

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9092 *Resolución de 8 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Ourense n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución de servidumbre y de comunidad.*

En el recurso interpuesto por don J. L. P. M., en nombre y representación de la mercantil «Lecer, S.L.», contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Ourense número 3, doña Paula Martín Martínez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución de servidumbre y de comunidad.

Hechos

I

En escritura de constitución de servidumbre y de comunidad autorizada por la notaria de Ourense, doña María José Rodríguez Tourón, con el número 226 de protocolo, el día 20 de febrero de 2015, la mercantil «Lecer, S.L.», dueña de las fincas registrales número 25.398, 61.342 y 64.813, constituyó servidumbre recíproca de paso permanente para personas y vehículos, siendo predios sirvientes las dos primeras y dominantes las tres fincas. La servidumbre queda condicionada a la separación de la titularidad de los predios sirvientes y dominantes y se constituye con sujeción a lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil. Asimismo, constituyó servidumbre de cuartos de aseos, siendo predio sirviente la primera de las fincas y dominantes las otras dos. La servidumbre queda condicionada a la separación de la titularidad de los predios sirvientes y dominantes. Por último, constituyó una comunidad de uso y disfrute y distribución de gastos entre los propietarios de las tres fincas.

II

Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Ourense número 3, fue objeto de la siguiente calificación: «Remitido el documento telemáticamente, ha tenido entrada en este Registro y presentada a las doce horas y tres minutos del día veinte de febrero de dos mil quince, con el asiento 662 del diario 117, escritura de constitución de servidumbre y de comunidad autorizada por el Notario de Ourense, María José Rodríguez Tourón, el mismo día, con el número 226 de protocolo, suspendiéndose, el mismo día, el despacho del mismo por no acreditarse el pago del impuesto, y aportado con fecha veintitrés de febrero siguiente copia autorizada en soporte papel donde consta la acreditación del pago del impuesto, que figura incorporado a la copia autorizada de la escritura en soporte papel, por el presentante, quien solicita expresamente su tramitación en forma ordinaria, al amparo del párrafo 1.º, inciso 2.º del art. 27 de la Ley 11/2007, de 22 de junio. En dicha escritura la mercantil Lecer, S.L. (...), dueña de las fincas 25.398, 64.813 y 61.342, constituye servidumbre recíproca de paso permanente para personas y vehículos, siendo predios sirvientes las dos primeras y dominantes las tres fincas. La servidumbre queda condicionada a la separación de la titularidad de los predios sirvientes y dominantes y se constituye con sujeción a lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil. Asimismo constituye servidumbre de cuartos de aseos, siendo predio sirviente la primera de las fincas y dominantes las otras dos. La servidumbre queda condicionada a la separación de la titularidad de los predios sirvientes y dominantes. Por último constituye una comunidad de uso y disfrute y distribución de gastos entre los propietarios de las tres fincas. La finca 64.813 se dice que está destinada a cuarenta y una plazas de garaje

-numeradas de la dos a la cuarenta y dos- y un trastero, correspondiendo a cada una de dichas plazas, –una de las cuales junto con el trastero, al que se accede únicamente a través de la plaza– una cuarenta y una parte indivisa de la finca, que atribuye el uso exclusivo y excluyente de las mismas, que se describen. La finca 61342 se dice que se destina a una plaza de garaje, la número uno. La finca 25.398 –local sito en la planta baja, derecha entrando y parte posterior del edificio señalado con (...)– es la finca tercera del edificio de que forma parte, constituido en régimen de propiedad horizontal. La finca 61.342 local señalado con el número 2, del edificio señalado con el número (...)-, es la finca número catorce del edificio de que forma parte, constituido en régimen de propiedad horizontal. La finca 64.813 se trata de un edificio de planta sótano y planta baja destinado a garaje señalado con el número (...). La obra nueva y la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal a que pertenece la finca 25.398 se hizo en virtud de escritura autorizada el veintiocho de agosto de mil novecientos setenta y cinco. La obra nueva del edificio destinado a garaje, finca 64.813, fue declarada en virtud de escritura de fecha dos de febrero de dos mil uno, resultando del Registro que el mismo se terminó de construir en enero de mil novecientos setenta y ocho y en virtud de licencia municipal de dieciséis de noviembre de mil novecientos setenta y siete. Se han apreciado los siguientes defectos que impiden acceder a practicar las operaciones registrales solicitadas: Hechos: I.–Para poder acceder a acceder a inscribir servidumbre de paso y de cuartos de aseo sobre la finca 25.398 a favor de las fincas 64.813 y 61.342, es necesario que dicho gravamen sea autorizado por acuerdo de la Junta de Propietarios del edificio en que está integrada, por unanimidad de los titulares actuales, derivando dicha exigencia: a).– Afectación del gravamen que se pretende constituir a los elementos comunes del edificio: La comunicación del local sito en la planta baja de un edificio en régimen de propiedad horizontal con otra finca ajena al mismo edificio es acto que infringe el artículo 7 Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal. Dicho precepto en su apartado uno establece: 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. Asimismo el artículo 3 establece que en el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil corresponde a cada piso o local: a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado. El Tribunal Supremo se ha manifestado en no pocas ocasiones acerca de la necesidad de acuerdo unánime de la comunidad para comunicar y establecer servidumbre sobre un elemento de una propiedad horizontal a favor de finca ajena. Así en la sentencia de 16 de mayo de 2001 establece con relación a la apertura de huecos en un muro constitutivo de un elemento común y al establecimiento de una servidumbre de paso a favor de un inmueble integrante de otra comunidad que se exige «el consentimiento unánime de los copropietarios para la alteración de los elementos comunes y la constitución de un gravamen como el que se pretende, la oposición del copropietario recurrente está amparada por los derechos que como perteneciente a la comunidad le reconoce la legislación reguladora de esa forma especial de copropiedad». En la sentencia de 10 de octubre de 2007 declaró ilegales unas obras de abrir puerta en la fachada de un local aunque no afectan a los elementos estructurales de la fachada, pero sí «al cerramiento de la misma respecto de la vía pública que corresponde a la configuración del inmueble tal como resulta de su descripción en los títulos de propiedad». En el caso que nos ocupa ninguna mención existe en la descripción de la finca tercera del edificio de que está comunicado por la parte posterior con la finca colindante por dicho aire. Es más, del título constitutivo de la Propiedad horizontal resulta que Linda por el Sur con (...) y propiedad de M. L. F., titulares distintos de los constituyentes del régimen de propiedad horizontal. La

