

## IV

El Registrador de la Propiedad titular informó y elevó el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante escrito de 18 de octubre de 2004.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 396 del Código Civil, 5 y 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, 259.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana (1/92 de 26 de junio), 66.3 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (Ley 7/2002), así como las resoluciones de este Centro Directivo de 18 de julio de 1996, 16 de junio y 10 de noviembre de 1999, 16 de enero de 2002 y 10 de diciembre de 2003.

1. Se presente en el Registro escritura por la que los dueños pro indiviso de una finca clasificada como suelo urbano, segregan una porción de la misma para su cesión al Ayuntamiento, la cual se realiza unilateralmente, y el resto lo dividen en «propiedad horizontal tumbada» en ocho parcelas, adjudicándolas a los distintos condueños. Es de hacer notar que la división agota toda la superficie de la finca matriz y que el suelo no se configura como elemento común.

La Registradora suspende la inscripción de la segregación y cesión a favor del Ayuntamiento, aparte de por otro defecto no recurrido, por no acreditarse la licencia urbanística o certificación de su innecesariedad, y la constitución del régimen de «propiedad horizontal tumbada» por carecer también de dicha licencia o certificación.

El Notario recurre.

2. El Notario recurrente señala, respecto de la segregación, que no es necesaria tal licencia pues dicha operación tiene por objeto independizar una finca que, de acuerdo con la planificación de la zona, está dedicada a zona verde, pero tiene razón la Registradora al afirmar que la licencia administrativa supone el mecanismo de control por los poderes públicos competentes de la legalidad de determinados actos de los administrados; es la Administración llamada a ejercer ese control la que debe dar un pronunciamiento expreso.

3. En cuanto a la necesidad de la licencia respecto a la «propiedad horizontal tumbada» que se constituye, partiendo de que la diferencia entre propiedad horizontal –que no la exige– y conjunto urbanístico –que la exige–, esta Dirección general ha declarado (vid. Resoluciones citadas en el «vistos» y, en especial la de 10 de diciembre de 2003) que, para mantenerse en los límites de una comunidad –y, por tanto, para que exista propiedad horizontal– es preciso que las porciones atribuidas carezcan de autonomía que les permita ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, dado que, si tienen tal autonomía, como ocurre en el presente caso, nos hallamos ante una verdadera división de terrenos, cualquiera que sea la denominación elegida por las partes o el mecanismo jurídico bajo el que se pretenda encubrir.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando la calificación de la Registradora.

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, 16 de julio de 2005.–La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sr. Registrador de la Propiedad de Conil de la Frontera.

**15196** *RESOLUCIÓN de 18 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por A. C. S. y otros, contra la negativa del registrador de la propiedad de Lloret de Mar a practicar una anotación preventiva de demanda.*

En el Recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña María del Mar Ruiz Ruscadella, en nombre y representación de Don A. C. S. y otros, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Lloret de Mar, Don Francisco José Florán Fazio, a practicar una anotación preventiva de demanda, en virtud de apelación del Registrador.

**Hechos**

## I

En el Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, existe inscrita una propiedad horizontal constituida por los apartamentos situados en varios bloques. Dentro del perímetro de esta finca existe una zona ajardinada con una piscina que está inscrita como elemento privativo de Doña R.A.B., finca registral 5968. Por mandamiento dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Blanes, expedido en virtud de proveído firme dictado en juicio de menor cuantía 329/99, se ordena la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad, instada por Don A.C.S. y otros contra Doña R.A.B., sobre la finca registral 5968. En el suplico de la demanda se solicita que se declare lo que consta en el Fundamento de Derecho I de la presente resolución.

## II

Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, fue calificado con la siguiente nota: DENEGADA la anotación preventiva de demanda que se ordena en el precedente mandamiento, por no ser la anotación solicitada ninguna de las previstas en el artículo 42 de la Ley hipotecaria, siendo defecto insubsanable y no procediendo anotación preventiva. Contra esta nota de calificación se puede interponer recurso gubernativo ante el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el plazo de tres meses, por el procedimiento establecido en el artículo 66 de la Ley hipotecaria, y 112 y s.s. de su Reglamento. Lloret de Mar, a 7 de marzo de 2000. El Registrador. Firma ilegible.

## III

La Procuradora de los Tribunales Doña María del Mar Ruiz Ruscadell, en nombre y representación de Don A.C.S. y otros, interpuso contra la nota de calificación, recurso gubernativo y alegó: Que se está ante el supuesto previsto en el artículo 42-1º de la Ley Hipotecaria, pues en la demanda se solicita que se declare el derecho real de uso sobre la piscina ubicada en la finca registral 5968 propiedad de la demandada. Que a la inscripción del derecho de uso se refieren los artículos 1 y 2, apartado 2 de la Ley Hipotecaria y lo que se pretende es dar publicidad registral a la existencia del procedimiento de menor cuantía que afecta a una finca inscrita, para evitar que quede frustrada la sentencia que en su día se dicte. Que sobre la anotación preventiva de demanda y su aplicación con criterios flexibles se citan las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona de 26 de marzo de 1999 y la de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de noviembre de 1998.

