

LA MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL TRAS LA LEY 8/2013, DE 26 DE JUNIO¹

THE AMENDMENTS OF THE DEED OF CONSTITUTION IN
HORIZONTAL PROPERTY AFTER LAW 8/2013, OF JUNE 26TH

JUAN CARLOS MARTÍNEZ ORTEGA

Abogado. Oficial 1.º de Notaría
Doctorando del Departamento de Derecho Civil de la UNED

Resumen: El autor analiza la incidencia que la reciente Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas tendrá en las modificaciones que se realicen en el título constitutivo de los edificios regidos por el sistema de Propiedad Horizontal.

Además, se profundizará en las operaciones registrales de desafectación y afectación de elementos comunes, y de todos los requisitos técnicos y jurídicos que se precisan para conseguir que las escrituras públicas que documenten estos actos se realicen con las máximas garantías, que faciliten la inscripción en el Registro de la Propiedad de los elementos desafectados y formados como nuevos e independientes a favor del adquirente, liberándole de la posible asunción de cargas no deseadas por descuido de los profesionales implicados.

¹ El presente estudio se integra en la línea de investigación desarrollada en un proyecto de Tesis Doctoral titulado «Obra nueva y división horizontal: formalización notarial e inscripción registral» y codirigido por los Profesores D. Carlos Lasarte Álvarez y Dña. Fátima Yáñez Vivero.

Se dará realce especial a la actuación del Notario en todos estos documentos y cómo su diligencia y cabal asesoramiento a los otorgantes puede deparar plena seguridad jurídica preventiva.

Abstract: The author analyses the incidence that the newly Law 8/2013, of June 26th of rehabilitation, regeneration and urban renewal will have in the amendments of the deed of constitution of buildings regulated by the Horizontal Property system.

In addition, there will be an in-depth examination of involvement and reversal registry operations of common elements and all the technical and legal requirements needed to ensure that the Public Deeds that documents these acts are made with the maximum guarantees that facilitate the registration in the Real Estate Property of disaffected elements and transformed into new and independent elements in favor of the purchaser, that can release him/her from the possible assumption of unwanted liens through carelessness of the professionals involved.

The role of the Notary in all these documents will be greatly enhanced, as his/her diligence and efficient advice to the grantors can guarantee full legal certainty.

Palabras clave: Modificación título constitutivo en la Propiedad Horizontal. Desafectación y afectación. Actuación notarial.

Key words: Amendment of the deed of constitution in horizontal property. Involvement and Reversal. Notarial work.

Recepción original: 05/11/2013

Aceptación original: 21/11/2013

Sumario: I. Introducción. II. Modificación de la Propiedad Horizontal; III. Desafectación de elementos comunes; IV. La situación de cargas del elemento desafectado; V. Afectación de elementos comunes; VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El régimen de Propiedad Horizontal está muy asentado en el Derecho español, y desde la promulgación de la Ley en el año 1960, mucho ha cambiado la vida de la sociedad española, y por ende, la propia Ley a golpe de nuevas regulaciones que han variado significativamente su texto tras la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

La modificación del título constitutivo del citado régimen ha causado más de un conflicto judicial, y mucha tensión en los copropietarios de cualquier edificio sometido a dicho sistema.

Para la gran mayoría de los profesionales del Derecho las figuras de la desafectación de elementos comunes y la afectación de los elementos privativos a comunes, suponen unas operaciones notariales y registrales prácticamente desconocidas, y mucho más el procedimiento a seguir para conseguir que los departamentos desafectados se conviertan en privativos y se puedan transmitir sin ningún problema.

Asimismo, la citada Ley 8/2013, ha roto en determinados casos tasados la unanimidad que exigía el derogado artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, extremo que, en muchos supuestos, facilitará la adopción de acuerdos precisos para la realización de obras necesarias para la conservación del edificio y de otro tipo.

En suma, podremos verificar como el cabal asesoramiento en la actuación del Notario y de otros profesionales puede deparar grandes beneficios en la viabilidad de cualquier modificación del título constitutivo en el régimen de Propiedad Horizontal².

II. MODIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

La Junta de Propietarios para poder desafectar cualquier elemento común es preciso que obtenga el quórum que determina el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, que a su vez fija el procedimiento de notificaciones oportunas.

Tras la promulgación de la reciente Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, se han rebajado, afortunadamente, los requisitos para algunas obras o reformas, aunque conlleven la modificación del título constitutivo. En este sentido, se ha derogado el artículo 8 de la LPH que exigía en cualquier supuesto de modificación de dicho título constitutivo la unanimidad de todos los condueños, extremo que se ha comprobado notablemente perjudicial para la vida comunitaria y que muchos profesionales del Derecho celebramos³. Pese a lo anterior, como refiere el núm. 6 del artículo 17 de la citada Ley, se continuará exigiendo la unanimidad

² Vid. Art. 147 RN.

³ Vid. MARQUÉS MOSQUERA, C. «La reforma de la ley de propiedad horizontal». En: *El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*. Septiembre-octubre 2013. Núm. 51. p. 74.

para todos aquellos casos que supongan modificación del título constitutivo o de los estatutos que no vengan explícitamente contenidos en dicho precepto.

Es decir, ahora aunque conlleven modificación del título constitutivo, tendrán carácter obligatorio para los vecinos, no precisándose acuerdo previo de la Junta de Propietarios, las obras y trabajos enumerados bajo las letras a), b), c), d), y e) del artículo 10 de la LPH, relativos a trabajos o reformas que favorezcan:

- El adecuado mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación del inmueble, sus servicios e instalaciones.
- Las obras o ajustes necesarios en el edificio en materia de accesibilidad universal, y que ayuden a los propietarios que tengan discapacidad o sean mayores de setenta años⁴.
- La división material de pisos o locales y sus anejos para formar otros más reducidos e independientes, el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o su disminución por segregación de alguna parte.

