

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11684 *Resolución de 19 de julio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad accidental de Madrid n.º 5, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva y constitución de una comunidad funcional.*

En el recurso interpuesto por don Vicente María de Prada Guaita, notario de Madrid, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad accidental de Madrid número 5, don Ernesto Calmarza Cuencas, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva y constitución de una comunidad funcional.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Vicente María de Prada Guaita, el día 27 de julio de 2017, con el número 1.093 de protocolo, modificada por otra escritura del mismo notario de fecha de 24 de noviembre de 2017, la entidad mercantil «Plaher, S.A.», en liquidación, procedió a declarar por antigüedad la obra de la finca registral número 45.170 del Registro de la Propiedad de Madrid número 5 y a constituir sobre ella una comunidad funcional o de intereses.

II

Presentado dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid número 5, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por don M. M. M. en esta oficina bajo el asiento 926 del Diario 110.º, que se corresponde con la escritura de Declaración de Obra Nueva y Establecimiento de Comunidad de Intento, autorizada el día 27/07/2017 por el notario don Vicente de Prada Guaita, número 1093 de protocolo, en unión de escritura de subsanación autorizada por el mismo notario el día 24/11/2017, número 1.673 de protocolo, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada en base a los siguientes hechos y Fundamentos de Derecho:

I.–Hechos.

Presentado a las 10:00 del día 12/03/2019, con el número de entrada 1.418 y número de asiento 926 del diario 110.º

II.–Fundamentos de Derecho.

1. La finca registral 45.170 sobre la que se declara la obra nueva y se constituye una comunidad funcional o de intereses se describió en el Registro, según su inscripción 1.ª de fecha 20 de septiembre de 1968, de la siguiente forma:

Urbana. Sesenta y cinco.–Planta de cubierta o terrazas, que constituye la décimo-cuarta, de las casas números (...) de Madrid. Tiene una superficie de setecientos cincuenta metros cuadrados y se halla actualmente en estructura. En dicha planta, en su parte posterior central, ocupando una superficie total de noventa y dos metros noventa y

seis decímetros cuadrados se hallan enclavadas las dos viviendas de los porteros de ambas fincas. Tiene acceso por las escaleras de las dos fincas y linda: frente o fachada principal, que es el Sur, calle (...); derecha, mirando desde dicha calle, vuelo del Pasaje Central; izquierda, vuelo del acceso al garaje; y fondo vuelo del Pasaje Posterior y vivienda de porteros, que podrán ser modificadas en cuanto a su estructura y situación siempre y cuando se mantenga en todo momento la existencia de las mismas. La sociedad propietaria tiene el derecho de elevar una o varias plantas más, fijándose la participación de los futuros departamentos o fincas en los elementos comunes en función de su extensión superficial, así como colocar anuncios de la clase y dimensiones que juzgue convenientes. Le corresponde una participación en el solar y demás elementos comunes del inmueble a que pertenece de dos enteros treinta y tres centésimas por ciento.

Con relación a las referencias señaladas en cursiva en la descripción, resulta que al margen de dicha inscripción 1.^a consta la siguiente nota de fecha 6 de marzo de 1974:

«Modificado el régimen de propiedad horizontal del inmueble dejando nula y sin efecto alguno la facultad concedida a la Sociedad propietaria de esta finca para elevar una o más plantas sobre el edificio e instalar anuncios luminosos, así como la de variar la estructura y situación de las viviendas de los porteros, según todo consta de la inscripción 4.^a de la finca matriz. Madrid a 6 de marzo de 1974.»

Y es que, en efecto, esas facultades o derechos que se reservó el promotor fueron dejados sin efecto en virtud de la modificación que a continuación se dice.

2. Inicialmente, en la escritura de declaración de obra nueva de la finca matriz -registrar número 33.493- y su constitución en régimen de propiedad horizontal, se estableció, entre otras normas, que la sociedad propietaria -Plaher SA- tiene el derecho de elevar una o varias plantas más, fijándose la participación de los futuros departamentos o fincas en los elementos comunes en función de su extensión superficial, así como colocar anuncios de la clase y dimensiones que juzgue convenientes; y que son elementos comunes del inmueble todos aquellos que no se hallen de modo específico afectos a un piso o local concreto, presumiéndose en caso de duda, y salvo prueba en contrario, el carácter común del elemento. Así resulta de la inscripción 3.^a de fecha 20 de septiembre de 1968 practicada en virtud de escritura autorizada el día 28 de junio de 1967 y de una escritura adicional autorizada el día 2 de agosto de 1968.

De acuerdo con ello, en la inscripción 1.^a del departamento número sesenta y cinco -finca registral 45.170-, se hizo constar en su descripción lo que se ha reflejado en cursiva en el fundamento de derecho anterior, hoy ya anuladas y sin efecto alguno según se ha dicho, en virtud de la modificación que ahora se indica.

Posteriormente el régimen de propiedad horizontal fue modificado en virtud de un acuerdo de la comunidad de propietarios de fecha 21 de abril de 1972 adoptado por unanimidad y elevado a público en virtud de escritura autorizada el día 7 de febrero de 1974 y que motivó la inscripción 4.^a de la finca matriz de modificación de propiedad horizontal de fecha 6 de marzo de 1974, así como la nota marginal de la finca 45.170 arriba transcrita.

Entre las modificaciones y acuerdos adoptados consta el siguiente: «Sexto: Que anulan y dejan sin efecto alguno la facultad concedida a la Sociedad Propietaria de dicha planta denominada terraza en la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal para elevar una o más plantas sobre el edificio e instalar anuncios luminosos; así como la de variar, en su calidad de propietaria primitiva y constructora del edificio la estructura y situación de las viviendas de los porteros. Estas facultades que ahora se anulan y dejan sin efecto alguno se consignaron en la inscripción 3.^a anterior y en la inscripción 1.^a de la finca 45.170 al folio 221 del tomo 1105». Además, en dicha reunión, se fijaron los coeficientes de cada uno de los departamentos independientes,

asignándose a la planta décimo-cuarta denominada terraza con un coeficiente de copropiedad de dos enteros treinta y tres centésimas por ciento.

3. Por la escritura presentada la sociedad Plaher S.A. titular registral de la finca registral 45.170, departamento número sesenta y cinco, planta cubierta o terrazas, realiza inicialmente las siguientes operaciones:

I. Declara que desde el año 1973 este departamento se halla totalmente construido y dividida de hecho y materialmente en una vivienda y dos oficinas, además de las dos viviendas de los porteros de ambos edificios ubicadas en su parte posterior central.

II. Realiza una descripción nueva y actualizada de este departamento número sesenta y cinco, fijando una nueva superficie. Además, se dice que las viviendas de los porteros fueron objeto de ampliación en su fachada norte por lo que ha aumentado su superficie.

III. Se describe pormenorizadamente como de obra nueva una vivienda y dos oficinas.

IV. Se constituye con estas nuevas construcciones una comunidad funcional o de intereses.

La escritura fue inicialmente presentada el día 7 de agosto de 2017 y calificada con defectos el día 28 de agosto de 2017. Se volvió a presentar el día 17 de agosto de 2018, en unión de la citada escritura de subsanación y calificada con defectos el día 05/09/2018.

