problema de la configuración dogmática de esta clase de comunidades<sup>76</sup>.

Por tanto, no es necesario, creemos, forzar elaboraciones jurídicas que escapen a la regulación del propio Código civil cuando, además de los riesgos expuestos, podemos encontrar en él una respuesta satisfactoria a la cuestión que tratamos<sup>77</sup>. Por otra parte, como se ha dicho en alguna ocasión, la comunidad de bienes es la institución más proteica y versátil de nuestro Ordenamiento jurídico; y permite aceptar dentro de los límites de aquellos preceptos, una comunidad, tal como hemos visto, permanente en la que no tiene cabida el ejercicio de la acción de división, sin que por ello pierda la naturaleza de copropiedad que le pertenece<sup>78</sup>. Así pues, el

<sup>74</sup> Se trata de una idea bastante consolidada en un sector de la doctrina italiana a la hora de plantear la configuración jurídica de la multipropiedad inmobiliaria.  *Vid.*, entre otros, CALÓ Y CORDA,  *op. cit.*, pp. 26 ss.; CASELLI,  *op. cit.*, pp. 65 ss.; MORELLO,  *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984, p. 204; PETRONE,  *Multiproprietà. Individuazione dell'oggetto ed schemi reali tipici*. Milano, 1985, pp. 21 ss.; QUADRI,  *La multiproprietà, tra logica speculativa e interessi sociali*, FI, V, 1984, cc. 226 ss.

En España, puede verse esta postura en PAU PEDRÓN, quien extiende esta argumentación tanto a los casos de garajes en copropiedad como a la multipropiedad ( *vid. op. cit. notas 25 y 31*).

<sup>75</sup> CHIODI,  *op. cit.*, p. 90; CONFORTINI,  *op. cit.*, p. 2.

<sup>76</sup> CONFORTINI,  *op. cit.*, p. 2; GERBO,  *op. cit.* p. 39. En España, en el ámbito de esta clase de copropiedades, constitutivas de una comunidad funcional, ha puesto de manifiesto la inseguridad jurídica que provoca el recurso a la atipicidad, CABELLO DE LOS COBOS, «Comentario a la Resolución DGRN de 27 mayo 1983»,  *RCDI*, 598, 1990, p. 1188.

<sup>77</sup> MUÑOZ DE DIOS,  *op. cit.*, p. 939, asegura que la institución comunitaria es apta para someter a su tipicidad cualesquiera otras situaciones que surjan en el futuro, y que no sean de las características establecidas  *a priori* por el legislador.

<sup>78</sup> MIQUEL GONZÁLEZ,  *op. cit.*, nota 5, pp. 49 y 52; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA,  *op. cit.*, p. 427.



Código civil ofrece cobertura suficiente para incluir dentro de la copropiedad que regulan sus artículos 392 y siguientes la comunidad funcional, bien se interprete que el artículo 401, 1.º, conforme a los criterios expuestos, excluye la acción de división<sup>79</sup>, bien se entienda que en este tipo de comunidades quiebra la razón de ser del artículo 400<sup>80</sup>, ya incluso bajo el auspicio de otras explicaciones<sup>81</sup>.

## B) Comunidad funcional y sociedad

La distinción entre condominio y sociedad goza en la literatura jurídica de una tradición bastante amplia; tradición, por lo demás, que ha estado casi siempre rodeada de importantes, y a veces inagotables, discusiones<sup>82</sup>. La dificultad para obtener un criterio claro de discriminación aparece principalmente cuando, de lo que es el ámbito claro de una y otra, se pasa al terreno fronterizo, donde las diferencias se aminoran. Surgen entonces figuras que tienen rasgos quizá de ambas o, quizá, rasgos que por ser comunes a sociedad y comunidad, no son indicio de ante cuál de ellas se está, complicando la decisión de si son verdaderamente sociedades o tan sólo comunidades<sup>83</sup>.

Los problemas a la hora de establecer la diferencia entre estas dos situaciones arrancan del Derecho romano, motivada probablemente por la existencia de un elemento común en la base y por la ausencia de una idea equivalente a la de personalidad jurídica; de

<sup>79</sup> Cfr., entre otros, AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 137; BRIOSO ESCOBAR, *op. cit.*, p. 84; CASADO PALLARÉS, *op. cit.*, p. 136; CRESPO ALLUÉ, *op. cit.*, p. 122; MORENO TRUJILLO, *op. cit.*, p. 41; PELAYO HORÉ, *op. cit.*, p. 463.

<sup>80</sup> Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 5, p. 43; MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 112.

<sup>81</sup> Vid. las propuestas, en materia de urbanizaciones privadas, de BOSCH CAPDEVILA, «La configuració jurídica dels elements d'aprofitament comú a varies finques» (ponencia presentada a las *X Jornades de Dret Catalá a Tossa*), Tossa de Mar, 17 a 19 setembre 1998; y, en el terreno de la multipropiedad inmobiliaria, BADOSA COLL, «La multipropietat com a règim jurídic immobiliari», en *Materials IV Jornades de Dret Catalá a Tossa*, Barcelona, 1988, p. 22.

<sup>82</sup> Al margen de las continuas referencias que pueden encontrarse en obras de carácter general, pueden citarse como trabajos específicos de notable interés, en el campo doctrinal español, BONET RAMÓN, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 octubre 1940», *RDP*, 288, 1941, pp. 33 ss.; MARÍN LÁZARO, «Sociedad y comunidad. Una Sentencia notable del Tribunal Supremo», *RDP*, XXVI, 1942, pp. 690 ss.; LOIS ESTÉVEZ, «La distinción de condominio y sociedad», *RGLJ*, 181, 1947, pp. 681 ss.; JORDANO BAREA, *Comunidad y sociedad entre los propietarios del buque*, Madrid, 1957, pp. 7 ss.; ídem, «Comunidad y sociedad en la explotación agraria», *AAMN*, XVIII, 1974, pp. 290 ss.; ROTONDI, «Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil», *RDP*, XLII (1958), pp. 723 ss.; GARRIDO PALMA, «Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil», *RDP*, LVI, 1972, pp. 759 ss.; CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, pp. 379 ss.; MUÑOZ XANCO, «El condominio español en su aspecto distintivo de la sociedad», *RDP*, LXIX, 1985, pp. 953 ss.; ALBADALEJO GARCÍA, «La distinción entre comunidad y sociedad», *AC*, 33, 1995, pp. 669 ss.

<sup>83</sup> ALBADALEJO GARCÍA, *op. cit.*, nota 83, pp. 669 y 670.

forma que, al menos en su etapa inicial, el Derecho romano apenas hizo diferencia entre sociedad y comunidad<sup>84</sup>. De esta suerte, ya en las fuentes se encuentran extrañas promiscuidades de términos, y los textos hablarán de la propiedad simultánea de varias personas sobre una cosa, refiriéndose a la misma como *communio* o como *societas*, de la misma manera que al copropietario se le denominará con bastante frecuencia *socius*<sup>85</sup>. A partir de aquí, los abundantes estudios en la materia no hacen sino evidenciar una constante preocupación, como es la de fijar los límites dentro de los que ha de situarse una y otra. Para ello se han señalado numerosos criterios pero, en todos los casos, siempre teñidos de polémica, pues no ha existido una sola regla que concitara la unanimidad de las opiniones<sup>86</sup>.

Sin embargo, no es nuestro objetivo establecer una delimitación de ambas instituciones, sino intentar dar respuesta al problema de si, efectivamente, cuando se habla de comunidad funcional se está ante una verdadera copropiedad o si, por el contrario, se trata sólo de una forma societaria. La figura es propicia desde luego a la confusión; sobre todo si se tienen en cuenta esas notas, tan típicas en la sociedad, como es la estabilidad de su existencia, su origen a menudo convencional y la realización de un fin específico. Claro que estas características no son exclusivas de la sociedad<sup>87</sup>. Y eso es lo que pretendemos determinar: que a pesar de ser habituales, e incluso propias, de ésta, pueden también darse en otras instituciones (v. gr., la copropiedad) sin que a la vez pierdan su identidad.

## 1. ORIGEN CONVENCIONAL

Un primer criterio para distinguir una y otra situación se quiso residenciar en la distinta raíz de ambas. El contrato constituye así la primera regla a la que se acudió históricamente para separar tales figuras<sup>88</sup>; de esta forma, la distinción entre sociedad y comunidad fundada sobre el consenso aparecía netamente delineada en las *Institutiones* de Justiniano<sup>89</sup>. La comunidad se forma sin el consenti-

<sup>84</sup> ARANGIO-RUIZ, *La societas in Diritto romano*, Napoli, 1965, pp. 33 ss.; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Los derechos reales en el Derecho romano*, Granada, 1992, p. 57.

<sup>85</sup> ROTONDI, *op. cit.*, p. 723; VOLTERRA, *Institutiones de Derecho romano privado*, Madrid, 1988, p. 321.

<sup>86</sup> MARÍN LÁZARO, *op. cit.*, p. 691, enumeró, sólo con base en las normas del Código civil, hasta quince puntos en los que encontraba diferencias entre una y otra figura.

<sup>87</sup> Cfr. GALGANO, *op. cit.*, p. 531.

<sup>88</sup> Cfr. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, París, 1968, pp. 43 ss.; ORTOLÁN, *Explicación histórica de las Institutiones del Emperador Justiniano*, II, Madrid, 1884, pp. 372 a 376; MAYNZ, *Curso de Derecho Romano*, II, Barcelona, 1892, pp. 535 y 536.

<sup>89</sup> Inst. III, XXVII, 3 y 4: «3. Item, si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatava esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contracto obligatus; quippe

miento ni la voluntad de las partes, es decir, sin que éstas se hayan puesto de acuerdo para ello; constituye, pues, un estado que resulta de un acto. Mientras, la sociedad nace siempre de un convenio, dirigido a darle vida. En otras palabras, la diferencia se pondría de manifiesto en el móvil que impulsaba a los interesados: la sociedad era un *estado buscado* por razón de su superioridad productiva; la indivisión ordinaria era un *estado sufrido* que obedece al concurso accidental de muchos sobre una misma cosa. Por tanto, siempre que hubiera concierto de los copartícipes, estaríamos ante un contrato de sociedad. La comunidad, por su parte, constituiría un simple cuasicontrato. Se trata de una calificación de rancia tradición histórica, que conecta directamente con el Derecho antiguo y que llegó a tener importantes partidarios<sup>90</sup>; aunque hoy día se encuentra claramente rechazada<sup>91</sup>.

Las censuras a la tesis que ve la diferencia entre sociedad y comunidad en el acuerdo de los interesados han sido continuas. Se afirmó que podía ser lo más frecuente, pero ello no excluía el que en determinados casos la comunidad surgiera por convenio de los interesados, con lo que debía aceptarse también una procedencia contractual. En este sentido, se consideró inadecuado, por insuficiente, el poder creador de una y otra como instrumento diferenciador de las mismas, ya que la comunidad contractual establece un vínculo entre las partes que dificulta extraordinariamente la delimitación, pues también hay aquí relación jurídica, semejante a la social en algunos aspectos: pluralidad de sujetos, vínculo jurídico, comunidad de objeto, fin propugnado<sup>92</sup>. Es más, en ocasiones se llega a reconocer una concreta especie de comunidad, atendido su origen, situada entre la incidental y la sociedad. De tal manera, se ha estimado normal ese alumbramiento contractual de la sociedad y, correlativamente, el incidental de la comunidad; pero sin llegar a constituir una característica indefectible de una y otra<sup>93</sup>.

Frente a ello se argumenta que en la sociedad los miembros de grupo están ligados, durante toda la relación, por un vínculo de naturaleza contractual; y tal relación está, a lo largo de su ejecu-

---

*nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videtur.*

4. *Idem iuris est de eo qui coherederi familiae resciscundae iudicio ex his causis obligatus est».*

<sup>90</sup> Cfr. POTHIER, *Traité du contrat du société*, París, 1827, pp. 84 ss.; THALLER, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, París, 1922; VITALEVI, *Della comunione dei beni*, I, p. 101; SCAEVOLNA, *Código civil*, VII, Madrid, 1944, pp. 291 ss.

<sup>91</sup> *Vid.*, entre otros, ALBADALEJO GARCÍA, *op. cit.*, nota 63, II-2.º, Barcelona, 1994, p. 436. Un interesante análisis de esta trayectoria puede verse en TRUJILLO CALZADO, *op. cit.*, p. 35.

<sup>92</sup> MARÍN LÁZARO, *op. cit.*, p. 696; LOIS ESTEVEZ, *op. cit.*, p. 698.

<sup>93</sup> Cfr. ROTONDI, *op. cit.*, p. 724; BRIOSO ESCOBAR, *op. cit.*, p. 27.

ción, sometida a la disciplina de los contratos. Lo cual no acontece en la comunidad, ni siquiera cuando, como en el caso de la voluntaria, nace de tal acuerdo. Pues, entonces, dicho contrato agota su propia función en el momento constitutivo de la relación; y una vez constituida, el vínculo comunitario se desenvuelve entre los sujetos fuera ya del cauce contractual<sup>94</sup>. Por lo que es posible, a juicio de ciertos autores, fundamentar, con ciertas matizaciones, la diferencia de sociedad y comunidad sobre la base de la distinta fuente creadora<sup>95</sup>.

## 2. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES

Queremos decir que la manera en que nacen, tanto la comunidad como la sociedad, no vale como instrumento para efectuar una separación radical de una y otra. Lo que se comprueba con facilidad si se tiene en cuenta además que, en ocasiones, la sociedad nace sin siquiera haberse dado cumplimiento a las formalidades mínimas exigidas por el Ordenamiento. Éste es el caso de la denominada *comunidad societaria*: en su nacimiento la agrupación constituía meramente una comunidad; sin embargo, por la concurrencia de una serie de características (en especial, la organización, la *affectio societatis* y el ánimo de lucro) se transmutaba en una sociedad, sin que a ello se opusiese la inexistencia de un contrato en tal sentido<sup>96</sup>.