sentencia de 16 de mayo de 2001, citando la sentencia de 13 de febrero de 1995 establece que «es plenamente legítimo y serio, y en modo alguno excesivo y anormal, el interés jurídico de los demandantes, aquí recurridos, en su calidad de copropietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en oponerse a que se alteren los elementos comunes de su edificio, de tan grave trascendencia, además, como es el de abrir unos huecos en el muro medianero -elemento común- que separa dicho edificio del contiguo, perteneciente a distinta comunidad y poner ambos inmuebles en comunicación, para ampliar las instalaciones de una cafetería...». En la sentencia de 5 de noviembre de 1996 en la que se enjuiciaba la comunicación de una finca en régimen de propiedad horizontal, con otras propiedades colindantes independientes, de suerte que dicha se comunica, por el bajo de la misma, como único acceso, a edificio de cuatro plantas ubicado en la parte posterior del local de los demandados, dedicado a garaje y aparcamiento el conjunto inmobiliario construido, no habiendo sido dicha comunicación autorizada por los partícipes de la comunidad de propietarios del edificio establece que «la comunicabilidad del inmueble con otros distintos a través del local sito en la planta baja de aquél, lleva consigo, sin lugar a dudas, una alteración en la estructura que habría precisado del consentimiento unánime de los restantes miembros de la comunidad.» En la sentencia de 3 de septiembre de 2014 se dice que «considerado el carácter de elemento común que tienen los chaflanes de la finca, las obras aquí interesadas, aperturas de dos puertas en los citados chaflanes con sus correspondientes servidumbres de paso, no sólo excede de lo que esta Sala, a partir de una interpretación flexible de la Ley de Propiedad horizontal, ha considerado respecto de las obras que los propietarios de locales de negocio situados en los bajos del inmueble pueden realizar sin necesidad de autorización alguna, sino que va más allá puesto que proyectan una clara alteración básica de los elementos comunes sin consentimiento de la comunidad». Las paredes divisorias entre los dos edificios colindantes que sirven como cerramiento al local aun cuando no tuviera una misión estructural no cabe duda de que es un elemento común dentro de los del inmueble y altera su configuración, estructura o estado exterior, por lo que, el propietario del local no podía hacer la comunicación sin consentimiento de la Comunidad. Tratándose de alteración en los elementos comunes del edificio y de modificación por tanto de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal requiere el acuerdo de la Junta para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación. Se incorpora a la escritura certificación expedida por doña M. C. S. R., arquitecto, de la que resultan que entre las tres fincas «no existen elementos comunes que las separen físicamente, estando unidas entre sí sin solución de continuidad formando una única unidad arquitectónica». El hecho de que se certifique que físicamente en la actualidad no existe elementos de separación entre las fincas no hace que decaigan los argumentos esgrimidos, pues de admitirse sería tanto como afirmar que para burlar los requisitos exigidos para las modificaciones del régimen de propiedad horizontal agrupaciones, divisiones, segregaciones, agregaciones, ampliaciones de obra... -es suficiente que físicamente la modificación ya se haya efectuado, y así se certifique por técnico competente. b).-La constitución de servidumbre sobre un elemento privativo de un edificio en régimen de propiedad horizontal excede de las facultades dispositivas de su titular. En la forma especial de propiedad que se denomina propiedad horizontal corresponde a cada titular el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, y la copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes. Cada piso o local del edificio tiene una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo que sirve de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. Dicha cuota de participación determina también el derecho de cada copropietario en caso de extinción del régimen. Cada propietario puede libremente disponer de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran y sin que la transmisión del disfrute afecte a

