

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**2298** *Resolución de 10 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Sanlúcar la Mayor n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de herencia y expediente de dominio.*

En el recurso interpuesto por don M. R. B. M. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor número 1, doña Clara Patricia González Pueyo, por la que se suspende la inscripción de una escritura de herencia y expediente de dominio.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 6 de noviembre de 2020 por el notario de Sevilla don Alberto Moreno Ferreiro, precedida en número anterior de protocolo de un acta de expediente de dominio, iniciada en la misma fecha y ante el mismo notario, y terminada por otra de fecha 9 de julio de 2021, se otorgaron las operaciones de partición y adjudicación de la herencia de doña C. M. V. Interesa a los efectos de este expediente que en una de las fincas registrales, los hijos y herederos, previa rectificación de la superficie, se adjudicaban las dos viviendas en la que estaba dividida horizontalmente de hecho la finca registral.

En la citada escritura se contenían las exposiciones y declaraciones siguientes: se describía el edificio completo (apartado IV de la exposición); se describían las fincas de resultado de la división en situación de prehorizontalidad (apartado V de la exposición); a las fincas resultantes, se les asignaba un número correlativo y la cuota de participación en los elementos comunes; se tomaba la decisión por todos los titulares que reunían el pleno dominio de la finca y por unanimidad; se manifestaba que «la expresada finca (...) se encuentra dividida horizontalmente de hecho en dos viviendas independientes» y se solicitaba expresamente en el apartado V de la exposición la apertura de folio separado a cada finca de resultado de la división, que habían sido adjudicadas individualmente; se hacía una modificación descriptiva de la finca, que pasaba de ser una casa-habitación a un edificio entre medianeras estructurado en dos plantas y distribuido para varias unidades funcionales; los elementos de uso y servicio común se referenciaban por su propia naturaleza al artículo 396 del Código Civil, y las viviendas se configuraban con su salida propia, a través de un elemento común, a la vía pública.

II

Presentadas el día 20 de julio de 2021 las referidas escritura y acta en el Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor número 1, fueron objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificación registral N.º 357/2021.

Documento: Escritura de herencia y Expediente de dominio. Fecha de los documentos: 6/11/2020 y 9/07/2021. Notario: Alberto Moreno Ferreiro. Protocolos: 2.385 y 2055 Fecha de presentación de ambos: 20/07/2021. Entrada: 4899. Asiento: 103. Diario: 256. Presentante: J. J. M. Incidencias: Se acompañan documentos acreditativos

del pago de los impuestos correspondientes. Retirado: el día 9/08/2021. Devuelto: el día 11/08/2021.

La Registradora de la propiedad que suscribe, previo examen y calificación del precedente título, de conformidad con los artículos 18 y 19.Bis de la Ley Hipotecaria, ha dictado la siguiente calificación, en base a lo siguiente:

#### Hechos:

Por fallecimiento de doña C. M. V., en la partición de su herencia, y concretamente respecto de la finca registral 8.153 de Sanlúcar la Mayor, sus hijos y herederos, previa rectificación de superficie en virtud de expediente del artículo 201 LH, se adjudican la vivienda número uno y la vivienda número dos, procedentes de la citada finca registral 8.153, al estar dividida horizontalmente de hecho en dos viviendas independientes, en situación de prehorizontalidad.

#### Defecto subsanable:

1. Respecto de la vivienda número uno y la vivienda número dos, procedentes de la finca registral 8.153, para su acceso al Registro de la Propiedad, falta el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal.