El reconocimiento jurídico de esta modalidad ha sido, por lo demás, abundante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>97</sup>. La *STS de 16 abril 1942*<sup>98</sup> consideró la situación de unos coherederos que, al dejar en común bienes determinados afectos a negocios industriales, convinieron la continuación de estos negocios para obtener un lucro común partible y no la mera conservación de los mismos para su aprovechamiento. Y en tal sentido, entendía, era necesario admitir que la relación jurídica creada en este convenio es la llamada *comunidad societaria*<sup>99</sup>. Como también lo hizo en un

<sup>94</sup> GALGANO, *op. cit.*, p. 531.

<sup>95</sup> CAPILLA RONCERO, *op. cit.*, nota 83, p. 375; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, p. 1316.

<sup>96</sup> Así, BIANCA, *op. cit.*, p. 456; MUÑOZ XANCO, *op. cit.*, p. 957. A favor de la naturaleza societaria de esta figura, se pronunció GIRÓN TENA, «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español», *RDM*, 10, 1947, pp. 7 ss., en especial, p. 56.

<sup>97</sup> Entre otras resoluciones, pueden destacarse las SSTS de 12 junio 1950 (RA 1163), de 12 mayo 1959 (RA 1996), de 21 diciembre 1965 (RA 5957), de 6 octubre 1990 (RA 7475), y Resolución DGRN de 7 julio 1962.

<sup>98</sup> RA 468 bis.

<sup>99</sup> El convenio a que se refiere la sentencia era la escritura pública por la que los herederos del causante aprobaron las operaciones particionales de los bienes del difunto y que

caso similar la *Sentencia de 21 diciembre 1965*<sup>100</sup>, que declaró que aunque originariamente existiera una comunidad hereditaria, los herederos explotaron con posterioridad, en *comunidad societaria* y en la proporción de un 50 por 100 indiviso cada una de las ramas de derechohabientes, el negocio comercial en litigio.

Asimismo, la más reciente *Sentencia de 6 octubre 1990*<sup>101</sup>, fuera ya del marco de las comunidades hereditarias, se pronuncia también en pro de su admisión, al afirmar que «estimando que hubo contrato consensual, puesta en común de actividad y bienes, *affectio societatis*, ánimo de lucro, falta de escritura pública e inscripción en el Registro, lo que implica que la relación jurídica creada es la llamada comunidad societaria...» (Fto. 4.º)<sup>102</sup>.

Admitida la operatividad de esta construcción, surge el principal problema en esta materia: la determinación del régimen jurídico que haya de aplicársele. Tampoco contamos con una firme respuesta. En ocasiones se considera que el supuesto aludido constituye un caso de comunidad de bienes, sujeto por ende a la regulación de los artículos 392 y siguientes CC<sup>103</sup>. Por el contrario, otras veces se estima que, a pesar de las similitudes con la comunidad de bienes, esta forma de cotitularidad responde mejor a la construcción jurídica de la sociedad, siendo de aplicación entonces el régimen normativo de la misma<sup>104</sup>.

---

en su base 40 contenía el pacto de continuación de la explotación en común de los negocios por todos los herederos.

<sup>100</sup> En el caso de autos, un negocio dedicado a la compraventa y alquiler de pianos y otros instrumentos musicales, al fallecimiento de sus propietarios, siguió explotándose sin solución de continuidad por los herederos de aquéllos; integrándose posteriormente en el acervo patrimonial de una sociedad limitada constituida, entre otros, por los que habían heredado el negocio.

<sup>101</sup> En este supuesto los litigantes habían hecho una serie de aportaciones con la finalidad de explotar en común una sidrería-marisquería. Para regularizar la situación se comprometieron a constituir con el tiempo una sociedad, que nunca llegó a formalizarse dadas las desavenencias que surgieron entre las partes.

<sup>102</sup> Pueden verse, respecto de esta resolución, las interesantes reflexiones que formula EMBID IRUJO, «Calificación jurídica de la sociedad irregular», *LL*, 1, 1991, pp. 294 ss., en especial p. 298, en las que revela, en torno a este fundamento jurídico, «la pervivencia en el lenguaje del fallo de conceptos utilizados por el Tribunal Supremo en otras sentencias anteriores que, sin embargo, aparecían orientadas bajo supuestos diferentes de la actual. En este sentido, la noción de comunidad societaria fue utilizada por el Tribunal Supremo para expresar una determinada manera de calificar a la sociedad irregular bajo su entendimiento como sociedad interna».

<sup>103</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO, *cit.*, p. 763; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, *op. cit.*, p. 428. Éste es también el criterio expresado en la STS de 21 noviembre 1970 (RA 4826).

<sup>104</sup> CAPILLA RONCERO, *op. cit.*, nota 83, p. 375; EMBID IRUJO, *op. cit.*, pp. 299 y 300. A su favor se pronunciaron las SSTs de 4 julio 1959 (RA 2956) y de 28 junio 1975 (RA 2616). Y ésta parece ser la postura con mayor acogida. Sin embargo, en contra, FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *op. cit.*, p. 620, incluyen entre las que pueden constituir una comunidad de naturaleza funcional: «las diversas fórmulas de aprovechamiento en común de carácter empresarial. La posibilidad de una comunidad de bienes que desarrolle

En el ordenamiento italiano también se ha discutido con amplitud esta cuestión, defendiéndose posturas claramente enfrentadas. Así, para unos, este tipo de agrupaciones debe ser considerado como meras comunidades y por tanto han de aplicársele las normas propias de esta figura. Se invoca para ello el principio de defensa de la autonomía contractual, en cuya virtud nadie puede sufrir modificaciones en la propia esfera jurídica contra o independientemente de la propia voluntad. De esta forma, los copropietarios continúan siendo tales y no se transforman en socios hasta el momento en que esta transformación no resulta querida por ellos: los bienes de los que son copropietarios permanecen en copropiedad, y no se transforman en patrimonio social hasta que no aparece en tal sentido manifestada su propia voluntad. Por esto, mientras no se dé vida a un contrato, como es el de sociedad, dirigido a modificar la condición jurídica de los bienes utilizados, los mismos siguen siendo bienes en comunidad <sup>105</sup>.

Para otros, sin embargo, no vale objetar que el contrato de sociedad no se forma si falta el acuerdo de las partes. El hecho de que el acuerdo de las partes no se haya manifestado también en relación a la condición jurídica de los bienes utilizados no impide hablar de contrato de sociedad: el cambio de tal condición se opera aun cuando las parte hayan guardado silencio, e incluso si expresamente habían mostrado una voluntad contraria al mismo, pues se trata de una sociedad de hecho que, como tal, ha de quedar sometida a las disposiciones específicas de este modelo de agrupación <sup>106</sup>.

En definitiva, no debe buscarse en la manera en que principian ambas figuras un dato, más allá del simple indicio, de exacta separación entre una y otra. Y esto lleva a una última consideración: la comunidad funcional podrá tener, y de hecho tiene en la mayoría de los casos, una fuente convencional, de naturaleza contractual si ese es el deseo de sus constituyentes, sin que por ello sea dable entender que lo querido, lo buscado, sea una sociedad.

### 3. PERSONALIDAD JURÍDICA

Otro dato con el que se ha operado para separar sociedad y comunidad es el de la presencia de personalidad jurídica en la

---

una actividad empresarial está reconocida y admitida por la Jurisprudencia, que en ocasiones ha utilizado el término "comunidad societaria"».

<sup>105</sup> Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I. Milano, 1957; BRANCA, *op. cit.*, p. 17.

<sup>106</sup> Vid. AMATUCCI, *Società e comunione*, Napoli, 1971, pp. 47 ss.; PESCATORE, *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974, pp. 182 ss.; GALGANO, *op. cit.*, pp. 534 ss.

primera y la carencia de tal cualidad en la segunda. Esta idea se sostuvo por algunos autores, unas veces interpretando el artículo 1669 CC, del que dedujeron que la comunidad de bienes era una sociedad sin personalidad; y otras sobre la base del artículo 399 CC, para entender que el copropietario, al contrario de lo que ocurría en la sociedad, seguía conservando la titularidad que poseía sobre la cosa<sup>107</sup>. Así, la sociedad constituye una nueva persona jurídica distinta de la de cada uno de los socios. De forma que, de la combinación de los intereses aportados por los socios, surge un solo y nuevo derecho, pero único: el del ente social. Sin embargo, en la comunidad hay tantos derechos como interesados; y cada uno de ellos se conserva con la integridad que tenía antes de salir de su aislamiento, como se reconoce en el artículo 399 CC al decir que «*todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y de los frutos y utilidades que le correspondan*»<sup>108</sup>.

Pero también se contestó aduciendo, de una parte, que el artículo 1669 CC no dice que las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos no sean verdaderas sociedades, sino tan solo que no tienen personalidad jurídica; y de otra, que no resulta del todo claro que durante la indivisión cada copropietario tenga la plena propiedad tal como se expresa en el precepto del artículo 399 CC<sup>109</sup>.

Aun más, el recurso a la idea de personalidad jurídica no resulta en modo alguno seductora, pues su atribución es posterior a la calificación como sociedad y no ésta una consecuencia de aquélla<sup>110</sup>. Pero es que si se pondera adecuadamente el artículo 1669 CC, se verá, primero, que no niega el carácter de sociedad a la agrupación así constituida (el párrafo segundo del precepto alude a «*esta clase de sociedades...*»); y, segundo, que se está refiriendo a una sociedad que no tiene manifestación exterior en cuanto tal<sup>111</sup>. Lo que implica que se deba distinguir entre el aspecto interno, de las relaciones entre los constituyentes, en el que son válidas las reglas del contrato de sociedad; y el aspecto externo, de relaciones con los terceros, en el que se impondrán las normas de la comunidad de bienes<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> CARNELUTTI, «Personalità e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione», *RCom.*, I, 1913, pp. 68 ss.; DONDERI TATAYS, *La copropiedad*, Madrid, 1933, p. 76. Vid., sobre el desarrollo doctrinal de esta postura, MUÑOZ XANCO, *op. cit.*, p. 960.

<sup>108</sup> Cfr. MARÍN LÁZARO, *op. cit.*, pp. 690 y 691; GARRIDO DE PALMA, *op. cit.*, p. 762.

<sup>109</sup> DE BUEN, «Sociedad», *EJE*, XXVIII, Barcelona, s. f., p. 866; BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *op. cit.*, p. 173.

<sup>110</sup> Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 762, concluye a este respecto que la calificación de sociedad parece un presupuesto y no una consecuencia respecto de la personalidad jurídica.

<sup>111</sup> CAPILLA RONCERO, *op. cit.*, nota 83, p. 392.

<sup>112</sup> Así lo concibieron CASTÁN TOBEÑAS, *Del contrato de sociedad*, XV-1.º, Madrid, 1933, pp. 779 y 780; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, p. 51; CAPILLA RONCERO, *op. cit.*, nota 83, p. 376.

De todo lo anterior se puede concluir que tampoco el criterio de la personalidad sirve para separar comunidad y sociedad<sup>113</sup>. Sigue entonces existiendo dificultad para determinar si la denominada funcional en verdad constituye una copropiedad o se trata de una sociedad a la que, por no cumplir con todos los requisitos formalmente exigibles, no se le atribuye personalidad jurídica.

#### 4. LA FINALIDAD

El aspecto de la finalidad debe ser abordado desde distintas perspectivas. En primer lugar, desde el que consideramos plano subjetivo del ánimo de los sujetos, es decir, si la voluntad de los mismos es la de dar vida a una sociedad o a una comunidad. En otro momento, desde la doble perspectiva objetiva de la finalidad buscada por aquéllos mediante la tenencia en común de los bienes.

##### a) *La affectio societatis*

La *affectio*, entendida como libertad de los interesados para establecer entre ellos el vínculo jurídico que prefieran, ora sociedad, ora comunidad, ha sido blandido como razón diferenciadora entre una y otra. Hasta llegar a considerarse primordial en la medida en que no puede negarse a los interesados la soberanía más absoluta para crear, mantener o transformar el vínculo jurídico que estimen conveniente, en tanto observen las solemnidades y requisitos legales exigidos para cada uno de ellos, y siempre que no lesionen los intereses de los terceros<sup>114</sup>.

Pero también se opuso la falta de firmeza de este principio, sobre todo si se tiene en cuenta que tal componente se alegó en su inicio como criterio distintivo entre comunidad incidental y comunidad convencional, que no entre comunidad y sociedad<sup>115</sup>. Amén de que tomar la *affectio societatis* como intención de cooperar como socios suponía una petición de principio, ya que conduce al

---

También el Tribunal Supremo ha sostenido esta interpretación en numerosas resoluciones. Así, entre otras, las SSTS de 17 septiembre 1984 (RA 4297), de 22 marzo 1993 (RA 2542) y de 31 julio 1997 (RA 5619).

<sup>113</sup> No obstante, para determinados autores la personalidad jurídica constituye el elemento diferenciador determinante en la distinción entre comunidad y sociedad. *Vid.* GARCÍA MAS, «La sociedad civil: su problemática en el tráfico jurídico», *RCDI*, 633, 1996, p. 517.

<sup>114</sup> Cfr. ARANGIO RUIZ, «“Societas re contracta” e “communio incidens”», en *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, Palermo, 1936, p. 388; MUÑOZ XANCO, *op. cit.*, p. 957; MARÍN LÁZARO, *op. cit.*, p. 697.

