

## El régimen jurídico portugués de la propiedad horizontal

JOSE MARIN DESANTES GUANTER  
Colaborador Científico del I. N. E. J.

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. El Decreto-Ley número 40.333.—2. Antecedentes históricos.—3. Elaboración del texto vigente.—4. Finalidad de estas notas.—II. *El nuevo régimen de la propiedad horizontal y el actual Derecho civil portugués*: 5. El Decreto-Ley y el plan general de fevisión del Código civil vigente.—6. Referencia a la bibliografía.—7. El nuevo Decreto-Ley y el Código civil.—8. Carácter del Decreto-Ley.—III. *Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal según la nueva regulación*: 9. Objeto y contenido. 10. La «fracción autónoma».—11. El edificio.—12. Las cosas comunes.—13. El criterio de accesoriedad.—14. Correlación entre objeto y contenido.—15. El uso de la fracción autónoma.—16. El uso de los elementos comunes.—17. La facultad de disposición.—18. Conclusiones críticas.—IV. *Nacimiento y extinción*: 19. Modos de constitución.—20. Modos de extinción: la destrucción total o parcial.—21. El derecho de preferencia.—V. *Gastos comunes*: 22. Contribución a los gastos.—23. Competencia para decidirlos.—24. Carácter real de los gastos.—VI. *Administración*: 25. Generalidades.—26. La Asamblea. 27. El administrador.—VII. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

#### 1. *El Decreto-Ley número 40.333*

El día 14 del pasado octubre de 1955, usando de la facultad conferida en el artículo 109 de la Constitución, el Gobierno portugués decretó y el Presidente de la República promulgó, para que valiese como Ley, el Decreto-Ley número 40.333, que establece para Portugal el régimen jurídico de la propiedad horizontal.

El Decreto-Ley va precedido de una amplia exposición de motivos que abarca ocho apartados. Comprende 37 artículos, ordenados sin agrupación alguna de categoría superior y divididos, algunos de ellos, en párrafos de desigual extensión.

#### 2. *Antecedentes históricos.*

La legislación portuguesa se une con esta disposición legal al conjunto de ordenamientos que han prestado atención, desde la Ley belga de 1924, a este problema nuevo y complejo de la propiedad horizontal (1).

(1) Vid. por todos BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: *La propiedad de casas por pisos*. Alcoy, 1954, núm. 5, págs. 30 a 33. BAERMANN, Johannes: *Zur Dogmatik des gemeinen Römischen Rechts*, en «Archiv. für die Civilistische Praxis», 155 (1956), pág. 2. En esta última relación no se cita la ley alemana (WEG) de 15

La historia legislativa del nuevo Decreto-Ley es paralela a la de la casi totalidad de las legislaciones latinas. La exposición de motivos cita una disposición del título LXVIII del libro I de las Ordenaciones Filipinas (2), en la que se contempla el supuesto de hecho de que una casa sea de dos propietarios, de modo que cada planta pertenezca a uno de ellos. Pero la disposición citada tiene más que ver con las servidumbres de vistas que con la propiedad horizontal, puesto que es la apertura de ventanas del piso superior lo que se regula. Se trata de un dato más de erudición para unir a los antecedentes legislativos que se buscan a la propiedad horizontal, ya a partir del Derecho babilónico (3).

Los antecedentes realmente interesantes de la propiedad horizontal son los que vertieron su espíritu y, aun su letra, en el artículo 664 del *Code*. Los redactores del mismo no habían previsto la inclusión de este precepto. Pero los Tribunales de apelación de Lyon y de Grenoble observaron la necesidad de regular las «obligaciones respectivas de los propietarios de porciones divididas de una casa» (4). Sobre ellos pesaban gran número de litigios en torno a la materia. Lo mismo ocurría en las ciudades medievales amuralladas de Italia que, como sus contemporáneas francesas, conjugaron la reducción del espacio edificable con la elevación de los edificios, sobre los que se ejercían formas diversas de titularidad, entre ellas la que ha prevalecido como propiedad horizontal (5). Correlativamente fueron las *Coutumes* francesas (6), que tanto influyeron en la redacción del *Code* y, aunque más indirectamente, los *Statuti* de Italia (7), los que se preocuparon, con criterios puramente empíricos y muy variables, de regular el uso y los gastos de conservación de los edificios.

El Código francés que, aunque huyó de establecer normas generales sobre comunidad de bienes, tuvo que incluir, esparcidos bajo rúbricas diferentes, verdaderos casos de cotitularidad sobre un mismo objeto, situó por mera relación de analogía el artículo 664 junto a los preceptos que regulaban, entre las servidumbres, los muros y fosos medianeros. Su localización exacta se hizo en el

---

de marzo de 1951, ya que el trabajo se refiere precisamente a ella. No se recoge todavía el Decreto-Ley portugués.

(2) Promulgadas en 1603 por Felipe II de Portugal y III de Castilla.

(3) Cfr.: BATTLE, *ob. cit.*, núms. 1 a 3, págs. 17 a 24 y bibliografía que cita.

(4) Vid. más extensamente BUTERA, Antonio: *La comproprietà di case per piani*. Turin, 1932, núm. 4, pág. 7 y bibliografía allí citada.

(5) Para la Edad Media francesa, vid. por todos RAMARONY, Charles: *Etude sur la copropriété d'édifice en France*, en «Propiedad y Construcción», 1 (1952), págs. 167 y ss. (Se cita la paginación del texto francés porque la traducción castellana es muy deficiente.) Para la Edad Media italiana, LION, Arturo: *Muri, edifici e fossi comuni*, en «Enciclopedia giuridica italiana», volumen X, Milán, 1901, pág. 693.

(6) Vid. RAMARONY, *ob. cit.*, págs. 161 a 163, 167, 169 y 171.

(7) Vid. GUIDI, Humberto: *Il condominio nel nuovo Codice civile*, Milán, 1942, núm. 3, págs. 11 y 12.

libro II, título IV, capítulo II, sección 1.ª (8). Su redacción transcribió literalmente el artículo 257 de las *Contumes* de Orleáns.

Este precepto es, pues, el verdadero antecedente de la primera regulación que en Portugal tuvo la propiedad horizontal: el artículo 2.335 del Código civil de 1 de julio de 1867, que no experimentó alteración en la reforma parcial que el Código sufrió en 16 de diciembre de 1930.

Dada la sistemática del Código portugués, la ubicación del precepto tuvo que ser distinta a la francesa, ya que los muros y paredes medianeras pasaron a regularse en la parte III, libro único, título VI, capítulo II, sección IV (9), con lo que se evadió de su confusión con las servidumbres y adquirió un sentido distinto al que tenía en su modelo. Sin embargo, entre su contemporáneos, fué el Código portugués el que más fielmente reprodujo la redacción francesa (10).

### 3. *Elaboración del texto vigente.*

La propiedad horizontal no tuvo hasta tiempo muy reciente verdadera importancia como hecho en Portugal. Al portugués gusta, en general, ser propietario o inquilino de una casa constituida por una o dos plantas, «más en consonancia con la pureza de las costumbres y la tranquilidad de nuestra vida doméstica», según explica el preámbulo del Decreto-Ley. Pero durante los últimos años la institución ha adquirido importancia por las mismas razones económicas, sociales, urbanísticas y jurídicas que en los demás países (11).

(8) L. II: «Des biens et des différents modifications de la propriété»; T. IV: «Des servitudes ou services fonciers»; C. II: «Des servitudes établies par la loi»; S. I.: «Du mur et du fossé mitoyens».

(9) P. III: «Do direito de propriedade»; T. VI: «Do direito de transformação»; C. II: «Das restrições impostas à propriedade em defesa da propriedade alheia»; S. IV: «Dos muros e paredes meias».

(10) La redacción fué más explícita en el Código civil italiano de 1865, artículo 562, aun cuando también en él, como en el francés, se incluyera el precepto entre las servidumbres legales. La razón fué la influencia de los *Statuti* en los Códigos anteriores a la unificación italiana, cuya redacción se tuvo en cuenta al par que el artículo 664 del *Code*.

Incluso, aunque en menor medida que el Código italiano, se separó de la redacción literal del art. 664 francés nuestro Proyecto de 1851, en su art. 521. La razón de estas infidelidades la señala GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, Madrid, 1852, pág. 450. Estaba también incluido en la Sección IV, del Capítulo II, del Título V, del Libro II, dedicada a la servidumbre de medianería. El Proyecto de 1882 reproduce, en su art. 398, el 521 de GARCÍA GOYENA, con pequeñas variantes de puntuación y división de párrafos. Sin embargo, ALONSO MARTÍNEZ lo incluyó aquí en el Libro II: «De la división de las cosas y de la propiedad»; Título III: «De la comunión de bienes»; Sección primera: «De la comunidad en general». De ahí la colocación de nuestro art. 396, que retocó, puntualizando, la redacción dada en 1851.