las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad. En el caso que nos ocupa se trata de gravar un elemento privativo con una servidumbre de paso y de cuartos de aseo. Las servidumbres, al contrario de lo que sucede con otros gravámenes, no pueden recaer sobre una participación indivisa de una finca. Es por ello que el Código Civil, establece en sede de servidumbre voluntaria, artículo 597 que «Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios». Si los propietarios de los elementos privativos pudieran establecer libremente servidumbres, más aún cuando fueran por tiempo indefinido, como es el caso, a favor de fincas ajenas al régimen, implicaría que en caso de extinción de la propiedad horizontal la finca quedase gravada con las cargas constituidas, quedando así vulnerado dicho precepto. Por otro lado, excede la constitución de servidumbre de las facultades dispositivas del titular de un elemento privativo porque la titularidad privativa se predica tan sólo respecto a un espacio cúbico suficiente limitado. El suelo sobre el que en suma se constituye la servidumbre de paso debe ser considerado elemento común mientras dure el régimen, y una vez extinguido pasará a ser cotitularidad de todos en proporción a sus cuotas, abonándose así la necesidad de consentimiento unánime de todos los copropietarios. La reciente sentencia de 11 de julio de 2014 establece que «La constitución de la servidumbre en régimen de propiedad horizontal, no hay duda que pueden constituirse y se constituyen en la realidad social. Tal es el caso del conjunto inmobiliario. Se constituyen sobre otro o edificio de ajena pertenencia. El artículo 9.1.c- de la contempla el caso de servidumbres pero desde el punto de vista del predio sirviente. Sí se pueden constituir servidumbres, como predio dominante, frente a finca ajena, por el propietario o promotor del total de la finca antes de la división y adquisición por terceros de los locales y viviendas. Y también, por los copropietarios de la comunidad, lo que afectará al título constitutivo y exige la unanimidad en aplicación del artículo 17.1 de aquella ley. Será inscribible en el Registro de la Propiedad. En todo caso, tiene que constar y acreditar el título, bien distinto de la mera tolerancia. «Qué duda cabe que si el consentimiento de todos los copropietarios es necesario para constituir servidumbre como predio dominante, será con más razón exigible para constituirlo como predio sirviente. c).—Exigiéndose indubitadamente acuerdo unánime de la comunidad, -salvo dispensa estatutaria- para la agrupación de fincas de un edificio en régimen de propiedad horizontal con otra u otras ajenas al mismo, no puede defenderse la no necesidad del mismo para establecer una servidumbre de paso a favor de finca no perteneciente a la comunidad. Esta servidumbre implica necesariamente el propósito de una unión física, por lo que la exigencia de acuerdo de la Junta debe presidir también el establecimiento del gravamen. Es indispensable la aprobación unánime de la Junta de Propietarios de ambas comunidades para agrupar elementos privativos pertenecientes a distintos inmuebles, constituyendo un local único. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en diversas sentencias, pudiendo citar 9 de diciembre de 1966, 25 de mayo y 21 de octubre de 1976, 9 de mayo de 1983, 19 de septiembre de 1991. d).—El establecimiento de la servidumbre de paso sobre la finca 25.398 implica un cambio de uso sustancial de la misma, que implica modificación del título constitutivo de la división horizontal. La finca tercera del edificio está destinada a local y no a local y garaje como se dice en la escritura-, y con el establecimiento de la servidumbre su destino principal sería el de paso para personas y circulación de vehículos. Así resulta de la propia configuración de la servidumbre constituida, de su superficie y linderos, y del plano incorporado a la escritura. Es cierto, como ha declarado el Tribunal Supremo, que las disposiciones del título constitutivo en relación con el uso de determinados elementos de la comunidad no comportan necesariamente una adscripción definitiva si no la imponen de manera clara y precisa, sino que pueden implicar un destino originario susceptible de ser modificado por quien ostente facultades para ello sin necesidad de acudir al procedimiento de modificación del título, especialmente cuando afecten a las facultades dominicales de los copropietarios sobre los elementos privativos. La concepción del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, no sujeta a otras limitaciones que las expresamente previstas en las leyes y las que convencionalmente se establezcan, así como la inexistencia en el título constitutivo de una prohibición expresa del cambio de uso o destino de los locales

comerciales del edificio, todo lo cual implica que las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo. No obstante, el mismo Tribunal, rechaza aquellas modificaciones que conllevan además no solo «la realización de importantes obras que afectarían a los elementos comunes», sino que alteran la naturaleza del local, pues tal destino «se deriva de la propia configuración de los mismos». Así, se excluye cualquier otro destino que no sea el que deriva de la propia configuración del elemento privativo. En el presente caso, no cabe duda que el cambio de uso de local a zona de paso y circulación, va en contra de la propia configuración del elemento privativo, por lo que no está incluido dentro de las facultades dominicales de que goza su lindar. Una cosa es que lo excepcional sea la prohibición o limite al ejercicio de los derechos y otra que no se actúen aquellas prohibiciones de cambio por voluntad unilateral de su propietario en situaciones como la del presente caso. No estamos, por tanto, ante un supuesto en el que puede conjugarse un uso diferente del que resulta de la propia configuración del local, «sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias», sino ante un cambio sustancial y prohibido en sí mismo de destino. Por otro lado, el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal establece En el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil corresponde a cada piso o local: a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado. Así, los elementos independientes tienen que servir exclusivamente a su propietario. Con la servidumbre constituida la finca tercera pasa a servir a los titulares de fincas ajenas al régimen. e).—El artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal establece tres diferentes supuestos de actividades no permitidas a los propietarios y ocupantes del piso o local: las prohibidas en los estatutos; las que resulten dañosas para la finca y las que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Pues bien, en un sistema en el que la propiedad privada está reconocida constitucionalmente -art. 33 de la Constitución Española- y en el que los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización sobre su inmueble, las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo, como ha quedado expuesto. No obstante, como ha señalado el Tribunal Supremo, no tiene la misma finalidad un local destinado a almacén para guarda de objetos que un local destinado a garaje para guarda y circulación de vehículos; En el presente caso el destino del elemento privativo es simplemente el de local, y al estar clasificada la industria de garaje como peligrosa en el Reglamento de 30 de noviembre de 1961, contraviene la limitación a las facultades dominicales de los propietarios establecida en el artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal. Apúntese aquí que Lecker S.L pretende reservarse el derecho de colocar rótulos publicitarios. f).—Se incorpora a la escritura calificada testimonio del acta número 32 de la reunión de fecha veinticuatro de enero de dos mil uno de la Comunidad de Propietarios del edificio señalado con el número (...), de la que resulta que «los asistentes representan más del 50% de los propietarios de fincas independientes y más del 50% de las cuotas de participación», y resultando del punto 5.º de la misma «Informe sobre la venta del bajo de Don V. R. A.» que en el terreno situado en el aire este de la finca tercera de la división horizontal, construyó Don V. R. A. «hace más de veinte años, una nave de sótano y bajo, sin que exista entre ella y la descrita finca ningún signo de división, de tal forma que viene desde la fecha de construcción. Para acceder a la nave de construcción, bajo y sótano viene utilizando desde siempre, la descrita finca tercera, por los puntos que le conviene para la explotación del