Pero por el contrario, significando un cambio radical en la práctica notarial hasta ahora, es la exigencia por virtud de lo dispuesto en el núm. 3 del artículo 10 de la citada Ley 8/2013 de la licencia municipal o autorización administrativa para *«la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte; la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética, o de las cosas comunes, cuando concurren los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo»*.

De manera que, para realizar cualquier modificación en la configuración hipotecaria de las fincas integrantes de un edificio constituido bajo el régimen de Propiedad Horizontal (agregación, división, alteración e incluso cerramiento de terrazas) ya no es suficiente que tales actos estén autorizados en los estatutos comunitarios. Se precisa autorización administrativa expresa «en todo caso» como determina rotundamente la Ley, y además, aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

⁴ No olvidemos que la atención y bienestar de las personas de la tercera edad en todos sus aspectos deben ser preservados por los poderes públicos como dispone el art. 50 de la Constitución Española.

Por otro lado, como sostienen algunos autores⁵, la autorización de la Junta de copropietarios se impone para tales cambios o transformaciones, exista o no cláusula estatutaria al respecto, por las siguientes razones, aunque no es pacífica tal postura, que el tiempo y la jurisprudencia irán despejando y asentando:

- La cuota *sólo* se puede variar conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 17, según el art. 3 b).
- La regulación legal ya no es tan rígida, al desaparecer la unanimidad que recogía del derogado artículo 8 de la LPH.
- Afecta al título constitutivo.
- Se permite el arbitraje, si viene contemplado en el título constitutivo, o el propio Juez podrá resolver en equidad.
- Cuando el legislador quiere excluir la autorización lo hace (actuaciones de rehabilitación, etc.).
- Ahora es posible alterar la cuota de los demás elementos.
- La Junta ha de autorizar las obras, salvo excepciones y, en su caso, las indemnizaciones.
- Según el último párrafo del artículo 396 del Código Civil «esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados».

No obstante, otros autores sostienen que este cambio radical supondría una alteración total en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y que provocaría dejar sin efecto una gran cantidad de estatutos inscritos con reglas permisivas, que quedarían desactivadas sin un pronunciamiento expreso del Legislador al respecto⁶.

⁵ MERINO ESCARTÍN. J.F. Resumen de la Ley de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. En: www.notariosyregistradores.org.

⁶ Es interesante la reflexión que al respecto hace MARQUÉS MOSQUERA, C. («La reforma de la ley de propiedad horizontal». *Op. Cit.* p. 74) al afirmar que «la jurisprudencia en diversas sentencias (por todas, la STS de 30 de septiembre de 2010) y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (resolución de 26 de febrero de 1988), con carácter previo a la reciente reforma legal, habían admitido la cláusula estatutaria que exonera de la necesidad de acuerdo de Junta para estos supuestos, bien entendiendo que aquellos que han comprado un piso o local existiendo semejante cláusula estatutaria ya habrían otorgado el consentimiento que exigía el artículo 8 citado con carácter anticipado, bien defendiendo que no se trataba de una norma imperativa y que, por tanto, admitía pacto estatutario en contrario. Es por ello que defendemos que de existir previsión estatutaria exonerando de la necesidad de acuerdo de Junta en estos supuestos, habrá que estar a lo acordado».

Por ello, se puede defender con cierta solvencia, sin tener aún jurisprudencia al respecto, que las cláusulas estatutarias inscritas en el Registro de la Propiedad antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2013, de 26 de junio, pueden utilizarse para tales actos, no así las que se realicen a partir de esa fecha.

En consecuencia, las Juntas de Comunidad celebradas con el objeto de modificar el título constitutivo deben planificarse exhaustivamente, con el fin de conseguir los quórum mínimos precisos (tres quintas partes del total de propietarios, que a su vez representen las tres quintas partes de las cuotas de participación). Tales quórum son aplicables también a la supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia y otros servicios comunes.

Pero con independencia de la normativa que rige en el sistema de Propiedad Horizontal, y en los Estatutos que obren en el título constitutivo, habrá que estar a lo regulado en las distintas leyes autonómicas del Suelo, pues algunas de ellas, como la Andaluza⁷ exigen para la constitución o modificación de complejos inmobiliarios privados, sometidos al régimen jurídico de Propiedad Horizontal, con algunos matices, la correspondiente licencia municipal de acuerdo con lo regulado en los artículos 66.4 de la Ley Orgánica de Urbanismo de Andalucía y 8. A) del Reglamento de Disciplina Urbanístico de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Ello significa, que para cualquier modificación del citado régimen se precisa autorización administrativa, acorde con el alcance de tal modificación⁸, por lo que habrá que tener presente este hecho para cada actuación notarial y registral.

Por tanto, en el aspecto subjetivo, para poder llevar a cabo cualquier modificación en la Propiedad Horizontal⁹ –después de obtener los quórum precisos– hay que entender válidos los acuerdos adoptados por uno de los esposos casado en régimen de gananciales y del que sea titular registral, para tal sociedad, vinculando el voto positivo de dicho cónyuge al acuerdo de modificación en virtud de lo preceptuado en el artículo 1384 del Código Civil¹⁰. Los demás

⁷ El RDL 8/2011, de 1 de julio, en su Exposición de Motivos, establece una vinculación directa entre los complejos y la propiedad horizontal al señalar que «Se establece también una nueva autorización administrativa para inscribir el régimen de propiedad horizontal de los complejos inmobiliarios».