#### Fundamentos de Derecho:

La propiedad horizontal de hecho es, por su propia definición, una propiedad horizontal incompleta, pues al no contar con el título constitutivo y con todos los requisitos que éste puede contener, el régimen de la propiedad horizontal para la propiedad horizontal de hecho se limita por el propio artículo 2.b) LPH “al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros”. Ciertamente, es ya un ámbito bastante amplio, pero carece de los matices y concreciones que puede tener el título constitutivo y no cabe su inscripción al faltar el título constitutivo, salvo que se trate de supuestos que ya hubieran accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la ley de 21 de julio de 1960. Son supuestos en que los titulares sólo pueden obtener la inscripción partir de la formalización del título constitutivo con los requisitos sustantivos y registrales establecidos en la Ley de Propiedad Horizontal, en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria. Desde luego que la propiedad horizontal de hecho no se puede confundir con una comunidad indivisa o por cuotas, pues los titulares son propietarios de un piso o local determinado, sin perjuicio de que si lo que pretenden es la inscripción en el Registro sin constancia de la propiedad horizontal, puedan formalizar una simple comunidad indivisa ordinaria o por cuotas. Pero entonces no cabría que al propio tiempo asignaran a cada cuota indivisa el derecho a la utilización exclusiva de un piso o local, pues esto representaría una contradicción entre la comunidad indivisa por cuotas y la propiedad horizontal, y además, un fraude a la legislación de propiedad horizontal, que exige un título constitutivo de propiedad horizontal para el acceso al Registro de situaciones jurídicas en que cada propietario disponga de un piso o local determinado, creando además una situación confusa contraria estar de acuerdo los interesados sobre el otorgamiento del título al principio de especialidad.

La propiedad horizontal “de hecho”, como su nombre indica, es la que funciona alejada de toda forma o título constitutivo, por lo que su única salida si se pretende regularizar la situación es la de otorgar el título constitutivo correspondiente por voluntad de todos los titulares o mediante sentencia judicial, funcionando de momento como una situación transitoria fáctica que no es deseable que se prolongue demasiado en el tiempo y mucho menos la pretensión de que se tratara de mezclar o confundir con fórmulas de copropiedad ordinaria. En caso de no constitutivo, será necesaria la demanda judicial obteniéndose a través de sentencia o ejecución de la misma, dicho título constitutivo de la propiedad horizontal.

Mientras no formalicen el título constitutivo no será posible la inscripción del régimen ni de los pisos o locales en propiedad separada, sino que lo único que cabría inscribir es una copropiedad ordinaria sobre la totalidad del edificio, conforme al artículo 8.3.º LH (§ 1.1), sin que sea factible atribuir a cada cuota el uso privativo de un piso o local, pues sería una forma de eludir la normativa de inscripción de la propiedad horizontal.

Para inscribir en estos casos el régimen de propiedad horizontal, deberán otorgar el título constitutivo la totalidad de los copropietarios del edificio (art. 397 CC), formalizando las correspondientes adjudicaciones (art. 401.2.º CC), o manteniendo los pisos y locales en proindiviso, todo ello, conforme al propio artículo 8.4.º LH (§ 1.1), que alude no sólo al propietario único, sino también a los propietarios de todos los pisos y locales.

Según Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 15 de junio de 2010, dictada en juicio verbal confirmando la calificación registral, no cabe inscribir una sentencia dictada en juicio declarativo en la que se reconoce el dominio de un espacio físico que es parte de un edificio consistente en la planta primera, por no estar previamente inscrita la constitución de la propiedad horizontal.

Parte dispositiva:

A la vista de las causas impeditivas relacionadas en los Hechos y de los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación, acuerdo:

1. Suspender la inscripción solicitada, por el defecto subsanable antes expresado. No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado.
2. Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y al Notario autorizante, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 40 a 46 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
3. Prorrogar automáticamente el asiento de presentación del título presentado por 60 días, contados desde la fecha de la última de las notificaciones a que se refiere el apartado precedente (artículo 323 Ley Hipotecaria).

Esta calificación negativa podrá (...)

Sanlúcar la Mayor, a diecinueve de agosto dos mil veintiuno. La Registradora, Fdo: Clara Patricia González Pueyo.»

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma a la registradora de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra número 2, doña Lucía Capitán Carmona, quien, con fecha 22 de septiembre de 2021, confirmó la calificación de la registradora de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor número 1.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don M. R. B. M. interpuso recurso el día 14 de octubre de 2021 en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

«(...) III. Fundamentos jurídicos:

Primero. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 325 y 326 de la Ley Hipotecaria concurren los requisitos de competencia, legitimación y formulación en plazo, que son presupuestos para instar el presente recurso, en este sentido la calificación sustitutoria ha sido notificada al presentante registral, concediéndole los correspondientes recursos.