<sup>115</sup> ROTONDI, *op. cit.*, p. 724.



problema inicial de determinar objetivamente en qué se diferencia la sociedad de la comunidad <sup>116</sup>.

Sin embargo, actualmente se ha retomado con inusitado vigor el criterio de la *affectio*, entendida como elemento subjetivo de la relación: voluntad de los sujetos de constituir una sociedad. Y cree verse en ella el factor determinante que separa una y otra figura. En este sentido, se considera que, como consecuencia del principio espiritualista vigente en el Derecho español, habrá de atenderse primordialmente a la voluntad, cualquiera que sea el vehículo a través del cual se manifieste, de los sujetos implicados, complementando, así, el criterio del carácter estático o dinámico del fin común. Y ello como consecuencia del carácter, en general, dispositivo de las normas relativas tanto a la comunidad de bienes cuanto a la sociedad civil. En tales términos, se interpreta, hay que entender las afirmaciones con frecuencia vertidas sobre este particular en el sentido de que el criterio distintivo es el de la *affectio societatis*; con lo cual se quiere indicar que, en última instancia, se trata de una *quaestio voluntatis* <sup>117</sup>.

#### b) *El ánimo de lucro*

En la indagación de cuál debía ser el significado que debía darse a la soberanía expresada anteriormente, se evolucionó en pro de una interpretación materialista, en la que se identifica el ánimo de lucro como dato último que sirva para distinguir una figura de otra <sup>118</sup>. A pesar de las adhesiones que despierta esta postura, la inteligencia que se ha hecho, y que se sigue haciendo, de dicha finalidad lucrativa no ha estado exenta de discordia. Inicialmente, se consideró que consistía en la obtención de ganancias o beneficios, nota de la que carecía la comunidad <sup>119</sup>. Sin embargo, también se advirtió que en ocasiones la comunidad podía nacer para realizar provechos, como cuando la cosa adquirida en común es disfrutada por los condueños con reparto de las rentas que produzca. En favor del sostenimiento de este criterio diferenciador se añade otro dato: en algún caso se persigue una ganancia económica; además, al contrario de lo que ocurre en la sociedad, no gana tampoco la comunidad para luego repartir lo logrado, sino que los partícipes alcanzan directamente su provecho <sup>120</sup>.

<sup>116</sup> DONDERIS TATAY, *op. cit.*, p. 74.

<sup>117</sup> Cfr. ALBADALEJO GARCÍA, *op. cit.*, nota 83, p. 677; CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales de M. Albaladejo*, XXI-1.º, Madrid, 1986, p. 139.

<sup>118</sup> MUÑOZ XANCO, *op. cit.*, p. 958.

<sup>119</sup> BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *op. cit.*, p. 53.

<sup>120</sup> Cfr. MARÍN LÁZARO, *op. cit.*, p. 696; PELAYO HORÉ, *op. cit.*, p. 461.

Por otra parte, se ha objetado también que el ánimo de lucro no es por sí sólo suficiente, pues de acuerdo con el artículo 1678 CC es posible una sociedad sin dicho *animus*, limitada solamente al uso de la cosa, tal como se desprende de los términos de precepto, el cual al señalar el objeto de la sociedad particular, agrupa nociones inasequibles con la palabra lucro, como el *uso* y la *empresa*. Lo que sería tanto como admitir sociedades con un objeto limitado al uso de las cosas<sup>121</sup>. Y además se ha apuntado también que es posible, interpretando el artículo 1665 CC, aceptar la existencia de comunidades de bienes con ánimo de lucro, con ánimo de obtener ganancias<sup>122</sup>.

### c) *La actividad*

Otra cuestión es la eficacia vinculadora del fin perseguido. La sociedad exige la inevitable vinculación a una finalidad concreta a realizar, de la que carece la comunidad; de forma que los bienes sociales se constituyen en un medio, mientras que las cosas comunes son un fin en sí mismas. Se corresponde con lo que se denomina «teoría de la empresa», en cuya virtud la sociedad implica una empresa común que falta en la comunidad<sup>123</sup>. Así, la sociedad vendría a ser una organización en la cual la actividad productiva no es un fin en sí misma, sino un medio para la obtención de una ganancia a través de la satisfacción de las necesidades del mercado. Las comunidades contractuales, por el contrario, tendrían como fin la conservación y el aprovechamiento de los bienes según su propio destino económico, y con ello la percepción de frutos cuando se trate de bienes productivos<sup>124</sup>.

Con ello, se opera una conexión directa entre la vinculación al fin y la obtención de un lucro común partible. Y si esto es así en la sociedad, el condominio está por el contrario desprovisto de dicha

<sup>121</sup> LOIS ESTÉVEZ, *op. cit.*, p. 701; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, p. 474. Sin embargo, CAPILLA RONCERO, *op. cit.*, nota 8, p. 377, niega que en nuestro Derecho pueda admitirse, con base en el artículo 1678 CC, una sociedad que tenga por objeto el mero uso de un bien. Considera, por el contrario, que en tales casos estaremos en realidad ante una comunidad de bienes.

<sup>122</sup> Ésta es la opinión de ALBADALEJO GARCÍA, *op. cit.*, nota 83, p. 677, para quien el artículo 1665 CC se limita a definir el contrato de sociedad, pero no excluye que pueda obtenerse el mismo resultado lucrativo por otros medios distintos a la sociedad, como es la comunidad. Es decir, para este autor, el precepto no obliga a que toda unión con fin de lucro sea sociedad; con lo que es perfectamente admisible el contrato por el que, con ánimo de comunidad, se agrupan dos o más personas para buscar ciertos fines, incluso lucro. Radicalmente en contra de esta concepción, PAZ-ARES, *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1992, p. 1370.

<sup>123</sup> Cfr. MUÑOZ XANCO, *op. cit.*, p. 958; LOIS ESTÉVEZ, *op. cit.*, p. 703.

<sup>124</sup> FERRI, *Della società*, Bologna-Roma, 1981, p. 81.

característica, pues en él predomina la mera conservación y tenencia de la cosa, hasta el punto de afirmarse que la comunidad es un estado pasivo y la sociedad un estado activo<sup>125</sup>. Y si ese conservar o tener la cosa en el condominio genera ganancias para los copropietarios, deben reputarse provenientes de dicha situación estática, que acarrea el simple disfrute de aquélla, y no confundirlos con la actividad dirigida a su realización, más propia de la sociedad<sup>126</sup>. Los actos de los copropietarios asumen un papel instrumental respecto a la cosa objeto de copropiedad; se dirigen, por tanto, a producir resultados útiles de acuerdo con la actitud natural del bien, en aras de la realización de su aprovechamiento. Por lo que en dicha situación no pueden reconocerse los elementos propios de la actividad en sentido técnico, entendida como sucesión de actos materiales y jurídicos, negociales o no, caracterizados por un elemento teleológico común<sup>127</sup>.

Hasta tal grado se entiende determinante este aspecto que ha sido considerado el núcleo de la declaración de voluntad de las partes, por encima incluso del régimen normativo al que, conforme a su propia expresión, hayan querido someterse los sujetos<sup>128</sup>.

## 5. RECAPITULACIÓN

Podemos encontrar en todo lo anterior elementos, tal vez suficientes, para distinguir la comunidad funcional de la sociedad. En especial, atendida la circunstancia de que en la primera no concurre la voluntad de desplegar una conducta dirigida a la obtención de un fin de lucro tal como ha quedado expresado; es decir, la actividad desarrollada por los copropietarios se desenvuelve en función del aprovechamiento económico de la cosa.

Efectivamente, es una actividad provechosa, pero tal beneficio no nace de una situación dinámica de búsqueda de un rendimiento, pecuniario o no, en el que los bienes aparezcan como medio para su consecución; sino que en puridad, aun admitiendo la existencia de rentabilidad económica (pues, en otro caso, difícilmente se concebiría el nacimiento y prolongación de la situación de comunidad) los bienes continúan siendo un fin en sí mismos. Mientras, en la sociedad, al tratarse de una forma de ejercicio colectivo de empre-

---

<sup>125</sup> Cfr. SPADA, *La tipicità delle società*. Padova, 1974, p. 201; MINUSSI, *op. cit.*, p. 219; AMATUCCI, *op. cit.*, p. 47.

<sup>126</sup> FERRARA, *Gli imprenditori e la società*, Milano, 1987, pp. 209 ss.

<sup>127</sup> PESCATORE, *op. cit.*, p. 106.

<sup>128</sup> GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, Milano, 1982, pp. 50 y 51; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 463.

sa, la actividad está en función de la producción y del cambio, indirectamente, en cuanto la cosa es elemento que sirve para desplegar dicha actividad <sup>129</sup>. Por esta misma razón se interpreta, desde la perspectiva causal, que la relación entre el elemento objetivo (los bienes) y el subjetivo (la actividad), da prevalencia al primero en la comunidad, y al segundo en la sociedad; por ello se ha situado la causa en la comunidad en obtener ventajas de los bienes que se ponen en común, mediante el goce de sus utilidades, mientras que en la sociedad se localiza en el ejercicio en común de la actividad económica, lo que se realiza a través de un ente creado con este fin <sup>130</sup>.

Pero además, bastaría comprobar en último término la difícil, si no imposible, acomodación de la forma societaria a la obtención de los fines perseguidos por una comunidad funcional <sup>131</sup>. Entonces, de existir dudas irresolubles por cualesquiera de los medios aportados, la figura debe ser considerada una comunidad, pues no ha de perderse de vista que la comunidad es el género de la que se desgajan como especies la comunidad romana, o de otro tipo, y también la sociedad. La falta de una respuesta clara y terminante empujaría siempre a acudir al tronco común y estimar que existe comunidad <sup>132</sup>.

## VI. POSIBILIDADES PRÁCTICAS DE LA FIGURA

Se ha afirmado que el sentido individualista del siglo pasado, informador de casi toda nuestra legislación, ha sido sustituido hoy por el colectivista de grupo; situación que ha dado lugar a un nuevo término, aplicado a las más diversas actividades, cual es el de «labor de equipo o en equipo». Este nuevo modo de actuar y de

<sup>129</sup> Para BIANCA, *op. cit.*, p. 457, en la sociedad concurre el compromiso de los socios al desarrollo de una actividad económica en común. El significado de *compromiso* societarios está, por otra parte, objetivamente ínsito en el hecho de emprender una actividad económica en común.

<sup>130</sup> PESCATORE, *op. cit.*, p. 127, para quien, en el caso de la comunidad, el titular tiene la posibilidad de ejercitar la facultad conectada al derecho de propiedad, que lo legitima para la inserción en el grupo que administra el bien común; en el caso de la sociedad, sin embargo, una relación directa e inmediata con el bien es menor y resulta determinante la función asignada al mismo para el logro del fin social.

<sup>131</sup> Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», *RDN*, 64, 1969, pp. 212 a 217.

<sup>132</sup> Cfr. BRÍOSO ESCOBAR, *op. cit.*, p. 29. En último término, como piensa PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 187, «se suele acudir a aplicar conjuntamente todos los criterios señalados para diferenciar la comunidad y la sociedad y se considera que el problema es de interpretación del negocio jurídico creador de la situación en examen, siendo especialmente difícil en todos aquellos casos en que dicho negocio jurídico está formado por un puro comportamiento concluyente».

hacer ha llegado incluso a extenderse a la propiedad <sup>133</sup>. Así es posible comprobar en el tráfico jurídico la existencia de comunidades cuyo destino económico resulta altamente rentable para sus integrantes. Constituyen supuestos de copropiedades queridas, estables y útiles; situaciones que, frente a la concepción tradicional de la comunidad *in genere* como figura económicamente desventajosa, producen para los copartícipes más beneficios que problemas; y a las que, por estas mismas razones, no conviene la acción de división. Es más, la aplicación del instrumento divisorio a tales estados se traduciría en una notoria injusticia.

Se trata de figuras que no sólo preconizan la exclusión de la *communi dividundo*, sino que a la vez ponen en duda la exacerbada idea del disfavor legislativo frente a la comunidad como situación que tiende irremediablemente a su desaparición <sup>134</sup>. Por el contrario, están dotadas de estabilidad, son provechosas para la economía nacional, cuya productividad demanda la necesaria permanencia de sus elementos, sin que penda constantemente sobre ellas la posibilidad de ejercicio de una acción que acarrearía innegablemente una menor eficacia económica. Constituyen, en definitiva, comunidades fértiles, auspiciadas principalmente por el constante encarecimiento de los medios de producción, que empuja a la unión de esfuerzos y de aportaciones para la obtención de un mayor grado de utilidad y beneficio <sup>135</sup>.

Por ello, y sin pretender agotar la materia, trataremos algunas de estas comunidades a las que, siempre desde la perspectiva de su indivisibilidad, consideramos puede serles de aplicación la interpretación que sostenemos del artículo 401.1.º, CC y que evitaría, en algunos casos, incluso el recurso a la adopción de normas especiales que consagren expresamente esta indefectible característica. Ha de indicarse que, por lo general, los tribunales no se prodigan en resoluciones que aborden este aspecto; acaso como reflejo de su indudable aceptación social, que promueve menos conflictos de los que en principio pudiera creerse. Aun así, podemos encontrar pronunciamientos que dejan entrever la especialidad de tales

---

<sup>133</sup> CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, «Las zonas de recreo en las urbanizaciones y la legislación sobre propiedad horizontal», *RDP*, 55, 1971, p. 595.

<sup>134</sup> Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, pp. 1102 ss.