(11) RIBEIRO DOS SANTOS, José: *Propriedade horizontal*, Lisboa, 1954, sobre todo en el Capítulo I, págs. 7 a 16. Incluso actualmente, toda la legislación de fomento de la propiedad de la vivienda se orienta en el sentido de construir, en lo posible, viviendas unifamiliares. Esta legislación anotada en

La insuficiente regulación del artículo 2.335 se puso de manifiesto al elaborar el texto de la Ley 2.030, promulgada en 22 de junio de 1948, que, a pesar de llamarse Ley de inquilinato, incluye en su articulado las principales relaciones jurídicas de que es susceptible la propiedad inmueble urbana. Fruto de esta advertencia (12) fué el artículo 30 de dicha Ley, que concedía al Gobierno un plazo de seis meses para proceder a la revisión del artículo 2.335 del Código civil, estableciendo el régimen jurídico de la propiedad por pisos o propiedad horizontal. La reforma ha llegado bastante más tarde de lo previsto en la Ley de 1948. En la práctica tenían que resultar escaso tiempo los seis meses previstos para la elaboración de un texto legal de la envergadura que presenta el Decreto-Ley de 1955.

En virtud del artículo 30 de la Ley de 1948, el Gobierno pudo haber decretado el régimen de la propiedad horizontal sin más. No obstante, sometió el Proyecto a la Cámara Corporativa, cuya Sección de Intereses de Orden administrativo, Subsección de Justicia, elaboró un extenso dictamen, firmado por seis Procuradores (13), en el que se aceptaba sustancialmente el Proyecto de Decreto con modificaciones tan sólo en la distribución de sus artículos, y proponía que se le diese el rango de Decreto-Ley. El Gobierno aceptó esta última propuesta e introdujo pequeñas variantes en el texto del dictamen. Así quedó definitivamente redactado el Decreto-Ley promulgado en 14 de octubre de 1955.

#### 4. *Finalidad de estas notas.*

Con estas notas no se pretende hacer un estudio exhaustivo del Decreto-Ley número 40.333. Ni siquiera se glosan los aspectos fundamentales de la disposición como se haría con una finalidad interpretativa o exegética.

Más que estudiar la legislación portuguesa tal como resulta de incrustar el nuevo régimen en su ordenamiento civil general, interesa aquí destacar lo que en la evolución de la legislación compa-

CACHULO DA TRINDADE: *Casas económicas*, Coimbra, 1951, 190 págs. Las razones de su orientación en SARAIVA E SOUSA, Alberto: *O problema de Habitação. Suas causas e soluções a adoptar*, Lisboa, 1949, principalmente en páginas 48 y ss. El Decreto-ley se refiere expresamente a las viviendas construidas acogándose a aquella legislación (art. 2.º, núm. 3).

(12) El primer Proyecto de Ley no contenía ninguna alusión a la materia. El entonces Ministro de Justicia, doctor Cavaleiro de Ferreira, lo propuso a la Cámara Corporativa, que ya había dictaminado sobre el Proyecto en general. Esta propuesta dió lugar a un nuevo dictamen, del que fué relator el Procurador doctor Pinto de Mesquita, y que incluía una Base, la XXV-A, para la redacción del artículo 30. La Base fué discutida en la Asamblea Nacional y aprobada por mayoría. Vid. la discusión en RIBEIRO DOS SANTOS, *ob. cit.*, número 12, págs. 22-30, que transcribe el Diario de Sesiones de la Asamblea.

(13) José Gabriel Pinto Coelho, Guilherme Braga da Cruz, Julio César da Silva Gonçalves, Henrique José Quirino da Fonseca, Inacio Peres Fernandes y Manuel Duarte Gomes da Silva, relator.

rada significa el último intento, que es el portugués. Intento que, a pesar de sus buenos auspicios, no es considerado como definitivo por el mismo legislador en cuanto que prevé en su preámbulo que «el Gobierno no dejará, sin embargo, de seguir con el debido interés la evolución de la institución y de adoptar las providencias legislativas que el tiempo mostrase necesarias u oportunas».

Al mismo tiempo es posible decantar los aspectos en que el legislador portugués ha acertado a dar unas soluciones más ceñidas a la Justicia y a la técnica. Soluciones que en su día pueden ser acogidas en una nueva regulación española. Y que aun vigente el texto actual de nuestro artículo 396, puedan servir para la mejor redacción de los reglamentos de comunidad.

Este propósito aconseja, sin embargo, unas consideraciones, previas al examen del articulado, sobre el carácter del Decreto-Ley.

## II. EL NUEVO RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y EL ACTUAL DERECHO CIVIL PORTUGUÉS

### 5. *El Decreto-Ley y el plan general de revisión del Código civil vigente.*

El Decreto-Ley aparece cuando el Código civil portugués está sometido a una revisión general en virtud del Decreto número 33.908, de 4 de septiembre de 1944 (14). Ni en el dictamen de la Cámara Corporativa ni en el preámbulo, existe ninguna alusión a este hecho. Sin embargo, desde el punto de vista español, no sobran unas pequeñas consideraciones a este punto.

El artículo 30 de la Ley de 1948 ordenaba al Gobierno proceder a la «revisión y reglamentación» del artículo 2.335. Precisamente porque el Proyecto del Gobierno tenía mucho más de revisión que el de reglamentación, hasta el punto de que, sin disposición derogatoria expresa, deroga implícitamente las normas del 2.335, es por lo que se le dió categoría de Decreto-Ley a instancia de la Cámara Corporativa. Tal vez el reducido alcance que en relación a lo que ha resultado el texto del Decreto-Ley tenía el artículo 30 de 1948 no ha preocupado al legislador. Sin embargo, surgen dos cuestiones.

---

(14) Sobre el mismo véase el trabajo del Profesor ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA: *A revisão geral do Código civil. Alguns factos e comentários*, aparecido en el volumen XXII del «Boletim da Faculdade de Direito», de Coimbra, del que existe publicación separada, Coimbra, 1946, pág. 63, que es de la que aquí se cita. VAZ SERRA era Ministro de Justicia en 1944 y es actualmente Presidente de la Comisión encargada de redactar el Proyecto del nuevo Código. Debe verse también el artículo publicado en el volumen XXIV del mismo «Boletim» por GREGORIO J. ORTEGA PARDO, *La revisión del Código civil portugués. Aportación para la reforma española*, también en edición separada. Coimbra, 1948, 65 págs. En él se exponen ideas comparativas útiles para el Derecho español. Finalmente, el reciente trabajo del Profesor de la Universidad de Lisboa Dr. INOCENCIO GALVAO TELLES, titulado *Revisão do Código civil português*, en «Anales de la Universidad de Murcia», vol. XIII, núms. 3-4, 1954-55; págs. 827 a 841.

La primera se refiere a si el actual Decreto-Ley se incorporará al nuevo Código, como ocurrió con la Ley italiana de 1934 con respecto al Código de Mussolini, o mantendrá el carácter «extravagante» que actualmente tiene o, lo que podía ser una solución intermedia, servirá de reglamento complementario a una norma general incorporada al Código. Como la nueva redacción, en lo relativo a los Derechos Reales, no está en período avanzado de elaboración como las de otras partes del nuevo Código; no se puede más que conjeturar a base de lo que con carácter general dispuso el Decreto de 1944 y explicó su extenso preámbulo. En este se decía que no deben acogerse en el Código «ideas que aún no estén suficientemente maduras para poder resistir al embate o a las lecciones de la experiencia», y que en el Código no es «aconsejable introducir doctrinas que, pasado poco tiempo, hayan de someterse a revisión» (15). De ahí que entre las directrices fijadas por la Comisión de reforma exista una por la que se reduce a la inserción en el Código de ciertos principios o cláusulas generales en lo que respecta a «ciertas instituciones modernas, aun imperfectamente elaboradas, o cuya reglamentación minuciosa alargaría desproporcionadamente el Código, y que pueden, por su amplitud, constituir disposiciones separadas» (16). Ya hemos visto que esa inestabilidad tiene el Decreto-Ley para el legislador portugués. Sin embargo, hasta que la Codificación se lleve a cabo, la disposición de 1955 puede mostrar si sus bases son lo suficientemente seguras para intentar su incrustación en el primer ordenamiento civil portugués, con todas las ventajas que la Codificación lleva consigo y dejando la posibilidad de legar a la jurisprudencia la tarea de adecuar el Derecho a los intereses de la práctica» (17).

La segunda cuestión es la de si existe correlación entre la labor llevada a cabo por el legislador portugués al redactar el Decreto-Ley y las normas promulgadas o acordadas para la revisión del Código civil. Teniendo en cuenta la diferencia de procedimiento de trabajo exigido por la entidad de la nueva norma en preparación (18), se puede afirmar, en conjunto, que en la redacción de la disposición que nos ocupa, voluntaria o inadvertidamente, se ha seguido el sentido de la reforma del Código. Hay, es cierto, normas que no se han seguido; por ejemplo: no se ha redactado en presente, como está acordado para el Código, sino indistintamente en presente y futuro (19). Pero junto a esta variante hay otras

(15) Vaz SERRA, *ob. cit.*, pág. 8.

(16) *Ibid.*, pág. 19.

(17) *Ibid.*, pág. 19.

(18) Los componentes de la Comisión se encargaron, por partes del Código, de hacer una redacción del ante-proyecto parcial para la Comisión fundir todos ellos y preparar el anteproyecto total. Véase la distribución del trabajo y las modificaciones posteriores al día en el citado artículo de GALVAO TELLES, pág. 835.