Segundo. Como cuestión formal previa, el recurrente entiende que las registradoras sustituida y sustituta han vulnerado los principios que informan el procedimiento registral. En este sentido, la registradora sustituida ha emitido una calificación conjunta de los dos

títulos, presentados simultáneamente a inscripción, que si bien son conexos, el expediente notarial de rectificación descriptiva debe operar registralmente con independencia de la escritura de herencia, por lo que la validez del acta no se encuentra comprometida por la escritura, si bien esta última sí se encuentra condicionada por la inscripción de la primera y todo ello al margen de la cronología de la presentación, no entendiéndose bien la calificación negativa del acta notarial cuando sobre la misma no consta obstáculo registral alguno, debiendo procederse a su despacho (artículo 18.2.º de la Ley Hipotecaria). La registradora sustituta, por su parte, completa indebidamente la calificación de la sustituida, reformando el defecto apreciado por la anterior y adicionando nuevos defectos de carácter formal, con infracción de lo dispuesto en la regla 5.ª del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, defectos que no deben ser tenidos en consideración en el presente procedimiento (Resoluciones de 26 de septiembre de 2011, 4 de diciembre de 2012, 16 de diciembre de 2014).

Tercero. Centrada pues la objeción registral en la necesidad de otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal, dicha calificación no se puede compartir por lo que se expone a continuación.

1. En primer lugar, se hace preciso llamar la atención sobre el hecho de que la registradora suspende la inscripción por el único defecto de la ausencia del título constitutivo de la división horizontal en el entendimiento de este no se ha formado, no discutiendo la adaptación de la superficie del solar a la parcela catastral, la adaptación de la descripción de la edificación preexistente a la vigente legislación hipotecaria, la antigüedad de la división horizontal que se declara por prescripción de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, ni tampoco estima necesaria autorización administrativa alguna, ni combate el dictamen técnico protocolizado, cuestiones en las que si entra la registradora sustituta, por lo que dichas operaciones deben de entenderse perfectas.

2. Ni el Código Civil, ni la Ley de Propiedad Horizontal, ni la legislación hipotecaria se ocupan de definir el título constitutivo de la división horizontal, debiendo considerarse como tal cualquier negocio jurídico o acto creador del régimen especial de copropiedad que supone la división horizontal de un inmueble en fincas independientes y sus elementos comunes indivisibles con el contenido imperativo de los párrafos primero y segundo del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, siendo los elementos del párrafo tercero meramente facultativos.

En cuanto, a los elementos esenciales del título constitutivo, dicho artículo 5 LPH establece los siguientes:

- La descripción del inmueble en su conjunto, expresando las circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo.
- La descripción de los distintos pisos y locales, asignando a cada uno un número correlativo, expresando su extensión, linderos, planta en que se hallare y los anejos.
- Deberá fijar la cuota de participación correspondiente a cada piso y local.

3. Por su parte, el artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria establece las circunstancias que debe contener una finca dividida en régimen de propiedad por pisos para su reflejo registral, y en este sentido, con las circunstancias prescritas en la Ley, "En la inscripción se describirán (...) además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignando a éstos un número correlativo, escrito en letra y la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble. En la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados. (...)", y el artículo 8.5 de la Ley Hipotecaria establece que se inscribirán "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".

4. Es doctrina reiterada de la Dirección General en resoluciones, entre otras, de 24 de septiembre de 2015, 5 de septiembre de 2019, 9 de junio de 2020, que el régimen de propiedad horizontal existe desde que “los varios pisos o locales pasan a pertenecer a diferentes personas aun cuando todavía no se haya formalizado e inscrito la constitución del régimen”. Asimismo, las Resoluciones de 17 de octubre de 2010 y 27 de noviembre de 2013 ponen de relieve que “cuando la situación táctica de un edificio es de división horizontal le es de aplicación la Ley de Propiedad Horizontal, aunque los propietarios no hayan otorgado el correspondiente título constitutivo”, como menciona en la disposición transitoria primera de la Ley 49/1960, de 21 de julio sobre propiedad horizontal y se desprende de su propio artículo primero.