⁸ RUIZ BURSÓN, F.J. «La licencia urbanística de los complejos inmobiliarios privados (comentario del artículo 17.6 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que regula el texto refundido de la Ley del Suelo)». En: Revista Jurídica del Notariado. Consejo General del Notariado. Núm. 81. Enero-marzo 2012. P. 507.

⁹ Vid. RDGRN de 15 de junio de 2011.

¹⁰ Vid. RDGRN de 30 de julio de 2011.

vecinos deberán asistir personalmente o por representación legal o voluntaria, bastando para acreditar ésta un escrito firmado por el propietario, sin más requisitos como determina el artículo 15 de la LPH. Además, si la vivienda o local se hallare en usufructo, la asistencia y el voto corresponderá al nudo propietario, quien, salvo manifestación en contrario, se entenderá representado por el usufructuario, debiendo ser expresa la delegación cuando se trate de los acuerdos a que se refiere la regla primera del artículo 17 o de obras extraordinarias y de mejora.

Ciertamente, podemos afirmar categóricamente con MAGRO SERVET¹¹ que cualquier transformación o alteración de los elementos comunes no puede entenderse aceptada por retraso en la interposición de la demanda correspondiente por la comunidad de propietarios, aunque *«el único tope teórico existiría en el transcurso de los plazos de prescripción, que serían de 15 años por aplicación del art. 1.964 CC. Ahora bien, en estos casos se deben considerar las circunstancias particulares, ya que aunque la acción no haya prescrito es obvio que si se tarda un tiempo considerable en ejercitar la acción, el comunero podría acreditar el largo tiempo durante el cual ha estado disfrutando de la reforma sin que nadie le haya dicho nada; para ello debería acreditar cuándo concluyó la obra, lo que podría hacer mediante facturas del coste de la obra»*. Recordemos que, el consentimiento tácito exige la realidad de un acto que ponga de manifiesto la aceptación, no considerándose en ningún caso el silencio como consentimiento tácito¹².

III. DESAFECTACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES

Para poder llevar a cabo la desafectación de cualquier elemento común es necesaria la expresada unanimidad, que irremediablemente será exigible por el Notario si lo que se pretende es desvincular un anejo inseparable de un elemento independiente, pues dicha acción va más allá de una simple segregación de una parte del mismo permitida por los estatutos de la Comunidad. Piénsese que generalmente estaremos ante una finca discontinua sin colindancia con la vivienda, que estará situada en otra parte del edificio (normalmente en el sótano o bajo la cubierta). No obstante, nada impide que exista la posibilidad de desvinculación de esos anejos inseparables por

¹¹ *Propiedad Horizontal. 657 preguntas y respuestas*. Editorial Sepín. Madrid, 2009. pp. 65-66.

¹² *Cfr.* SSTS de 25 de enero de 1961, 10 de junio de 1966 y 29 de enero de 1965.

estar concretados y determinados en los estatutos unidos al título constitutivo¹³ y así figurar inscritos en el Registro de la Propiedad correspondiente.

Por el contrario, el citado consentimiento unánime de la Comunidad de Propietarios, para otros supuestos como el establecimiento de un ascensor en el suelo de un patio de luces cuyo uso y disfrute corresponde en exclusiva a un propietario, precisa necesariamente el consentimiento del comunero afectado, por más que dicho establecimiento sea beneficioso para la comunidad o pueda favorecer la accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹⁴, como determina el último párrafo del artículo 17.4 de la LPH que dice: «*No podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso*». También sería necesaria la unanimidad para destinar la vivienda del portero a otro uso.

Traemos a colación en este momento las modificaciones en el régimen de propiedad horizontal que se efectúen para la supresión de barreras arquitectónicas para personas con discapacidad a que hace alusión el párrafo 2 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal¹⁵. Este texto normativo rebaja el quórum necesario para la adopción de tales acuerdos, dado el matiz social y asistencial que revisten, exigiendo el voto favorable de la mayoría de los presentes que representen a su vez la mayoría de las cuotas de los asistentes.

¹³ Vid. RDGRN de 17 de enero de 2006.

¹⁴ Tal patrón fue ratificado por la STS de 12 de abril de 2012, que ante un hecho similar manifestó: «*De una parte, el artículo 11.4 de la Ley de Propiedad Horizontal, en todo caso, exige el consentimiento del propietario afectado y, de otra, el artículo 11.1, distingue entre las innovaciones exigibles y las no exigibles por parte de los dueños, no obstante tanto unas como otras, si afectan o hacen inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, requerirán el consentimiento expreso de éste, tal como establece el artículo 11.4, que, al mencionarlas, no distingue entre las exigibles y las no exigibles. En definitiva, no hay duda de que la instalación de un ascensor es una innovación, a la que es aplicable plenamente el artículo 11.4, toda vez que el artículo 17 aborda tan solo el régimen de mayorías necesarias para adoptar válidamente los acuerdos por la Junta de Propietarios*».

¹⁵ Estos interesantes párrafos exigen un quórum menor, expresando literalmente: «*2. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.1 b), la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con discapacidad y, en todo caso, el establecimiento de los servicios de ascensor, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación*».

Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos, aun cuando su importe repercutido anualmente exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes».

