

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7675 *Resolución de 22 de mayo de 2018, 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 Azpeitia, por la que suspende la inscripción de una escritura de obra nueva.*

En el recurso interpuesto por don Félix María González de Echavarri Ara, notario de Zarautz, y doña E. U. B., abogada, presentante del título, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Azpeitia, doña María Begoña Ruiz Alutiz, por la que suspende la inscripción de una escritura de obra nueva.

Hechos

I

Por don Félix María González de Echavarri Ara, notario de Zarautz, se autorizó, en fecha 26 de octubre de 2017, escritura pública de declaración de obra nueva. Comparecieron en la escritura don G. S. A., los cónyuges doña A. S. U. y don J. I. A. E., y los cónyuges doña E. S. U. y don E. L. V., quienes manifestaban ser titulares, el primero con carácter privativo y los restantes con carácter ganancial, del dominio de cada uno de los tres elementos independientes de la propiedad horizontal que se describe. Las viviendas formaban parte de una casería cuya descripción se llevaba a cabo de forma extensa y de la que resultaba que, formando grupo con la casa, existían distintos terrenos cuya descripción individualizada constaba igualmente. Entre ellos, consta el denominado Etxe-azpia de superficie 188 áreas, 3 centiáreas y 70 decímetros cuadrados. Sobre este pertenecido, don G. S. A., previa cesión gratuita del derecho de edificación que llevaban los cónyuges doña A. S. U. y don J. I. A. E., y los cónyuges doña E. S. U. y don E. L. V., declaraba la obra nueva terminada y realizada a sus expensas de una nave agropecuaria atribuyéndosele una cuota de participación en los elementos comunes del 10%. A continuación, se modificaba la cuota de participación de los elementos existentes, describiéndose de nuevo, y se describía como elemento número 4 la nave cuya declaración de obra nueva se había llevado a cabo.

II

Presentada la referida documentación, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad de Azpeitia. Azpeitiko Jabetza Erregistroa.

La Registradora que suscribe, previa calificación del precedente documento y de los antecedentes del Registro, ha acordado suspender la inscripción solicitada, en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos

Primero.

El precedente documento, escritura de declaración de obra nueva otorgada en Zarautz el 26 de octubre de 2017 ante el Notario Don Félix María González de Echavarri Ara, bajo el número 1072 de protocolo, fue presentado en este Registro el día 21 de noviembre de 2017, motivando el asiento 581/1 del tomo 149 Diario, retirado a petición

del presentante, «Gabinete Laguntza, S.L.», el 30 de noviembre de 2017 y reportado el día 5 de enero de 2018.

Segundo.

Los señores Don G. S. A., los cónyuges Doña A. S. U. y Don J. I. A. U. y los cónyuges doña E. S. U. y Don E. L. V. son dueños de 3 viviendas, elementos privativos 1, 2 y 3, respectivamente, de un edificio trifamiliar constituido en propiedad horizontal, del que son elementos comunes una serie de pertenecidos, entre ellos, el Pertenecido Etxe-Azpia de 188 áreas 3 centiáreas y 70 centímetros cuadrados.

Don G. S. A. declara sobre el citado pertenecido la construcción de una nave agropecuaria que tiene una superficie solar de 300 metros cuadrados, previa cesión gratuita del derecho de edificación de los cónyuges Doña A. S. U. y Don J. I. A. E. y de los cónyuges doña E. S. U. y Don E. L. V.

Formalizada la declaración de obra nueva los comparecientes adicionan un nuevo elemento privativo a la propiedad horizontal (Elemento cuatro.-Nave agropecuaria de forma rectangular de una sola planta, de superficie solar sobre rasante y superficie construida de 300 metros cuadrados, a la que se le asigna una cuota de participación en elementos comunes del edificio de 10%) y modifican las cuotas de participación de los restantes elementos privativos.

Tercero.

Los tres elementos privativos están gravados con hipotecas, sin que los titulares de las mismas comparezcan en la escritura prestando su consentimiento a la modificación de las cuotas de participación.

Fundamentos de Derecho

Primero.

Conforme a los Artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el Registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación -entre otros extremos- a "los obstáculos que surjan del Registro", a "la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como a la capacidad de los otorgantes", a "las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos" y a "la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad".

Segundo.