<sup>135</sup> Para FRAGALI, *op. cit.*, p. 391, la comunidad puede ser fuente de utilidad social y ser fundamentalmente necesaria al progreso y al mejoramiento de la condición social individual; puede ser fuente de cooperación para la realización de intereses individuales; y no hay duda de que hoy, superada la fase de preponderancia individualista, se es más propenso a la vida asociada y a la formación de grupos intermedios. Y ello, sin duda, debe favorecer las pretensiones privadas de crear comunidades.

situaciones frente a la reglas clásicas de la copropiedad del Código civil<sup>136</sup>.

Sin embargo, donde sí se han suscitado discusiones, aunque en escaso número, es en el ámbito registral. Y esto en determinada medida es lógico, pues se pretende incorporar al registro público situaciones fácticas que, a pesar de su tipicidad social, no sólo no tienen una plena e indiscutida aceptación, sino que además, incluso entre quienes admiten una comunidad por cuotas del tipo romano de carácter estable e indivisible, no existe unanimidad en torno a su configuración jurídica<sup>137</sup>. El acceso al registro tiene, como es de suponer, una importancia indudable por el alcance de sus efectos respecto de terceros. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha gozado de la oportunidad de pronunciarse respecto de la comunidad funcional. Y lo ha hecho con aceptación no sólo de su presencia social sino también jurídica, dándole por lo demás entrada en el mundo registral. Es más, hasta cierto punto, la consagración de la expresión «comunidad funcional» es fruto, como veremos, de la labor de las autoridades de dicho Organismo.

## A) Garajes

a) La necesidad de tener un lugar donde aparcar se ha convertido en los últimos decenios en una cuestión de notable importancia. Casi tanto como la de contar con una vivienda, pero con el añadido en muchos casos de que, merced a un determinado modelo de construcción, origina mayor problemática la obtención de aquél que de ésta<sup>138</sup>. Las formas de organización jurídica adoptadas para satisfacer esta carencia han sido muy variadas; pero en lo que a nosotros nos interesa, tomamos en consideración la que implica la existencia de un espacio (solar, edificio o local) perteneciente en copropiedad (fuera del régimen de propiedad horizontal) a varias personas y destinado permanentemente a garaje; fórmula, por lo demás, de corriente uso en el tráfico<sup>139</sup>.

En tales casos la exclusión de la acción de división es más que necesaria, pues su ejercicio no es compatible con un estado que demanda precisamente lo contrario, esto es, la permanencia de la

---

<sup>136</sup> En este sentido, existen determinados pronunciamientos en los que, sin darles el nombre de funcionales, se tratan situaciones de comunidad de innegable especialidad. Vid. *SSTS de 23 febrero 1988* (RA 1277) y *de 4 abril 1990* (RA 2695), donde ya se habla de una forma especial o extravagante de comunidad, sólo justificada en función de la utilidad que para cada uno de los copropietarios puedan suponer los elementos comunes.

<sup>137</sup> Cfr. GARCÍA MAS, «En torno a la multipropiedad», *RCDI*, 623, 1994, p. 1665.

<sup>138</sup> Cfr. AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, pp. 25 ss.

<sup>139</sup> NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 184.

comunidad. Nos encontramos ante una copropiedad socialmente ventajosa y, como tal, querida por sus titulares. Admitir aquella acción equivaldría, entonces, a ignorar el destino propio de la cosa, no resolvería el problema de la escasez de aparcamientos y acarrearía, en definitiva, una situación de notoria insuficiencia económica<sup>140</sup>. Se ha apuntado como solución, y así se ha hecho en la práctica, la incorporación en el título constitutivo de un pacto de indivisión permanente en el que se comprenda el destino a aparcamiento<sup>141</sup>. Pero parece preferible considerar que se trata de una comunidad sin acción de división, en el sentido y con el alcance que hemos expuesto del artículo 401, 1.º, CC<sup>142</sup>.

b) En esta línea, la primera expresión del concurso jurídico de la comunidad funcional en tal ámbito lo constituye la *Resolución de 18 mayo 1983*<sup>143</sup>, punto de referencia obligado cuando se trata de analizar esta institución. En este caso se constituyó, por el propietario único de un local comercial subterráneo destinado a garaje, una comunidad mediante la enajenación de cuotas indivisas del mismo. En el documento presentado a inscripción, ante el Registro de la Propiedad de Pamplona, y en el que se recogía dicha distribución de cuotas, se excluía (entre otras cosas y en lo que a nosotros atañe) la acción de división ejercitada por uno solo o por varios comuneros, supeditándose por contra la disolución de la comunidad al acuerdo unánime de los copropietarios. El registrador extendió nota en la que denegaba la inscripción de este régimen jurídico por estimarlo contrario a normas de derecho imperativo sancionadas por la ley 374 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra y por el artículo 400 CC como supletorio. Recurrida por los notarios autorizantes, el Presidente de la Audiencia Territorial la revocó por auto, que fue recurrido a su vez ante la Dirección General.

Ésta sentó con su decisión los pilares de una doctrina que ha ido desenvolviéndose poco a poco en los años siguientes. La respuesta a los pronunciamientos contenidos en esta Resolución han sido de diverso signo. La mayor parte de los autores que se ocupan

---

<sup>140</sup> La mayoría de los autores que estudian esta tipo de comunidad son reacios a la admisión de la *communi dividundo*, cualquiera que sea el argumento que se utilice. Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, pp. 480 y 481; AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, pp. 136 y 137; NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, pp. 184 y 185; PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 204.

<sup>141</sup> No obstante, como indica NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 185, con independencia del pacto de indivisión, el destino a aparcamiento propio puede haber sido marcado por todos los comuneros, aunque sea tácitamente.

<sup>142</sup> Cfr. MONET ANTÓN, «Los garajes en comunidad», *RDN*, 77-78 (1972), pp. 453 y 454; CARRETERO GARCÍA, *op. cit.*, p. 636.

<sup>143</sup> RA 6969.

de ella alaban, por una parte, el decidido arrojo de la Institución al abrir un nuevo camino a la estabilidad de ciertas comunidades funcionales y le reprobaban, por otra, la continencia de ciertas afirmaciones de dudosa exactitud técnica. Entre las más relevantes destacan las de hacer descansar la virtualidad de la figura en el principio de autonomía de la voluntad contenido en el artículo 392, 2.º, CC, siendo así que la disposición del artículo 400, 2.º, CC se impone, por su carácter imperativo, sobre aquél<sup>144</sup>.

También se aduce la posibilidad de hacer, a través del ejercicio de la acción de división, de propiedad separada las distintas plazas de aparcamiento, mediante la constitución de una comunidad limitada sólo a los distintos elementos comunes necesarios para su aprovechamiento, en analogía con lo previsto para los casos de división horizontal<sup>145</sup>. Curiosamente, la Resolución recogía de forma expresa esta posibilidad al mantener que «*la Ley de Propiedad Horizontal puede ser aplicada para conseguir de un modo lógico y legal los resultados que se pretenden alcanzar por las partes en la escritura calificada*» (Cdo. 3.º)<sup>146</sup>. Podría sostenerse, asimismo, que el fallo hace efecto en el contexto del Derecho Civil Foral de Navarra, mucho más consecuente con las comunidades permanentes<sup>147</sup>. No obstante, la expresa referencia al artículo 392 CC como manifestación de la primacía del título constitutivo hace extensible su doctrina a los supuestos constituidos al amparo del Derecho común.

Pero, al margen de estas puntualizaciones, no carentes de importancia, contiene el fallo un conjunto de declaraciones, a nuestro entender, de profundo valor. Tiene el mérito de reconocer con carácter general las peculiaridades de esta forma de comunidad, «*atípica*» (Cdo. 7.º), «*voluntaria, pactada por la voluntad de quien o quienes la crean*» (Cdo. 8.º), «*funcional, organizada y permanente, y en la que se conviene la exclusión de la acción de división*» (Cdo. 1.º). Como hemos planteado anteriormente, podrá existir o

<sup>144</sup> Cfr. PAU PEDRÓN, *op. cit.*, nota 25, p. 937; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, pp. 479 y 480; CRESPO ALLUÉ, *op. cit.*, p. 137.

<sup>145</sup> Ésta suele ser, precisamente, la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo. Cfr. la *STS de 20 noviembre 1985* (RA 5619), en la que se acordó esta solución, en analogía con lo previsto en el párrafo 2.º del artículo 401 CC. Y la *STS de 24 diciembre 1990* (RA 10365), en la que se resolvió acudiendo a lo dispuesto en el artículo 396 CC y aplicando analógicamente el régimen previsto en la LPH. También es la solución que apunta como preferible CABELLO DE LOS COBOS, *op. cit.*, p. 1188.

<sup>146</sup> Salvo en esta afirmación, las autoridades de esta Entidad no entraron a analizar dicha posibilidad, pues la nota del Registrador se había limitado, a su vez, al examen de la conformidad de la comunidad constituida con la normativa vigente (Cdo. 4.º).

<sup>147</sup> Cfr. MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 116; HERRERO GARCÍA, *La multipropiedad*. Madrid, 1989, p. 102.



no acuerdo respecto de las notas de la convencionalidad y la atipicidad, pero, en cualquier caso, supone un paso en favor del reconocimiento de la figura. Importante es, asimismo, la consideración del dato sociológico, al apreciar que «*la comunidad especial de garaje pactada responde a un fin lícito por estar ínsita en la realidad social de nuestra época*» (Cdo. 9.º).

Y, sobre todo, haber reparado en que estas situaciones entrañan la «*existencia de una situación objetiva permanente*» (Cdo. 7.º), que determina «*un destino común que constituye la finalidad del logro a que tienden*» (Cdo. 8.º). Situación objetiva que le confiere un «*carácter eminentemente duradero*» y destino común que, en tanto subsista, implica que no quepa «*el ejercicio de la acción de división sin el acuerdo unánime de los copartícipes, pues ello supondría la destrucción de la comunidad realmente querida*». Se puede deducir de ello que la división queda excluida no tanto por la previsión de los constituyentes al respecto, como por estar la indivisibilidad ínsita en la naturaleza misma de la comunidad.

Con posterioridad la doctrina sentada en esta resolución quiso ser llevada al campo de otros supuestos prácticos, como es el caso de la multipropiedad inmobiliaria, pero las reticencias han sido muy fuertes, sobre todo desde quienes interpretan que la acción de división, por ausencia de los elementos que la informan, no se da en aquellas comunidades económicamente provechosas. En cualquier caso, el interés y la utilidad de su contenido es incuestionable, en la medida en que significa una ruptura, al menos inicial, con un modo de pensar contrario a la aceptación de comunidades *pro indiviso* estables, que se había instalado desde antiguo en la doctrina científica y jurisprudencial española<sup>148</sup>.

Algo después, la DGRN volvió a pronunciarse sobre un supuesto que podía ser constitutivo de una comunidad funcional. La *Resolución de 27 mayo 1983*<sup>149</sup>, tan próxima en el tiempo a la que acabamos de ver, abordó una comunidad surgida de la agrupación de diferentes fincas registrales. El problema central se basaba

<sup>148</sup> Cfr. ARNAIZ EGUREN, *op. cit.*, pp. 147 y 148.

<sup>149</sup> (RA 6972). En este caso, la propietaria única de cinco locales, subterráneos y colindantes, que formaban parte de tres edificaciones en régimen horizontal, procede a su agrupación y a la constitución de una comunidad sobre la finca agrupada. En la escritura de agrupación se hace constar, entre otras cosas, que las cinco fincas independientes forman un solo y único garaje, una «*unidad económica de explotación*»; que la nueva comunidad constituida excluye la acción de división y el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, y sólo se extinguirá por acuerdo unánime de los comuneros. Como en la Resolución anterior, ésta se constituyó en el marco del Derecho Civil Foral de Navarra, contemplándose las normas del Código civil como supletorias de aquel cuerpo legal. El Registrador denegó la inscripción, y el Notario autorizante recurrió la nota de calificación. La Audiencia Territorial, confirmó la nota denegatoria.

en la viabilidad tabular de la agregación operada, lo que entendió admisible bajo determinadas circunstancias.

Junto a ello, aceptó igualmente la posibilidad de constituir una comunidad permanente, caracterizada por la exclusión de la acción de división y por establecer sus causas de extinción. Y que el Registrador había rechazado alegando que el régimen jurídico a que se sujeta dicha comunidad pro indiviso no puede excluir en términos absolutos la acción de división de comunidad ejercida por cualquiera de los comuneros, sujetando la disolución de la comunidad al acuerdo unánime de los copropietarios. Pues tales pactos, a su entender, contravenían normas de carácter imperativo, que sancionan los artículos 374 de la Compilación y 400 CC como supletorio. La Dirección General, con apoyo en la doctrina que había promovido la resolución de 18 de mayo del mismo año, encontró fundamento suficiente para su existencia en la voluntad de los sujetos integrantes y en la necesidad funcional impuesta por un destino común. En este sentido, el Organismo se hizo eco del parecer del Notario, para quien «la misma Compilación da cabida a comunidades atípicas, y los garajes en comunidad son una modalidad de las denominadas comunidades funcionales, voluntarias, organizadas y permanentes... Que resultado de esa permanencia y organización (comunidad social) es la exclusión de los derechos de adquisición preferente y de la acción de división, interpretando que el artículo 401, 1.º, CC también excluye la división material, económica y jurídica».

En el fondo de su parecer latía, como ocurrió en el caso anterior, la indeclinable exigencia de dar una respuesta satisfactoria a fenómenos sociales, de más o menos reciente aparición, para los que ni el Código civil ni la misma Ley de Propiedad Horizontal contenían previsiones explícitas<sup>150</sup>.