En este asunto es sensato el criterio de ÁVILA NAVARRO¹⁶ relativo a la importancia que tiene documentar tales modificaciones en documento público, pese a que estas obras se realicen con un simple acuerdo comunitario, como por ejemplo: establecimientos de rampas, ascensores, sillas móviles, etc. La razón esgrimida por este Registrador es que *«podría ocurrir que cualquier posterior adquirente de un departamento se oponga a las obras por no constar en los estatutos y por suponer una modificación del título constitutivo que él no ha consentido ni ha podido conocer en el Registro. Por eso parece conveniente que la autorización o decisión se reflejen en un artículo estatutario, creado o modificado al efecto. E, incluso, si es posible, que no sea una autorización para un caso concreto, sino con carácter general para cualquier otro caso general»*. De forma que es prudente establecer pautas claras y perdurables vía modificación estatutaria mediante la protocolización del acuerdo en documento público que facilite, de ser posible, su constancia frente a todos los vecinos y terceros mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por esta razón, a las Juntas de copropietarios celebradas con el objeto de modificar el título constitutivo, salvo para la realización de las obras enumeradas en el núm. 2 del artículo 17 de la LPH, deberán asistir todos los vecinos y aceptar el acuerdo sin oposición, debiendo contar además, con el consentimiento de terceros afectados, incluso aunque los acuerdos de la Junta fueran anteriores¹⁷. De ello se infiere, que los acuerdos de la Junta deben elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad antes de cualquier transmisión de los pisos o departamentos independientes afectados, porque en caso contrario, como decíamos anteriormente, deberá recabarse el consentimiento de los nuevos propietarios con posibles complicaciones no deseadas¹⁸, lo que nuevamente avala el criterio de la importancia de inscribir en el Registro de la Propiedad cualquier escritura pública relativa a bienes inmuebles.

Puntualizar también, que no es necesario el consentimiento individualizado de todos los propietarios, bastando el acuerdo unánime de la Junta de Comunidad de condueños¹⁹, al no existir riesgo lesivo para ningún propietario, ya que con el precio obtenido existe un enriquecimiento proporcional a la cuota de participación de cada

¹⁶ *Formularios Notariales*. Op. Cit. p. 547.

¹⁷ Así lo determinó la RDGRN de 9 de febrero de 2008.

¹⁸ *Vid.* RDGRN de 22 de septiembre de 2009.

¹⁹ *Cfr.* RRDGRN de 4 de marzo de 2004; 23 de marzo de 2005, y 30 de noviembre de 2006.

comunero²⁰. Caso distinto sería una pretendida desafectación de un elemento común, con modificación del título constitutivo en beneficio de un solo propietario, siendo preciso en este supuesto el concurso de todos y cada uno de los copropietarios²¹, pues la declaración de obra nueva es un acto de riguroso dominio que debe ser realizado por el dueño del inmueble o quien tenga facultades para administrar su patrimonio mediante el correspondiente poder notarial o autorización judicial²². Téngase presente que estamos ante lo que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha llamado «actos colectivos» que son competencia exclusiva de la Junta de Propietarios, que se contraponen a los «actos individuales», que por afectar al derecho esencial de propiedad exigen el consentimiento individual de los propietarios afectados²³.

En este momento es preciso recordar el contenido del artículo 3 de la LPH, respecto a que la cuota de participación podrá variarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 17 de la LPH, dejando atrás la necesidad de «acuerdo unánime» que se exigía antes de la Ley 8/2013. La citada LPH ha superado el concepto clásico de la copropiedad romana o por cuotas, de las que se aleja notablemente al no reconocer a los copropietarios la acción de división o el derecho de retracto²⁴, dotando a la Comunidad de Propietarios de unas especiales facultades sobre los elementos comunes dando realce a estos sobre los derechos individuales.

¿Pero qué ocurre si no asisten todos los vecinos? ¿Será válido el acuerdo de desafectación?

En este caso, habrá que notificar a los ausentes fehacientemente²⁵, como refiere el artículo 17.8 de la LPH, entendiéndose que si transcurrido un mes desde la notificación el interesado no manifiesta de forma fehaciente su discrepancia, se entenderá su voto como fa-

²⁰ En este aspecto, coincidimos con la RDGRN de 30 de noviembre de 2006, en cuanto a que «*en materia de propiedad horizontal, debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos, que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario; y aquellos otros actos que por afectar al contenido esencial del derecho de dominio requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad*».

²¹ Vid. RDGRN de 27 de diciembre de 2010.

²² Cfr. RDGRN de 21 de mayo de 1991.

²³ Vid. RDGRN de 27 de diciembre de 2010.

²⁴ Así lo determina expresamente unos de los párrafos del art. 396 CC que indica que «*En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto*».

²⁵ Vid. SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 26 de julio de 2005.

vorable y vinculado por el acuerdo, que no será ejecutivo hasta que transcurra el citado plazo de treinta días naturales, salvo que manifieste su conformidad antes de dicho término, extremo que deberá realizar por escrito privado, aunque si fuese un vecino conflictivo no estaría de más documentar tal aseveración fehacientemente por documento público. Esta cautela de notificar a los ausentes tiene el sentido de que nadie pueda apropiarse de la parte abstracta que en la propiedad pueda corresponder al comunero disidente.

El procedimiento de notificación se regula en el artículo 9 de la LPH. Sinceramente aconsejamos que dicha notificación se realice notarialmente, por su agilidad, veracidad, exactitud y eficacia²⁶ a unos costes muy asequibles y razonables.