negocio, sin afectar a elementos comunes del inmueble, y sin que las circunstancias expresadas hayan alterado la cuota asignada, puesto que la nave no ha sido agrupada en la repetida finca tercera. En consecuencia, la comunidad de propietarios autoriza y consiente la comunicación de ambas propiedades y acceso a la parte posterior sobre la finca tercera del edificio.» Así, en primer término debe por tanto concluirse que en dicha reunión la Comunidad de Propietarios no autorizó expresamente la constitución de servidumbre sobre la finca tercera del edificio con la finca posterior. No existe ningún acuerdo de la comunidad que expresamente se dirija a consentir la creación de un derecho de servidumbre a favor de finca colindante, sino que simplemente se expresa que se ha venido disfrutando por mera tolerancia. En segundo lugar debe objetarse que la aprobación del punto quinto del acta no fue por unanimidad de todos los propietarios de las fincas independientes en que se haya dividido el inmueble. En tercer lugar el acta de la junta no cumple las exigencias establecidas en el artículo 19.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, respecto a las circunstancias que debe expresar. Y en cuarto término, que hace estéril e inútil determinar el alcance de dicha autorización y la unanimidad, que desde que se adoptó el acuerdo de la Junta el veinticuatro de enero de dos mil uno hasta la actualidad, resulta del Registro que aparecen derechos de dominio de fincas del edificio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de la adopción del acuerdo debatido, por lo que la modificación del título constitutivo requiere que cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del título constitutivo que, aun cuando se hubieran acordado con anterioridad, pretenden acceder al Registro en un momento posterior. Todos los argumentos son aplicables no sólo a la servidumbre de paso, sino también a la de cuartos de aseo, ya que el artículo 542 del Código Civil establece que al establecerse una servidumbre se entienden concedidos todos los derechos necesarios para su uso, y por tanto, en este caso, el paso necesario para el uso de la servidumbre. Así no puede procedente a la constitución de servidumbre de paso ni de cuartos de aseo sobre la finca 25.398 a favor de las fincas 64.813 y 61.342, hasta tanto la Junta de Propietarios del edificio en que está integrada, autorice dicho gravamen, por unanimidad de los titulares actuales de todos los elementos privativos en que se haya dividido el inmueble. Fundamentos De Derecho: De conformidad con los artículos 1, 8, 13, 17, 18, 20, 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria; artículos 54 y 68 del Reglamento Hipotecario; Artículos 1, 2, 3,4,5, 7, 9, 11, 14, 16. 17, 19 y 23 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal; artículo 33 de la Constitución Española; artículo 348, 392, 396, 530 y ss., 535, 542 y 597 del Código Civil; Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; artículos 82 y siguientes de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1966, 25 de mayo y 21 de octubre 1976, 10 de octubre 1980, 9 de mayo 1983, 19 de septiembre de 1991, 24 de enero de 1996, 5 de enero de 1996, 5 de noviembre de 1996, 16 de mayo de 2001, 9 de mayo de 2002, 20 de septiembre de 2007, 10 de octubre de 2007, 27 de noviembre de 2008, 3 de septiembre de 2014; Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2003 y 23 de julio de 2005 9 de febrero de 2008. II.—Hechos: Respecto a la comunidad de uso y disfrute que se constituye entre los propietarios de las fincas 25.398, 64.813 y 61.342, no puede accederse a su constancia registral en base a los siguientes fundamentos: La Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido la constitución de una comunidad funcional, organizada y permanente, en el que quedan excluidos la acción de división y el retracto de comuneros, para la explotación de garajes. La comunidad, por su propia naturaleza, debe recaer sobre un único objeto, la cosa común. Efectivamente, hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas. En la resolución de 18 de mayo de 1983 era constituida por el propietario único de un local subterráneo destinado a garaje. En la resolución de 27 de mayo de 1983, el propietario de cinco locales, procedió a agruparlos subterráneos y contiguos, los cuales formaban parte de tres edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, y a constituir una comunidad sobre la finca agrupada. En