(19) Vaz SERRA, *ob. cit.*, pág. 21

coincidencias de mayor entidad; así: el agrupamiento de disposiciones conexas en un mismo artículo y su separación en párrafos (20); la redacción científica—no estrictamente popular—, pero clara sobria y precisa, conservando, dentro de lo posible, la terminología del Código civil vigente (21); la prudencia de la revisión en cuanto fuese posible (22); el evitar paralizar la evolución de las instituciones sometidas, hoy por hoy, a discusión (23).

#### 6. Referencia a la bibliografía.

Todavía existe otra coincidencia. Cuando se ordenó la revisión del Código civil se arguyó en contra la situación de la doctrina portuguesa (24). La objeción no era justa tratándose del Derecho civil en general ni siquiera refiriéndose a algunas materias concretas en que existen valiosas monografías o aportaciones doctrinales y teniendo en cuenta que ya la reforma de 1930 había incorporado al Código acertados principios expuestos por la doctrina anterior (25). El Profesor Vaz Serra dijo entonces que «si los estudios no existen habría que hacerlos ahora». La realidad, comenzando por la obra del mismo Catedrático de Coimbra, ha venido a darle la razón. Sin embargo, en lo referente a la propiedad horizontal, poco había de notable en 1948 ni ha sido publicado con posterioridad (26). Ello hace más laudable el esfuerzo que supone la redacción del nuevo texto legal. Posteriormente a él sólo conozco un comentario del doctor Luis de Cunha Gonçalves (27). Es de esperar que pronto aparezcan nuevos estudios teóricos o de exégesis acerca de la materia.

#### 7. El nuevo Decreto-Ley y el Código civil.

Interés más inmediato presenta el engranaje de la nueva disposición con el ordenamiento civil portugués, especialmente con el Código vigente.

(20) *Ibid.*, pág. 20.

(21) *Ibid.*, pág. 20.

(22) *Ibid.*, pág. 22.

(23) *Ibid.*, pág. 23.

(24) *Ibid.*, pág. 30.

(25) Véase VAZ SERRA, en el lugar citado en la nota anterior, sobre todo en la nota 2 de la misma página. Un ejemplo concreto del acierto en la reforma de 1930, véase en mi trabajo *Evolución de la prescripción adquisitiva en las servidumbres prediales*, en el volumen XXX del citado «Boletim» y en edición separada, Coimbra, 1954. 69 págs., especialmente núm. 24, páginas 62 a 68.

(26) Vid. el libro de RIBEIRO DOS SANTOS, citado en la nota 11 y reseñado por mí en este ANUARIO, tomo VII, págs. 1226-1227. Ha influido poco en la redacción del Decreto-ley.

(27) *Da propriedade horizontal ou por andares*. Lisboa, 1956, 170 páginas. Es, probablemente, la última obra de este autor, fallecido recientemente. En ella, referencias a los lugares en que se preocupó de la propiedad horizontal en sus obras anteriores. La reseña A. A. TAVARES DE ALMEIDA, en «Boletim do Ministerio de Justiça», núm. 55, abril de 1956, págs. 311-318, nos releva de dar un juicio general del libro.

El Decreto-Ley es una norma especial que rige con preferencia a la norma general, representada aquí, principalmente, por el articulado del Código, y que tiene a éste como Derecho supletorio, aunque hayan de conjugarse también sus disposiciones con otras normas, por ejemplo, las registrales, las de proceso civil, las del contrato de seguro, etc.... A veces la remisión se hace expresamente en el Decreto-Ley: así en el artículo 23 que se remite al 46 del Código el Procedimiento civil para el reconocimiento de título ejecutivo al acta de las sesiones de la Asamblea, cuando en ella se acuerden gastos; el 24 que remite al Código a efectos de consideración preferente de crédito por obras en el edificio propiedad horizontal, etc. Otras veces la remisión es tácita, como en los artículos 6 a 9, que regulan la inscripción en el registro predial. El preámbulo se refiere a las lagunas del Decreto-Ley, que no pueden sorprender, dada la «complejidad de la materia» a regular. Su «integración se deja al juego de los principios generales válidos para el caso dentro de nuestro sistema jurídico».

En este sentido y en el de coordinar las disposiciones del Decreto-Ley con el juego de aquellos mismos principios es donde podrían surgir dudas. Ciertas cuestiones, como la compra-venta de pisos, la cesión en uso o usufructo, tanto en lo que se refiere al contrato como al derecho real, son de fácil localización. Más difícil resulta la aplicación de normas—o a determinación de las normas de las que inducir principios generales—en lo que se refiere a la misma relación jurídica de propiedad horizontal, cuando se la contemple en su conjunto. Ya veremos más adelante cómo el mismo Decreto-Ley establece unos principios que van más allá de lo que el mismo legislador anuncia, de modo que puede ser difícil coordinar las normas especiales con las generales a que una consideración superficial parece inclinar. Y de acoger, pongamos por caso, como supletorias o análogas las normas referentes a la propiedad a acoger las de la copropiedad, pueden resultar soluciones diversas. En principio parece que el Decreto-Ley se decida por las primeras en el artículo 10, que estudiaremos más adelante (28). Pero en el 12 se hace referencia a las relaciones de vecindad y a la copropiedad, que habrá que tener en cuenta.

### 8. *Carácter del Decreto-Ley.*

Ya veremos que la constitución de la propiedad horizontal, aun cuando es potestativa, excepto en el caso del número 2.º del artículo 2.º (sentencia de división de cosa común), no puede hacerse sin intervención administrativa y judicial. Pero, además, caso de hacerse, su régimen se constituye «en los términos del Decreto-Ley».

---

(28) La Ley alemana (WEG), en su artículo 4.º, remite como supletorias a las normas sobre propiedad. El Código italiano, en su art. 1.139, a las de comunidad en general. El problema tiene gran importancia en nuestro Derecho, al carecer el art. 396 de norma de remisión, sin que sea decisivo el hecho de estar incluido en el Título de la comunidad de bienes.

Parece con estas últimas palabras del artículo 1.º que se da a sus normas carácter necesario. Sin embargo, la misma redacción de la disposición da pie para separar las normas que tienen naturaleza de *ius cogens* y las que tienen carácter meramente dispositivo.

Por otra parte, el articulado nada dice del Reglamento de la comunidad. El preámbulo se refiere a él para razonar que no ha parecido conveniente establecerlo como obligatoriamente previo a la constitución de la propiedad horizontal, como se hace en el Código italiano y en la Ley argentina. Sin embargo, lo juzga conveniente, antes o después de estar constituida la relación jurídica, quedando siempre como supletorio el Decreto-Ley. Y, aunque el preámbulo no lo diga lógicamente habrán de carecer de valor en todo reglamento las disposiciones que tienen carácter de orden público. como son, por ejemplo, las que regulan el valor relativo de los votos en la asamblea (art. 28) o los bienes obligatoriamente comunes (art. 13).

### III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL SEGÚN LA NUEVA REGULACIÓN

#### 9. *Objeto y contenido.*

El dictamen de la Cámara corporativa, después de rechazar las varias teorías que sobre la propiedad horizontal existen (29), define así su naturaleza jurídica: «es un conjunto de propiedades exclusivas de departamentos incorporados en un mismo edificio, integrados por una comunidad en las parcelas no adscritas a ninguna habitación en particular, comunidad accesorias y de naturaleza real, de la cual resulta cierta interdependencia entre los condóminos, de carácter igualmente real». Y afirma que así como el artículo 2.335 del Código contiene un régimen ambiguo que se podría encuadrar en este concepto o en otro, «el proyecto, por el contrario y muy ajustadamente, parece fundamentarse en la doctrina antes defendida, aunque en algunos aspectos no la presente con el carácter imperativo que viene impuesto por la naturaleza de la institución». Hasta qué punto esto resulta exacto lo veremos analizando las normas pertinentes de la nueva regulación.

El precepto fundamental para conocer la naturaleza jurídica que, según la legislación portuguesa, ha de atribuirse a la propiedad horizontal es el artículo 10 del Decreto-Ley número 40.333. Dice así:

«Cada uno de los propietarios tiene derecho de propiedad sobre la fracción autónoma correspondiente y, accesorias, el derecho de copropiedad en la parte común del predio.

§ único. El complejo de estos derechos es inescindible salvo disposición en contrario de la Ley, y está sujeto, a todos los efectos, al régimen de la propiedad de cosas inmuebles.»

(29) Vid en el trabajo de BAERMANN, citado en la nota primera, una revisión bastante completa de las teorías formuladas, que no era necesaria hacer con tanto detalle en el dictamen.

El carácter central de este artículo exige para intentar su exégesis entrar radicalmente en conexión con los preceptos correlativos. Su conjunto disciplina—paralelamente al artículo 10—el complejo contenido de Derechos encuadrados en la relación jurídica regulada por el Decreto-Ley y el objeto sobre el que recaen estos derechos. Por ello se impone un examen simultáneo de ambos extremos en los apartados sucesivos.