¿Será necesario que en la certificación del acuerdo o en la escritura, se contenga una lista nominativa de los distintos copropietarios asistentes a la Junta y de la identidad de los no asistentes a los que se ha de notificar el acuerdo? ¿puede ser suficiente que se consigne que a la Junta asistieron cierto número de propietarios sin decir nombres y que se ha notificado a los no asistentes, sin expresar tampoco sus nombres e identidad?

Pues la solución correcta es la segunda pregunta (no es preciso expresar la identidad), y esta afirmación se asienta en una Resolución de la DGRN de 4 de marzo de 2004, aunque existe una norma en Derecho relativa a que *lo que abunda no daña*. Cuanto más rigor y exhaustividad en la reseña de los propietarios y vivienda mucho más completa quedará el acta que se levante al efecto.

Otra cosa diferente, es la supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia y otros servicios comunitarios, cuyo quórum es de tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez representen las tres quintas partes de las cuotas de participación como señala el mismo artículo citado. Entendemos, por ejemplo, que para alquilar un piso que sea elemento común no se necesita el acuerdo unánime de todos los copropietarios, ya que se

²⁶ Téngase en cuenta que la Ley no utiliza la expresión «notificación fehaciente» sino la expresión «por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción», en los artículos 9.1.h) y 17.1.4, lo que implica que la LPH no exige la fe pública notarial. No obstante, estamos con PÉREZ PASCUAL, E. (*Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal*. Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado. Madrid, 2001, cuando afirma que «*resulta indudable que la notificación realizada bajo el amparo de la fe pública extrajudicial, concretamente la fe pública notarial, es la más eficaz de notificar por la presunción iuris tantum que comporta en cuanto a la realidad de la fecha, autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de las partes manifestada ante el notario*».

trata de un acto de administración, que solo requiere la mayoría prevista en la regla 2ª del artículo 16 de la LPH (es decir, la mayoría de los propietarios que representen a su vez la mayoría de las cuotas de participación).

¿Habría posibilidad de sacar adelante el acuerdo de desafectar un elemento común con la oposición de algún vecino? Sí, si prospera la acción para obtener la sustitución de tal postura por vía judicial, en el llamado «juicio de equidad» a que se refiere el segundo párrafo del núm. 7 del artículo 17 de la LPH que señala que «cuando la mayoría no se pudiere lograr por los procedimientos establecidos en los apartados anteriores, el Juez, a instancia de parte deducida en el mes siguiente a la fecha de la segunda Junta, y oyendo en comparecencia los contradictores previamente citados, resolverá en equidad lo que proceda dentro de veinte días, contados desde la petición, haciendo pronunciamiento sobre el pago de costas»²⁷. Ciertamente se abre una puerta al posible bloqueo de un copropietario «irrazonable», pero sin duda, se alargaría la transmisión y acrecentarían los gastos (de Abogado, Procurador y tasas judiciales) para conseguir el mismo fin, sin perjuicio del clima de crispación que se viviría en la comunidad.

Por supuesto, para poder «crear» un elemento privativo de un elemento común existente, es preciso efectuar una redistribución de las cuotas de los restantes elementos independientes, de tal forma que hay que asignar al nuevo piso formado (portería, por ejemplo) una cuota y redistribuir las cuotas de los demás departamentos, de forma que nuevamente todos ellos sumen en total el 100 % del total edificio. Como es obvio, tal creación del nuevo departamento debe estar en conexión con la obra nueva declarada en su día como indica el artículo 53.a del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística que determina que «no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración e obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número». De manera, que tal piso o local debe existir desde el principio, y únicamente en ese supuesto es factible realizar la desvinculación del mismo como elemento común o tal posibilidad será inviable si dicho departamento fuese privativo de origen²⁸.

²⁷ STS de 13 de marzo de 2003.

²⁸ Cfr. SAP de Bilbao, de 30 de abril de 2012.

Dado que la Comunidad de Propietarios no tiene personalidad jurídica no podría efectuarse una adjudicación de la vivienda del portero a su propio nombre²⁹. Este hecho es reconocido por la jurisprudencia, pues por ejemplo las anotaciones de embargo que se traben contra una Comunidad de Propietarios hay que dirigir las contra todos los propietarios individualmente por la carencia de personalidad de aquélla³⁰. Por esta razón, es preciso en el mismo instrumento público, tras realizar la operación de desafectación y en cláusula independiente efectuar simultáneamente una venta, bien a favor de todos los condueños en proindivisión o enajenarlo a uno solo de ellos o a un tercero. Desde luego, lo que está totalmente vetado es realizar la transmisión directamente a favor de la Comunidad de Propietarios³¹, ya que en tal supuesto, el Registro de la Propiedad denegaría la inscripción por las razones expuestas, aunque estaríamos ante un defecto subsanable si posteriormente se realizase la transmisión en otra escritura separada y complementaria de la anterior, extremo este que hay que evitar por el encarecimiento de la operación y por el propio prestigio profesional.

Por su parte, el destino del dinero obtenido con la venta de la finca desafectada puede ser repartido entre todos los copropietarios en proporción a sus respectivas cuotas de participación, pero la Junta General puede determinar destinar la cantidad obtenida, en todo o en parte, a otros fines de interés comunitario, como pueden ser realizar reparaciones del edificio, dejarla en el fondo de reserva, amortizar deudas existentes, etc.³²

Naturalmente, como decíamos anteriormente, actualmente por imperativo del núm. 3 del artículo 17 de LPH, cualquier obra de rehabilitación o modificación de la división horizontal precisa en todo caso autorización administrativa, y el órgano de gobierno de la Comunidad de Propietarios tiene que ser diligente en este sentido. No obstante, si un comunero tiene una licencia administrativa para realizar una obra concreta en su propia vivienda, aquélla no será vinculante ni se puede entender que es una autorización general que afecte a la Comunidad, si se estima que la misma lesiona los intereses comunitarios³³.