Ahora se presenta nuevamente en unión de la escritura de subsanación citada por la que:

1) Se modifica de nuevo la descripción de la finca registral 45.170 que queda en la forma que se dice, fundamentalmente se describe ahora como «planta ático», en vez de planta de cubierta o terrazas como aparece en la descripción registral, y se dice que se dicha planta, que originariamente estaba en estructura, está dividida materialmente y de hecho en tres elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, que son una vivienda y dos oficinas. Y se realiza una nueva descripción de cada uno de estos elementos, añadiendo que tienen acceso independiente y directo desde las escaleras y ascensores que constituyen elementos comunes del edificio del que forman parte, de modo que son susceptibles de aprovechamiento por separado.

2) Se elimina de la redacción de la escritura subsanada el expositivo tercero, que daba cuenta, respecto de la vivienda puerta A, de un saliente que lleva construido más de cinco años y de un corredor perimetral del patio interior que se incorporó a la vivienda hace más de 15 años, y similares precisiones en la descripción de la oficina puerta C y de la oficina puerta D.

3) Se modifica la redacción del Expositivo cuarto de la escritura subsanada, relativo a la configuración del departamento, finca registral número 45.170, como comunidad funcional o de intereses. Entre las normas, se dice que queda al margen de la escritura cualquier consideración sobre las viviendas de los porteros, respetando su configuración originaria tal como consta en el título constitutivo de la comunidad en régimen de propiedad horizontal.

4) En todo lo demás que no haya sido modificado por esta escritura de subsanación, queda plenamente vigente y sin modificación la escritura subsanada.

4. En relación con los actos que suponen una modificación de la descripción del elemento privativo número sesenta y cinco de la división horizontal (planta cubierta o terrazas), finca registral número 45.170 se considera que implican una modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, que requieren para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación (Cfr. artículo 17.6 Ley de Propiedad Horizontal en relación con el artículo 5 en lo que se refiere al contenido del título constitutivo con la descripción pormenorizada, además del

edificio en su conjunto, la de cada uno de los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente).

Ciertamente se parte de una descripción muy imprecisa de este elemento independiente que puede no corresponderse con la realidad física. Pero la rectificación de esta inexactitud, para su adecuación con la realidad extrarregistral, no puede realizarse unilateralmente por el titular del dominio del departamento afectado. Debe tenerse en cuenta que la nueva descripción que se realiza, fijando una superficie y linderos de los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente implica una delimitación con los elementos comunes del edificio que también existen en esta planta, como son las viviendas de los porteros, las escaleras de acceso, escalerilla de acceso a la planta de cubiertas, los ascensores y descansillos de distribución, además del patio central, según resulta todo ello de los planos incorporados a la escritura.

Esta exigencia no resulta salvada aunque en la escritura de subsanación se omita ahora cualquier mención a la descripción de las viviendas de los porteros, manifestando expresamente que quedan al margen de la escritura, pues, se insiste, la propia descripción que se hace ex novo de la porción susceptible de aprovechamiento independiente implica, por exclusión, la delimitación de estas viviendas de los porteros y demás elementos comunes del inmueble.

Y es que, como ha señalado la reciente RDGRN de 23 de marzo de 2018 la entidad de las modificaciones pretendidas en la descripción del componente privativo impiden la inscripción de la escritura otorgada exclusivamente por el dueño de éste. Dice literalmente «Es cierto, como dijo la Resolución de esta Dirección General de 8 de enero de 2016, que tratándose de un elemento privativo, se admite la posibilidad de modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario (vid. artículo 7 de la Ley sobre propiedad horizontal). Pero una modificación en la descripción de un elemento privativo como la presente, en cuanto excede de ese ámbito de actuación individual que se reconoce por la Ley a su propietario, no puede llevarse a cabo sin que se acredite el acuerdo unánime de la junta de propietarios (vid. artículos 5 y 17, apartados 6 a 8, de la Ley sobre propiedad horizontal). Y ello porque las modificaciones que resultan del título calificado suponen una alteración considerable de la descripción de cada uno de los elementos, incluida superficie, linderos y elementos constructivos, de modo que resulta que la configuración dominical del elemento afectado ha sufrido alteración por lo que, dado el contenido negocial de la misma, no es posible hacerlo de modo unilateral por el titular registral... En consecuencia, se pretende una alteración del régimen jurídico de los elementos comunes, lo que es materia que compete a la comunidad, exigiéndose unanimidad en tanto en cuanto tal alteración implica una modificación del título constitutivo y de los estatutos de conformidad con el artículo 17.6 de la Ley sobre propiedad horizontal, según el cual «los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación»

En nuestro caso: (i) se están alterando la superficie del elemento privativo (antes era de 750 m2 con dos viviendas de portero enclavadas, y ahora la superficie es mucho menor, la que resulta de la suma de la vivienda y dos las dos oficinas que ahora se declaran, en total 348,93 metros cuadrados); (ii) se están fijando nuevos linderos del elemento independiente (los que resultan de la vivienda y de las dos oficinas), lo que implica una delimitación unilateral de las zonas comunes; (iii) y en ningún caso puede ampararse en este precepto, por no ser propiamente una rectificación de la descripción, el acceso al Registro de una obra nueva que tiene sus cauces por la vía del artículo 202 Ley Hipotecaria y artículo 28.4 TR Ley del Suelo 2015.

El artículo 201 Ley Hipotecaria señala en su apartado 1 letra e), que no podrá tramitarse el expediente regulado en el mismo (y nótese que el expediente que regula

este artículo tiene mayores garantías que la simple rectificación a la que se refiere su apartado 2) para la rectificación descriptiva de fincas o elementos integrantes de cualquier edificio en régimen de división horizontal. En tales casos será necesaria la rectificación del título original [sic].

Este precepto, recientemente introducido en nuestra legislación hipotecaria, no es más que la lógica consecuencia de la naturaleza jurídica misma de la propiedad horizontal y es plenamente coherente con la regulación especial contenida en la Ley de Propiedad Horizontal en la que se basa la presente nota de calificación y que entiende que la rectificación de la descripción de un departamento independiente implica una modificación del título constitutivo, y esta rectificación exige la unanimidad de los propietarios.

5. Respecto de la consideración de la sociedad Plaher S.A. como titular del dominio de las obras nuevas que ahora se declaran. Como resulta del historial registral de la finca anteriormente expuesto, el departamento número sesenta y cinco propiedad de esta sociedad comprende la cubierta o terraza, pero no el vuelo del edificio que sigue siendo común. Así resulta no sólo del artículo 396 Código Civil, o de la norma estatutaria que presume en caso de duda, y salvo prueba en contrario, el carácter común del elemento, sino también de la modificación de los Estatutos inscritos por las que expresamente y sin ningún género de duda se declaró nula y sin ningún valor ni efecto la facultad concedida a la sociedad propietaria del departamento para elevar una o más plantas. Y sin que pueda desvirtuar esta consideración el hecho de que en la descripción registral de la finca figure al final la expresión «se halla actualmente en estructura», no sólo por la propia ambigüedad de esta mención sino porque resulta contradictoria con la que se hace al principio como «Planta de cubierta o terrazas», que es la misma con la que consta en la inscripción 4.^a de modificación de propiedad horizontal de la finca matriz del edificio del que forma parte, donde se refiere a ella como terraza que indica una realidad física más concreta y definida.