el presente caso no puede constituirse una comunidad entre tres fincas independientes sin proceder a su previa agrupación. Sin esa previa agrupación no existe cosa común. Y es indispensable la aprobación unánime de la Junta de Propietarios de ambas comunidades para agrupar elementos privativos pertenecientes a distintos inmuebles, constituyendo un local único. Así tampoco ha podido preverse la exclusión de la acción de división. La acción de división procede para hacer cesar la situación de comunidad por cada propietario. Por otro lado, dentro de las normas por las que debe regirse la comunidad se establece en el punto 8 que «Lecer S.L. se reserva el derecho de colocar rótulos publicitarios en fachada y paredes del zaguán de la finca descrita bajo el número uno del expositivo primero». No cabe duda que no puede accederse a su inscripción. La finca descrita bajo el número uno es la registral 25.398, finca tercera del edificio inscrito bajo el número 25.395. La fachada del edificio es un elemento común del mismo. El titular de la finca tercera en modo alguno puede reservarse derechos de que no es titular. Fundamentos de Derecho: De conformidad con los artículos 1, 8, 13, 17, 18, 20, 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria; Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 11, 14, 16, 17 y 19 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal; De conformidad con las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 y 27 de mayo de 1983, 27 de mayo de 1993; artículo 392 y siguientes, 396 del Código Civil; Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1966, 25 de mayo y 21 de octubre de 1976, 9 de mayo de 1083, 19 de septiembre de 1991. Calificación: Se suspende la inscripción solicitada hasta tanto no se subsanen los defectos señalados, que tienen el carácter de subsanables. No se practica anotación de suspensión por no haber sido solicitada. Esta nota de calificación (...) Ourense, a dieciséis de marzo de dos mil quince. La Registradora (firma ilegible), Fdo.– Paula Martín Martínez».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. L. P. M., en nombre y representación de la mercantil «Lecer, S.L.», interpuso recurso mediante escrito de fecha 16 de abril de 2015 en el que, resumidamente, expone: Primero.–Sobre la letra a) de la nota de calificación, afección del gravamen que se pretende constituir a los elementos comunes del edificio. No es admisible dicha calificación negativa puesto que no existe elemento común afectado ni nunca existió, en todo caso, es elemento común se habría desafectado por consentimiento tácito de la comunidad de propietarios puesto que hace más de cuarenta años que llevan comunicados los dos inmuebles de la planta baja. Acompaña como medios de prueba de dicha circunstancia los planos del proyecto de obra del edificio de 1973, la planimetría catastral correspondiente al alta del edificio de 1975, la planimetría y el proyecto de licencia de ampliación del sótano y bajo con destino a local otorgado por el Ayuntamiento el día 16 de noviembre de 1977 y certificación expedida por una arquitecta en la que consta que entre las dos fincas no hay definidos elementos comunes que las hayan separado físicamente entre sí. Concluye por tanto que existen pruebas documentales claras que acreditan que nunca se ejecutó ningún muro separador del local de la planta baja y de las parcelas posteriores por el aire este. Entiende aplicable la doctrina de consentimiento tácito de la comunidad de propietarios y cita a este respecto las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de marzo de 2013 y del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2009, 5 de julio de 2011 y 15 de octubre de 2013; Segundo.–Sobre la letra b) de la nota de calificación, relativa a que la constitución de servidumbre sobre un elemento privativo de un edificio en régimen de propiedad horizontal excede de las facultades dispositivas del titular, que entiende la registradora que esta constitución no sería posible sin el consentimiento de todos los copropietarios, por cuanto considera que si el edificio desaparece, la servidumbre recaería sobre un predio que sería común de todos los antiguos propietarios de todos los elementos privativos del inmueble. Este razonamiento a juicio del recurrente es erróneo puesto que al gravar la servidumbre a una sola finca registral, del régimen de propiedad horizontal desaparecida ésta, desaparecería también la servidumbre, ya que ésta no grava la finca registral preexistente del solar que volvería a surgir tras el derribo; Tercero.–Sobre la letra c) de la nota de calificación, que considera