²⁹ *Vid.* RRDGRN de 1 de septiembre de 1981 y 23 de junio de 2001.

³⁰ *Vid.* RRDGRN de 27 de junio de 1986, 7 de julio de 1986 y 13 de julio de 2013.

³¹ *Vid.* RDGRN de 25 de mayo de 2005.

³² *Vid.* SAP de Burgos, de 31 de octubre de 2003.

³³ *Vid.* SAP de Málaga de 7 de febrero de 2001.

III. LA SITUACIÓN DE CARGAS DEL ELEMENTO DESAFECTADO

La mayoría de las operaciones de desafectación de elementos comunes se realizan para prescindir del servicio del portero, y ahorrarse el importe de su sueldo, seguridad social, etc. Pero además, tal acción hipotecaria generalmente tiene el objetivo de venderla a un tercero, previa desafectación y obtener unos ingresos adicionales importantes o optar simplemente por arrendarla.

Con los ingresos recibidos se pueden atender diversos gastos comunitarios, como los de reparación del tejado, de las fachadas o dedicar parte de su importe a cubrir los gastos derivados de la Inspección Técnica del Edificio, el Informe de Evaluación de los Edificios³⁴, etc. Pero *«Además, a nadie se escapa que dichas edificaciones normalmente suelen tener cierta antigüedad (ya que por regla general las nuevas construcciones de las zonas de ensanche prescinden de servicio de portería) y por su propia ubicación en el centro del casco urbano tienen un elevado valor de mercado³⁵»*, lo que implica una operación muy rentable para las arcas comunitarias.

Cuando se desafecta un elemento común para convertirlo en elemento privativo (susceptible, por tanto de venta separada e independiente) puede ocurrir que algunos de los departamentos o viviendas del edificio, o tal vez todos ellos, se encuentren gravados con hipoteca o cualquier otro derecho real³⁶. Es evidente que esas hipotecas afectan a las viviendas y a la participación inseparable de éstas en los elementos comunes del edificio del que forman parte.

Pongamos un ejemplo para ver el tema con más claridad: pensemos que la finca objeto de desafectación es un local comunitario con sala de juegos, sauna y piscina climatizada. La desaparición de estos elementos comunes, obviamente, restaría valor a las viviendas del edificio y, por ello, el acreedor hipotecario de esas viviendas vería mermado su derecho de garantía al minorarse el valor real originario que ostentaba.

³⁴ Este informe es de nuevo cuño a raíz de la entrada en vigor de la Ley 8/2013, de 26 de junio, y se aplica a las edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva como determinan los arts. 4 a 6 de dicha Ley.

³⁵ BOTÍA VALVERDE, A. «Desafectación de vivienda destinada a portería y su venta libre de cargas». En: Revista Jurídica del Notariado. Enero – Marzo 2004. P. 287.

³⁶ Contra la actual solución de la DGRN, existe un excelente artículo de VENTOSO ESCRIBANO, A. «Observaciones a la Resolución de 13 de junio de 1998 sobre desafectación de portería». En: *La Notaría*. Colegio Notarial de Barcelona. Septiembre 1998, págs. 127-137.

Por este motivo, existe un arrastre de las cargas que gravan las viviendas al nuevo local que nace como consecuencia de la desafectación³⁷; algo parecido a lo que ocurre cuando segregamos una porción de una finca hipotecada, es decir, que la nueva finca segregada queda respondiendo de la totalidad de la hipoteca que grava la finca matriz, mientras no se produzca una redistribución de la hipoteca o sea liberada de responsabilidad la finca segregada, lo que, obviamente, pasa por el consentimiento expreso de cada uno de los acreedores hipotecarios que existan en todo el edificio³⁸.

Como se ha venido sosteniendo, es principio básico de nuestro sistema, que la división de una finca hipotecada no precisa del consentimiento del acreedor hipotecario³⁹, si bien, de no mediar dicho consentimiento, cada una de las nuevas fincas resultantes responderán de la totalidad del crédito constituido, teniendo el acreedor la facultad de pedir la ejecución de cualquiera de ellas o de todas simultáneamente como refieren los artículos 122 y 125 de la Ley Hipotecaria. En tal sentido, el acreedor podrá dirigir su acción contra el elemento hipotecado y contra la antigua vivienda destinada a portería, pero en cuanto a ésta última, sólo en proporción a la cuota que en los elementos comunes tenía el elemento privativo hipotecado cuando la vivienda del portero era todavía elemento común⁴⁰.

³⁷ Vid. RDGRN de 4 de junio de 2003.

³⁸ Las RRDGRN de 13 de junio de 1998, 28 de febrero de 2000, 11 de octubre de 2001 y 4 de junio de 2003, han dejado asentado cierta doctrina con dos principios claros:

1. La competencia de la Junta de Propietarios para determinar la desafectación y posterior venta, sin que sea necesario el consentimiento de otros titulares de derechos reales limitados, entre los que podemos referir los acreedores.

2. Los titulares de ius in re aliena sobre los diversos componentes no pueden verse perjudicados en sus derechos por la decisión legítimamente adoptada por la Comunidad de Propietarios al respecto.