Siendo el vuelo elemento común del edificio sería necesaria la previa desafectación y su conversión en elemento privativo, así como expresión de la causa de atribución de tal elemento a los dueños del departamento número sesenta y cinco (artículos 5, 9, 12 19 y 21 de la Ley de Propiedad Horizontal). Como ha tenido ocasión de señalar la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 20 de abril de 2006 es evidente que, al no configurarse el derecho de vuelo de otra forma, tal derecho era elemento común del edificio, por lo que, si lo edificado mediante el ejercicio de tal derecho deviene en privativo, existe una causa de transmisión no revelada y que es preciso que conste en el Registro.

6. Finalmente, respecto de la constitución de una comunidad funcional o de intereses respecto de las tres fincas en las que materialmente y de hecho está dividido el elemento privativo en cuestión, se dice expresamente en el apartado número 5 sus normas que «Cada uno de los espacios delimitados como de uso exclusivo adscritos a las tres cuotas indivisas reseñadas, tienen acceso directo a elementos comunes de la propiedad horizontal del edificio del que forma parte la finca; por lo que no existe ningún elemento común exclusivamente circunscrito a la comunidad funcional».

Esta configuración jurídica plantea los siguientes problemas:

a) En primer lugar, la comunidad funcional es una figura jurídica reservada por el artículo 68 del Reglamento Hipotecario a las cuotas indivisas de las fincas registrales destinadas «a garaje o estacionamiento de vehículos con asignación de uso exclusivo» y que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha extendido exclusivamente a las fincas registrales destinadas a trasteros (RDGRN de 16 de junio de 2018), por su mismo carácter accesorio respecto de los elementos principales y siguiendo la antigua admisión del antiguo artículo 68.2 del Reglamento Hipotecario, derogado [sic] por razones de carácter administrativo, pero que revela la intención del legislador de reducir las comunidades funcionales a este tipo de elementos.

b) Y por otro lado, si lo querido por los otorgantes fuera la constitución de una «subcomunidad», debe tenerse en cuenta que para que exista tal subcomunidad es

preciso que varios propietarios de elementos privativos dispongan en régimen de comunidad de ciertos elementos o servicios comunes que sean independientes y diferenciados respecto de otros de la misma división horizontal (artículo 2.d Ley Propiedad Horizontal), y tal como ha reconocido la DGRN en resolución de 22 de febrero de 2017. Dice esta resolución «La definición de subcomunidad la encontramos en la letra d) del artículo 2 de la Ley sobre propiedad horizontal cuando dispone que se entiende por tales las que resultan cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el título constitutivo, varios propietarios disponen, en régimen de comunidad, para su uso y disfrute exclusivo, de determinados elementos o servicios comunes dotados de unidad e independencia funcional o económica. En el presente caso no existe una subcomunidad en el sentido indicado en el precepto. No hay varios propietarios de elementos privativos que dispongan en régimen de comunidad de ciertos elementos o servicios comunes que sean independientes, diferenciados respecto de otros de la misma división horizontal, como ocurre, por ejemplo, en los habituales casos de subcomunidades de portales o garajes.»

En nuestro caso, se declara expresamente que no existen ningún elemento común adscrito a la comunidad funcional. Por ello, puede concluirse que lo que se pretende es crear una división material de un elemento privativo para lo cual, además de la autorización administrativa que se inserta, se requiere la aprobación de las tres quintas partes de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación (artículo 10.3 letra b Ley Propiedad Horizontal).

Por lo expuesto, y por considerarlo defectos subsanables se procede a la suspensión de los asientos solicitados.

Contra el presente acuerdo de calificación del Registrador (...)

Madrid El Registrador accidental, Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Ernesto Calmarza Cuencas registrador/a de Registro Propiedad de Meco a día dieciocho de Marzo del año dos mil diecinueve».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Vicente María de Prada Guaita, notario de Madrid, interpuso recurso el día 26 de abril de 2019 en virtud de escrito en el que señalaba lo siguiente:

«Primero.—Respecto a la modificación de la descripción del elemento privativo n.º 65 de la división horizontal, en los Fundamentos de Derecho de la calificación se invocan como argumentos de Derecho Positivo los artículos 5 y 17.6 de la Ley de Propiedad Horizontal para sostener la necesidad de acuerdo unánime de los propietarios, por tratarse de actos relativos a la modificación de la descripción de un elemento privativo que implican una modificación título constitutivo.

El artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal se refiere al título constitutivo de la propiedad por pisos, señalando las circunstancias que hay expresar en la descripción del edificio. Al referirse a los pisos o locales, dice qué circunstancias han de hacerse constar. En concreto; «La (descripción) de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano. En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local.

Por su parte, el artículo 17.6 de dicha Ley establece que 6. Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación.

Dichos preceptos para su desarrollo y adecuada exégesis deben ponerse en relación con el art. 7 de la misma ley, el artículo 201.2 de la Ley Hipotecaria, y artículo 3 del RDL 1/2004, de 5 de marzo, del Catastro Inmobiliario

El artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, reza como sigue «El propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad.»

Vista la calificación del Registrador de la Propiedad, parece claro que no duda de que la nueva descripción registral de la finca que se hace en la escritura no menoscaba ni altera la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, ni perjudica los derechos de otro propietario. Pues nada se dice sobre el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal en la calificación.

El artículo 201.2 de la Ley Hipotecaria establece que «Podrá, no obstante, realizarse la rectificación de la descripción de cualquier finca, sin necesidad de tramitación de expediente, cuando se trate de alteración de su calificación o clasificación, destino, características físicas distintas de la superficie o los linderos, o los datos que permitan su adecuada localización o identificación, tales como el nombre por el que fuere conocida la finca o el número o denominación de la calle, lugar o sitio en que se encuentre, siempre que, en todos los casos, la modificación se acredite de modo suficiente, en la forma que se determine reglamentariamente.»

Sostiene el registrador en su nota de calificación que. «El artículo 201 Ley Hipotecaria señala en su apartado 1 letra e), que no podrá tramitarse el expediente regulado en el mismo (y nótese que el expediente que regula este artículo tiene mayores garantías que la simple rectificación a la que se refiere su apartado 2) para la rectificación descriptiva de fincas o elementos integrantes de cualquier edificio en régimen de división horizontal. En tales casos será necesaria la rectificación del título original.»

Pues bien, conviene acudir al exegesis literal y sistemática de las normas invocadas. Ya que el artículo 201 Ley Hipotecaria, se refiere al expediente para rectificar la descripción, superficie o linderos de cualquier finca registral estableciendo que se tramitará siguiendo las reglas prevenidas en el artículo 203, con una serie de particularidades entre las que destaca la que aplica el registrador en su nota.

Pero debe observarse la literalidad de la norma y su ubicación sistemática, pues mismo precepto a continuación, en su 2 «apartado antes transcrito reza literalmente Podrá, no obstante, realizarse la rectificación de la descripción de cualquier finca,...

«Podrá, no obstante,» supone que lo anterior no es óbice o que, sin perjuicio de lo antes establecido, se fija otro criterio distinto, esto es, resulta que no son aplicables las particularidades del apartado («rectificación del título original») si estamos, como es el caso en un supuesto al que le sea de aplicación el apartado 2: cuando se trate de alteración de su calificación o clasificación, destino, características físicas distintas de la superficie o los linderos.