#### 10. La «fracción autónoma».

El objeto sobre el que recae el Derecho de propiedad enunciado en el art. 10 es la llamada por el Decreto-Ley *fracción autónoma*.

La Ley número 2.030 empleaba, indistintamente, los términos *propiedades horizontal* y *propiedad por andares*. En el preámbulo del Decreto-Ley se discute esta terminología, concluyendo la conveniencia de la primera expresión, aun cuando no sea exacta. El empleo del término *andar*, equivalente al nuestro *piso*, tiene para el legislador portugués la quiebra de que generalmente cada planta se divide en varias viviendas.

El § 11 del artículo 577 bis, introducido en el viejo *Code* por la Ley belga de 8 de julio de 1924, el artículo 1.º de la Ley argentina de 13 de octubre de 1948, el artículo 1.117 del Código italiano de 1942 y nuestro artículo 396, se refieren a los pisos como objeto de propiedad exclusiva. La objeción portuguesa se resuelve—excepto en la Ley argentina, que habla tan sólo de «pisos de un edificio»—con fórmulas similares a la que se empleó en España en la nueva redacción de 26 de octubre de 1939: «piso o parte de piso susceptible de aprovechamiento independiente» (30). El empleo de esta fórmula evita definiciones, es cierto, pero la palabra *piso*, entendida como objeto de un Derecho, resulta técnicamente menos exacta que la expresión que Portugal innova. A la utilización de este vocablo como referencia se deben en gran parte los errores que en torno a la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal se han sostenido.

De los dos términos de la expresión *fracción autónoma*, el preámbulo del Decreto-Ley parece más preocupado por el que hace referencia a la autonomía. La aplicación del régimen específico de la propiedad horizontal no puede dejarse «dependiente de la simple voluntad de los interesados», para evitar que se convierta en «un factor de promiscuidad de personas y en una fuente permanente de discordias y litigios». La cuestión tiene gran importancia, pero desde el punto de vista técnico tiene por lo menos tanta el empleo del término *fracción*.

---

(30) Es cierto que ni los textos antecedentes ni nuestro 396 abarcan en su expresión abreviada el caso de aquella vivienda que, constituyendo un todo, ocupa locales situados en más de una planta, con comunicación interior. Pero no creo que a nadie quepa duda de que este caso debe ser tratado, a todos los efectos, como si la vivienda ocupase una sola planta.

Lo que son estas fracciones autónomas está definido en el artículo 1.º:

«Las fracciones de que se compone un edificio, susceptibles de constituir unidades independientes para fines de habitación, actividad cultural, actividad económica o semejantes.»

Y el artículo 4.º abunda:

«Sólo pueden ser objeto de propiedad horizontal las fracciones autónomas que constituyan unidades aptas para los fines mencionados en el artículo 1.º y que estén suficientemente distinguidas y aisladas entre sí.»

La legislación portuguesa no deja, por tanto, a la significación vulgar del piso la noción de este objeto de la propiedad exclusiva. Combinando los artículos 10, 1.º y 4.º el objeto de la propiedad exclusiva viene definido por tres propiedades correlativas:

1) Ser mera fracción de un edificio. Pero no una fracción cualquiera, sino precisamente aquélla.

2) que constituya una unidad apta para la finalidad de la vivienda o el desarrollo de una actividad cultural o económica. Esta aptitud postula

3) que la fracción sea autónoma, independiente, distinta o separada de las demás.

### 11. *El edificio.*

El objeto de la propiedad exclusiva es mera fracción de un edificio. El edificio comprende así un conjunto de fracciones. El gran paso dado por la nueva disposición portuguesa consiste en la advertencia de que la principal característica de la propiedad horizontal es que se ejerce por los titulares *en un edificio común*. En cuanto el Decreto-Ley no pierde de vista esta nota, da una normación sistemática a la propiedad horizontal.

El edificio, considerado como unidad física y orgánica en que coinciden un conjunto de derechos homogéneos, determina la existencia de partes obligatoriamente comunes (art. 13), recorta los derechos de los propietarios (art. 12), exige una administración común (art. 27), un seguro único (art. 22), etc. El preámbulo del Decreto-Ley señala como «privativo de la nueva institución» el hecho de que exista una «articulación de todas las fracciones en un todo o unidad que es el edificio». El dictamen de la Cámara Corporativa es concorde con este punto de partida.

Así, bajo los dos aspectos en que el edificio puede considerarse: como cosa compuesta, *corpus ex coherentibus*, y como cosa única o unidad, *corpus unitum*; el legislador portugués ha tenido en cuenta esta segunda realidad, tan evidente y, sin embargo, tan poco observada por la doctrina y por el Derecho comparado.

En el edificio existen fracciones autónomas y existen también las que se llaman partes comunes. Es difícil expresarse de modo que se eviten los equívocos. Pero empleando la misma terminología

de la Ley, también las partes comunes son fracciones, aunque no autónomas.

El sentido de estas fracciones—tanto de las autónomas como de las comunes—no puede ser puramente físico, sino jurídico. Y hay que obtenerlo por referencia al edificio como unidad.

Desde un primer punto de vista esta fracción no es una parte material y separable de la cosa, no es una parte constitutiva. El edificio, considerado como cosa compuesta, sí tiene partes, los ladrillos, por ejemplo. Pero no es este el aspecto que interesa.

Desde otra perspectiva las fracciones no son porciones que conserven las propiedades del todo. Esto sólo es posible en las cosas divisibles, como un área de terreno, y el edificio como *corpus unitum* es indivisible.

Esta indivisibilidad hace que cuando el edificio se destruye existan fragmentos no utilizables indirectamente, como pedazos de muro. Tampoco a ello nos podemos referir.

De este modo el término fracción no representa una individualidad física actual ni potencial, sino una referencia jurídica o legal determinada por su destino económico-social. La cuestión así planteada zanja para la doctrina portuguesa la discusión sobre los límites físicos de los pisos, imposibles de determinar por planos horizontales o verticales. La fracción es tal en cuanto que sirve para un fin. No importan sus límites físicos. Físicamente no puede hablarse de separación. La independencia de las fracciones en un edificio es meramente funcional. Su apreciación requiere por eso en el Decreto - Ley un dictamen técnico: aprobación del proyecto cuando el edificio se constituya para ser dividido horizontalmente; autorización de la *Cámara municipal* cuando un edificio ya construido se distribuye por negocio jurídico; autorización del juez para el caso en que la propiedad se distribuya en virtud de decisión judicial (art. 4.º, § 1.º). Cuando el título constitutivo sea el testamento se respeta en principio la voluntad del causante, de modo que sólo es necesaria la autorización para la inscripción (art. 4.º, § 2.º). La autorización municipal o, cuando sean necesarias obras, la aprobación del correspondiente proyecto se extiende incluso al caso en que se modifique la composición de estas fracciones autónomas (art. 5.º, § único).

Teniendo en cuenta el fin es, por tanto, fácil determinar la fracción objeto de la propiedad exclusiva. En último término bastará atenerse en la práctica a la resolución administrativa o judicial. La fracción del edificio que constituyen las cosas comunes debería definirse por exclusión de las fracciones aptas para los fines especificados en el artículo 1.º Pero no puede hacerse de una manera tan simple, dado el sistema seguido en la nueva regulación.

## 12. *Las cosas comunes.*

El Decreto-Ley establece una distinción fundamental. Hay partes que son obligatoriamente comunes. Otras se presumen comunes.

El preámbulo explica cómo se llegó a adoptar esta solución, recogida en el artículo 7.º

Normalmente «deben considerarse comunes, a falta de título contrario, las cosas que se encuentran afectadas al uso común de los diversos propietarios». Pero si esto es lo normal no quiere decir que no puedan existir cosas sometidas al uso de todos cuya propiedad sea solamente de alguno o de algunos. En esta línea se halla el artículo 5.º de la Ley francesa de 28 de junio de 1938, que «a falta de título contrario presume que son copropietarios del suelo y de todas las partes del edificio que no están afectadas al uso exclusivo de uno de ellos», y enumera a continuación, de forma ejemplificativa, alguna de estas posibles partes comunes.

El Decreto del Gobierno así lo recogió y su redacción se estampó en los cuatro primeros números del § 1.º del artículo 13. La Cámara Corporativa sugirió que hay cosas que no deben dejarse a la actuación probatoria de los propietarios, sino que deben ser consideradas siempre comunes. El parecer de la Cámara Corporativa señaló un paso adelante en la progresión legislativa de la propiedad horizontal. Según el artículo 13,

«Son comunes las siguientes partes integrantes o pertenencias del predio :

- 1.º El terreno, así como los cimientos, columnas pilares, paredes maestras y todas las restantes partes estructurales del predio.
- 2.º El tejado, así como las terrazas de cobertura, aunque estén destinados al uso exclusivo del último piso.
- 3.º Los portales, las escaleras y los corredores de paso común.
- 4.º Las instalaciones generales de agua, electricidad, calefacción y semejantes».