La posibilidad de que haya situaciones regidas por las normas de la propiedad horizontal sin que haya habido título constitutivo de la misma es evidente y así lo reconoce el artículo 2 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuando dice que la ley será de aplicación no sólo a las comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo establecido en el artículo 5, mediante otorgamiento de título, sino también a aquellas comunidades que, reuniendo los requisitos del artículo 396 del Código Civil, no lo hubiesen otorgado.

La Resolución de 26 de junio de 1987, establece que “la multiplicidad de situaciones tácticas posible en esta materia determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas sino, al contrario, el reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico que, entre los varios que proporciona el ordenamiento, resulte más adecuado al caso concreto en función de sus características peculiares y de los fines o intereses perseguidos, si bien esta libertad de configuración debe moverse dentro del respeto a las exigencias estructurales del sistema y los límites derivados de la trascendencia ‘erga omnes’ del ‘status’ jurídico de los bienes”.

5. De las disposiciones de la escritura calificada, tras reconocer y justificar la preexistencia de una división horizontal de hecho de la finca, se deduce, sin ningún género de dudas, la voluntad de los otorgantes de constituir el régimen de propiedad horizontal conforme a las previsiones de la Ley de Propiedad Horizontal. En este sentido, tal y como señala el notario autorizante en la diligencia aclaratoria extendida al final de la escritura de herencia en orden a su inscribibilidad, en el título “se cumplen todos y cada uno de los requisitos sustantivos y formales impuestos por la legislación especial, civil e hipotecaria para la inscripción de la transmisión de los elementos independientes en los términos consignados. A tal fin, se describe el edificio completo (apartado IV de la exposición), se describen las fincas de resultado de la división (apartado V de la exposición), a las que se asigna un número correlativo y la cuota de participación en los elementos comunes, adoptándose dicha decisión por todos los titulares que reúnen el pleno dominio de la finca y por unanimidad, esto es, en el título se cumplen todos los matices y concreciones que exige la calificante y refiere el artículo 8.4.º de la Ley Hipotecaria para la formación del título constitutivo, solicitándose expresamente en el apartado V de la exposición la apertura de folio separado a cada finca de resultado de la división, que han sido adjudicadas individualmente, y todo ello con respeto absoluto del principio registral de especialidad (artículo 8 de la Ley Hipotecaria), sin que en ningún momento se solicite que con el mismo número de finca registral se inscriban partes separadas de la finca, con sus respectivas descripciones y con números de inscripción diferentes, ni tampoco que se inscriba la totalidad de la finca atribuyendo a sus titulares cuotas indivisas de dominio o que se inscriba cada una de los elementos independientes como una finca registral distinta, por lo que a juicio del notario autorizante no existe obstáculo alguno para la inscripción de la precedente escritura en los términos autorizados”. A ello hay que añadir otras determinaciones de la escritura, tales como la modificación descriptiva de la finca, que pasa de ser una casa-habitación a un edificio entre medianeras estructurado en dos plantas y distribuido para varias unidades funcionales; que los elementos de uso y servicio común se encuentran por su propia naturaleza fijados legalmente con carácter imperativo por el artículo 396 del Código Civil, por lo que no precisan su determinación, adscribiéndose no obstante, elementos

comunes por destino a las viviendas en los términos que autoriza el artículo 396 del Código Civil y el párrafo tercero del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal; y las viviendas se configuran con su salida propia, a través de un elemento común, a la vía pública.