También en esta materia, la *Resolución de 20 febrero 1989*<sup>151</sup> se dio validez y acceso al Registro de la Propiedad de Barcelona, a un acuerdo por el cual los distintos copropietarios de un local lo dedican de modo permanente a garaje y excluyen, en el régimen de

---

<sup>150</sup> Así lo indicó la Dirección General, al afirmar la insuficiencia de la LPH ante situaciones sociales inexistentes en el momento de su publicación, como lo era la posibilidad de agrupaciones de locales o pisos pertenecientes a diferentes edificaciones (Fto. 3.º).

<sup>151</sup> (RA 1694). En el supuesto, el tema de la comunidad funcional era colateral y secundario respecto a la cuestión principal. Ésta radicaba en la determinación de si el destino de garaje acordado por todos los titulares dominicales de un local comercial suponía una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal y, por ello, era necesario el concurso de los restante propietarios del edificio configurado bajo tal régimen; lo cual fue negado por la DGRN. Incidentalmente se discutía si el convenio en el que se contenían las previsiones de determinación del uso e indivisibilidad eran o no eficaces registralmente.

la copropiedad de la que forman parte, el ejercicio individual de la acción de división mientras dure tal destino. En el presente fallo, la solución acogida se fundamenta en la ausencia de una prohibición legal y en que no se traspasaban los límites legales fijados tanto en la LPH como en el CC.

## B) La llamada multipropiedad

a) La importancia de la multipropiedad como fenómeno económico es algo que en la actualidad está fuera de toda duda <sup>152</sup>. Como también lo está la trascendencia de su configuración jurídica, hasta hace poco tiempo huérfana de una regulación normativa específica; que ha venido a colmarse mediante la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Tal vez el uso del término «multipropiedad» no resulte excesivamente apropiado, a la vista de la prohibición expresa contenida en dicha norma, en cuya virtud «*el derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad*» (art. 1, ap. 4, Ley 42/1998) <sup>153</sup>.

<sup>152</sup> Sobre la importancia socio-económica de la institución, puede verse DE LEÓN ARCE, «De la multipropiedad al «time share»: proposiciones comunitarias y proyectos de derecho interno español», *RJN*, 5, 1993, pp. 139 ss.; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «La multipropiedad en la práctica notarial», *AC*, 21, 1995, pp. 399 ss.; MUNAR BERNAT, «El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad», *RCDI*, 647, 1998, p. 1209 ss.

<sup>153</sup> La fórmula parece provenir de la legislación francesa en la materia. En este país, gracias al peculiar equilibrio normativo en tema de sociedades inmobiliarias, el modelo societario representa desde hace bastante tiempo el tipo organizativo más difundido en el campo de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Así, la Ley 18/1986, de 6 de enero, que regula específicamente las sociedades de atribución de inmuebles en disfrute a tiempo compartido (una especie del amplio género de las denominadas *sociétés de attribution* ya reguladas por la Ley 579/1971, sobre el acceso a la propiedad inmueble a través de este tipo societario), después de señalar en su artículo 1, párrafo 1.º, que las mismas consisten en la constitución de una sociedad «de cara a la atribución, en su totalidad o por fracciones, de inmuebles para uso principal como vivienda en disfrute por períodos, a los asociados, a quienes no se les asigna ningún derecho de propiedad ni otro derecho real en contrapartida por sus aportaciones», prevé en su artículo 33 la prohibición de denominar los derechos a tiempo parcial así constituidos con términos que contengan referencias lingüísticas a la propiedad. *Vid.* BENOIT *et* FILÉE, «Le contract de service club. Le time sharing», en *Transport et tourisme*, II, Louvaine-la-Neuve, 1992, pp. 105 ss.

De acuerdo con este sistema, en el derecho del socio respecto al inmueble está excluido todo carácter de derecho real; por lo que no puede ser configurado sino como mera consecuencia de la participación social y como efecto directo del contrato social; cfr. BOUCHET, «Le statut des sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé», *AJPI*, 1986, pp. 471 ss. Lo que llama la atención (y queda por dilucidar), es que en el sistema que se ha pretendido establecer en España mediante la Ley 42/1998, en el que el derecho del multipropietario se configura en principio como un derecho real (limitado, pero real), se haya incorporado esta limitación, propia de relaciones crediticias pertenecientes al derecho de las obligaciones.

Sin embargo, la realidad del mercado demuestra que, hasta la aparición de la Ley, la práctica del denominado *time-sharing* venía encauzándose de una manera muy notoria a través del modelo de la copropiedad (o multipropiedad, según la denominación usual), especialmente en los casos de los llamados complejos de apartamentos de uso turístico o vacacional; mientras que la ordenación societaria o de carácter accionarial, de bastante presencia también, se solía reservar mayoritariamente para la denominada «multipropiedad hotelera», en la que los servicios añadidos al disfrute de la unidad habitativa tenían un mayor contenido <sup>154</sup>.

En este contexto, la mayor preocupación de los poderes públicos no estaba tanto en la configuración jurídica del sistema multipropietario, como en la protección de los intereses de los adquirentes de una cuota o participación que llevara aparejado el derecho al correspondiente disfrute durante un período determinado de cada año. Esto motivó la publicación de la *Directiva 94/47/CE*, de 6 de octubre, del Parlamento y del Consejo, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmueble en régimen de tiempo compartido, de la que es tributaria la Ley 42/1998. La Directiva comunitaria dejaba en libertad a los Estados miembros para la elección del régimen jurídico regulador del fenómeno, obligándoles tan sólo a adoptar una serie de cautelas relativas, en esencia, a la información sobre los elementos constitutivos del contrato y a los procedimientos de resolución del mismo.

La Ley española aprovechó la oportunidad que entrañaba la necesidad de incorporar el contenido de la norma comunitaria a nuestro ordenamiento interno para proceder a la regulación del fenómeno multipropietario. Y lo ha hecho, a nuestro parecer, apartándose de lo que era habitual en el mercado (copropiedad o sociedad), para establecer un nuevo derecho real limitado de aprovechamiento por turno. Quizá, lo que más sorprende es que el propio legislador reconoce que la ausencia de un régimen legal era más aparente que real y, a pesar de ello, opta por obviar la configuración

---

<sup>154</sup> Sobre las ventajas de la fórmula inmobiliaria frente a la societaria o accionarial, puede verse CONFORTINI, «In margine a due sentenze in tema di multiproprietà», *DG*, 45, 1989, p. 450; DITTA, «La Direttiva 94/47/CE sulla multiproprietà», *VN*, 1, 1995, pp. 1031 ss. Se destacan factores de diversa índole, que van desde las razones del descrédito ligado a experiencias poco felices de multipropiedades accionariales (quiebra de las sociedades), a la perplejidad relativa al régimen fiscal al cual sujetar las operaciones de venta de los derechos de disfrute, hasta las dudas en orden a la validez misma de la sociedad constituida con el solo fin de la atribución en aprovechamiento a los socios de los bienes pertenecientes a la sociedad.

jurídica menos discutida para imponer otra distinta, y de escasa presencia en el tráfico jurídico-económico <sup>155</sup>.

b) Sea como fuere la Ley 42/1998 pretende, mediante la nueva figura del derecho real de aprovechamiento por turno, encauzar cualquier tipo de derecho que confiera el disfrute de un inmueble por lapsos de tiempo determinados. Es decir, se trata del nuevo cauce que se ofrece para amparar todas las hipótesis de lo que hasta ahora se venía conociendo como multipropiedad o tiempo compartido, por lo que habrá que ir desterrando el uso de un término que sobre todo la práctica había acabado por imponer <sup>156</sup>.

Ahora bien, la propia Ley establece un período transitorio, de dos años de duración, para la adaptación de las situaciones preexistentes a este nuevo diseño jurídico <sup>157</sup>. Por lo que, entendemos, aun hoy es posible hablar de una multipropiedad organizada mediante la constitución de una comunidad sin acción de división, de acuerdo con la interpretación que hemos expuesto. Es decir, una copropiedad que en razón de su tipicidad social y del provecho que genera no puede ser concebida como una simple copropiedad a la que le es aplicable el principio de absoluta divisibilidad del artículo 400 CC; sino que, por el contrario, se trata de una comunidad estable que, en función de su destino, ha surgido sin acción de división tal como quiere el artículo 401, 1.º, CC <sup>158</sup>. Esta concepción técnica de la figura del llamado tiempo compartido no ha originado en la práctica mayores problemas y cuando los litigios se han presentado han sido más en la fase de adquisición del

---

<sup>155</sup> La exposición de motivos de la Ley 42/1998 afirma que «muy poco después de la introducción de la figura, se convirtió en un lugar común la idea de que la legislación existente era insuficiente para dotar a la misma de un marco legislativo adecuado. Esta idea resultaba cuando menos apresurada. El problema no era tanto de configuración jurídica como de garantizar el efectivo disfrute de cada derecho... Al final, la propia Unión Europea llegó al convencimiento de que el problema no estaba tanto en una teórica insuficiencia legislativa como en el hecho de tratarse de un sector donde el consumidor está especialmente desprotegido...».

<sup>156</sup> MUNAR BERNAT, *op. cit.*, nota 153, p. 129.

<sup>157</sup> D. T. 2.ª, ap. 1: «Los regímenes preexistentes de derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles, construidos o en construcción, durante un período determinado o determinable del año, cuya constitución conste de cualquier forma admitida en derecho deberán adaptarse, en el plazo de dos años, a las disposiciones de la presente Ley.»

<sup>158</sup> Postura que, a nivel doctrinal, es la de mayor predicamento en Italia, cfr., entre otros muchos, ALPA, «Aspetti e problemi attuale della multiproprietà», *GC*, 2, 1983, p. 96; CASELLI, *op. cit.*, pp. 65 ss.; DANUSO, *op. cit.*, pp. 514 y 515; DE CUPIS, *op. cit.*, pp. 194 y 195; GRANELLI, «La “multiproprietà” o le “multiproprietà”?», *Q*, 1986, p. 491; MORELLO, *op. cit.*, p. 204; PETRONE, *op. cit.*, pp. 21 ss.; QUADRI, *op. cit.*, pp. 226 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, pp. 24 y 25. Y en España ha encontrado también una favorable acogida por parte de ciertos autores; *vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, nota 8, pp. 465 y 466; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 94; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 5, pp. 46 y 47; NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, pp. 199 y 200.

derecho, esto es en el ámbito contractual, que en lo relativo al contenido material del mismo <sup>159</sup>.

c) Las razones de tan escasa litigiosidad podrían motivar por sí solas la elaboración de un nuevo estudio, pero hasta tanto no se produzca sí pueden apuntarse algunas reflexiones al respecto. Puede pensarse que la fórmula está tan bien ensamblada que no da lugar a conflictos y controversias, lo que a su vez genera una producción jurisprudencial más bien exigua <sup>160</sup>. O quizá porque, allí donde el legislador se abstiene de intervenir con una disciplina especial, el grado de litigiosidad aparece extraordinariamente reducido gracias a la «fuerza jurídica» que imprime el poder autorregulador de los particulares. Tendencia que se manifestaría en la relación de inversa proporcionalidad existente entre la relevancia económica de las controversias y el recurso al instrumento jurisdiccional. O bien en la práctica siempre más difundida, y largamente generalizada en el sector de la multipropiedad, de remitir al sistema del arbitraje no sólo las controversias de entidad económica más relevante, sino también las financieramente insignificantes pero que al mismo tiempo complican la imagen de la sociedad promotora de la iniciativa. En esta línea se apunta como factor que hace más esporádico y ocasional el encuentro entre la multipropiedad y los jueces, la práctica consistente en el frecuente recurso a una composición transaccional de las controversias: una vía que las sociedades promotoras y comercializadoras utilizan de buen grado para evitar las desfavorables consecuencias de una publicidad negativa, y que los particulares adquirentes aceptan ante la alternativa judicial que, como consecuencia de la derogación convencional del fuero competente, estaría destinada a desenvolverse, en la inmensa mayoría de los casos, ante tribunales situados en localidades distantes centenares o miles de kilómetros de su propia residencia <sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> Hasta donde hemos podido ver, la existencia de resoluciones del Tribunal Supremo en la materia es casi nula. Puede mencionarse la *STS de 12 febrero 1998* (RA 980), en la que de manera incidental se afirma la posibilidad de una configuración real. En el ámbito de las Audiencias Provinciales el tema sí ha sido tratado con frecuencia en los últimos años, aunque en su inmensa mayoría los pronunciamientos versan sobre cuestiones relativas a la conclusión o resolución del contrato de adquisición de un derecho de esta naturaleza; es decir, lo que en general se dirimía era la protección a dispensar al consumidor. En lo demás, suelen aceptar casi sin reparos la posibilidad de una ordenación personal o real del fenómeno. *Vid.*, entre otras muchas, *SAP Las Palmas (1.ª) de 20 julio 1998* (B.C.D. 569); *SAP Baleares (3.ª) de 9 octubre 1997* (B.C.D. 1276); *SAP Málaga (4.ª) de 20 noviembre 1996* (B.C.D. 2162).

<sup>160</sup> QUADRI, *op. cit.*, p. 226; GRANELLI, *op. cit.*, pp. 490 ss.