## IV

El Registrador de la Propiedad Don Francisco José Florián Fazio emitió su informe el 27 de Julio de 2.000, conforme a la normativa entonces vigente.

## V

El titular del Juzgado de Primera Instancia 2 de Blanes emitió el correspondiente informe señalando que se acordó la anotación preventiva de la demanda por considerar que se estaba discutiendo un derecho de uso con evidente trascendencia real.

## VI

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya estimó el recurso interpuesto revocando la nota del Registrador fundándose en que se está litigando para obtener el reconocimiento de un derecho real, ya el de uso, ya el de servidumbre predial.

## VII

El Registrador de la Propiedad apeló el auto presidencial manteniéndose, en esencia, en sus alegaciones y añadiendo que en el caso de tratarse de un derecho real tipificado ha de reunir los requisitos exigidos en la legislación vigente y si es un derecho real de nuevo cuño, en los contratos que dan origen a la demanda y acompañados a la misma, no se han establecido las características mínimas exigibles para que el derecho tenga la consideración de real.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 2 y 42 de la Ley Hipotecaria, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 6 de marzo de 32001 y 16 de julio de 2002.

1. Existe inscrita en el Registro una propiedad horizontal constituida por los apartamentos situados en varios bloques. Dentro del perímetro existe una zona ajardinada con una piscina que está inscrita como elemento privativo a favor de una causahabiente del constituyente del régimen.

Se presenta en el Registro mandamiento de anotación preventiva de demanda interpuesta por algunos de los titulares de apartamentos. En el suplico de la demanda se solicita que se declare lo siguiente:

1) Que los propietarios de los apartamentos que se dirán, ubicados en el complejo residencia X tienen derecho a usar y disfrutar de la piscina y zonas ajardinadas ubicadas en el interior del complejo.

2) Que la Sra. y (la titular de la zona donde se halla la piscina) se abstenga de perturbar el pacífico uso de la piscina y zonas comunitarias por parte de los actores, en su condición de propietarios de sus respectivos apartamento.

3) Que la actual propietaria de dicha zona, así como los sucesivos propietarios de la finca tienen la obligación de mantener y respetar los derechos de uso y disfrute de la piscina y zonas ajardinadas.

4) Que el derecho a usar y disfrutar de dicha zona debe extenderse a los siguientes propietarios presentes y futuros de determinados apartamentos.

5) Que el derecho a usar y disfrutar es extensivo a cualquier ocupante de los apartamentos expresados, incluyendo a sus familiares y amigos.

6) Que el derecho de usar y disfrutar lleva consigo la obligación de pagar los gastos de conservación de la piscina y jardines.

El Registrador deniega la anotación por no ser ninguna de las anotaciones previstas en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria. Los interesados recurren. El Presidente del Tribunal Superior estima el recurso, apelando el Registrador.

2. El tema que plantea el presente recurso es el de si lo que se solicita en la demanda tendría, en el caso de estimarse la misma, carácter real, pues en el caso de que lo tuviera, la demanda sería anotable por el cauce del n.º 1 del artículo 42 de la Ley hipotecaria. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Centro Directivo han declarado reiteradamente que en nuestro Derecho, en materia de derechos reales, rige el sistema de «numerus apertus», es decir, que no sólo existen los derechos reales típicos, sino que se pueden configurar otros derechos reales, pero siempre que, por sus características y efectos, los derechos inominados así constituidos se constituyan como tales derechos reales. En el presente caso, no habría problema si lo que se solicitara fuese una figura jurídica clara de carácter real, como sería una constitución de servidumbre, la conversión del elemento discutido en elemento común, etc.

3. Por tanto, hay que examinar el derecho que se demanda por ver si tiene las características de derecho real. Hay que concluir afirmativamente, pues el derecho solicitado gozaría de inmediatez (el derecho de los demandantes a usar y disfrutar el espacio controvertido), y eficacia «erga omnes», pues expresamente se dice que tal derecho sería oponible frente a cualquier titular de tal espacio. La afirmación del Registrador en su informe de que si fuera un derecho real, sus titulares no tendrían que realizar ningún gasto no es concluyente, pues los gastos de conservación son a cuenta del titular.

4. Ciertamente, concluido lo que se solicita es un derecho real, al ser un derecho atípico –pues los demandantes no exigen la constitución de un derecho nominado–, es necesario que sus contornos y efectos estén plenamente determinados –cosa que no ocurre en el presente supuesto–, pues cuando el derecho es típico, la regulación legal sirve de pleno apoyo para regular las relaciones entre todos los interesados, pero, al tratarse de un derecho atípico, tales relaciones tienen que derivar del título constitutivo. Ahora bien, teniendo en cuenta que el título inscribible, en el caso de ser estimada la demanda, será la sentencia, en ésta se podrán precisar las características del derecho que ahora no están plenamente delimitadas.