³⁹ El propio art. 405 CC establece que «*La división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca*». Deja patente «*el Código el principio de indemnidad o no perjuicio basado a su vez en el principio prior tempore potior iure, en tanto que, al ser anterior al derecho del tercero, cualquier acto posterior debe serle inoponible. En materia concreta de hipoteca, y para el caso de división material de finca hipotecada, consagra el mismo principio el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, permitiendo al acreedor dirigirse contra todas las fincas resultantes o sólo contra alguna de ellas*». BOTÍA VALVERDE, A. «Desafectación de vivienda destinada a portería y su venta libre de cargas». *Op. Cit.* p. 291.

⁴⁰ Como regula el art. 117 LH, el acreedor hipotecario dispone de la acción de devastación, que le garantiza, que estando vigente su derecho, el propietario no puede perjudicar la integridad del objeto sobre el que recae el gravamen.

En síntesis, las operaciones de división o alteración de fincas realmente no afectan a terceros como sostiene la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴¹.

De lo anterior, podemos extraer la conclusión de que es preferible en la labor técnica y de asesoramiento jurídico que realizan los Administradores de Fincas, Abogados y los profesionales de las Notarías, exponer con claridad a los clientes de los riesgos que el futuro comprador del elemento desafectado asume si se hace cargo de las hipotecas que afectan a los pisos integrantes del edificio. Sin duda alguna, para tener un conocimiento exacto del estado de cargas de todos los departamentos independientes, la prudencia aconseja que el Notario solicite al correspondiente Registro de la Propiedad información de todas las fincas integrantes del edificio como determina el artículo 175 del Reglamento Notarial o que el Administrador de la Finca las obtenga personalmente.

En esa tarea de información, deberíamos dar énfasis a la conveniencia de que las entidades acreedoras liberen de responsabilidad a la nueva finca creada. No suelen poner muchos reparos en hacerlo, aunque como nada tienen que ganar tampoco suelen mostrar mucho interés, dilatándose generalmente el otorgamiento, más aún si la adquisición de la finca precisa de financiación bancaria.

En el aspecto técnico, para el citado consentimiento de los acreedores bastaría con una simple certificación emitida por el Banco acreedor autorizando la desafectación y liberando a la nueva finca creada de la hipoteca que ostenta a su favor, debiendo estar legitimados notarialmente los cargos y firmas de los suscriptores de la misma⁴². Lógicamente también se podría llevar a cabo tal consentimiento liberatorio mediante la comparecencia personal de los apoderados del Banco en la propia escritura de desafectación o en otro documento público previo o posterior. Esta última fórmula sería, sin duda, la más idónea, pero de difícil consecución, pues el acreedor nada tiene que ganar y como decíamos anteriormente, desgraciadamente no suelen colaborar excesivamente en este asunto.

Conviene hacer un inciso respecto a que el citado artículo 53, punto a, del Real Decreto 1093/1997, expresa que «*No podrán consti-*

⁴¹ Vid. RDGRN de 28 de Febrero de 2000.

⁴² Vid. Art. 256 RN. Este procedimiento reglamentario es más factible de asumir ya que implica menos gasto y tiempo para los apoderados de las Entidades financieras. Dice el tenor del artículo que «*La legitimación de firmas es un testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del notario, o el juicio de éste sobre su pertenencia a una persona determinada*».

tuirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número...». Es decir, en la escritura de declaración de obra nueva del edificio, al describir la composición del mismo, tiene que aparecer que existe desde el inicio una vivienda destinada a portería, un local destinado a zona de recreo, un cuarto destinado a almacén, etc., y así constará en el proyecto redactado en su día, o tal vez, dicha reseña se incluya en los Estatutos protocolizados a la citada escritura. Además, todos estos datos descriptivos figurarán debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad⁴³.

Nótese, que para poder crear un departamento independiente jurídica y registralmente de nueva planta, todas las legislaciones del Suelo exigen, obviamente, licencia municipal (o autorización administrativa), y así se contempla también en el artículo 2, punto 2, b de la Ley 38/1999, de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación que indica la necesidad de proyecto para las «*obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que altere la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tenga por objeto cambiar los usos característicos del edificio*», y además, como hemos expresado anteriormente ahora es un requisito imperativo contemplado en el artículo 10.3 de la propia LPH.

¿Cuál es la razón existente detrás del razonamiento expresado?

Pues que las edificaciones deben realizarse buscando la funcionalidad, seguridad y habitabilidad razonable de las edificaciones. No se pueden crear departamentos al arbitrio de cualquier persona, como no es factible cerrar pasillos o destinar para otros usos departamentos que no cumplan las mínimas exigencias de habitabilidad y seguridad estructural reguladas en la normativa urbanística⁴⁴. A lo anterior, hay que añadir que en las últimas normas urbanísticas se está dando énfasis a la rehabilitación de los edificios y a la «regeneración» y renovación de los tejidos urbanos existentes⁴⁵, con el fin de asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efecti-

⁴³ Vid. RDGRN 11 de marzo de 2004.

⁴⁴ Vid. SSAP de Soria (Sección única), de 2 de septiembre de 1996 y de Madrid (sección 12) de 20 de enero de 1997.

⁴⁵ Según recientes informes el 55 % (13.759.266) del parque edificatorio en nuestro país que asciende a 25.208.622 viviendas, es anterior al año 1980 y casi el 21 %

vidad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada a cada familia como un derecho constitucional reconocido⁴⁶.

IV. AFECTACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES

Nos encontramos ante la otra cara de la misma moneda: la desafectación antes tratada⁴⁷. Para esta operación hipotecaria se requiere igualmente acuerdo unánime de la Junta General de copropietarios, y en su defecto, efectuar las notificaciones preceptivas en tiempo y forma siguiendo el patrón regulado en el artículo 17 de la LPH.