En esta enunciación hay tres grupos de elementos bien diferenciados. El primero está compuesto por aquellas partes necesarias para que el edificio sea tal: terreno y partes estructurales, incluso el techo o terrazas, que constituyen el sistema de sostén y equilibrio del edificio. Por eso no importa para nada la distribución del uso: las terrazas de cobertura son comunes aun cuando se usen exclusivamente por algún copropietario. Lo mismo, aunque no se diga, ocurre con las porciones de pilar o de pared maestra comprendidas entre los planos horizontales, que son aparentemente utilizados en exclusiva por los propietarios singulares.

El segundo, las zonas del edificio que ineludiblemente son de uso común, sea éste más o menos frecuente o simplemente que puedan usarse por todos.

El tercer grupo está constituido por el que pudiéramos llamar aparato circulatorio del edificio. Todas las redes de conducción que prestan servicio a todas y cada una de las fracciones autónomas, pero que constituyen un sistema centralizado, aun cuando atraviesen en diversa medida a través de dichas fracciones.

Aparece de nuevo como condicionante el edificio. Sea porque se considere su constitución estática, sea desde el punto de vista de

su utilización confortable, la Ley portuguesa muestra de nuevo el sentido práctico del legislador que va más allá de la apariencia externa para observar lo que ocurre en la realidad de las cosas.

En contraposición a estas partes obligatoriamente comunes, según el § 1.º del mismo artículo 13, se presumen comunes:

«1.º Los patios y jardines anexos al edificio.

2.º Los ascensores.

3.º Las dependencias destinadas al uso y habitación del portero.

4.º Los garajes.

5.º En general, las cosas que no fuesen afectadas al uso exclusivo de cualquiera de los condóminos.»

Es decir, que en caso de conflicto, corresponderá al que pretenda tener un derecho exclusivo sobre cualquiera de estos bienes, probar que sobre ellos tiene un derecho exclusivo de propiedad.

La cuestión está clara y justificada en el número 4.º En el caso de garaje común para todo el edificio puede no haber interesado adquirir derecho alguno sobre él a algún propietario. En caso de garajes separados es posible que esté cada uno asignado a una fracción autónoma. No será, por tanto, gravosa la carga de la prueba.

En menor grado se justifica el caso del número 1.º: patios y jardines anexos. Y en esta proporción aumenta la dificultad de la prueba. La prueba habrá de hacerse en sentido negativo, la no utilización de los demás condóminos, no meramente facultativa, sino por carecer de derecho a ella. Más fácil resultará cuando el acceso a estos recintos se haga directamente desde las fracciones autónomas y no desde alguno de los elementos comunes. Pero en este segundo caso la cuestión será un círculo vicioso, pues habrá de probarse que no hay derecho a utilizarlo porque no se utiliza y que no se utiliza porque no hay derecho a utilizarlo. No se ha tenido en cuenta que por medio de planos verticales imaginarios se puede separar geoméricamente lo que es exclusivamente terreno en que se asienta el edificio—obligatoriamente común, según hemos visto—y lo que es terreno sin edificar y, por tanto, no pertenece a lo que estrictamente podemos entender como objeto de la relación jurídica de propiedad horizontal. La titulación, por otra parte, debe tener resuelta de antemano esta duda, según describa los límites del terreno y según mencione o no la pertenencia del no edificado. Pues en cuanto alguno de los propietarios no tenga derecho a estos elementos y constituyan una sola finca con el edificio, las cuotas de participación de los demás están modificadas en lo que a ello respecta, lo que tiene importancia no sólo para las cargas, sino también para el cómputo de votos.

Más dudoso todavía se presenta el número 3.º. Aquí la prueba puede ser aún más difícil, puesto que no sería decisivo el contrato de servicios con el portero. Podría un propietario no servirse del portero sin que esto afectase para nada a la titularidad de la ha-

bitación, y podría servirse de él sin que la habitación fuese bien común. La cuestión es más fácil cuando las fracciones autónomas tienen diferentes accesos y la portería, por su situación, resulta inservible para alguno de ellos.

Esto mismo puede ocurrir con los ascensores que enumera el número 2.º, habiendo de entender por tales las cabinas, huecos e instalación completa. En otro caso no existe razón alguna para no considerarlo en paridad con las escaleras. Mucho más cuando siendo éste, además de un conjunto de elementos, un servicio, interesa al que no tiene derecho sobre él librarse de los gastos que ocasiona. A pesar de esto, entre nosotros, la práctica generaliza que, incluso los propietarios de plantas bajas y hasta los de tiendas con acceso directo desde la calle, tengan su parte en el ascensor y pchen, en la proporción de su cuota, con sus gastos.

Hubiera sido, tal vez, más fácil y seguro, obligar a definir en los títulos los derechos sobre estos elementos y servicios, incluyéndolos en una fórmula amplia, como la del número 5.º, que dejaba en situación de ambigüedad las cosas de uso común no especificadas entre las que son obligatoriamente comunes. En esto, el Decreto-ley portugués no se ha librado de la tendencia enumerativa corriente en todas las legislaciones, que al no poder ser exhaustiva adopta una redacción meramente ejemplificativa, como hemos visto en la ley francesa, pero no evita una fórmula amplia y genérica, como en el apartado 3.º del artículo 1.117 italiano, o ha de terminar con un «etc.», como en el artículo 396 español.

La existencia de las cosas consideradas como obligatoriamente comunes hay que destacarla, sin embargo, como un acierto. El § 2.º del artículo 13 saca de ella la primera conclusión a efectos de régimen: la indivisibilidad e inseparabilidad de estas cosas; mientras que las que sólo son presuntivamente comunes pueden dividirse y enajenarse, aun cuando con el acuerdo de todos los condóminos. Esta última parte plantea cuestiones graves (31). Pero lo interesante a nuestro objeto es ver la transcendencia de este agrupamiento de cosas.

### 13. *El criterio de accesoriadad.*

En último extremo, el legislador portugués, al diferenciar los elementos *necesariamente* comunes de los *voluntaria* o *presuntivamente* comunes, está poniendo de manifiesto que, desde el punto de vista del edificio como unidad que acertadamente mantiene, no tiene sentido considerar las partes *necesariamente* comunes como accesorias de las fracciones autónomas.

Es cierto que el artículo 10 refiere el término *accesoriamente* al derecho de copropiedad y no al objeto de este derecho. Ya ve-

(31) Si el acuerdo de todos los condóminos es necesario siempre, o si lo es tan sólo cuando las cosas pertenezcan a todos ellos si la enajenación de las partes presuntivamente comunes, o de sus cuotas de participación, puede hacerse a terceros ó solamente a los condóminos, etc....

remos que tampoco en este sentido está justificada la apreciación. Pero lo cierto es que en el Decreto-ley están pesando los antecedentes doctrinales y legislativos al hablar de accesoriedad. Y se atiende más a estos antecedentes que a la realidad de las cosas.

Los elementos *necesariamente* comunes no pueden considerarse, en el conjunto del edificio, accesorios de las fracciones autónomas. Por una razón muy sencilla: físicamente muchos de estos elementos pueden existir por sí sin las fracciones. Las fracciones, en cambio, no pueden existir ni imaginarse sin el suelo y sin los elementos estructurales y no pueden utilizarse sin los elementos de uso común, ni llenan su cometido sin los servicios centrales (32).

La finalidad que delimitaba jurídicamente—y no en sentido físico—la fracción exige tanto la autonomía, para evitar la promiscuidad de los hogares, cuanto la inserción en la textura del edificio. La utilización común del edificio impone, precisamente porque hay autonomía funcional, la existencia de elementos constitutivos del edificio que—se usen o no—proporcionan utilidad a todos.

Por eso, la fracción autónoma tal como en el conjunto de la ley portuguesa se ofrece, ha de considerarse como una «unidad jurídica», que incluye estos elementos comunes de utilización solidaria. Sobre ella recae el «complejo inescindible» de derechos de que habla el artículo 10 en su § único, anteriormente transcrito. Sobre ella recae el derecho subjetivo de propiedad horizontal (33), «interdependiente» con los demás derechos de su misma naturaleza como integrados en una relación jurídica que tiene por objeto el edificio (34).

En el mismo Decreto-ley hay una prueba evidente de que esto es así. El artículo 3.º dice que el título constitutivo debe, entre otras cosas:

«2.º Fijar el valor relativo de cada fracción, expresado en tantos por ciento o tantos por mil del valor total del predio.»

Si se toma como cien o como mil el valor del predio, en su conjunto, la suma de valores económicos de cada fracción separada

(32) En sentido análogo, CUNHA GONÇALVES, ob. cit., pág. 27. Dice gráficamente que «la palma de la mano no es accesorio de los dedos, ni éstos lo son de aquélla».

(33) La Ley alemana, WEG, distingue el derecho sobre la fracción dependiente, en sentido estricto, *Sondereigentum*, y el derecho sobre la unidad jurídica vivienda. PALAÑÓ, B. G. B., 11.ª edición, 1953, pág. 2083. Esta misma unidad jurídica es el objeto de la relación arrendaticia. Nuestra Ley de Arrendamientos Urbanos, al hablar de arrendamiento de vivienda—o de local de negocio, para el caso es igual—se refiere tanto a la utilización exclusiva del «piso» (según el sentido del artículo 396 de nuestro Código civil), como a la solidaria de los elementos comunes.