6. En definitiva, la escritura calificada no constituye ex novo el edificio en régimen de la propiedad horizontal, ya que por la propia configuración física del mismo este ya se encuentra establecido de facto por reunir los requisitos del artículo 396 del Código Civil y por lo tanto sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal por aplicación del artículo 2 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuestión que, como se ha indicado, no es objeto del debate, si no que el título reconoce, regulariza, organiza, estructura y da forma a dicho régimen jurídico con arreglo a los presupuestos contemplados en la Ley de Propiedad Horizontal, a la que remite el artículo 396 del Código Civil por ser especial, concurriendo igualmente en el título los presupuestos establecidos para su constancia registral conforme a los artículos 8.4.º y 9 de la Ley Hipotecaria, no siendo además la inscripción registral constitutiva de dicho régimen sino únicamente a efectos de publicidad y en cuanto a terceros, por lo que dada la naturaleza de nuestro inmueble, atendiendo al contenido de la escritura y con independencia de su no inclusión nominal, dicho título constitutivo de la división horizontal debe entenderse formado por la autonomía de la voluntad de todos los legitimados para ello y con todos los requisitos exigidos legalmente, tanto de carácter formal como sustantivos, no acabando de comprender esta parte, a la vista de todo ello, el motivo concreto de oposición dentro de la genérica calificación registral negativa, que no alude a la ausencia de un específico requisito que pudiera reputarse sustancial para no tener por formado el título constitutivo, o bien, a un concreto defecto en su plasmación documental, lo que habría dado lugar a su complemento o corrección, dotando así de mayor agilidad y eficacia al procedimiento registral.»

V

Mediante escrito, de fecha de 26 de octubre de 2021, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Notificada el día 18 de octubre de 2021 la interposición del recurso al notario autorizante del título calificado, no se ha realizado alegación alguna.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 149.1.8.ª de la Constitución; 396, 401, 406 y 1051 a 1081 del Código Civil; 1, 2, 5, 10.3, 17 y 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; 8, 9, 18, 19 bis, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 5, 26 y 28 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana; 45 y siguientes 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; 51 y 99 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Constitucional número 61/1997, de 20 de marzo, y 164/2001, de 11 de julio; la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2020; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 1987, 6 de junio de 1988, 18 de junio de 1991, 18 de mayo y 18 de julio de 1995, 5 de abril y 23 de octubre de 1998, 26 de septiembre y 23 de octubre de 2002, 10 de diciembre de 2003, 15 de enero y 14 de junio de 2004, 16 de julio de 2005, 7 de abril y 16 de junio de 2006, 2 de marzo de 2009, 3 de febrero y 17 de octubre de 2010, 26 de septiembre de 2011, 29 de octubre (2.ª) y 3 de diciembre (1.ª) de 2012, 23 de enero, 15 de abril y 27 de noviembre de 2013 (2.ª), 21 de enero, 4 y 11 (1.ª) de marzo, 22 de abril (2.ª), 28 de mayo, 11 y 28 de junio, 17 de octubre, 24 de noviembre y 16 de diciembre de 2014, 25 de mayo, 24 y 25 de septiembre y 7 de octubre de 2015, 19 de febrero, 10 de marzo, 20 de abril y 30 de mayo de 2016, 11 de julio de 2017, 15 de

febrero, 10 de septiembre y 4 de octubre de 2018 y 22 de abril, 22 de julio, 5 de septiembre y 21 de noviembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 2 de junio, 20 y 28 de julio y 12 de noviembre de 2020 y 27 de enero y 5 de julio de 2021.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia precedida de un acta de expediente de dominio, iniciada en la misma fecha y terminada por otra posterior, de las que interesa a los efectos de este expediente que, respecto de una de las fincas registrales, los hijos y herederos, previa rectificación de la superficie, se adjudican las dos viviendas integradas en una finca registral de la que se afirma que está dividida horizontalmente de hecho. En la escritura se contienen las exposiciones y declaraciones siguientes: se describe el edificio completo (apartado IV de la exposición); se describen las fincas de resultado de la división en situación de «prehorizontalidad» (apartado V de la exposición); a las fincas resultantes se les asigna un número correlativo y la cuota de participación en los elementos comunes; se toma la decisión por todos los titulares que reúnen el pleno dominio de la finca y por unanimidad; se manifiesta que «la expresada finca (...) se encuentra dividida horizontalmente de hecho en dos viviendas independientes» y se solicita expresamente en el apartado V de la exposición, la apertura de folio separado a cada finca de resultado de la división, que ha sido adjudicada individualmente; se hace una modificación descriptiva de la finca, que pasa de ser una casa-habitación a un edificio entre medianeras estructurado en dos plantas y distribuido para varias unidades funcionales; los elementos de uso y servicio común se referencian por su propia naturaleza al artículo 396 del Código Civil; y las viviendas se configuran con su salida propia, a través de un elemento común, a la vía pública.