Por tanto, la clave o ratio decidendi de esta cuestión radica en si en el caso que nos ocupa se modifican o no los linderos o la superficie del departamento privativo, pues en tal caso cabe realizar unilateralmente la rectificación de la descripción de la finca por su titular registral, sin mayor requisito o exigencia que el cumplimiento de la normativa administrativa aplicable, cuya observancia consta acreditada en la escritura, y no se discute.

Añade el Registrador: Este precepto, recientemente introducido en nuestra legislación hipotecaria, no es más que la lógica consecuencia de la naturaleza jurídica misma de la propiedad horizontal y es plenamente coherente con la regulación especial contenida en la Ley de Propiedad Horizontal en la que se basa la presente nota de calificación y que entiende que la rectificación de la descripción de un departamento independiente implica una modificación del título constitutivo, y esta rectificación exige la unanimidad de los propietarios.

A sensu contrario del último inciso resulta que la rectificación de la descripción de un departamento independiente no implica una modificación del título constitutivo de la PH,

cuando se trate de una simple alteración de sus características físicas distintas de la superficie o los linderos, y esta rectificación no exige la unanimidad de los propietarios.

Segundo.—En la escritura calificada nos encontramos con una finca que ya consta inscrita en el Registro de la Propiedad como elemento independiente dentro de la propiedad horizontal. Tiene asignado número propio (el 65). Tiene establecidos una superficie y linderos y una cuota propia en los gastos y elementos comunes del edificio.

Tiene ya, por tanto, establecidos los datos identificadores que exige el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y que antes se han enumerado: extensión, linderos, planta y cuota de participación. Ninguno de esos elementos es objeto de modificación, por lo que no se puede entender que la rectificación de su descripción realizada afecte al título constitutivo de la propiedad horizontal, único caso en el que se podría exigir que prestara su consentimiento la Junta de Propietarios por unanimidad.

De la lectura de la escritura resulta que:

A.—La superficie o extensión, de la finca en cuestión no se modifica, era antes y sigue siendo ahora de setecientos cincuenta metros cuadrados. La superficie de la planta es la misma que figura en su primera inscripción, 750 metros. Lo único que se hace en la escritura es ajustar su descripción registral a la realidad física. Se dice que, aunque originariamente la planta se hallaba en bruto (literalmente en estructura) actualmente está ya cerrada y terminada, expresando su división interior, que comprende una vivienda y dos oficinas, indicando los metros construidos puesto que la planta ya no está en bruto o en estructura sino cerrada.

Afirma el Registrador en su nota de calificación:

En nuestro caso: (i) se están alterando la superficie del elemento privativo (antes era de 750 m2 con dos viviendas de portero enclavadas, y ahora la superficie es mucho menor,...

Es evidente que no puede ser menor, pues no cabe menguar el tamaño de la de la finca por decisión unilateral de nadie, lo único que se está haciendo es coordinar la realidad física con la puramente tabular. De suerte que, dentro de una planta de 750 metros cuadrados, se especifica la parte construida, pues es claro que la planta ático seguirá teniendo como es lógico la misma superficie total, perimetral o estructural.

B.—Planta en que se hallare, como resulta palmario y lógico, tampoco sufre alteración, siendo así que la descripción originaria de la finca también en este aspecto subsiste inalterada y reza como sigue: constituye la décimo cuarta de las casas números doce y doce duplicados de la calle (...) en Madrid. Pues no se eleva ninguna planta donde antes no la hubiera, por esto tampoco se solicita la apertura de un nuevo folio registral, ya que no se ejercita ningún derecho de vuelo.

C.—Linderos, tampoco sufren alteración pues son los mismos antes y después de la nueva descripción.

D.—Cuota no se altera pues le corresponde la misma que tenía originariamente de dos enteros treinta y seis centésimas por ciento (2,33 %).

Sí se deja constancia en la escritura que contribuye a los gastos comunes del inmueble del que forma parte en una cuota de 4,50% según acuerdo de la Junta de propietarios del año 1976. Acuerdo cuya acta 27.12.1976 se incorporó a la escritura que literalmente reza como sigue: «...se decide que la comunidad no tiene ninguna reclamación contra Plahersa y se acuerda por unanimidad aceptando igualmente el coeficiente propuesto de 4,50% para la planta de ático la finca».

Y es cierto y no se discute ni plantea que dicho acuerdo en su día, no se elevó a público, ni se inscribió modificando al efecto las cuotas de los demás elementos privativos del inmueble, de haberse hecho el tema quedaría resuelto pues no habría duda. Pero tampoco se solicita ahora que se cambie la cuota de participación en la propiedad, ni la de contribución a los gastos, ya que eso sí sería competencia de la comunidad, ya que supondría una alteración de las demás cuotas del edificio.

Tercero.–Por otra parte, la nota de calificación, en su apartado 4, párrafo segundo reza como sigue «Ciertamente se parte de una descripción muy imprecisa de este elemento independiente que no se corresponde con la realidad física. Pero la rectificación de esta inexactitud, para su adecuación con la realidad extra registral no puede realizarse unilateralmente por el titular del dominio del departamento afectado.»

No se comparte este criterio del Registrador, ya que sí que se podrá realizar unilateralmente la rectificación de la descripción por el propietario del elemento privativo, siempre que tal rectificación no afecte a los puntos que cita en artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal

Recordemos que no estamos ante una norma jurídica, sino ante un negocio jurídico, la división de un edificio en régimen de propiedad horizontal, que motiva un asiento registral y cuya exegesis entiendo que debe regirse por los criterios de los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil. En particular los criterios del 1. 281.2», 1.284, 1.285 y 1.286

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.

Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

La finca se describe originariamente como «Urbana 65.–Planta de cubierta o terrazas que constituye la décimo cuarta de las casas....»

Tiene una superficie de setecientos cincuenta metros cuadrados y se halla actualmente en estructura.»

O es una cubierta, elemento común esencial o por destino, o es la planta última o ático, elemento privativo de la PH, en concreto la décimo cuarta y última del edificio. Aunque es cierto, que la expresión «planta de cubierta o terrazas» puede dar lugar a confusión y a distintas interpretaciones, ello, como dice la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 junio 2013, «ello en ningún caso puede conllevar a que se deba sostener necesariamente la más desfavorable para su titular.»

Porque el mismo asiento registral deja meridianamente claro que estamos ante un departamento privativo de la propiedad horizontal, una planta, la 14.^a, construida desde que se hizo la división horizontal, aunque entonces en bruto o en estructura, con su cuota de participación, a la que se le abrió folio registral, y se le asignó un número de finca.

Es obvio que no se abre folio registral a la terraza o a la cubierta del edificio. Por esto en la escritura que contiene la nueva descripción evitando confusiones se la denomina planta ático (como hizo en su día la Comunidad, en el acta de la reunión de 27 de diciembre de 1976) lo que no deja lugar a dudas si atendemos a la realidad física, al contenido del Catastro, y atendemos a los actos de la propia Comunidad de Vecinos.

Si el Registrador entonces abrió folio registral no puede ahora dudar si trata de una cubierta del edificio, o realmente se trata de la última planta, o planta ático del edificio; y la escritura contiene una mera modificación de la descripción de las características físicas de un departamento privativo.