<sup>161</sup> CONFORTINI, *op. cit.*, nota 154, pp. 435 y 436. Hemos de apuntar que sobre esta situación ha incidido directamente la nueva Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 abril 1998, que incorpora la *Directiva 93/13/CEE*, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y que entre otras

d) Con carácter singular, la multipropiedad como figura de manifiesta tipicidad social ha encontrado eco en la labor de la DGRN. Y, de entre los muchos aspectos que presenta, el que a nosotros ahora nos interesa (su consideración como comunidad funcional) ha sido tratado especialmente en la *Resolución de 4 marzo 1993*<sup>162</sup>; fallo de notable calado jurídico, que ha provocado numerosos comentarios doctrinales<sup>163</sup>. Los hechos más importantes, a nuestros efectos, consistieron en que, mediante escritura pública, se había transmitido una participación indivisa de una finca urbana ubicada en un edificio en régimen de propiedad horizontal. El negocio jurídico contenido en el documento se configuró como venta de cuota indivisa en régimen de multipropiedad o propiedad por turnos. Entre sus cláusulas se pactaban la eliminación de los derechos de tanteo y retracto así como del ejercicio de la acción de división, y se reservaba al comprador el aprovechamiento exclusivo de la semana veinticuatro del calendario.

El Registrador denegó la inscripción, en lo esencial, por no resultar de la escritura presentada la constitución del régimen de multipropiedad. Pero además estimó concurrentes, entre otros, los siguientes defectos: a) contradicción entre la cláusulas en que se recogía la exclusión del tanteo y retracto y de la acción de división y la atribución del goce exclusivo de una porción de tiempo; b) inadmisibilidad de la exclusión de los derechos de tanteo y retracto y del ejercicio de la acción de división. El Notario recurrió la nota, aduciendo la *vocación al derecho real* de la figura de la multipropiedad, que se manifestaba, entre otras razones, por las eliminaciones pactadas<sup>164</sup>. Del mismo modo, entendía que «la supresión de la *actio communi dividundo* no era contraria a derecho, puesto que la multipropiedad está configurada como una comuni-

---

medidas reforma la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 julio 1984, cuyo nuevo artículo 10, apartado 4, intenta impedir el uso abusivo de la cláusula arbitral frente a los consumidores; además, prevé en su nueva DA 1.ª un elenco de cláusulas que se estiman abusivas y, entre las que se señala «26.ª La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico».

<sup>162</sup> RA 2471.

<sup>163</sup> Pueden verse, para ello, los efectuados por CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pp. 2086 a 2100; GARCÍA MAX, *op. cit.*, nota 137, pp. 1665 a 1684; MUNAR BERNAT, «Comentario a la Resolución de la DGRN de 4 marzo 1993», *CCJC*, 32, 1993, pp. 495 a 512; MUÑOZ DE DIOS, *op. cit.*, pp. 939 a 943.

<sup>164</sup> Afirmaba el Notario que «la naturaleza jurídica de la multipropiedad como una comunidad funcional atípica, es lógico que conforme un estado jurídico distinto de las normas que nuestro ordenamiento civil dedica al contenido ordinario. Son las partes quienes, de conformidad con el principio de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad, configuran un conjunto de pactos que crean el Estatuto jurídico con vocación de acceso al Registro de la Propiedad. La propia configuración intrínseca del negocio jurídico de la multipropiedad supone un límite importantísimo a su propia regulación por las

dad funcional y atípica; y, por consiguiente, cuando la comunidad no impide la circulación de bienes, sino al contrario, la potencia, no tiene sentido impedir la indivisión permanente, y al multipropietario que no quiere permanecer en la indivisión le basta con transmitir su participación a otra persona interesada en la comunidad. Por otro lado, existe un sólido apoyo a la exclusión de dicha acción en el artículo 401, 1.º, CC». El Tribunal Superior de Justicia aceptó el parecer del Registrador, para lo que se fundó en los mismos argumentos alegados por éste en su informe.

La Dirección General confirmó el auto, pero revocó la decisión del Registrador en cuanto a los defectos que creía existentes por consecuencia de la exclusión del tanteo y retracto y de la acción de división. En este caso, a pesar de no autorizarse la inscripción del concreto acto transmisivo, se contiene un conjunto de declaraciones que supusieron una aceptación total de la institución multipropietaria como copropiedad *pro indiviso* u ordinaria, caracterizada por su estabilidad y por la inexistencia de acción divisoria. Cuya constitución la entendió admisible a partir de la autonomía de la voluntad reconocida en el artículo 392, 2.º, CC: «no se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2-2.º LH y 7.º RH) y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad (cfr. art. 392-II CC). Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico político y la trascendencia erga omnes de los derechos reales (Fto. 3.º)».

Y a partir de aquí se admite la validez de los pactos de exclusión de la acción divisoria como manifestaciones de algo que por definición forma parte ya de la misma comunidad: «Pero es más, respecto de ninguna de las exclusiones pactadas (del derecho de retracto y de la acción de división) hay inconveniente para que puedan acceder al Registro si la multipropiedad apareciera bien constituida —lo que no sucede en el caso— pues tales exclusiones serían sólo la confirmación de unos efectos que son por sí connaturales a dicha figura (Fto. 6.º).»

Podría parecer entonces una redundancia censurable pactar de forma explícita algo que constituye un elemento esencial del

---

partes; debe admitirse todo aquello que sin ser contrario a la norma imperativa, conduzca al fin social e individual que la multipropiedad, como todo derecho real, debe cumplir en el orden social; de ahí que el multipropietario haga dejación de algunas facultades que integran el concepto de la propiedad absoluta, y que sin afectar a su esencia facilita esta nueva forma jurídica».



negocio. Sin embargo, frecuentemente nos encontramos, desde la perspectiva de una jurisprudencia cautelar, con la recomendación de incluir, en los acuerdos constitutivos de la multipropiedad, cláusulas de este giro, dado el peligro que entraña la exacerbada interpretación jurisprudencial del carácter imperativo del artículo 400 CC <sup>165</sup>.

Ahora bien, la *Resolución* consideró que en la multipropiedad existe, aunque no lo diga abiertamente, lo que se ha denominado *vinculación institucional* entre el período y la cuota <sup>166</sup>, y que determina que el derecho sobre cada unidad inmobiliaria, junto con el de participación en los elementos comunes, constituya una sola unidad jurídica. No hay así comunidad sobre el mismo dominio, sino sólo sobre aquellos elementos de propiedad conjunta que, por ser accesorios del principal, seguirán en su desenvolvimiento jurídico las vicisitudes de éste <sup>167</sup>:

Todo lo anterior supuso, en esencia, una silenciosa adhesión a la tesis que propugnaba la indivisibilidad por inaplicabilidad del artículo 400 CC, en la medida en que este precepto no encuentra razón de ser mientras este tipo de comunidades cumplan las funciones socio-económicas que le son propias. Pero no para todo tiempo y circunstancias: de manera que, desaparecida esa coyuntura favorable y la situación de comunidad pase a revelar la inutilidad de su mantenimiento, la acción para dividirla vuelve a ser procedente <sup>168</sup>.

Admitido esto, ¿cómo justificar entonces la indivisibilidad de los elementos comunes, sobre los que se proyecta igualmente un derecho de participación de los distintos multipropietarios? Una posibilidad sería recurrir al juego analógico, y hacerles extensible la disposición del artículo 4.º LPH <sup>169</sup>. Sin embargo, la generalidad

<sup>165</sup> Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 5, pp. 49 y 50; HERRERO GARCÍA, *op. cit.*, p. 101; MUNAR BERNAT, *op. cit.*, nota 3, p. 113. En Italia, *vid.* MINUSSI, *op. cit.*, p. 224.

<sup>166</sup> De esta vinculación ya había hablado con antelación BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *op. cit.*, pp. 239 ss., para reconocer la existencia de comunidades en las que se producía una asociación entre el turno y la cuota, pero sólo con carácter instrumental, de manera que el uso de la cosa común, dentro de los límites del artículo 400 CC, debía hacerse por medio del turno.

<sup>167</sup> «En la llamada multipropiedad, como en la propiedad horizontal, no se da el retracto de comuneros ni la acción de división, porque en esos regímenes de la propiedad lo característico es que el dominio o derecho sobre cada una de las unidades inmobiliarias -los períodos, los pisos y locales- constituye, con su anejo inseparable, el derecho de participación en los elementos comunes, una sola unidad jurídica: el derecho de participación en los elementos comunes no puede tener vida autónoma, sino el mismo destino jurídico que el dominio o derecho con el que inseparablemente se integra» (Fto. 6.º).

<sup>168</sup> «Terminada la multipropiedad renacerá, con toda su fuerza, la acción de división, porque es de interés público facilitar la terminación de la situación socialmente indeseable que implicaría el consiguiente condominio (que tan frecuentemente supondrá la muerte económica del inmueble a él sujeto)» (Fto. 6.º).

<sup>169</sup> Cfr. LEYVA DE LEYVA, «La propiedad cuádrimensional: un estudio sobre la multipropiedad», *RCDI*, 566, 1985, pp. 90 y 91. En Italia, puede verse en MAGLIA, «*Multipro-*

de la doctrina considera inaplicable este precepto y, en ocasiones, cualquier recurso analógico a las normas de la LPH<sup>170</sup>. Más oportuno parece, también en esto, entender que, siendo accesorias de otras privativas de los copropietarios a cuyo servicio están destinadas, no procede respecto de ellas la *communi dividundo* por virtud de lo preceptuado en el artículo 401, 1.º, CC, tal como se viene interpretando modernamente. Sin que queden eliminadas del tráfico económico, por cuanto circulan con la parte privativa de la que dependen, como pone de manifiesto la *Resolución* al decir que el derecho de participación sobre los elementos comunes tiene el mismo destino jurídico que el derecho con el que inseparablemente se integra<sup>171</sup>.

### C) Las urbanizaciones privadas

a) Uno de los fenómenos más fácilmente perceptibles en los últimos años ha sido el creciente desarrollo y la proliferación de las llamadas urbanizaciones privadas o urbanizaciones de iniciativa particular. Su importancia, tanto económica como social, es verdaderamente insoslayable<sup>172</sup>. Se trata de realidades existentes a lo largo y ancho del territorio nacional que, en el presente, no pueden ser concebidas como simples manifestaciones de una sociedad de consumo, sino que más bien pretenden superar los defectos de las modernas ciudades altamente masificadas y con niveles de concentración difícilmente soportables. Es lo que se ha dado en llamar una «revisión crítica de la ciudad»<sup>173</sup>.

Supone una realidad motivada por numerosos y distintos factores, pero que pueden concentrarse, como ha indicado algún autor, en una doble dimensión: a) una, de carácter *geográfico-psicológica*, que significa la consecuencia de la necesidad que siente el indi-

---

*prietà immobiliare: l'interpretazione giurisprudenziale con particolare riferimento alla applicabilità (o meno) della disciplina condominiale*», ALC, 1997, pp. 21 ss.

<sup>170</sup> Cfr. DE LA CUESTA SÁENZ, «Introducción de Derecho español» a *La multipropiedad*, de T. Calò y E. Corda, Madrid, 1985, p. XVIII; PAU PEDRÓN, *op. cit.*, nota 31, p. 19; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad*, Madrid, 1988, pp. 43 y 44.

<sup>171</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 5, p. 48.

<sup>172</sup> Sobre el origen y las razones económicas y sociales de la difusión de este fenómeno, *vid.* MARTÍN MATEO, «Régimen jurídico de las urbanizaciones privadas», *RAP*, 45, 1964, pp. 35 ss., en especial, pp. 45 a 54; ÁVILA ÁLVAREZ, «El régimen jurídico privado de las urbanizaciones. Aspectos notariales», *RDU*, 58, 1978, pp. 41 ss., en especial, pp. 46 a 49; RAGEL SÁNCHEZ, *Las urbanizaciones de uso privado*, Madrid, 1990, pp. 13 ss.; LASO MARTÍNEZ, «De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios», *RCDI*, 619, 1993, pp. 1825 ss.

<sup>173</sup> Así, MARTÍN BLANCO, «Las urbanizaciones privadas y su posible configuración jurídica», *AAMN*, XX, 1976, pp. 141 ss.; AMORÓS GUARDIOLA, «Aspectos registrales de las urbanizaciones», *RDU*, 62, 1979, pp. 13 ss.

viduo de «huir» de la ciudad hacia lugares distantes y distintos de esa «cárcel» que constituye hoy día la gran urbe; b) otra, de naturaleza *objetivo-jurídica*, representada por la costumbre de acotar mayores o menores extensiones de terreno que van a constituir el complejo o conjunto residencial al que se denomina urbanización, y que posteriormente se van enajenando para construir edificios destinados al descanso de sus propietarios, dotando al conjunto de unos elementos y servicios comunes cuyo régimen jurídico conviene regular de la forma más perfecta y adecuada<sup>174</sup>. Así, esta situación ha cobrado tal relieve que se descubre en ella un triple fenómeno. El *jurídico*, en la medida que la legislación que incide en la materia es, paradójicamente, múltiple en ciertos aspectos e insuficiente, e incluso inexistente, en otros. El *económico*, por cuanto se integra en el sector de la edificación, en la actualidad un potente motor de la economía de muchos países, y en el mercado inmobiliario, canalizadores pujantes de la inversión y del ahorro. Y, por último, el *social*, ya que la satisfacción de la necesidad de vivienda se ha terminado por presentar como conquista básica de un Estado social<sup>175</sup>.

Nos estamos refiriendo en esencia a manifestaciones de la actividad de los particulares, en las que éstos ejecutan la urbanización y edificación de los terrenos, asumiendo los costes y gastos de dicha actuación, y que pueden ir desde la elaboración del correspondiente instrumento de planeamiento hasta la ulterior fase de transmisión y comercialización de su resultado<sup>176</sup>. Resultado final que, en todo caso, vendría a ser «un sector enclavado en suelo urbano, con organización propia de carácter arquitectónico y jurídico, compuesto por ciertos inmuebles adquiridos por una pluralidad de personas, que tienen la finalidad de utilizar establemente una zona exterior y subordinada, perteneciente también a la urbanización, en concurrencia con los demás propietarios y con exclusión de aquellos que no tienen esa cualidad»<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, «¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?», *ADC*, 1, 1978, p. 8.