equivalente imponer una comunicación entre dos predios distintos a una agrupación de fincas. Este razonamiento no se puede compartir, pues a juicio del recurrente en el caso de la servidumbre las fincas mantienen su independencia, mientras que en la agrupación las parcelas originarias desaparecen convirtiéndose en otra finca distinta. Además, este razonamiento, teniendo en cuenta el acuerdo de la junta de vecinos de febrero de 2001, entraría en contradicción con su posterior valoración de ese acuerdo comunitario de que sólo sería una constancia de mera tolerancia de paso, pues la junta de vecinos estaría reconociendo que, al haber comunicación física, se habrían agrupado las fincas, autorizando no sólo la comunicación sino también la agrupación; Cuarto.—Sobre la letra d) de la nota de calificación, relativa a que la finca de local comercial dejaría de serlo para ser un mero espacio de paso o salida de vehículos. Nuevamente, el recurrente considera que este razonamiento es equivocado, pues ni toda la finca se destinaría a paso, ni el concepto de local comercial excluye las zonas de circulación de vehículos o de garaje. Admitiendo el razonamiento de la registradora, incluso sin comunicación con la nave posterior, es decir, sólo el propio local, se estaría señalando que estaría prohibido destinar el local de planta baja a garaje al considerarlo que no sería uso de local comercial. Igualmente, la consideración de que el propietario del inmueble no estaría disfrutando del mismo sino que lo harían otros, lo que es contrario a la consideración de elemento privativo, es un razonamiento carente de sustento jurídico al ser el propietario el que saca provecho del inmueble gestionándolo para conceder acceso a vehículos y peatones. Quinto.—Sobra la letra e) de la nota de calificación, referente a la actividad Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, es improcedente y excede de la facultad de calificación de la registradora, y Sexto.—En cuanto a la letra f) de la nota de calificación, sobre el acuerdo de la comunidad de propietarios de febrero de 2001, la registradora hace cuatro objeciones: sobre la primera, discrepa el recurrente totalmente al considerar que en el acuerdo se cita expresamente que hay una autorización. Sobre la segunda, obvia el artículo 17.1 de la Ley sobre propiedad horizontal vigente en aquel momento, donde se prevé el cómputo de los no asistentes como voto a favor en acuerdo que requiere unanimidad, pasado el plazo de treinta días naturales desde la información de la existencia de dicho acuerdo. Además, la causa de nulidad que implica este razonamiento no sería esgrimible al haber transcurrido con creces los plazos de tres meses o un año previstos para su impugnación. Sobre la tercera, reitera que ha transcurrido el plazo de impugnación. Sobre la cuarta, considera la registradora que habiendo posteriores adquirentes no es oponible el acuerdo al ser terceros de buena fe protegidos registralmente. En este punto se debe recordar que esos adquirentes no adquirieron el local privativo gravado con la servidumbre, por lo que sólo bajo la premisa, errónea como se ha indicado antes, de que se afectan elementos comunes, cabría invocar la condición de tercero de buena fe sobre la configuración de los elementos comunes que se adquirían. En relación a esto, señala el recurrente que, al igual que no se inscriben en el Registro determinadas alteraciones en la fachada de los locales o incluso de las viviendas, tampoco se inscribiría la eliminación de uno de los cerramientos del local comercial caso de haber existido. En este sentido, invoca la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 11 de febrero de 2010 y 28 de septiembre de 2012, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de mayo de 2008. Asimismo, invoca la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 27 de diciembre de 2010. Señala que tampoco se modifica ni crea ninguna norma estatutaria, sino que se trata de una autorización puntual o concreta nacida de la solicitud de un propietario, y que no existiendo protección registral sobre la configuración exterior de un local comercial ni sobre la existencia o no de un muro en la fachada de un local, no es necesario el consentimiento de los nuevos propietarios, pues la protección registral no alcanza a la configuración supuestamente inicial del edificio ya que no incluye hasta ese nivel de detalle la descripción del inmueble. Finaliza solicitando la revocación de la nota de calificación.

IV

La registradora emitió informe, manteniendo su calificación, y formó expediente que elevó a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 392 y siguientes del Código Civil; la Ley sobre propiedad horizontal; los artículos 17, 20, 32, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria; 47, 54 y 68 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2006, 20 de septiembre de 2007, 20 de octubre y 27 de noviembre de 2008, 21 de agosto de 2009, 30 de diciembre de 2010, 4 de marzo de 2013 y 11 de julio y 3 de septiembre de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de diciembre de 1986, 20 de febrero de 1989, 25 de septiembre de 1991, 23 de marzo de 1998, 23 de julio de 2005, 18 de junio de 2010, 15 de julio de 2013, 7 de febrero y 21 de abril de 2014 y 20 de marzo de 2015.

1. Son datos a tener en cuenta para la resolución de este expediente los siguientes:

– La mercantil «Lecer, S.L.», dueña de las fincas 25.398, 61.342 y 64.813, constituye servidumbre recíproca de paso permanente para personas y vehículos, siendo predios sirvientes las dos primeras y dominantes las tres fincas. Asimismo constituye servidumbre de cuartos de aseos, siendo predio sirviente la primera de las fincas y dominantes las otras dos. Por último constituye una comunidad de uso y disfrute y distribución de gastos entre los propietarios de las tres fincas. Las servidumbres quedan condicionadas a la separación de la titularidad de los predios sirvientes y dominantes.

– La finca 25.398 –local sito en la planta baja, derecha entrando y parte posterior de un edificio– es la finca tercera del edificio de que forma parte, constituido en régimen de propiedad horizontal y está destinada a local.

– La finca 64.813 se trata de un edificio de planta sótano y planta baja que está destinado a garaje formado por cuarenta y una plazas de garaje –numeradas de la dos a la cuarenta y dos– y un trastero, correspondiendo a cada una de dichas plazas –una de las cuales junto con el trastero, al que se accede únicamente a través de la plaza– una cuarenta y una parte indivisa de la finca, que atribuye el uso exclusivo y excluyente de las mismas. No consta dividido horizontalmente.

– La finca 61.342 –local señalado con el número 2 de un edificio–, es la finca número catorce del edificio de que forma parte, constituido en régimen de propiedad horizontal.

– Se afirma en la escritura que la finca 64.813 tiene su acceso a través de los viales de la finca 25.398, que esta circunstancia resulta del título de adquisición de la primera y que está reconocida desde siempre por la comunidad de propietarios del edificio del que forma parte la finca 25.398, acreditándose mediante certificación del acta de la junta de propietarios del edificio que reconoció la inexistencia de elementos comunes del inmueble entre dicha finca y la registral 64.813, y finalmente, que las tres fincas suponen una unidad arquitectónica y económica y que los actos jurídicos otorgados en la escritura no son sino una constatación de la realidad física de las fincas sin que se produzca alteración alguna en los elementos comunes de la misma ni suponga la realización de obra alguna.

La registradora suspende la inscripción de las servidumbres y de la comunidad de uso y disfrute, por entender necesario el consentimiento de los propietarios actuales, basándose en distintos motivos que se enumeran en la nota de calificación y que son rebatidos por el recurrente en su escrito.