La registradora señala como defecto que falta el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal y hasta que no se formalice este no será posible la inscripción del régimen ni de los pisos o locales en propiedad separada, sino que lo único que cabría inscribir es una copropiedad ordinaria sobre la totalidad del edificio, sin que sea factible atribuir a cada cuota el uso privativo de un piso o local, pues sería una forma de eludir la normativa de inscripción de la propiedad horizontal.

La recurrente alega lo siguiente: que solo se señala como defecto la ausencia del título constitutivo de la división horizontal, sin entrar en la adaptación de la superficie del solar a la parcela catastral, la adaptación de la descripción de la edificación preexistente a la vigente legislación hipotecaria, la antigüedad de la división horizontal a los efectos de la prescripción de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, ni tampoco estima necesaria autorización administrativa, ni el dictamen técnico protocolizado, lo que sí ha señalado la registradora sustituta; que se cumplen todos los requisitos sustantivos y formales impuestos por la legislación especial, civil e hipotecaria para la inscripción de la transmisión de los elementos independientes en los términos consignados: se describe el edificio completo, se describen las fincas de resultado de la división, a las que se asigna un número correlativo y la cuota de participación en los elementos comunes, adoptándose dicha decisión por todos los titulares que reúnen el pleno dominio de la finca y por unanimidad; esto es, en el título se cumplen las concreciones que exige la ley para la formación del título constitutivo, solicitándose expresamente la apertura de folio separado a cada finca de resultado de la división, que han sido adjudicadas individualmente, sin que en ningún momento se solicite que con el mismo número de finca registral se inscriban partes separadas de la finca, con sus respectivas descripciones y con números de inscripción diferentes, ni tampoco que se inscriba la totalidad de la finca atribuyendo a sus titulares cuotas indivisas de dominio o que se inscriba cada una de los elementos independientes como una finca registral distinta; que los elementos de uso y servicio común se encuentran por su propia naturaleza fijados legalmente, por lo que no precisan su determinación, adscribiéndose no obstante, elementos comunes por destino a las viviendas; que las viviendas se configuran con su salida propia, a través de un elemento común, a la vía pública; que la escritura no constituye «ex novo» el edificio en régimen de la propiedad horizontal, ya

que por la propia configuración física del mismo este ya se encuentra establecido de facto por reunir los requisitos legales necesarios, sino que el título reconoce, regulariza, organiza, estructura y da forma a dicho régimen jurídico con arreglo a los presupuestos contemplados en la Ley sobre propiedad horizontal.

2. Como cuestión previa, el recurrente alega que la registradora ha emitido una calificación conjunta de los dos títulos, presentados simultáneamente a inscripción, que, si bien son conexos, el expediente notarial de rectificación descriptiva debe operar registralmente con independencia de la escritura de herencia, por lo que la validez del acta no se encuentra comprometida por la escritura, si bien esta última está condicionada por la inscripción de la primera y todo ello al margen de la cronología de la presentación, no entendiéndose bien la calificación negativa del acta notarial cuando sobre la misma no consta obstáculo registral alguno, debiendo procederse a su despacho; además, señala que la calificación sustitutoria completa indebidamente la calificación de la sustituida, reformando el defecto apreciado por la anterior y adicionando nuevos defectos de carácter formal.