Para entender mejor esta figura registral podríamos poner como ejemplo la supresión de fincas independientes, tal vez, por medidas de seguridad o por conveniencia de la propia Comunidad de Propietarios. Imaginemos un supuesto concreto: tras una inspección municipal en los garajes de un edificio antiguo, se precinta el acceso al mismo por existir más plazas de aparcamiento que las legalmente admitidas por la normativa urbanística, y por medidas de seguridad se decreta la supresión o amortización de algunas de las plazas existentes para la reapertura del local.

En este caso se trata de un elemento privativo que se afecta a un uso común⁴⁸. Por supuesto, hay que modificar el título constitutivo –dedicando las plazas amortizadas a zona libre, peatonal o de rodadura– lo que conllevaría la unanimidad, y además, evitar en la confección del documento que pueda pretenderse la inscripción a nombre de la Comunidad de Propietarios, supuesto que provocaría su no inscripción en el Registro de la Propiedad por carecer de personalidad jurídica, como antes dijimos. Por eso, habría que redistribuir nuevamente todas las cuotas y afectar el piso, local o garaje como elemento común, pasando su descripción a formar parte de los rasgos singulares de la composición del edificio consignados en la escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal, cuya nueva descripción deberá figurar en el Registro.

(5.226.133) cuenta con más de 50 años, lo que demuestra la vejez de nuestros edificios, y de la necesidad de acometer grandes obras de rehabilitación y adecuación.

⁴⁶ Art. 47 CE.

⁴⁷ AVILA NAVARRO, P. *Formularios Notariales*, Op. Cit. Págs. 361-362.

⁴⁸ Vid. RDGRN de 1 de septiembre de 1981. Esta resolución hace distinción entre los elementos comunes esenciales y aquellos de carácter mudable por su destino, expresando que estos últimos podrían dejar de formar parte de la copropiedad.

A tener en cuenta por último, que si ese departamento o plaza de garaje estuviese gravado habría que cancelar el mismo para que no exista el arastre de cargas al que antes hicimos alusión.

V. CONCLUSIONES

Las escrituras públicas de desafectación y la de afectación de elementos comunes, exigen de los profesionales del derecho, Abogados, Notarios, Administradores de Fincas, etc., un trabajo previo a su otorgamiento intenso y cuidadoso, para que resulte plenamente eficaz y no se escape ningún detalle preciso que impida su inscripción en el Registro de la Propiedad, o perjudique los derechos de los adquirentes desconocedores del arrastre de cargas que puede conllevar tal operación.

Digno de destacar es la labor que se desarrolla en las Notarías en este tipo de documentos, pues se suele controlar la debida representación de la Comunidad de propietarios, el quórum de la Junta, su unanimidad, que se efectúen las notificaciones pertinentes y en debida forma a los vecinos ausentes, vigilando además, que no falte ningún paso necesario hasta la transmisión del departamento concreto en un único acto y se registre sin ningún problema⁴⁹, complementando el instrumento público con cuantas notas simples, mapas gráficos, actas de la comunidad, sean necesarias para facilitar su inscripción.

Ciertamente, estos documentos de desafectación y afectación de elementos comunes no suelen deparar elevados honorarios para el Notario, si se tiene en cuenta que su confección implica mucho tiempo y dedicación, pero es precisamente en este tipo de documentos, en los que el Notario demuestra su profesionalidad y servicio funcional con independencia de cualquier otra consideración⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. Art. 170 RN que indica que «En los documentos sujetos a registro, el notario hará la descripción de los bienes que constituyan su objeto expresando con la mayor exactitud posible aquellas circunstancias que sean imprescindibles para realizar la inscripción.

A requerimiento de los otorgantes o cuando el notario lo juzgue conveniente, podrá añadirse cualesquiera otras circunstancias descriptivas no exigidas por la legislación registral, que faciliten una mejor determinación del objeto del negocio jurídico formalizado.

Tratándose de bienes inmuebles, la descripción incluirá la referencia catastral que les corresponda, así como la certificación catastral descriptiva y gráfica, en los términos establecidos en la normativa catastral».

⁵⁰ Art.1 RN.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AVILA NAVARRO, P. *Formularios Notariales*. Tomo IV. Sexta Edición. Editorial Bosch. Barcelona: 2012.
- BOTÍA VALVERDE, A. «Desafectación de vivienda destinada a portería y su venta libre de cargas». En: *Revista Jurídica del Notariado*. Enero-Marzo 2004.
- MAGRO SERVET, V. *Propiedad Horizontal*. 657 preguntas y respuestas. Editorial Sepín. Madrid, 2009.
- MARQUÉS MOSQUERA, C. «La reforma de la ley de propiedad horizontal». En: *El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*. Septiembre-octubre 2013. Núm. 51.
- MERINO ESCARTÍN, J.F. Resumen de la Ley de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. En: www.notariosyregistradores.org.
- PÉREZ PASCUAL, E. (*Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal*). Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado. Madrid, 2001.
- RUIZ BURSÓN, F.J. «La licencia urbanística de los complejos inmobiliarios privados (comentario del artículo 17.6 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que regula el texto refundido de la Ley del Suelo)». En: *Revista Jurídica del Notariado*. Consejo General del Notariado. Núm. 81. Enero-marzo 2012.
- VENTOSO ESCRIBANO, A. «Observaciones a la Resolución de 13 de junio de 1998 sobre desafectación de portería». En: *La Notaría*. Colegio Notarial de Barcelona. Septiembre 1998.