(34) Los conceptos de relación jurídica y derecho subjetivo se manejan aquí según los expone el Profesor de la Universidad de Madrid doctor FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España*. Parte general, 2.ª edición, Madrid, 1949, págs. 556 y ss., y 571 y ss., respectivamente. El de «unidad jurídica» está tomado del dictamen de la Cámara Corporativa y se emplea aquí como equivalente el de «unidad real», empleado por el doctor F. DE CASTRO en sus explicaciones de Cátedra, como más adecuado que los de «cosa» y «bien».

—si es que lo tuvieran prescindiendo de los necesarios elementos comunes—nunca sería igual al total del edificio. El tanto por ciento o tanto por mil ha de ser, en realidad, el que represente cada «unidad jurídica» en la totalidad del edificio, ya que ella es la que constituye un valor patrimonial, un valor jurídica y económicamente negociable, y, por tanto, numéricamente comparable con las de las demás unidades interdependientes. A esta interpretación presta apoyo también el artículo 15 sobre la cuota de participación en los bienes comunes, que examinaremos más adelante.

#### 14. *Correlación entre objeto y contenido.*

Así se hace posible que a cada especie de objeto corresponda una determinada categoría técnico jurídica, que se manifiesta en un conjunto de principios. El edificio es objeto de la relación jurídica de propiedad horizontal. Aquél integra las fracciones autónomas, objeto del derecho subjetivo de propiedad horizontal. A su vez, las fracciones, por su misma naturaleza, tienen unas zonas de utilización independiente y otras de utilización (consista o no en uso efectivo) solidaria, a las que corresponden respectivamente unos derechos que forman un «complejo inescindible», como son las mismas zonas del edificio sobre que recaen.

La perfecta correlación entre el objeto y el contenido viene determinada, como siempre ocurre en las relaciones jurídicas, por la naturaleza del objeto. En el preámbulo así se explica. «Los caracteres fundamentales del régimen jurídico de la vulgarmente llamada propiedad horizontal, están dados por la verificación cumulativa de las siguientes circunstancias»: y aquí se exponen las características de los objetos, bien que se incurra en cierta petición de principio, al decir que hay «varias propiedades singulares», que es lo que se quiere explicar por la existencia de zonas de utilización singular.

Esta circunstancia—sigue el preámbulo—postula la aplicación de las llamadas relaciones de vecindad. La de existir «bienes comunes» y la del edificio único tienen carácter *específico*, apartándose la primera en puntos fundamentales del régimen general de la comunidad (35).

La referencia a criterios generales que tomen por base relaciones jurídicas clásicas no cuadra exactamente con lo que resulta después el régimen establecido, sobre todo cuando el legislador es consecuente con los hechos, aun cuando no lo sea tanto con sus declaraciones.

El artículo 11 dice que

«El propietario de la fracción autónoma puede usar y disponer de ésta libremente, en los términos generales del derecho.»

(35) El preámbulo enlaza esta especialidad con el carácter accesorio de la comunidad. Ya veremos que en realidad está exigida por la unidad del edificio.

El derecho de propiedad sobre la fracción autónoma correspondiente proclamado en el artículo 10 fija aquí su contenido en dos grupos de facultades: de uso y de disposición. Son las facultades que constituyen el paradigma clásico de la propiedad, aun cuando en el art. 2.169 del Código civil portugués se especifique más (36).

15. *El uso de la fracción autónoma.*

El artículo 12 comienza estableciendo que

«En el ejercicio de su derecho deben los propietarios soportar las limitaciones necesarias al bien de todos...»

Se invocan después las relaciones de vecindad, el hecho de existir bienes comunes y de que las fracciones pertenezcan al mismo edificio.

«§ unico.—En especial está prohibido a los propietarios:

1.º Perjudicar, sea con obras nuevas, sea por falta de reparaciones adecuadas, la seguridad, la línea arquitectónica o el aderezo estético del edificio.

2.º Destinar su fracción a usos contrarios a la moral o a las buenas costumbres.

3.º Darle uso contrario al fin para que fué destinada la fracción, salvo la autorización de todos los propietarios o la competente autorización judicial cuando aquélla fuese negada injustamente.»

La limitación 1.ª es típica en la legislación comparada y tiene en cuenta, sobre todo, la unidad edificio. La limitación 2.ª podría sólo con una concepción amplia de las llamadas relaciones de vecindad ser incluida entre éstas. La limitación 3.ª es la que tiene difícil encuadramiento puesto que por una parte no afecta al edificio como tal, ni a los bienes comunes, sino a cada una de las fracciones. Pero ni en el concepto más amplio de relaciones de vecindad es encuadrable.

Supone, en efecto, el límite más serio, no ya al derecho de propiedad sino, a la misma facultad de libre uso enunciada en el artículo 11. El uso queda así limitado al fin para el que fué destinada la fracción: sea de vivienda, de actividad cultural o económica (artículo 1.º), y según la aprobación administrativa o judicial (artículo 4.º). El derecho de propiedad sobre la fracción autónoma señalado en el artículo 10 queda así constreñido en su mismo núcleo y sometida no ya a la deliberación de la asamblea de propietarios, sino a una medida más rigurosa: la autorización de todos, aun cuando haya de ser justa. En qué medida se considerará esta justicia no lo dice la ley, ni da base para establecerlo. Habrá que pensar en que el cambio de destino ha de contar con la aptitud de la fracción autónoma para el nuevo fin (art. 4.º) sin modificación alguna, o con modificación aprobada conforme al artículo 5.º Que no menoscabe el uso que hasta entonces vienen realizando los demás propietarios en sus fracciones autónomas conforme a su fin. Y

(36) Vid más adelante, núm. 18.

que no suponga tampoco alteración en el uso de los bienes considerados comunes, lo que supone un serio obstáculo, sobre todo cuando se cambie un local de vivienda para convertirlo en sede de actividad cultural o económica.

16. *El uso de los elementos comunes.*

«El derecho de copropiedad en la parte común del predio», que establece también el artículo 10 tiene su traducción práctica, en cuanto al uso se refiere en el artículo 14 :

«Los propietarios pueden usar los bienes comunes conforme a su respectivo fin y sin privar a los cotitulares del ejercicio del mismo derecho.»

Cuantitativamente este viene delimitado en el artículo 15 :

«El derecho de los propietarios sobre los bienes comunes estará, a falta de título en contrario, representado por una cuota igual al tanto por ciento o al tanto por mil previsto en el número 2.º del artículo 3.º» (37).

Ya vimos (supra, 13) que estos porcentajes no podían hacerse sin contar incluidos en el valor total del edificio también los elementos comunes. De este modo el artículo 15 resulta ocioso ya que entrando en el tanto por ciento o tanto por mil también el derecho sobre los bienes comunes—el título en contra solamente puede referirse a los presuntiva o potestativamente comunes—queda ya, sin necesidad de la declaración que contiene, determinado el derecho sobre ellos. Claro está que en todo aquello que haya de reflejarse este derecho—que a veces será en forma de obligación—contará el valor económico de la propiedad horizontal total en relación con los valores económicos de los demás «complejos inescindibles de derechos», fijados—según el preámbulo razona—, en la fecha de la construcción.

Ahora bien, si en cuanto a la utilización general de los elementos estructurales puede pensarse que esta proporción se conserva, no se puede decir lo mismo en cuanto al uso de los elementos que, siendo necesariamente comunes, lo son en cuanto imprescindibles para el acceso. Así, por ejemplo, en una vivienda de la mitad de valor que otra puede habitar una familia de doble número de miembros. Para el uso normal de los elementos comunes no existe, por tanto, una medida cuantitativa como para valorar los votos o para repartir la cuantía de las reparaciones.

---

(37) Es el mismo criterio seguido en el art. 1.118 del Código civil italiano y en el tercer párrafo del art. 6.º de la ley francesa. Nuestro art. 396, en cambio, sigue un doble criterio: «Las partes en copropiedad..., salvo pacto, se presumen iguales.» Para los gastos y para la adopción de los acuerdos se está, en cambio, a la proporción del valor de la parte privativa.

(38) En algún caso la realidad se impone al legislador. Así, § único del art. 17: «No son permitidas innovaciones... que puedan perjudicar la utilización por parte de alguno de los condóminos, tanto de las cosas propias como de las comunes.»

La medida es de tipo cualitativo, la establecida en el artículo 14: el uso conforme al fin y sin perturbar a los cotitulares. Fácilmente se advierte la semejanza con las normas del artículo 12 para el uso de las fracciones autónomas: uso conforme al fin y limitaciones necesarias para el bien de todos. La diferente formulación está teñida por la distinta modalidad del uso: solidario en un caso, exclusivo en otro. Pero no hubiera existido dificultad para referirse al uso, no separadamente como facultad en un caso de la propiedad y en otro de la copropiedad, sino como facultad del «complejo inescindible», es decir, del derecho subjetivo único de cada titular (38). Se hubiera incluso ganado en precisión ya que el uso de los elementos comunes no está determinado exclusivamente por su fin, sino por éste en relación con el de la fracción autónoma, de la que—por vía de interpretación—hemos visto que forma parte, si se la considera como una unidad jurídica. Precisamente por eso es necesario para el cambio de fin la autorización unánime de los cotitulares.