Y entiendo que cabe rectificar su descripción, con arreglo a lo previsto en el artículo 201.2 de la Ley Hipotecaria, puesto que se están alterando las características físicas distintas de la superficie o los linderos

Si se ponderan los intereses concurrentes en este supuesto, debe llegarse a la conclusión de que no es preciso en este caso el consentimiento de la comunidad de propietarios. Por un lado, está el bien jurídico consistente en el legítimo interés de la comunidad de propietarios, en que no se altere su propia composición, el número de propietarios, las cuotas de participación de los departamentos privativos, no se menoscabe ni altere la seguridad del edificio, su estructura general, etc. Por otro lado, se aprecia la concurrencia del legítimo interés del dueño de un elemento privativo en que su

propiedad aparezca correctamente descrita en el Registro de la Propiedad y el interés general en lograr la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica.

El primer interés, el de la comunidad, no resulta perjudicado, ya que la modificación que se hace en la escritura calificada no afecta a ninguno de los puntos mencionados, mientras que el último es, sin duda, un interés digno de tutela porque la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica refuerza el contenido del registro y su función de contribuir a la seguridad del tráfico jurídico, que no entorpecerla.

Cuarto.—Obiter dicta, no hay que olvidar que:

– La escritura la otorga, junto con la representante de la sociedad propietaria de la finca, un técnico que certifica todos los extremos que sobre la construcción y su características técnicas y urbanísticas de la construcción, en ella se reflejan, en particular la antigüedad de la finca.

– Se acompaña una certificación catastral descriptiva y gráfica, que pone de manifiesto que existe una realidad física muy distinta de la tabular

– Se incorpora a la escritura copia de los planos y de la licencia concedida en su día por el Ayuntamiento de Madrid, recordemos, en el año 1973, fecha en la que se hicieron las obras que ahora se declaran.

Está claro el legítimo interés de Plaher, S.A. en lograr la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica, y que su propiedad aparezca correctamente descrita en el Registro de la Propiedad, ahora se trata de dilucidar si la falta de autorización de la junta de propietarios modifica realmente el título constitutivo y/o lesiona, algún otro interés digno de tutela en el caso que nos ocupa.

Quinto.—Respecto a la consideración de la sociedad como titular de la obra nueva declarada, siendo el vuelo un elemento común, se exige la previa desafectación y conversión del vuelo en elemento privativo, por suponer el registrador que se está ejercitando un derecho de vuelo.

Pero nada de cuanto antecede es aplicable a nuestro caso, pues la escritura presentada se limita a realizar una nueva descripción de la finca registral número 45170 del Registro de la Propiedad n.º 5 de Madrid.

Finca que ya consta inscrita como elemento independiente dentro de la propiedad horizontal, dentro del cual tiene asignado número propio (el 65).

Finca que tiene atribuida una participación en el solar y demás elementos comunes del inmueble a que pertenece de dos enteros y treinta y tres centésimas por ciento (2,33%).

Y no se solicita la modificación de su cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo, ex artículo 3 b) de la Ley de Propiedad Horizontal, ni se pide la apertura de nuevo folio registral para una nueva finca, que no estuviera previamente inscrita en el Registro de la Propiedad. Porque no se ha construido una planta nueva, simplemente la planta décimo cuarta de las casas (...) en Madrid, que se hallaba en bruto (literalmente en estructura) se dice que actualmente está ya cerrada y terminada, expresando su división interior, que comprende una vivienda y dos oficinas.

En definitiva, la facultad ejercitada por el otorgante de la escritura es la del dueño de una finca que ha hecho una obra en ella, que ha realizado una construcción dentro de su dominio; no supone ejercicio de ningún pretendido derecho de vuelo. No se elevan nuevas plantas sobre el vuelo del edificio, por esto no se solicita la apertura de un nuevo folio registral, porque no surge un nuevo dominio sobre un nueva finca (no se ha realizado una nueva construcción que haya dado origen a un nuevo derecho de propiedad sobre un nuevo objeto de derecho) simplemente se modifica la descripción de la finca ya existente.

Sexto.—Respecto a la constitución de la Comunidad Funcional, en esta tercera calificación si bien el Registrador parece tener claro, no existe ningún elemento común

adscrito a la comunidad funcional. Por otra se plantea que lo querido por los otorgantes fuera la constitución de una «subcomunidad».

Para aclarar esta cuestión, quiero dejar claro que la escritura no contiene una subcomunidad horizontal dentro de otra, sino una comunidad funcional o de intereses, en la que se distinguen tres espacios delimitados como de uso exclusivo que son susceptibles de aprovechamiento separado e independiente, con el resto de los espacios de la planta ático, para un uso racional y adecuado de las viviendas y oficinas en las que se divide materialmente la finca, y cuentan con aparatos contadores y servicios individualizados de electricidad y agua corriente, siendo la calefacción central del edificio.

Si efectivamente existieran elementos comunes de la comunidad creada en la escritura, distintos de los que son comunes de todo el edificio, estaríamos ante una subcomunidad a la que sería aplicable la Ley de Propiedad Horizontal conforme el tenor del citado artículo 2 d) de la misma Ley de Propiedad Horizontal, lo que no es el caso.

Y no es necesario para que pueda configurarse una comunidad funcional como la que se crea en la escritura, que los miembros de dicha comunidad dispongan, en régimen de comunidad de ciertos elementos o servicios comunes dotados de unidad e independencia funcional o económica, como diferenciados de otros de la misma división horizontal. Lo que hay, es que cuando existan esos servicios comunes dotados de esa independencia funcional, estaremos ante una subcomunidad a la que le será de aplicación la Ley de Propiedad Horizontal. En la medida en que no existen, estamos simplemente ante una comunidad de intento o funcional, cuya configuración jurídica y régimen interno de funcionamiento no se rige por la Ley de Propiedad Horizontal

Porque en ella, sus condueños no son titulares de un derecho singular y exclusivo sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente que lleve inherente un derecho de copropiedad sobre ciertos elementos comunes de la comunidad funcional distintos de los que son comunes de todo el edificio. Simplemente no existe anejo al derecho de cada condueño, la copropiedad de elementos comunes exclusivos para los miembros de la comunidad funcional, porque como consta en la escritura: Cada uno de los tres espacios delimitados como de uso exclusivo adscritos a las tres cuotas indivisas reseñadas, tienen acceso directo a elementos comunes de la propiedad horizontal del edificio del que forma parte la finca: por lo que no existe ningún elemento común exclusivamente circunscrito a la comunidad funcional.

Séptimo.—Nuevamente respecto a la constitución de la Comunidad Funcional, el Registrador en su nota sostiene que: «...es una figura jurídica reservada por el artículo 68 del Reglamento Hipotecario a las cuotas indivisas de las fincas registrales destinadas 'a garaje o estacionamiento de vehículos con asignación de uso exclusivo'». Así mismo afirma que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha extendido exclusivamente a las fincas registrales destinadas a trasteros (RDGRN de 16 de junio de 2018), por su mismo carácter accesorio respecto de los elementos principales y siguiendo la antigua admisión del antiguo artículo 68.2 del Reglamento Hipotecario, derogado por razones de carácter administrativo, pero que revela la intención del legislador de reducir las comunidades funcionales a este tipo de elementos.