Igualmente se rechaza la inscripción de la comunidad de uso y disfrute que se constituye, pero no se hace referencia a este punto el recurrente en su escrito, por lo tanto debe ceñirse el recurso al Hecho I de la nota de clasificación.

2. Se exige en la nota que la constitución de las servidumbres sea autorizada por acuerdo de la junta de propietarios de la finca 25.398 como primer motivo porque afecta a los elementos comunes del edificio en que está ubicada dicha finca dada la necesaria

comunicación para el desarrollo de la servidumbre entre dicho edificio y el resto de las fincas.

El Tribunal Supremo, por todas la Sentencia de 28 de marzo de 2012, reitera como doctrina jurisprudencial que la ejecución de obras en elementos comunes, los cuales conforman la estructura del edificio, requieren del consentimiento unánime de la comunidad, sin que la permisividad de tales obras se encuentre condicionada a la existencia o no de perjuicio para los propietarios o afecten o no a la estructura, seguridad o configuración exterior del edificio comunitario, así como que la constitución de servidumbres en beneficio de elementos privativos requiere no sólo del consentimiento de los respectivos dueños de los predios dominante y sirviente sino también, cuando afecte a elementos comunes, del consentimiento unánime de la comunidad de propietarios.

Opone el recurrente que no existe elemento común afectado ni nunca existió, en todo caso, ese elemento común se habría desafectado por consentimiento tácito de la comunidad de propietarios puesto que hace más de cuarenta años que llevan comunicados los dos inmuebles de la planta baja, pero dicha circunstancia no se deduce ni de las inscripciones de las respectivas fincas, que en ningún caso hacen alusión a dicha comunicación ni la aportación de la certificación de la arquitecta que se une a la escritura a este respecto es suficiente ya que sólo constata la inexistencia actual de elementos divisorios físicos entre las fincas pero no es suficiente para establecer una relación jurídica, la servidumbre, que impone un gravamen permanente. Tampoco puede alegarse el consentimiento tácito de las respectivas comunidades, pues si bien es cierto que se admite jurisprudencialmente distinguiéndose además el consentimiento del mero conocimiento o la mera inactividad, su existencia debe probarse bien por reconocimiento voluntario de la propia comunidad ratificando tal conducta, lo cual equivaldría a la autorización exigida, bien judicialmente.

La registradora en ningún caso y por sí mismo puede apreciar las anteriores circunstancias, ya que lo impide el limitado ámbito de la calificación y la necesaria acreditación fehaciente de los actos y negocios que acceden al Registro conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

Asimismo se plantea en la nota que la constitución de servidumbre sobre elemento privativo de un edificio en régimen de propiedad horizontal excede de las facultades dispositivas de su titular. La constitución del régimen de propiedad horizontal, en cuanto modo de división de una cosa común (cfr. artículo 400 del Código Civil), exige que las distintas partes del mismo que pasen a ser objeto de propiedad separada, sean susceptibles de aprovechamiento independiente (cfr. artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley sobre propiedad horizontal), esto es, que para el adecuado goce de cada una de las partes privativas no se precise el uso de los otros elementos privativos. El legislador materializa esta exigencia en la salida directa a la vía pública o indirecta, a través de los elementos comunes del edificio. Pero ello no quiere decir que la titularidad de tal elemento independiente le desvincule de la situación de copropiedad.

El dueño de un elemento privativo tiene por razón de su integración en una comunidad limitado su derecho de propiedad en aras al mantenimiento y seguridad del edificio y a la protección de los derechos del resto de propietarios por lo que no puede por sí solo constituir una servidumbre permanente a favor de otra comunidad con su sola voluntad, aun cuando afirme no afectar a los elementos comunes del edificio en que su finca está integrada, pues dicha afirmación, deberá ser ratificada por la oportuna autorización de la comunidad o comunidades afectadas.

Ello con independencia de la posible subsistencia o no de la servidumbre en el hipotético caso de derribo del edificio o de extinción de la división horizontal por otra causa, por ejemplo por su conversión en ordinaria.

Y todo ello sin perjuicio de que si el gravamen constituido modifica sustancialmente el uso o configuración del elemento privativo afectado, pueda considerarse que se está produciendo una modificación del título constitutivo.

3. Sentado lo anterior, se plantea que la autorización prestada por la comunidad afectada lo deba ser por unanimidad por analogía con la exigencia de esta para los casos

de agrupación de elementos pertenecientes a distintos edificios en división horizontal. En el supuesto de hecho de este expediente aun cuando no se produzca una agrupación de las fincas comunicadas, si se establece de facto una unión física entre dos fincas, una de ellas elemento privativo de una comunidad horizontal, que serán recíprocamente predios sirviente y dominante, y, conforme a la doctrina jurisprudencial, ver Sentencias citadas en «Vistos», no hay duda de que pueden constituirse servidumbres, frente a finca ajena, por el propietario o promotor del total de la finca antes de la división y adquisición por terceros de los locales y viviendas. Y también, por los copropietarios de la comunidad, lo que afectará al título constitutivo y exige la unanimidad en aplicación del artículo 17.1 de aquella Ley y será inscribible en el Registro de la Propiedad.