#### 17. *La facultad de disposición.*

Si es cierto que la facultad de uso queda así muy reducida con respecto a la del propietario exclusivo de un bien cualquiera, queda en pie la facultad de disposición. En algunos casos, como en nuestro artículo 396, ensombrecida por un derecho de preferencia, que tiende a desaparecer en la legislación comparada y que el Decreto-Ley portugués rechaza taxativamente, veremos que con acierto.

Los autores ven en esta facultad de disposición el reducto fuerte desde donde defender la propiedad exclusiva de los pisos. Por eso se ha dicho que el propietario horizontal de un piso tiene libertad de disposición, ya que no de goce (39).

La cuestión no ofrece dudas. Pero no porque la propiedad exclusiva de la fracción autónoma lleve consigo una facultad libre de disponer, sino porque la facultad de disposición—que es «externa» al derecho—(40) no es privativa de la propiedad, sino común a todos los derechos subjetivos. No se dispone de las cosas, sino del derecho sobre las cosas. Lo que ocurre es que cuando este derecho es pleno, la disposición afecta totalmente a la cosa. En este sentido lo que transmite un condómino, titular de una comunidad ordinaria, no es una fracción de cosa, sino el derecho «comprimido» que sobre la cosa le corresponde.

La facultad de disposición existe, por tanto, plenamente. Pero no hay que referirla a la fracción autónoma. Ni siquiera al derecho

(39) ZAPPULLI, Carlo: *In concetto di uso e di innovazione nella comunione*, en «Studi in onore di M. D'Amelio», vol. III, pág. 458. En el mismo sentido GUIDI, *ob. cit.*, núm. 17, pág. 34, y BRANCA, *Condominio negli edifici*, en «Commentario del Codice civile» de SCIALOJA, y el propio BRANCA, Libro III, arts. 1.117 a 1.132, pág. 283.

(40) Vid. por todos FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, Francisco: *La facultad de disposición*, en «Anuario de Derecho civil», tomo III, pág. 1043 y bibliografía allí citada.

sobre la fracción autónoma, porque este derecho (a pesar de que así parece decirlo el § único del art. 6.º) no es transmisible separadamente del que corresponde sobre los elementos comunes, como no es transmisible tampoco el derecho sobre estos, ni es gravable, ni renunciable separadamente de aquél (arts. 25 y 26). La facultad de disposición se refiere también, aunque el artículo 11 no lo diga claramente, al complejo inescindible de derechos que recae sobre la unidad jurídica vivienda.

En su caso, el valor en venta de esa vivienda será conjunto y no separado para la fracción autónoma y los elementos comunes. Como conjunto es también su valor patrimonial, si nos fijamos en el aspecto del poder, y su valor en ejecución, si nos fijamos en el de la responsabilidad.

Esta consideración unitaria es la que sujeta el «complejo de derechos» o diríamos más bien, el derecho subjetivo de propiedad horizontal al régimen de la propiedad de cosas inmuebles en el artículo 10.

#### 18. *Conclusiones críticas.*

El artículo 2.170 del Código portugués dice que el conjunto de derechos (diríamos más técnicamente facultades) que abarca el derecho de propiedad, puede quedar limitado «por la naturaleza de las cosas, por voluntad del propietario o por disposición expresa de la ley». Creo que en este caso es la naturaleza de las cosas la que viene a imponer unas características especiales a la propiedad horizontal. Siguiendo la enumeración del artículo 2.169, la facultad de disfrute, la de transformación y la de exclusión vienen determinadas por el fin económico-social de la vivienda y, en relación con él, los fines de las fracciones autónomas y los elementos comunes. La facultad de restitución e indemnización y la de disposición, comunes a todos los derechos subjetivos, funcionan también aquí conforme al ejercicio de éstos.

La consideración, bien que superficial del texto del Decreto-Ley portugués deja bien sentados estos puntos. La peculiaridad de la relación jurídica de la propiedad horizontal, viene determinada por la cotitularidad de propietarios sobre el edificio. La del derecho subjetivo que corresponde a cada titular—que se ejerce de modo distinto en unas zonas o en otras del edificio—porque recae sobre una unidad jurídica: la vivienda. Que, por una parte, no es algo aislable del conjunto del edificio y, por otra parte, requiere autonomía, independencia.

Todo planteamiento de la naturaleza jurídica, necesario sobre todo para interpretar de modo homogéneo los preceptos de la ley, para salvar sus lagunas y elegir el derecho supletorio aplicable (41), ha de partir de esta base, que da la ley especial misma.

---

(41) O encontrar una solución justa no prevista tampoco en la legislación civil. Así, por ejemplo, a quien corresponde el derecho de elevar nuevos pisos.

El conjunto de relaciones que plantea la propiedad horizontal ha de tenerlas en cuenta también. De hecho la ley portuguesa los ha tenido, como veremos sucintamente, en los extremos en que ha sido necesario. En los demás, las determinaciones del Decreto-Ley se caracterizan, en general, por su prudencia.

#### IV. NACIMIENTO Y EXTINCIÓN

##### 18. *Modos de constitución.*

Como la WEG alemana, el Decreto-Ley portugués regula el modo de constitución de la propiedad horizontal. Tanto allí como aquí lo que preocupa al legislador, no es el modo de acceso a la propiedad de una vivienda—que expresamente el preámbulo deja al juego del derecho general—sino el establecimiento del régimen de propiedad horizontal en un edificio construido (núms. 1 y 2 del artículo 2.º) o por construir (núm. 3 del mismo artículo).

Esta constitución no queda al arbitrio del propietario o propietarios, del constructor o constructores, sino sometida a la intervención administrativa o judicial, según los casos. Como vimos, con la finalidad, sobre todo, de salvaguardar la autonomía de las viviendas.

El Decreto-ley determina a efectos legales, y según los casos, lo que debe entenderse por título constitutivo (art. 2.º, § único) y el contenido obligatorio de este título (art. 3.º), que debe ser complementado, en su caso, por acuerdo de los interesados expreso en documento publico, o por arbitrio judicial (art. 3.º, § 2.º). El título debe ir acompañado, en ocasiones, de planos y documentos que especifica el § 1.º, del artículo 3.º y no puede modificarse si no con arreglo a la forma establecida en el artículo 5.º y con la intervención administrativa establecida en el § único del mismo artículo.

La constitución y la modificación deben ser inscritas en el registro para que surtan efectos frente a terceros y para poder establecer gravámenes o crear derechos sobre las viviendas (art. 6.º). La inscripción se realiza por edificios, haciendo mención expresa de estar destinados a propiedad horizontal y especificando en ellos las fracciones autónomas según una serie de pormenores (arts. 7.º y 9.º).

##### 19. *Modos de extinción: la destrucción total o parcial.*

El Decreto-Ley no regula de un modo general o sistemático los modos de extinción, en el sentido de desaparición del régimen de propiedad horizontal del edificio (42).

El artículo 20 se refiere a la desaparición del edificio mismo o

que el artículo 1.127 del Código civil italiano vigente, por arrastre del 564 del Código de 1865, atribuye injustamente al propietario del último piso.

(42) Véase un conjunto de supuestos, que no resulta tampoco exhaustivo, en CUNHA GONÇALVES, ob. cit., pág. 66.

de una porción que represente, por lo menos, las tres cuartas partes de su valor. En este caso cualquiera de los condóminos podrá exigir la venta del terreno y de los materiales. Es decir, desaparecida la posibilidad de utilizar las viviendas, la propiedad horizontal queda convertida en una comunidad ordinaria con las mismas cuotas que aquélla en el conjunto del edificio y con la facultad de pedir su disolución, acorde con el artículo 2.180 del Código civil portugués.

Cuando la destrucción interese a una porción menor del edificio también entra en juego la relación comunitaria, pues por mayoría absoluta del número de «condóminos» (sic, en el Decreto-Ley) y de capital en relación a todo el edificio puede decidirse la reconstrucción de éste (art. 21). A los disidentes no se les obliga a permanecer en esta comunidad y pueden ceder sus derechos no a un tercero, sino a otro u otros de los condóminos a su elección (art. 21, §§ 1.º y 2.º).

La diferencia de trato que resulta de establecer esta preferencia y negarla en la enajenación ordinaria de la vivienda, como se hace en el § 1.º del artículo 11, se justifica en el preámbulo, porque en período de reconstrucción puede ser peligrosa la entrada de extraños en la comunidad.

Estos preceptos no dejan de plantear problemas. Alguno está previsto en el preámbulo: la posibilidad, en el caso del artículo 20, de que, los condóminos que quieran, adquieran los derechos del solar y materiales de los que los quieran enajenar. Nada dice, en cambio, el preámbulo acerca de si las viviendas o locales de negocio utilizables, dadas las características de la destrucción parcial, pasan también al régimen de propiedad común. Tal como está redactado el precepto parece que sí. En algún caso puede, quizá resultar una medida drástica.

Desde un punto de vista del fomento de la reconstrucción de viviendas podría favorecerse más, en ambos casos de destrucción, la tendencia reestructurativa, dado que es obligatorio el seguro del edificio contra incendios (art. 22). Lo mismo, en caso de estar asegurado frente a otro riesgo que sea la causa concreta de la destrucción.