Y en esta cuestión invocamos las siguientes normas de nuestro ordenamiento jurídico:

Artículo 33 de la Constitución.

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia

Art. 53.1 de la Constitución

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

Artículos 5 la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

Y como luego desarrollamos, tampoco parece que la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal Sala coincida con el criterio del Registrador (EDJ 2018/596656 STS Sala 1.^a de 9 octubre de 2018, EDJ 2008/234524 STS Sala 1.^a de 19 diciembre de 2008)

De lo expuesto entendemos lo siguiente:

a. Ni la intención del legislador ni la de nuestro Alto Tribunal, coinciden con el criterio del Registrador.

b. Partimos de la base de que la constitución de una comunidad funcional es un acto dominical, que supone optar por una modalidad de configuración del derecho de propiedad

c. Resulta que en cuanto al contenido y configuración del dominio existe una reserva de ley, que impide se pueda cercenar o restringir el contenido del derecho de propiedad mediante un reglamento relativo al modo de llevar los libros del Registro y la práctica de asientos.

d. La norma invocada en la nota de calificación, de un lado: no tiene rango de ley, es un precepto reglamentario; y de otro no contiene tampoco ninguna específica prohibición ni limitación en el sentido que le atribuye el registrador.

e. Partiendo de la reserva de ley, al realizar la labor de interpretación y aplicación de un precepto reglamentario se debe respetar en esta materia un principio de aplicación e interpretación restrictiva, nunca extensiva; lo que impide utilizar la regla «inclusio unius est exclusio alterius» Regla de interpretación jurídica según la cual cuando en una prescripción legal se citan taxativamente determinadas personas o cosas, debe entenderse que están excluidas de aquellas cualesquiera otras, que parece sustentar la postura del Registrador sobre el artículo 68 del Reglamento Hipotecario, y que entendemos técnicamente incorrecta por las razones expuestas.

Para concluir decimos que, conforme al art. 53.1 Constitución Española, la ley que regule el ejercicio de los derechos del capítulo II debe respetar el contenido esencial del derecho de propiedad. Esto impide que pueda emplearse una norma reglamentaria para delimitar el contenido del derecho de propiedad, cercenando las posibilidades de actuación del propietario mediante un precepto relativo a la mecánica de llevanza de los libros del Registro y práctica de los asientos. Es cierto no obstante que el propio art. 33.2 establece que la función social de la propiedad delimitará su contenido «de acuerdo con las leyes». Es decir, ya no hay una reserva absoluta de Ley, sino que se permite una habilitación al legislador para su desarrollo mediante normas reglamentarias, técnica que impera en la legislación urbanística presididas por la idea de la función social de la propiedad como criterio delimitador de su contenido: Pero la idea de la función social en este caso no resulta aplicable pues no se trata de una cuestión que afecte a intereses generales de ningún tipo en el caso que nos ocupa.

En resumen, existe una norma con fuerza de Ley que regula el estatuto de la propiedad inmobiliaria e impone límites al contenido de las facultades de goce y disposición, así como cargas, deberes positivos y servidumbres legales. Tales medidas deben establecerse con carácter general por la Ley, como exige el art. 33.2 de la Constitución Española, pues cualquier limitación o restricción singular no puede

considerarse parte de la definición del contenido del derecho, sino que constituye una privación de naturaleza expropiatoria. De suerte que un reglamento no puede ser instrumento normativo hábil para restringir el contenido del derecho de propiedad.

Octavo.—Concluye la nota de calificación «...puede concluirse que lo que se pretende es crear una división material de un elemento privativo para lo cual, además de la autorización administrativa que se inserta, se requiere la aprobación de las tres quintas partes de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación (artículo 10.3 letra b Ley Propiedad Horizontal).

Considera en definitiva el registrador que para crear la división material del elemento privativo además de la autorización administrativa que se inserta, se requiere la aprobación de las 3/5 partes de los propietarios conforme lo previsto en el artículo 10.3 letra b de la Ley de Propiedad Horizontal.

En primer lugar, el término división material utilizado, adolece de cierta imprecisión en el lenguaje, pues es obvio que una división material, o de hecho, es eso, un hecho, una realidad material.

Esa realidad material, que supone la división material y de hecho de la planta catorce del edificio, en una vivienda y dos oficinas, requiere la pertinente autorización administrativa, inserta en la escritura (esto no se cuestiona) pero no autorización de la junta de vecinos.

La división material de un departamento privativo no requiere autorización de la Junta de Propietarios, ni per se, conlleva modificación del título constitutivo de la PH; pues no afecta a la estructura de la comunidad de propietarios en cuanto que no varía el número de elementos privativos y sus cuotas.

La división de mero hecho no afecta en absoluto a la configuración de la propiedad horizontal ni a los intereses de sus vecinos, como tampoco le afectaría su arrendamiento a tres arrendatarios distintos, para lo que no es precisa autorización alguna de la junta de vecinos.

La jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo confirma este criterio entre otras EDJ 2018/596656 STS Sala 1.ª de 9 octubre de 2018, EDJ 2008/234524 STS Sala 1.ª de 19 diciembre de 2008:

Corresponde distinguir la diferencia sustancial entre la división material y la jurídica.

Según destacada doctrina científica, a los efectos de la división material, no interviene la normativa de la propiedad horizontal y no aparece inconveniente alguno para que el dueño de un piso o local separe materialmente su propiedad, coloque tabiques y distribuya su uso; igualmente, cabe que se vendan partes «pro indiviso», incluso con coeficiente interno, asignación de la utilización de una zona concreta y destino definido, esto es, con el establecimiento de unas reglas propias no afectantes a la Comunidad, y la sola exigencia de no modificar ni dividir la cuota de propiedad precisada en el Título, ni que se afecte con obras o servicios a elementos comunes.

La división jurídica presenta una cuestión diferente, pues si la pretensión del titular es la de que un piso o local pase a ser dos, tres o más, con desaparición de la cuota de propiedad inicial y asignación de otras diferentes, aunque sea con la suma de lo mismo, se necesita del acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, ya que se considera que existe modificación del Título.

2. La división material, que no hipotecaria ni jurídica, en su día se hizo amparada en una licencia, del año 1972 (los originales de las licencias se aportan a la escritura) certificando el técnico que comparece al otorgamiento, que en todo caso las obras fueron finalizadas hace más de 30 años, así como que su descripción es coincidente con el título.

Sobre el particular, la indicada doctrina científica entiende que así lo establece el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal EDL 1960/55, pero hace constar que, sin perjuicio de las prohibiciones relativas a elementos y servicios comunes establecidos en

los artículos 7 y 12 de la Ley, no aparecen razones suficientes para este impedimento legal en orden a la disponibilidad de la propiedad privada.

Por tanto, es la división jurídico-hipotecaria, la que exige la 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. Pues donde antes había un vecino, miembro de la Junta, surgirían tres propietarios con derecho de asistir y votar en la junta de vecinos, donde antes había un elemento privativo de la propiedad horizontal, con su cuota de participación, nacerían tres elementos privativos cada uno con su cuota de participación modificando sin duda el título constitutivo de la propiedad horizontal. Y por ello para esa división jurídico-hipotecaria, además de la autorización administrativa, la ley exige la autorización de la junta de vecinos, pues dicha mutación jurídico real inmobiliaria no le es ajena a la junta de vecinos.