<sup>175</sup> Un apunte de estas ideas se encuentran en SAPENA TOMÁS, «Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas», *RDN*, 57-58, 1967, pp. 66 ss.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *Las urbanizaciones privadas*, Madrid, 1987, pp. 39 ss.; FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

<sup>176</sup> No se trata, como ha puesto de manifiesto NASARRE ALASTRUEY, *Las urbanizaciones particulares*, Madrid, 1972, pp. 30 ss., de que los particulares actúen como meros agentes colaboradores de la Administración Pública, sino que asumen la redacción y ejecución de los planes y la Administración se limita a desarrollar una actividad fiscalizadora, de vigilancia y control del desarrollo de aquéllos. En este sentido, *vid.* LLISSET BORRELL, *La actividad urbanística de los particulares*, Madrid, 1975, pp. 131 ss.

<sup>177</sup> RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 88.

Se trata de una realidad material que en el terreno práctico da lugar a múltiples denominaciones: urbanizaciones, urbanizaciones particulares, urbanizaciones de iniciativa particular, urbanizaciones privadas, urbanizaciones de uso privado, complejos o conjuntos urbanísticos, complejos o conjuntos inmobiliarios, etc. Sin que exista unidad de criterio en torno a la expresión más adecuada; probablemente porque cada una contempla un aspecto o un elemento que aparece como delimitador en cada fase de la mencionada actividad <sup>178</sup>. En suma, hablamos de un terreno dividido en parcelas sobre las que se construyen viviendas unifamiliares individuales y, en ocasiones, se combina la existencia de éstas con edificios de no muy amplias dimensiones, destinados a viviendas y/o locales; y juntamente con ello existen otras zonas o dotaciones (zonas verdes, de recreo, instalaciones deportivas, etc.) destinadas al mejor uso y disfrute de las primeras, y que pertenecen en conjunto a los propietarios de éstas en indivisión forzosa y permanente <sup>179</sup>.

b) En lo que interesa a nuestro trabajo, podría considerarse que tales elementos comunes forman parte del ámbito objetivo del artículo 401, 1.º, CC, de acuerdo con la interpretación que proponemos de este precepto. Para ello ha de tenerse en cuenta las consideraciones siguientes.

En primer lugar, se ha apuntado la existencia de una laguna legal a la hora de regular el aspecto civil o privado de las urbanizaciones. La ausencia de una normativa específica obliga, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, a indagar en las figuras jurídicas afines, con el fin de hacer extensivas a aquéllas las normas que el legislador ha dispuesto para situaciones en alguna medida análogas <sup>180</sup>. Ahora bien, la respuesta que se obtenga no va a ser siempre uniforme, pues dependerá del tipo de relación que se establezca y del elemento real afectado, con soluciones dispares en fun-

<sup>178</sup> Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 153. Para RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 89, desde la perspectiva del Derecho civil no es conveniente el uso de la expresión «urbanizaciones privadas», pues se presta a confusión con las denominadas «urbanizaciones de iniciativa particular», cuyo acento se pone en el proceso urbanizador, de finalidad predominantemente pública. Por tal razón, le parece más oportuno utilizar la fórmula «urbanización de uso privado», que tiene la ventaja de poner el acento en la realidad resultante y en la finalidad predominantemente privada. Sin embargo LASO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 1828 ss., considera preferible el empleo de la terminología «conjuntos inmobiliarios», expresión que ha prevalecido en el Derecho francés y que tendría la virtud de ser una expresión aséptica que cubriría todas las variantes que pueden presentarse.

<sup>179</sup> Cfr. ÁVILA ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 49 y 50; CHICO Y ORTIZ, «Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 484, 1971, pp. 506 y 507; CÁRDENAS HERNÁNDEZ, «Urbanizaciones y parcelaciones en suelo rústico», *RDP*, 59, 1975, pp. 103 y 104.

<sup>180</sup> RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *op. cit.*, pp. 65 ss.; FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

ción de que se hallen en juego intereses relativos a partes privativas de los interesados o cuando lo afectado sean elementos comunes de la urbanización <sup>181</sup>.

En general, tratándose de estos últimos, se ofrecen distintas vías. Una de ellas, mediante la creación de una persona jurídica (sociedad o asociación), integrada por los propietarios y encargada de la gestión, mantenimiento y, en general, conservación de los elementos puestos al servicio de los interesados <sup>182</sup>. Los principales problemas que plantea esta alternativa residen, por un lado, en que tratándose de una asociación constituida a los efectos mencionados, ha de respetarse el derecho de los propietarios a no formar parte de la misma. Es decir la pertenencia a dicho ente en ningún caso puede tener carácter forzoso; pudiendo cualquiera de sus miembros renunciar, en cualquier momento, a su condición de asociado sin por ello perder la de propietario de una de las viviendas o locales del complejo <sup>183</sup>. Renuncia que en ningún caso le relevará de la obligación de contribuir a los gastos y cargas que por tal circunstancia deba soportar para el mantenimiento y conservación de los elementos comunes <sup>184</sup>. Por otro lado, si se trata de una sociedad, los conflictos, al menos a nivel teórico, están en función del carácter *intuitu personae* de la misma, que podrían generar problemas a la hora de la transmisión de la cualidad de socio sin el consentimiento unánime de todos los demás o, incluso, la posibilidad de disolución del ente por voluntad de cualquiera de los socios de acuerdo con el artículo 1700 CC <sup>185</sup>.

Otra posibilidad es la aplicación de las reglas de la Ley de Propiedad Horizontal, bien por estimar que se trata de un supuesto que encaja dentro del marco de dicha Ley, bien porque consiente una

---

<sup>181</sup> Cfr. SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

<sup>182</sup> Es el modelo establecido en Francia con arreglo a la *Ley 557/1965, de 10 de julio*, desarrollada por el *Decreto 768/86, de 9 de junio*. Sobre el sistema y los problemas que genera, cfr. LEVINSHON, «La gestion des ensembles immobiliers», *AJPI*, 1987, pp. 664 ss.; GIVORD E GIVERDON, *La copropriété*, Paris, 1987, pp. 38 ss. Una propuesta en el Derecho español, puede verse en BLANQUER UBEROS, «La unificación de los sujetos en el régimen jurídico privado de las urbanizaciones», *RDU*, 60, 1978, pp. 87 ss.

<sup>183</sup> Así ha sido interpretado el derecho fundamental de asociación del artículo 22.1 CE, en su vertiente negativa, por el Tribunal Constitucional; *vid. SSTC 183/1989, de 3 noviembre* (específicamente en un caso de urbanizaciones privadas) y *113/1994, de 14 abril* (sobre afiliación obligatoria a la Cámara de Propiedad Urbana). También el Tribunal Supremo se ha manifestado al respecto, en el mismo sentido, en la *STS de 5 julio 1996* (RA 5576).

<sup>184</sup> GÓMEZ DE LA ESCALERA, «¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a las macrocomunidades, conjuntos inmobiliarios o urbanizaciones privadas? ¿Es procedente la aplicación del régimen de las asociaciones?», *SEPIN*, 166, 1997, p. 53.

<sup>185</sup> FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 163; TORRES LÓPEZ, «Las supracomunidades o mancomunidades de propietarios en los modernos conjuntos inmobiliarios», *AC*, 4, 1997, p. 1122.

aplicación analógica de sus normas <sup>186</sup>. Ésta es la postura que ha encontrado mayor eco en el plano doctrinal y jurisprudencial, pero a la que también se le señalan inconvenientes derivados principalmente de la distinta realidad objetiva que contempla la LPH, que impediría una aplicación analógica sin más de sus preceptos <sup>187</sup>. Sin embargo, sigue siendo el criterio más difundido y el que suscita una mejor acogida sobre todo en la doctrina científica y, de forma más dudosa, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo <sup>188</sup>.

Una última opción la constituye considerar que son de aplicación las reglas de la comunidad de bienes del Código civil. Así, se sostiene que la idea de la existencia de una laguna legal en la materia es una cuestión más aparente que real. Que el codificador no hubiera tenido presente el fenómeno de las urbanizaciones privadas no justificaría por sí solo la existencia de una laguna en la materia. Antes bien, el legislador –y, especialmente, el del Código– únicamente podía prever y regular supuestos genéricos, y tales normas de carácter y alcance general han de ser aplicadas a todos aquellos casos para los que no exista una especial disposición que sea de directa y preferente aplicación. Siendo así que la regulación de la comunidad, de acuerdo con el artículo 392 CC, debe entenderse aplicable en toda hipótesis de copropiedad en la que el título o la ley no establezca otra cosa <sup>189</sup>.

Con arreglo a esta idea, en las urbanizaciones privadas, a falta de una normativa específica, deben ser de aplicación las normas del título III, libro, II CC. Los principales escollos se centran en la insuficiencia de las normas del Código para regular todas y cada una de las especiales y complejas relaciones que se establecen en este tipo

<sup>186</sup> Así, para FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, p. 11, se trata de un caso de propiedad horizontal atípica; para SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, p. 516, integraría un supuesto de lo que denomina «propiedad horizontal tumbada», y para RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *op. cit.*, pp. 107 ss., entre tales realidades materiales existe tal identidad de *ratio* que justifica sobradamente el recurso a la analogía.

<sup>187</sup> Cfr., entre otros, CÁRDENAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 105 y 106; MARTÍN BLANCO, *op. cit.*, pp. 185 y 186; PAVÓN, «Comunidades complejas en régimen de división horizontal», *RDP*, 486, 1985, pp. 410 ss.

<sup>188</sup> *Vid.*, en el plano doctrinal, GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op. cit.*, pp. 53 a 55; TORRES LÓPEZ, *op. cit.*, p. 1120; LOSCERTALES FUENTES, «Los elementos comunes II», *SEPIN*, 167, 1997, pp. 42 y 43. En el ámbito jurisprudencial suelen señalarse, especialmente, las *SSTS* de 13 noviembre 1985 (RA 5606), de 28 mayo 1986 (RA 2831), y de 18 abril 1988 (RA 3175). Sin embargo, en la mayoría de los casos abordados en estas resoluciones, se trataba de urbanizaciones en las que sus integrantes previamente habían declarado su deseo, a través de los correspondientes estatutos, de someterse supletoriamente a las disposiciones de la LPH. Por tanto, más que afirmar la sumisión al régimen de la Ley, en realidad sancionan la libertad de los particulares para acordar dicho régimen y, en consecuencia, la fuerza vinculante de su declaración de voluntad a través del cauce contractual. Cfr. RAGEL-SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 136.

<sup>189</sup> VINCENTI, *op. cit.*, pp. 89 a 91.

de agrupaciones y, por otra parte, en la pretendida absolutividad de la acción divisoria contemplada en el artículo 400 CC que podría conllevar la disolución de la comunidad constituida sobre los elementos de propiedad común <sup>190</sup>.

Aunque se ha respondido a tales objeciones aduciendo que el Código consiente, conforme al artículo 392, 2.º, CC, la adopción de pactos contractuales que, en forma de estatutos, permiten una mejor y más minuciosa ordenación de las relaciones internas de los condóminos, de cara al uso y disfrute de tales elementos comunes. De esta forma, el precepto favorecería una adaptación a la realidad concreta de la urbanización de mayor alcance y con más agilidad que la que permiten las normas de la LPH <sup>191</sup>. Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de ejercicio de la *actio communi dividundo*, la misma estaría eliminada por el juego del artículo 401, 1.º, CC que, como ya hemos expuesto, excluye la referida acción cuando se trata de comunidades sobre cosas que, como en este caso, tras la disolución dejarían de servir para el uso al que están destinadas <sup>192</sup>.

c) En definitiva, parece oportuno reconocer que, en lo que se refiere al aspecto jurídico-privado de las urbanizaciones privadas, el régimen aplicable, determinante en consecuencia de la naturaleza jurídica de la urbanización de que se trate, vendrá delimitado esencial y fundamentalmente por la voluntad de los particulares. Cuando ésta no se haya manifestado, bien porque no exista título constitutivo, estatutos o reglamentos que fuesen aplicables, o bien porque los mismos sean nulos o, en su caso, insuficientes, entonces sí surgirá el problema de señalar las normas de aplicación al caso. Y, ante tal horizonte, también se ha apuntado que, en lugar de aplicar una solución única para todos los casos, sería preferible aislar el aspecto concreto que sea objeto de análisis y optar por las normas de la LPH o de la comunidad de bienes, en función de las exigencias que impongan las circunstancias del caso concreto <sup>193</sup>.

d) Por su parte, la *Jurisprudencia* no se ha prodigado excesivamente en esta materia, aunque podemos encontrar distintas resoluciones en las que afirma la aplicabilidad de la LPH, normalmente por vía analógica. Así, la *STS de 28 mayo 1986* <sup>194</sup>, indica que «se

<sup>190</sup> Cfr. ÁVILA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 51; AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, p. 19.

<sup>191</sup> Cfr. FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos. Nueva problemática legal, doctrinal y jurisprudencial*, Barcelona, 1990, pp. 876 ss.

<sup>192</sup> Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, nota 8, pp. 284 y 285; RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 133.

<sup>193</sup> FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 172 y 173, considera preferible esta alternativa y viable en virtud del criterio de la equidad sancionado en el artículo 3.º CC.