En primer lugar, en cuanto a la solicitud de inscripción de uno de los títulos con independencia del otro, aun la conexión de los títulos presentados, los interesados pueden pedir la inscripción parcial, es decir, que se inmatricule la finca en tanto que porción de suelo, aunque se suspenda la inscripción de la edificación que exista en su interior, pero lo cierto es que tal posibilidad de solicitud de inscripción parcial ha de ejercitarse por los interesados ante el registrador, no siendo el recurso el cauce procedimental para ello.

En segundo lugar, en cuanto al alcance y efectos de la calificación sustitutoria, es preciso aclarar que es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Por ello, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad –cfr. artículo 19 bis.5.ª, de la Ley Hipotecaria– (Resoluciones de 2 de marzo de 2009, 11 y 28 de junio de 2014, 25 de mayo de 2015 y 10 de marzo y 20 de abril de 2016, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente).

La intervención del registrador sustituto se limita a confirmar o revocar la nota de calificación y en este último caso y si la revocación es total, debe acompañar el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse el asiento (cfr. artículo 19 bis.3.ª de la Ley Hipotecaria).

La opción del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria en su párrafo cuarto se concede a los interesados en dos supuestos: en primer lugar, cuando el registrador no haya calificado dentro de plazo, en que lógicamente no cabe recurso contra una calificación no realizada, y, en segundo lugar, cuando el interesado opte por el cuadro de sustituciones ante una calificación registral negativa. El interesado «podrá recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o bien instar la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 de la Ley». Tanto el citado artículo 19 bis, como el artículo 6 del Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto, disponen que éstos podrán solicitar la intervención del registrador sustituto mediante la aportación a éste del testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria o de su original que tendrá derecho a retirar del registro donde se hubiera presentado.

El párrafo segundo del apartado quinto del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria dispone que: «en la calificación el Registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el sustituido y respecto de los que los interesados hubieran motivado su discrepancia en el escrito en el que solicita su intervención», y debe entenderse, conforme a lo expuesto anteriormente, que la calificación sustitutoria no es un recurso sino una segunda calificación. Esta norma debe interpretarse en el sentido de que los interesados deberán manifestar respecto a cuáles de los defectos de los contenidos en la nota de calificación deberá pronunciarse el registrador sustituto, máxime cuando la calificación sustitutoria deberá ajustarse a los defectos observados en la nota de calificación del registrador sustituido. Si el desacuerdo es respecto a la total nota de calificación debe bastar para ello con expresar genéricamente dicha discrepancia.

De ello se desprende que, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de subsanación de los defectos o en su caso para que pueda proceder a la interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante esta Dirección General, el cual deberá limitarse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad –cfr. artículo 19 bis.5.ª de la Ley Hipotecaria– (Resoluciones de 28 de junio de 2014, 19 de febrero y 30 de mayo de 2016, 4 de octubre de 2018 y 22 de abril y 22 de julio de 2019).

En el presente caso la registradora sustituta ha confirmado la calificación de la registradora sustituida, pero ha añadido otros defectos por lo que la presente Resolución, conforme al precepto legal señalado, debe limitarse a revisar la calificación de la registradora sustituida, única legalmente recurrible.

3. Por lo que atañe a la cuestión de fondo planteada en este expediente, limitado estrictamente al defecto señalado en la calificación de la registradora sustituida, debe tenerse en cuenta que se denomina propiedad horizontal de hecho la existente en aquellos casos en los que se dan los presupuestos fácticos para que la propiedad horizontal surja (edificio constituido por partes susceptibles de aprovechamiento independiente y pluralidad de propietarios) pero en los que no se ha otorgado el título constitutivo. En este sentido se pronuncian las Resoluciones de este Centro Directivo de 18 de julio de 1995 y 26 de junio de 1987 y la Ley sobre propiedad horizontal de 21 de junio de 1960, reformada por la Ley 8/1999 de 6 de abril, según las cuales, la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal presupone la existencia de un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre los diferentes pisos o locales de un edificio susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común o a la vía pública, derecho que lleva como anejo un derecho inseparable de copropiedad sobre los elementos comunes, quedando constituido este régimen, entre otros supuestos, desde el momento mismo en el que los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente pasan a pertenecer por cualquier título a diferentes personas.