Pero no es el caso que nos ocupa, pues lo que se constituye en la escritura, es una comunidad funcional o de intento, sobre la finca, que sigue por tanto configurada desde un punto de vista tabular, como un único departamento privativo del régimen de PH con su misma su cuota de participación. Así la escritura establece como sigue: Dado que la finca objeto de esta comunidad sigue siendo una dentro de la división en régimen de propiedad horizontal del edificio, los propietarios de las cuotas indivisas que se han asignado a cada elemento deberán designar uno de entre ellos que sea el que represente a la comunidad que se cree en las reuniones de las Juntas de Propietarios.

A mayor abundamiento Plahersa contribuye a los gastos comunes del inmueble del que forma parte en una cuota de 4,50 % y, además, tal como se aporta a la escritura, la CP se gira tres recibos por gastos de comunidad, uno por cada uno de los espacios (vivienda y dos oficinas) que se describen. Y si bien en el caso que nos ocupa, como queda dicho, no estamos ante división hipotecaria sino una comunidad funcional o de intento, sobre una sola finca registral: la Jurisprudencia así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012 considera confirmación tácita del acto de división hipotecaria que la administración de la comunidad pase las cuotas al cobro a los propietarios de los elementos surgidos de una eventual segregación, tras haber negado la comunidad inicialmente la autorización para la segregación.

Cabe así invocar el argumento A maiori ad minus «El que puede lo más, puede lo menos» si puede entenderse que hay una autorización tácita, para una división hipotecaria, exteriorizada en la conducta inequívoca y concluyente que comporta el hecho de girar recibos de gastos separadas, más aún debe entenderse autorizada, una nueva descripción del inmueble, ajustada la realidad física, pues desde los años 70 hay una vivienda y dos oficinas, y la Comunidad de Propietarios, lo confirma aceptándolo y girando tres recibos.

Se trata de una realidad aceptada y conocida por la Junta de Propietarios que al efecto modificó la cuota de participación si bien no se modificó entonces el título constitutivo, y al no elevar público el acuerdo, modificando las cuotas restantes, el acuerdo quedó como simple modificación de la cuota de gastos girando desde entonces tres recibos».

IV

La registradora de la Propiedad accidental de Madrid número 5, doña María Luisa Madejón Concejal, suscribió informe el día 3 de mayo de 2019 manteniendo la nota de calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 8 de la Ley Hipotecaria; 3, 5, 7, 13 y 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992 y 30 de diciembre de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de octubre de 1980, 12 de diciembre de 1986, 20

de febrero de 1989, 24 de marzo de 2000, 30 de marzo de 2005, 5 de mayo de 2011, 9 de enero, 19 de junio y 17 y 26 de octubre de 2012, 30 de enero y 14 de junio de 2013, 13 de enero de 2014, 14 de abril de 2015, 13 de enero de 2016, 11 y 22 de mayo y 19 de julio de 2018.

1. Se debate en este recurso la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva por antigüedad de un elemento independiente y constitución de una comunidad funcional sobre los mismos, en el que la registradora señala como defectos:

– En relación con la modificación de la descripción del elemento privativo número 65 de la división horizontal se considera que implica una modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, que requiere acuerdo unánime de los propietarios.

– Respecto a la consideración de la sociedad como titular de la obra nueva declarada, siendo el vuelo un elemento común, se exige la previa desafectación y conversión del vuelo en elemento privativo.

– Respecto a la constitución de la comunidad funcional; a) se considera que la comunidad funcional es una figura reservada por el artículo 68 del Reglamento Hipotecario a las fincas destinadas a garaje o estacionamiento de vehículos, y b) por otro lado si se considera que lo querido es una subcomunidad es preciso que varios propietarios de elementos privativos dispongan, en régimen de comunidad de determinados elementos o servicios comunes dotados de unidad e independencia funcional o económica, como diferenciados de otros de la misma división horizontal, exigiendo que debe haber elementos comunes de la comunidad funcional distintos de los que son comunes de todo el edificio. La nota concluye que no existiendo ningún elemento común adscrito a la comunidad funcional lo que se pretende es la división material de un elemento privativo para lo cual además de la autorización administrativa que se inserta, se requiere la aprobación de las 3/5 partes de los propietarios conforme lo previsto en el artículo 10.3, letra b), de la Ley sobre propiedad horizontal.

2. Respecto del primero de los defectos, ciertamente, tratándose de un elemento privativo, se admite la posibilidad de modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario (vid. artículo 7 de la 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal).

Este Centro Directivo, ya en las Resoluciones de 12 de diciembre de 1986 y 20 de febrero de 1989, entre otras, puso de relieve que «en la propiedad horizontal la necesidad de armonizar la tendencia a la plena autonomía de los derechos recayentes sobre los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (configurados en la Ley como propiedad separada -artículos 1 y 3-), con la ineludible interdependencia objetiva y recíprocas limitaciones derivadas de la unidad física del edificio en su conjunto, no se opone, en sede de utilización de los elementos privativos, al mantenimiento de los principios informantes del derecho de propiedad, cuya delimitación se verifica a partir de un señorío potencialmente absoluto sobre el que se proyectan los límites legales en forma de prohibición u obligación».

Pero una modificación como la presente en la descripción de un elemento privativo -y de un elemento común de uso privativo-, en cuanto excede de ese ámbito de actuación individual que se reconoce por la Ley a su propietario, no puede llevarse a cabo sin que se acredite el acuerdo unánime de la junta de propietarios (vid. artículos 5 y 17, apartados 6 y 8, de la Ley sobre propiedad horizontal).

Es indudable que si, según el título constitutivo y la inscripción registral, la descripción es, urbana. «sesenta y cinco.–Planta de cubiertas y terrazas, que constituye la décimo-cuarta, de las casas (...) de Madrid. Tiene una superficie de setecientos cincuenta metros cuadrados y se halla actualmente en estructura. En dicha planta, en su parte posterior central, ocupando una superficie total de noventa y dos metros noventa y

seis decímetros cuadrados se hallan enclavadas las dos viviendas de los porteros de ambas fincas». Y según la descripción que se pretende hacer constar en el Registro es «planta ático dividido en una vivienda y dos oficinas» y se realiza una nueva descripción de cada uno de estos elementos, añadiendo que tienen acceso independiente y directo desde las escaleras y ascensores que constituyen elementos comunes del edificio del que forman parte, de modo que son susceptibles de aprovechamiento por separado.

Es indudable que se ha producido una alteración del título constitutivo, siendo necesario acuerdo unánime de la junta de propietarios.

3. En cuanto al segundo de los defectos, como ha recordado recientemente este Centro Directivo (vid. Resolución de 19 de julio de 2018) hay una sutil pero ampliamente compartida distinción entre el concepto de terraza y el concepto de cubierta del edificio. La cubierta como elemento necesario de parcelación cúbica o delimitación del vuelo o espacio edificado es siempre elemento común por naturaleza. Sin embargo, las terrazas como zona pisable, no son elemento común por naturaleza.