4. Se recoge igualmente en la nota que el establecimiento de la servidumbre es un cambio sustancial de la finca 25.398 que además de lo anteriormente expuesto, implica una modificación del título constitutivo. Como ya declarara la Resolución de este Centro Directivo de 12 de diciembre de 1986 en la propiedad horizontal, la necesidad de armonizar la tendencia a la plena autonomía de los derechos recaentes sobre los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente 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; por ello, tratándose de los elementos privativos ha de ser regla la de la posibilidad de todo uso siempre que éste sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal (normalidad, salubridad, comodidad y no peligrosidad -artículo 7.2 de la Ley sobre propiedad horizontal-).

En este sentido, los estatutos delimitan el contenido del derecho constituido por la propiedad horizontal y la autonomía de cada uno de los propietarios de elementos privativos, de manera que, si pudieran no aplicarse por voluntad unilateral de un propietario, podría producirse un perjuicio a los derechos de los demás, que han adquirido su piso o local en el entendimiento de la aplicación de los mismos.

En consecuencia, si en los estatutos, sobre los cuales nada se dice en la escritura, no consta nada relativo al destino del local, ni limitación respecto a la modificación del citado destino, pueden hacerse las modificaciones y cambios y por lo tanto no se puede sostener tal defecto en la calificación.

Esta doctrina del Centro Directivo se acomoda perfectamente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que tiene declarado (vid. Sentencias en los «Vistos», entre muchas otras) tanto el principio de libertad de uso de los elementos privativos como la posibilidad de su restricción en aquellos supuestos en que así resulte de una norma estatutaria, restricciones que cuando consten en la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad será eficaces también frente a terceros. Por tanto, si los estatutos prevén una limitación en los usos permitidos y dicha limitación, debidamente expresada, consta inscrita en el régimen de propiedad horizontal el registrador deberá rechazar la inscripción de un cambio de uso que sea incompatible con su contenido y sin la oportuna modificación llevada a cabo por la junta de propietarios.

En el caso debatido no se ha hecho constar dicha limitación, sin que el destino a garaje sea por sí solo motivo para impedir el cambio de destino.

En cuanto a la calificación de tal actividad como peligrosa, según la interpretación dada por la registradora en su nota, impediría la dedicación a garaje de cualquier departamento incluido en la propiedad horizontal como local comercial, cuestión distinta es que deban cumplirse posteriormente las condiciones necesarias para el ejercicio de tal actividad, pero el control de dichas condiciones se escapa del ámbito de calificación del registrador.

5. Por último, en cuanto al testimonio del acta que se incorpora de la reunión de propietarios de fecha 24 de enero de 2001, éste es en realidad el elemento más importante

para la resolución de este expediente. En primer lugar, bien es cierto que el acta no utiliza expresamente el termino servidumbre, pero de su dicción literal: «en consecuencia, la comunidad de propietarios autoriza y consiente la comunicación de ambas propiedades y el acceso a la parte posterior sobre la finca tercera del edificio», resulta base suficiente para dar forma jurídica a la servidumbre en la correspondiente escritura pública. En cuanto a su formalización y quórum de la votación, es cierto que ni la certificación unida contiene las circunstancias exigidas por el artículo 19.2 de la Ley sobre propiedad horizontal y que no se acredita la toma del acuerdo por unanimidad, sin que pueda objetarse como hace el recurrente que no cabe ya la impugnación de los acuerdos, circunstancia esta que no consta ni puede ser apreciada por la registradora, tampoco se acredita que fueran debidamente notificados a los propietarios no presentes ni que éstos no se opusieran, pues nada consta del desarrollo posterior a la junta, cuya certificación es aportada por el único interesado en la escritura sin comparecencia de ningún representante de la comunidad que ratifique lo expuesto por el recurrente.

Finalmente, lo que es determinante es la existencia de nuevos titulares del dominio de las fincas pertenecientes a la propiedad horizontal, ya que junto con los preceptos de la Ley sobre propiedad horizontal deben aplicarse los demás principios hipotecarios a las modificaciones del título constitutivo o de sus estatutos, como son el de imposibilidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, con su lógico complemento del principio de oponibilidad del artículo 13 y el de cierre registral del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, cuando, como ocurre en el presente supuesto, con posterioridad al acto colectivo o individualizado, han surgido nuevos propietarios titulares registrales que se han anticipado en cuanto a su acceso al Registro a aquellos actos que pretenden acceder con posterioridad al mismo. En este sentido, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo que determina que en los supuestos de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, no puede afectar a los titulares registrales de departamentos que adquirieron con posterioridad al acuerdo de modificación y accedieron al Registro con anterioridad a la pretensión de inscripción de la modificación del título constitutivo y ello con independencia de la formulación de los consentimientos en acto colectivo o individualizado. Si a eso se añade que, por exigencias del tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), la inscribibilidad de dicha modificación requiere que se haya otorgado por todos los que, en el momento en que se solicita la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos, ha de denegarse la inscripción pretendida, sin que pueda alegarse que la modificación cuestionada fue otorgada por quienes en su día ostentaban la propiedad de esos elementos privativos, por cuanto, para los titulares actuales, no producen efecto aquellas modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente (cfr. artículos 5 de la Ley sobre propiedad horizontal y 13, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria).

Por eso, las alegaciones que hace el recurrente no pueden prosperar, pues en nada pueden afectar a las normas y principios de la legislación hipotecaria inspirados en la seguridad del tráfico y en la necesidad de evitar la clandestinidad de las cargas ocultas, que se manifiesta precisamente en los artículos 13, 17 y 32 de la Ley Hipotecaria, como exponentes, junto con otros preceptos, de los citados principios hipotecarios.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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, 8 de julio de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.