En efecto, es doctrina reiterada de esta Dirección General en Resoluciones, entre otras, de 18 de junio de 1991, 18 de mayo de 1995, 5 de abril de 1998, 26 de septiembre de 2002, 7 de abril de 2006, 24 de septiembre de 2015, 5 de septiembre de 2019 o 2 de junio de 2020, que el régimen de propiedad horizontal existe desde que «los varios pisos o locales pasan a pertenecer a diferentes personas aun cuando todavía no se haya formalizado e inscrito la constitución del régimen». Asimismo, las Resoluciones de 17 de octubre de 2010 o 27 de noviembre de 2013 ponen de relieve que «cuando la situación fáctica de un edificio es de división horizontal le es de aplicación la Ley de Propiedad Horizontal aunque los propietarios no hayan otorgado el correspondiente título constitutivo», como menciona en la disposición transitoria primera de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal y se desprende de su propio artículo primero.

En definitiva, el régimen de propiedad horizontal es el adecuado para regular las situaciones en las que se produce una coexistencia entre derechos de propiedad individual y copropiedad sobre elementos comunes, como en el caso objeto de este expediente. Por ello, debe considerarse que en tales casos existe una verdadera propiedad horizontal, aun cuando no se haya otorgado el título constitutivo de la misma.

Conforme a la doctrina consolidada de este Centro Directivo toda constitución de un régimen de propiedad horizontal requiere que se dé cumplimiento a los requisitos que para su constitución se determinan en la Ley sobre propiedad horizontal, tanto en el supuesto de configuración «ex novo» de tal régimen como en el caso de mutación de un régimen fáctico a uno formalmente constituido. En consecuencia, no sólo es necesario el consentimiento de todos los titulares registrales de las distintas partes de edificio, sino que debe describirse adecuadamente cada uno de los elementos independientes que se crean, con determinación expresa de su número de orden y de la cuota de participación en el régimen de propiedad horizontal en el título constitutivo de todos y cada uno de los distintos elementos privativos que se crean.

Así se exige en el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, según el cual «el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquéllos al que se asignará número correlativo. La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo. La 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, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial (...)».

4. En el presente caso en el título se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 5 de la Ley sobre propiedad horizontal y 8 de la Ley Hipotecaria para la inscripción de la constitución del régimen de propiedad horizontal y la transmisión de los elementos independientes integrados en ella. A tal fin, se describe el edificio completo (apartado IV de la exposición), se describen las fincas de resultantes de la división (apartado V de la exposición), a las que se asigna un número correlativo y la cuota de participación en los elementos comunes, adoptándose dicha decisión por todos los titulares del pleno dominio de la finca y por unanimidad, y se solicita expresamente en el apartado V de la exposición la apertura de folio separado a cada finca de resultado de la división, que han sido adjudicadas individualmente.

Por lo demás, la finca registral de la que se afirma que está dividida horizontalmente de hecho figura inscrita a nombre de una única propietaria –la causante– de modo que se adjudican ahora a los dos herederos sendos elementos privativos –dos viviendas–. Por ello, bien puede entenderse que lo que se hace por la escritura calificada no es sino formalizar la división horizontal de una finca mediante la adjudicación de esos elementos independientes, con sus elementos comunes correspondientes, en la forma prevista en el artículo 401 del Código Civil (cfr. artículos 406 y 1051 a 1081), sobre la base de la previa existencia de una situación fáctica de propiedad horizontal en la que faltaba también que los elementos ya de hecho independientes pasaran a pertenecer a diferentes personas.

En definitiva, mediante la escritura calificada es indudable que sobre la existencia de sendos propietarios sobre diferentes elementos suficientemente delimitados y susceptibles de aprovechamiento independiente dentro de un mismo edificio, como exige el artículo 396 del Código Civil, se formaliza el régimen de constitución de propiedad horizontal con los requisitos necesarios para que ese régimen acceda al Registro de la Propiedad.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación.

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, 10 de enero de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.