En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992 afirma que «las terrazas que sean cubiertas de todo o parte del inmueble, tienen en principio la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 del código civil, si bien la descripción, no de «numerus clausus», sino enunciativa, que dicho precepto hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enunciación, de «ius cogens», sino de «ius dispositivus», lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad) puede atribuirse carácter de privativo (desafectación) a ciertos sobre elementos comunes que, no siendo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etcétera, lo sean solo por destino accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte edificio, etcétera» (vid., también, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1993 y 3 de febrero de 1994).

Modernamente se viene distinguiendo en la doctrina entre las terrazas superiores (terrados o azoteas), y las llamadas terrazas a nivel (resultado de una construcción escalonada), con acceso exclusivo a través del propio elemento privativo al que están vinculados, que son de uso, e incluso de propiedad, privativa. Las primeras pueden ser tanto un elemento común de uso común, como un elemento común de uso privativo o, incluso, un elemento de propiedad privativa, y en este último supuesto, como entidad independiente o como anejo de otra entidad privativa (si bien en el caso de que en el título constitutivo no se prevea otra cosa, debe considerarse como elemento común).

Así lo corrobora igualmente la jurisprudencia, como la contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2015, en la que, con cita de otras anteriores (vid. Sentencias de 8 de abril de 2011 y 18 de junio de 2012) declara que: «Los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal se componen por elementos comunes y privativos. Dentro de los denominados elementos comunes, algunos tienen tal consideración por su propia naturaleza y otros por destino. La diferencia estriba en que los primeros no pueden quedar desafectados, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales que configuran el edificio, mientras que los denominados elementos comunes por destino, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación». Y aplicando dicha diferenciación al caso concreto de las terrazas afirma que las mismas «son unos de los denominados elementos comunes por destino y por tanto pueden ser objeto de desafectación», si bien aclara que «ello no significa que la parte de ellas que configura la cubierta y el forjado del edificio, que son elementos comunes por naturaleza, pueda convertirse en elemento de naturaleza privativa (STS de 8 de abril de 2011)».

En el supuesto de hecho de este expediente el vuelo tiene la consideración de elemento común del conjunto (no se ha producido la desafectación y en el título constitutivo no se le atribuye carácter privativo), si bien está sujeto al derecho de uso

exclusivo atribuido a los titulares de la vivienda de que se trata. Y la modificación cuestionada tiene repercusión manifiesta en dicho elemento común.

Por tanto, siendo el vuelo elemento común del edificio, sería necesaria la previa desafectación y su conversión en elemento privativo, así como expresión de la causa de atribución de tal elemento a los dueños del departamento número 65. En este sentido, como ha afirmado este Centro Directivo (Resolución 20 de abril de 2006), es evidente que, al no configurarse el derecho de vuelo de otra forma, tal derecho era elemento común del edificio, por lo que, si lo edificado mediante el ejercicio de tal derecho deviene en privativo, existe una causa de transmisión no revelada y que es preciso que conste en el Registro.

4. Finalmente, respecto de la constitución de una comunidad funcional o de intereses respecto de las tres fincas en las que materialmente y de hecho está dividido el elemento privativo en cuestión, se dice expresamente en el apartado número 5 de sus normas que «cada uno de los espacios delimitados como de uso exclusivo adscritos a las tres cuotas indivisas reseñadas, tienen acceso directo a elementos comunes de la propiedad horizontal del edificio del que forma parte la finca; por lo que no existe ningún elemento común exclusivamente circunscrito a la comunidad funcional».

Como primer requisito, se entiende que la constitución de una «subcomunidad de viviendas» dentro de un departamento independiente de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal deberá adoptar la forma jurídica de «subdivisión horizontal», siempre que existan elementos comunes entre dichas viviendas que los justifiquen, pero no el de «comunidad funcional».

A este respecto es de aplicación el artículo 8.5.º de la Ley Hipotecaria que, desarrollando el artículo 396 del Código Civil, dispone que «se inscribirán como una sola finca (es decir, como finca registral independiente) los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen», lo que es aplicable también a las «subcomunidades horizontales», y excluye que se puedan configurar como partes integrantes no independientes de una unidad arquitectónica mayor distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente.

La «comunidad funcional» es una figura jurídica reservada por el artículo 68 del Reglamento Hipotecario a las cuotas indivisas de las fincas registrales destinadas «a garaje o estacionamiento de vehículos con asignación de uso exclusivo», y que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha extendido exclusivamente a las fincas registrales destinadas a trasteros -ej. Resolución de 26 de junio de 2018-, por su mismo carácter accesorio respecto de los elementos principales y siguiendo la antigua admisión del antiguo artículo 68.3 y.4 del Reglamento Hipotecario, anulados por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 31 de enero de 2001, por falta de cobertura legal, pero que revela la intención del legislador de reducir las comunidades funcionales a estos tipos de elementos. Por tanto, se entiende que el citado artículo reglamentario constituye una excepción a la regla general de la configuración jurídica de las subcomunidades que no puede ser elevada a categoría general.

En base a lo expuesto, si lo querido por los otorgantes fuera la constitución de una «subcomunidad», debe tenerse en cuenta que para que exista tal subcomunidad es preciso que varios propietarios de elementos privativos dispongan en régimen de comunidad de ciertos elementos o servicios comunes que sean independientes y diferenciados respecto de otros de la misma división horizontal (artículo 2.d) de la Ley sobre propiedad horizontal), y tal como ha reconocido la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 22 de febrero de 2017. Dice esta Resolución «la definición de subcomunidad la encontramos en la letra d) del artículo 2 de la Ley sobre propiedad horizontal cuando dispone que se entiende por tales las que resultan cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el título constitutivo, varios propietarios disponen, en régimen de comunidad, para su uso y disfrute exclusivo, de determinados elementos o servicios comunes dotados de unidad e independencia funcional o económica. En el presente caso no existe una subcomunidad en el sentido indicado en el

precepto. No hay varios propietarios de elementos privativos que dispongan en régimen de comunidad de ciertos elementos o servicios comunes que sean independientes, diferenciados respecto de otros de la misma división horizontal, como ocurre, por ejemplo, en los habituales casos de subcomunidades de portales o garajes».

En el presente caso, se declara expresamente que no existe ningún elemento común adscrito a la comunidad funcional. Por lo que la necesidad de la autorización de la comunidad de propietarios deriva, a falta de norma estatutaria permisiva, del hecho de que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, al igual que la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario, a los que se asimilan legalmente por la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, requerirán además de la obtención de la correspondiente autorización administrativa, la citada autorización, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos destinados a viviendas previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación.

Así, el artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal señala que será necesaria autorización administrativa, «previa 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», para, entre otros, «los actos de división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes, cuando concurren los requisitos del artículo 17-6 de la Ley del Suelo de 2008 -hoy el citado artículo 26.6 de la Ley del Suelo de 2015-»; lo que comprende dado la citada remisión, según la propia doctrina de la Dirección General, aquellas modificaciones en el régimen de propiedad horizontal que provoquen un incremento de los elementos privativos inicialmente constituidos, en especial de unidades residenciales que puedan afectar a la densidad habitacional previsto en el correspondiente Plan General de Ordenación Urbana.

Y esta exigencia legal respecto a esos actos de división material de los pisos o locales no pueden verse frustrados por la configuración de subcomunidades jurídicas o una comunidad funcional como la del presente caso.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 19 de julio de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.