Esta Dirección General ha acordado desestimar la apelación interpuesta, confirmando el auto presidencial.

Madrid, 18 de julio de 2005.–La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; Barcelona.

**15197** RESOLUCIÓN de 18 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña María Teresa Martínez Martínez, frente a la negativa del registrador de la propiedad de Tarazona a inscribir una escritura de segregación y compraventa.

En el recurso gubernativo interpuesto por Doña Concepción Pérez Ferrer, procuradora de los Tribunales que actúa en nombre y representación de Doña María Teresa Martínez Martínez frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Tarazona Don Ricardo Mantecón Trueba, a inscribir una escritura de segregación y compraventa, en virtud de apelación del Registrador.

## Hechos

### I

Mediante escritura de segregación y compraventa formalizada el 10 de mayo de 1996 ante el Notario de Tarazona Don Fernando Jiménez Villar, se vende por el Ayuntamiento de Tarazona a Doña Juana Martínez Pellicer, madre de la recurrente, la finca segregada. El precio de la vivienda objeto de transmisión había sido satisfecho por el esposo de Doña Juana a favor del cual se rectificó el inventario de bienes del Ayuntamiento. Al fallecer el adjudicatario antes del otorgamiento de la escritura se formaliza la venta a favor de su esposa.

### II

Presentada copia de la referida escritura en el Registro de Tarazona fue calificada con la siguiente nota: Nota de calificación extendida al pie de la escritura autorizada por el Notario de Tarazona, don Fernando Jiménez Villar, el día 10 de mayo de 1996, número 477 de su Protocolo, presentada en este Registro de la Propiedad el día 17 de abril de 2000, asiento 1258 del Diario 64; esta nota de calificación se extiende a solicitud del presentante, D.ª Alicia Arbe Serrano. En opinión del Registrador que suscribe, no es posible la inscripción de la mencionada escritura por los siguientes motivos. 1) No consta la ratificación de doña Juana Martínez Pellicer, representada en virtud de mandato verbal por doña María Teresa Martínez Martínez en la escritura calificada. 2) En dicha escritura se adjudica una vivienda propiedad del Ayuntamiento de Tarazona a doña Juana Martínez Pellicer; pero del contenido del acuerdo del Ayuntamiento que se incorpora a la escritura resulta que el precio de la vivienda fue satisfecho por don Mariano Martínez López, a favor del cual se rectificó el Inventario de Bienes del Ayuntamiento. Dicho señor falleció antes del otorgamiento de la escritura correspondiente, y por su esposa se solicitó la autorización a su favor de dicha escritura. No obstante, al haber fallecido la persona que satisfizo el precio de la vivienda, y según parece deducirse del acuerdo del Ayuntamiento, adquirió la propiedad de la misma, la escritura debe otorgarse a favor de todos los herederos y, en su caso, del cónyuge viudo, a no ser que exista una escritura de partición, total o parcial, de herencia (con liquidación de la sociedad conyugal si hay lugar a ello) en la cual se adjudique de alguna forma la vivienda que es objeto de la escritura calificada. No se extiende anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada. Contra la presente nota de calificación se puede interponer recurso gubernativo en el plazo de tres meses, a contar desde hoy, mediante escrito presentado en este Registro de la Propiedad y dirigido al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con arreglo a los tramites establecidos en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Tarazona 2 de mayo de 2000-Fdo. Ricardo Mantecón Trueba.

### III

Doña Concepción Pérez Ferrer, en nombre y representación como procuradora de los Tribunales de Doña María Teresa Martínez Martínez única heredera de la compradora en la escritura Doña Juana Martínez Pellicer interpuso recurso gubernativo contra la nota de calificación con apoyo en los siguientes argumentos: Que la condición de beneficiaria de Doña Juana Martínez Pellicer en la citada operación queda determinada desde el primer momento tanto por la declaración del Ayuntamiento al otorgar la escritura como por lo recogido por el Notario, sin que se haga referencia alguna a la procedencia del dinero empleado para el pago. Que el Ayuntamiento otorga la escritura a favor de Doña Juana Martínez Pellicer como beneficiaria, cuyo estado civil era el de viuda cuando se perfeccionó el contrato de compraventa entre ella y el Ayuntamiento.

### IV

El Registrador informó manteniendo la nota de calificación y elevó su informe al Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

### V

El Tribunal Superior de Justicia revocó la nota del Registrador.

### VI

El Registrador apeló el auto Presidencial.

## Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18, 20, 38 y 40 de la ley Hipotecaria y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de