<sup>194</sup> Un análisis de la misma puede verse en COCA PAYERAS, «Comentario a la STS de 28 mayo 1986», *CCJC*, 11, 1986, pp. 3673 ss.

acepta la situación de copropiedad similar a la conocida como propiedad horizontal, por la existencia de un derecho de propiedad singular sobre cada parcela y un derecho de copropiedad sobre un conjunto de elementos comunes y por la voluntad manifiesta de las partes de aplicar el régimen de la propiedad horizontal» (*Fto. 4.º*). Afirmando, asimismo, que «las limitaciones nacen, por vía contractual, con apoyo legal, en otras situaciones, como la que se contempla, en las que existen una especial comunidad, como la que deriva de las urbanizaciones cuya analogía con la propiedad horizontal es patente por la particular situación de distintos elementos, unos propios y otros comunes y porque, en este caso, la aplicación de las normas de la propiedad horizontal ha sido buscada de propósito» (*Fto. 6.º*). Con ello podemos ver que esta sentencia falla ateniéndose a la jerarquía de fuentes establecida por las partes, quienes quisieron someterse al régimen de la LPH, pero no resuelve el problema del régimen jurídico aplicable a tales situaciones. Como también lo deja sin resolver la *STS de 18 abril 1988*, la cual declaró aplicable las disposiciones del artículo 396 CC y LPH en la medida en que los interesados declararon expresamente querer someter a tal régimen <sup>195</sup>.

Por otra parte, la *STS de 13 marzo 1989* <sup>196</sup> parece decantarse por la aplicación de la ley especial, al precisar que «a fin de no frustrar la finalidad para la que se efectuó una parcelación y urbanización, ha de recurrirse a lo dispuesto en el artículo 396 CC y por ende a la LPH de 1960», sin perjuicio de la imposición que al respecto comportan, en materia de urbanizaciones privadas, los preceptos de la legislación administrativa, «que vienen a regular el comportamiento de las urbanizaciones privadas en su compleja problemática, ya que, de otra suerte, no podrían satisfacerse las necesidades que entraña» (*Fto. 4.º*).

Y en la *STS de 23 septiembre 1991* <sup>197</sup>, se hacen las siguientes consideraciones: «tanto doctrinal, como jurisprudencialmente se admite, en el caso de las urbanizaciones, la posibilidad de coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para su administración: la propia y exclusiva de cada edificio con pluralidad de viviendas y la de la Urbanización, cada una con sus propios cometidos comunitarios, pero hallándose ambas sometidas, en cuanto a su constitución y funcionamiento (a falta de una regulación específica de la segunda), ... al régimen de la LPH... Aun cuando se entendie-

---

<sup>195</sup> Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 168.

<sup>196</sup> (RA 2038).

<sup>197</sup> (RA 6059). Sobre ésta, *vid.* GONZÁLEZ CARRASCO, «Comentario a la STS de 23 septiembre 1991», *CCJC*, 27, 1991, pp. 957 ss.



ra que la Comunidad de la Urbanización no se halla sometida al régimen de la LPH, los miembros de la misma siempre integrarían una comunidad de propietarios regida por las normas del CC relativas a la comunidad de bienes (arts. 392 y ss. CC)» (*Fto. 2.º*). De todo ello resulta la aceptación, a nivel jurisprudencial, de la prevalencia de las normas de la LPH siempre y cuando los interesados no hayan manifestado una voluntad distinta<sup>198</sup>. Línea que parece consolidada y en la que se mueve también la *STS de 30 septiembre 1997*<sup>199</sup>, que abiertamente declara: «la analogía, que contempla el artículo 4.º, 1, CC, exige una semejanza o identidad de razón que no se da en el presente supuesto con la Ley de Propiedad Horizontal que es una ley especial que se aplica a un tipo específico de comunidad; a su normativa se aplica supletoriamente el CC según el artículo 4.º, 3 de este último. Pero no cabe que sus normas se apliquen a otras entidades. Distinto es el caso de aquellas comunidades que son tipos especiales de propiedad horizontal (como la llamada propiedad horizontal acostada, o los conjuntos inmobiliarios) a las que se aplica la Ley de Propiedad Horizontal directamente, no por analogía»<sup>200</sup>.

e) Por su parte, la *Dirección General de los Registros y del Notariado* ha tenido también ocasión de emitir su parecer al respecto de las urbanizaciones privadas. Entre las más interesantes se encuentra la *Resolución DGRN de 2 abril 1980*<sup>201</sup>, en la cual, tras poner de manifiesto la importancia del fenómeno y de las complejas relaciones jurídicas derivadas del mismo, advierte la necesidad de dotarlas, desde el punto de vista jurídico, de un «tratamiento diverso acorde con la finalidad pretendida, y pueden dada la ausencia de normas legales reflejarse a través de una situación de comunidad o bien mediante el establecimiento de limitaciones o servidumbres recíprocas entre las distintas fincas registrales que están comprendidas en la Urbanización» (*Cdo. 6.º*). Pero, junto a ello, también sostuvo «que en tanto no aparezca la normativa legal que regule esta nueva figura jurídica se hace preciso arbitrar los medios pertinentes para que pueda tener reflejo en el Registro dicha figura, y entre ellos cabe estimar aquel que se inspira en la forma de acceso de la propiedad horizontal» (*Cdo. 11.º*).

---

<sup>198</sup> Con posterioridad, las *SSTS de 26 junio 1995* (RA 5115) y de *5 julio 1996* (RA 5576), declaran también aplicable la LPH, fundamentando su decisión, entre otros argumentos, en la doctrina establecida en las sentencias aludidas.

<sup>199</sup> (RA 6669).

<sup>200</sup> Poco después la *STS de 29 julio 1998* (RA 6450), resuelve en un supuesto de urbanizaciones privadas, aplicando nuevamente la LPH en la medida en que los interesados se habían sometido expresamente a sus disposiciones.

<sup>201</sup> (RA 1604).

De un tenor muy parecido es la *Resolución DGRN de 20 julio 1988*<sup>202</sup>, en la que se deniega la inscripción de determinadas segregaciones de terrenos destinados a zonas comunes, por no existir el acuerdo unánime exigido en la LPH para la desafectación; pero al propio tiempo declara la subsistencia de la organización específica de que dicha comunidad se hubiera dotado al amparo del artículo 392, 2.º, CC (*Fto. 3.º*). Asimismo, en las *Resoluciones DGRN de 27 mayo y de 5 septiembre 1988* excluye la aplicación analógica de la LPH por ausencia de conexión entre la finca y los elementos comunes, por lo que había de regir las reglas de la comunidad de bienes.

f) Por consiguiente, no es fácil tampoco, de acuerdo con la doctrina de la *DGRN*, establecer un criterio unívoco en torno a la legislación aplicable en los supuestos de las denominadas urbanizaciones privadas. La falta de homogeneidad doctrinal y la dificultad de establecer un criterio claro a nivel jurisprudencial, derivadas ambas circunstancias de las especiales y complejas relaciones que se dan cita en esta materia, han motivado que numerosos autores hayan proclamado la necesidad de una regulación específica que contemplase todos y cada uno de los aspectos que consideraban insuficientemente cubiertos por la legislación vigente<sup>203</sup>.

Los intentos por llevar a la práctica este deseo han cristalizado en diferentes proyectos, que han ido jalonando las últimas tres décadas y que no han terminado de ver la luz<sup>204</sup>. Por último, el legislador ha optado por incorporar la ordenación de las urbanizaciones privadas a la LPH, aprovechando la reforma que de la misma ha efectuado a través de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. El objetivo de esta nueva Ley es, fundamentalmente, la adaptación de la LPH a las nuevas situaciones y necesidades sociales en el ámbito de la propiedad horizontal, para lo que ocupa sobre todo de la flexibilización del régimen de

---

<sup>202</sup> (RA 6353).

<sup>203</sup> De este parecer son, entre otros, AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, p. 20; ÁVILA ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 45 y 46; LASO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 1849 y 1850; MARTÍN BLANCO, *op. cit.*, p. 189; MARTÍN MATEO, *op. cit.*, pp. 70 y 71; NASARRE ALAUSTREY, *op. cit.*, p. 83; PÉREZ PASCUAL, *op. cit.*, pp. 23 y 24; TORRES LÓPEZ, *op. cit.*, p. 1118.

<sup>204</sup> Así, pueden señalarse dos borradores de anteproyecto de regulación exclusivamente privada, redactados por el Ministerio de Justicia en la década de los sesenta y setenta; otro borrador de urbanizaciones y conjuntos inmobiliarios elaborados en los años 1980 y 1981 por los Ministerios de Justicia y Obras Públicas (*vid.* LASO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1847); y, ya en la década de los noventa, otros dos borradores de anteproyectos de conjuntos inmobiliarios de 1990 y 1991 del Ministerio de Justicia (*vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, «Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991», en *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad*, Barcelona. 1993).

mayorías instaurado por la Ley de 1960, así como con la adopción de una serie de medidas que pretenden agilizar y hacer más efectiva la lucha contra la morosidad.

La Ley 8/1999 extiende la aplicación de las normas de la LPH a lo que denomina «complejos inmobiliarios privados» (art. 2). A esta figura dedica el nuevo capítulo III, integrado por el artículo 24 LPH, en el que se delimita físicamente lo que debe entenderse por tales complejos<sup>205</sup>. También establece el régimen de su constitución, bien a través de una sola comunidad, bien mediante la creación de una agrupación de comunidades, lo cual estará en función del tipo de realidad arquitectónica de que se trate en cada caso. Pero lo que sí parece claro es que, en el seno de esta nueva expresión, la Ley engloba tanto lo que se venían denominando supracomunidades o macrocomunidades como las más sencillas urbanizaciones privadas<sup>206</sup>.

Parece entonces haber prevalecido la tesis de quienes propugnaban la aplicación de las normas de la LPH frente a las reglas del CC. Aun con todo, merecen destacarse dos circunstancias en esta nueva regulación. De un lado, el reconocimiento y valor que se le atribuye a la voluntad privada, por encima incluso de las propias prescripciones de la Ley. Así, el apartado 4 del artículo 24 indica que «a los complejos inmobiliarios privados que no adopten ninguna de las formas jurídicas señaladas en el apartado 2 les serán aplicables, supletoriamente respecto de los pactos que establezcan entre sí los copropietarios, las disposiciones de esta Ley con las

---

<sup>205</sup> «El régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 CC será aplicable a aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos:

a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales.

b) Participar los titulares de estos inmuebles, o de las vivienda o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios» (art. 24, ap. 1, LPH).

<sup>206</sup> Los complejos inmobiliarios privados a que se refiere el apartado anterior podrán:

a) Constituirse en una sola comunidad de propietarios a través de cualquiera de los procedimientos establecidos en el párrafo 2.º del artículo 5. En este caso quedarán sometidos a las disposiciones de esta Ley, que les resultaran íntegramente de aplicación.

b) Constituirse en una agrupación de comunidades de propietarios. A tal efecto, se requerirá que el título constitutivo de la nueva comunidad agrupada sea otorgado por el propietario único del complejo o por los presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar aquélla, previamente autorizadas por acuerdo mayoritario de sus respectivas Juntas de propietarios. El título constitutivo contendrá la descripción del complejo inmobiliario en su conjunto y de los elementos, viales, instalaciones y servicios comunes. Asimismo fijará la cuota de participación de cada una de las comunidades integradas, las cuales responderán conjuntamente de su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la comunidad agrupada. El título y los estatutos de la comunidad agrupada serán inscribibles en el Registro de la Propiedad.

mismas especialidades señaladas en el apartado anterior». Con lo cual se consiente que la primera fuente ordenadora en estos supuestos sea la que emana de la autonomía de la voluntad de los interesados.

De otra parte, se reforma el artículo 396 CC, del que se amplía enormemente el elenco ejemplificativo de elementos comunes contenido en el párrafo primero, para adaptarlo a las nuevas realidades sociales y, especialmente, a las que vienen determinadas por el avance tecnológico. Lo singular es que este párrafo se cierra con una nueva manifestación: «cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles». Pues bien, con arreglo a esta expresión existirá una copropiedad indivisible (y por tanto, estable y permante) sobre aquel o aquellos elementos que, sin figurar en la relación contenida en el precepto, están destinados a satisfacer necesidades comunes de los copropietarios, y cuya existencia sólo se explica mientras tales bienes permanezcan en comunidad, pues fuera de ella no tendrían sentido. Se tratará entonces de una copropiedad funcional, cuyo mantenimiento se justifica en virtud del fin al que están destinados, y por esto mismo carente de acción divisoria para hacer cesar dicho estado.

Las concomitancias entre esta nueva expresión (elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles) y la contenida en el artículo 401, 1.º CC (los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina) son más que evidentes. Y la interpretación de ambas ha de conducir a un mismo resultado: el mantenimiento de la comunidad y la exclusión de la acción de división.

## VII. CONCLUSIÓN

A la luz de los argumentos expuestos puede concluirse que efectivamente es admisible una comunidad funcional, estable y permanente, en el marco de la regulación contenida en los artículos 392 y siguientes CC. Para la cual no es procedente, al menos mientras subsistan las circunstancias que determinaron su nacimiento, la acción de división. Y sin que para ello sea un obstáculo la absolutividad con que se ha querido interpretar el precepto del artículo 400 CC

Ni tampoco lo constituye la ausencia de un régimen jurídico explícito para la misma, pues éste se puede obtener racionalmente de las normas del título III del libro II CC. No puede negarse que

siempre resultará más cómodo contar con una regulación especial en la que se contemplen abiertamente todas y cada una de las peculiaridades que rodean esta figura. Pero en el bien entendido caso de que dicha regulación recoja con exactitud las indeclinables exigencias que, tanto en la práctica diaria como en el análisis científico, postula una institución que, en cierta medida, se aparta de los cánones tradicionalmente fijados como límites al desenvolvimiento de la copropiedad de tipo romano.