## 20. *El derecho de preferencia.*

La extinción no ya del régimen general de todo el edificio, sino del derecho subjetivo de propiedad horizontal se remite a las normas generales del Derecho civil. Ya vimos las características especiales de la facultad de disposición. El Decreto-Ley, en su artículo 11, párrafo único, establece:

«En caso de enajenación de las fracciones los demás propietarios no gozan de preferencia alguna fundada en la copropiedad sobre las partes comunes del predio.»

Priva, por tanto, del derecho de preferencia tan corriente, aun-

que en decadencia, en la legislación comparada y existente: en nuestro artículo 396 (43).

La Cámara Corporativa, en su dictamen, insistió en que se estableciera el régimen general de preferencia de los comuneros según el artículo 1.506 del Código portugués. El Gobierno expone las razones—a mi entender acertadas—para no sólo no establecerlo, sino negarlo, no dejando así lugar a dudas. La principal, que va en contra de las razones que hacen recomendable la propiedad horizontal sobre todo, el acceso de los más a la propiedad de la vivienda. Habría que añadir a las razones secundarias allí expuestas (44) que la concentración de viviendas en poder de un propietario puede llegar a darle el control de la Asamblea en perjuicio del interés común.

## V. GASTOS

### 21. *Contribución a los gastos.*

La norma general es que para determinar la cuota de contribución a los gastos rige la proporción del valor de la unidad jurídica tal como la vimos determinada en el número 2.º del artículo 3.º (artículo 16). Esto rige en lo que se refiere a los bienes necesariamente comunes y comunes de hecho, con dos excepciones:

1) La escalera queda a cargo, en sus diversos tramos, de los propietarios que de ella se sirven (§ 1.º del art. 16).

2) A los gastos de sostenimiento del ascensor sólo deben contribuir los propietarios de aquellas viviendas que, dada su situación en el edificio, puedan servirse de ellos (§ 2.º del art. 16).

Ambas reglas se contradicen. El ascensor no se divide en tramos como la escalera, quizá porque se considera un todo funcional. De todos modos la primera excepción complicará la administración, dará lugar a conflictos y supondrá volver al viejo sistema del *Code*, superado incluso por la Ley francesa de 1938.

### 22. *Competencia para decidirlos.*

Los gastos normales de mantenimiento y funcionamiento podrán acordarse en la asamblea por mayoría absoluta (art. 31). El acta de la sesión en que se hubieren acordado tiene valor de título ejecutivo contra el propietario que dejare de pagar en la fecha establecida, incurriendo desde entonces en mora (art. 25) con todas sus consecuencias legales.

(43) En el Anteproyecto de reforma del artículo 396, que redactó el profesor doctor Ignacio de Casso Romero, no se establecía la preferencia. Según me contó una vez, la introducción se hizo en la Comisión de Codificación a propuesta de don Jerónimo González y contra el parecer del fallecido Catedrático de la Universidad de Madrid.

(44) Ser restricción de un poder y, por tanto odiosa; ser fuente de fraudes, falseando el precio; no garantizar absolutamente de la intromisión de extraños a vivir en el edificio desde el momento que es posible el arrendamiento o la cesión del uso de las viviendas.

Los gastos por reparaciones indispensables y urgentes competen para su decisión al administrador. En su ausencia, a la iniciativa de cualquier propietario (art. 19). En este caso no prevé la Ley cuál será el título ejecutivo.

Los gastos por obras que constituyan innovación han de someterse a la asamblea, requiriéndose un *quorum* favorable de votos de dos tercios del valor total del edificio (art. 17).

El preámbulo explica las razones lógicas de este diverso tratamiento.

### 23. *Carácter real de los gastos.*

Está en la Ley patentizado en dos aspectos:

1) Frente a terceros por concesión a éstos de un derecho de preferencia en la ejecución sobre bienes muebles e inmuebles, según los casos, por remisión a las reglas del Código civil (art. 24).

2) Frente a los demás propietarios por la negación del derecho de abandono de los derechos sobre los elementos comunes (artículo 26). Puede renunciar a las innovaciones los propietarios disidentes que muestren este propósito, si su disidencia no fuese considerada judicialmente como infundada. Pero en cualquier momento podrán, sufragando los gastos proporcionalmente a su participación, disfrutar de ellas (art. 18).

## VI. ADMINISTRACIÓN

### 24. *Generalidades.*

Siguiendo la pauta de la legislación comparada, la atención del legislador se detiene en la administración. El artículo 27 dice:

«La administración de los bienes comunes compete a la Asamblea de los propietarios y a un administrador elegido por ella.»

Recorriendo las atribuciones de uno y otro órganos de la administración se ve claramente que ésta no se reduce a los bienes comunes, sino al edificio como tal, con exclusión de las fracciones de utilización independiente.

La asamblea es el órgano de superior jerarquía: ella nombra y depone al administrador (art. 33) y es el órgano al que se recurre contra los actos de éste (art. 36).

### 25. *La Asamblea.*

Minuciosamente regula el Decreto-Ley su funcionamiento: tiempo y lugar de las reuniones (arts. 29 y 30, respectivamente); *quorum* de asistencia y de votación (art. 30); convocatoria (artículo 30), etc. Hay unas normas dignas de mencionarse.

El cómputo de los votos no se hace por propietarios, sino en proporción al valor de sus unidades jurídicas (art. 28). Los reglamentos de comunidad no podrán establecer en este punto norma distinta, lo que es importante. Entre nosotros se sigue el sistema personal en gran número de estos reglamentos, lo que trae como

consecuencia práctica la alianza de los votos de los propietarios de viviendas menos valiosas, con intereses ordinariamente distintos a los de viviendas que representan más valor.

Pero el Decreto-Ley no atribuye a cada voto un valor distinto a los demás. Sigue el sistema de conceder a los propietarios tantos votos como unidades enteras tengan los tantos por ciento o por mil que representen las correspondientes viviendas. Es un modo de simplificar los escrutinios. Pero habrá que tener en cuenta, tanto para los casos de mayoría absoluta cuanto para los de mayorías cualificadas, que éstas no han de calcularse sobre cien o sobre mil, sino sobre lo que resulte de restar a estas cantidades la suma de las fracciones desechadas.

La Asamblea, aparte de otras facultades, tiene dos extraordinarias, reconocidas en el párrafo 2.º del artículo 29: 1) El establecimiento obligatorio de la celebración de compromisos arbitrales para la solución de los conflictos entre sí y con el administrador. 2) El establecimiento—dentro de ciertos límites cuantitativos—de penas pecuniarias a los componentes de la misma por incumplimiento del Decreto-Ley, de las decisiones de la Asamblea o del administrador. En los dos últimos casos puede ser eficaz como cláusula penal facultativa para el incumplimiento de las obligaciones que nacen de la comunidad.

Finalmente, el artículo 32 regula el procedimiento para conseguir la anulación, por parte de cualquiera de los condóminos, de las deliberaciones de la Asamblea, contrarias a la Ley o al reglamento de comunidad.

## 26. *El administrador.*

También el Decreto-Ley regula minuciosamente este órgano ejecutivo de la administración.

Su nombramiento o deposición, si no son hechos por la Asamblea, puede hacerse por autoridad judicial a requerimiento de un condómino (§§ 1.º y 2.º del artículo 33); duran dos años, puede ser remunerado y ejercido por un propietario o por un tercero (§ 3.º del artículo 33). Mientras en un edificio destinado a dividirse en propiedad horizontal no se hubiesen enajenado por la empresa u organismo constructor todas las viviendas, puede aquella o éste reservarse la administración (§§§ 1.º, 2.º y 3.º del art. 27).

Las facultades del administrador son muy amplias (núms. 1.º y 8.º del art. 34); debe obligatoriamente llevar unos libros que representa una contabilidad elemental (art. 36); contra sus actos cabe recurso a la Asamblea que, en este caso, puede ser convocada por el propietario impugnante (art. 37); está legitimado activa y pasivamente contra los condóminos o un tercero y representa a aquéllos ante las autoridades administrativas: se exceptúan las acciones relativas a cuestiones de propiedad o posesión, salvo que se le concedan poderes especiales (art. 35).

## VII. CONCLUSIÓN

De lo expuesto se deduce que en la evolución viva, legal y extralegal, que la propiedad horizontal está experimentando a nuestros ojos, el Decreto-Ley portugués supone un avance en cuanto que consolida legalmente soluciones ya adoptadas en la práctica y en cuanto que adopta soluciones nuevas, aliando valentía y prudencia en el régimen que establece.

Sobre el legislador portugués pesa la carga doctrinal que separa, dentro del edificio, unos bienes singulares y otros comunes, una propiedad exclusiva y una copropiedad. Partiendo de la base del edificio, como *corpus unitum*, aquella dicotomía queda reducida en el Decreto-Ley 40.333 a proclamaciones casi exclusivamente verbales. El sentido común ha impuesto, como en tantas otras ocasiones, una regulación portuguesa de la propiedad horizontal que es hoy no sólo la más de la vanguardia, sino también—y quizá por eso—la que técnicamente resulta en sus líneas fundamentales más perfecta.