Una vez constituida la Propiedad Horizontal, hay que considerar todo el terreno como elemento común, ya que son elementos comunes los que no consten expresamente como privativos (Resoluciones DGRyN 30 Marzo 2005, 9 Enero 2012, 17 octubre 2012...), por lo tanto el pertenecido Etxe-Azpia, sobre el que se declara la nave agropecuaria, es elemento común; en consecuencia para constituir un nuevo elemento privativo, elemento 4 constituido por la nave agropecuaria, habrá que desafectar previamente como elemento común el terreno sobre el que se asienta la obra declarada, convirtiéndolo en privativo y esa desafectación de parte del pertenecido supondrá una modificación de ese elemento común en cuanto a su superficie; ya que parte del mismo será privativo y parte será elemento común (Artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal), a no ser que la intención de los comparecientes sea desafectar en su totalidad el pertenecido como elemento común.

Tercero.

Una vez desafectado el elemento común y convertido en elemento privativo, los titulares de los restantes elementos privativos serán propietarios del mismo en proporción a sus cuotas de participación: es decir a Don G. S. A. le corresponde una cuota de 33,33%, a los cónyuges Doña A. S. U. y Don J. I. A. E. les corresponde una cuota de 33,33% y a los cónyuges doña E. S. U. y Don E. L. V. les corresponde una cuota de 33,34%. Según la precedente escritura, los cónyuges Doña A. S. U. y Don J. I. A. E. y los cónyuges doña E. S. U. y Don E. L. V. ceden gratuitamente a Don G. S. A. el derecho de edificación sobre el pertenecido Etxe-Azpia. Ese derecho de edificación carece de determinación suficiente para que pueda ser considerado como un derecho real de los configurados en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario. No se cumple el principio de especialidad que exige la determinación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro de la Propiedad, en cuanto a su contenido y alcance (Artículo 2/2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento).

Ese derecho de edificación deberá configurarse bien, como un derecho de vuelo, bien como un derecho de superficie, siendo los efectos, según se configure de una u otra manera totalmente distinta.

Por otro lado, la cesión deberá hacerse no sobre el pertenecido Etxe-Azpia, sino sobre la parte del mismo que ha pasado, como consecuencia de su desafección, a ser elemento privativo, a no ser que lo que se pretenda, como se ha dicho anteriormente, sea que la totalidad del mismo se desafecte como elemento común.

Finalmente, en la cesión deberá especificarse las participaciones que son objeto de la misma, por exigirlo así el Art. 54 del Reglamento Hipotecario, ya que los cónyuges Doña A. S. U. y Don José J. I. A. E. y los cónyuges doña E. S. U. y Don E. L. V. no son dueños de la totalidad del Pertenecido Etxe-Azpia.

Cuarto.

La desafección de un elemento común para convertirlo en privativo no exige el consentimiento de los titulares de las hipotecas que gravan las viviendas (Resolución DGRyN de 4 de junio de 2003), pero al disminuir la cuota de las fincas gravadas, esas hipotecas se arrastrarán al nuevo elemento privativo creado, por lo que sería más conveniente que prestaran su consentimiento, para que el nuevo elemento privativo quede liberado.

La presente calificación negativa lleva consigo, la prórroga de la vigencia del asiento de presentación en los términos establecidos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria.

Las calificaciones negativas del Registrador podrán (...)

Azpeitia, 24 de enero de 2018.-La Registradora (firma ilegible), María Begoña Ruiz Alutiz.»

III

Solicitada calificación sustitutoria, recayó resolución del registrador de la Propiedad de Tolosa número 1, don Jesús Sanz Fernández, de fecha 21 de febrero de 2018, por la que se confirmó la calificación de la registradora de la Propiedad de Azpeitia.

IV

Notificada la anterior, don Félix María González de Echavarrí Ara, notario de Zarautz, y doña E. U. B., abogada, presentante del título, interpusieron conjuntamente recurso el día 1 de marzo de 2018 en virtud de escrito en el que alegan, resumidamente, lo siguiente:

Primero.

Que se ha utilizado una terminología moderna para referirse al derecho a edificar por lo que resulta con claridad que lo que se constituye es un derecho de vuelo y no cualquier otro.

Segundo.

Que en el derecho de vuelo hay dos fases: la de cesión del derecho a construir en finca ajena y la de su ejercicio, haciendo suyo lo construido. Sólo en la primera fase puede hablarse de derecho de vuelo pues la segunda da lugar al nacimiento del régimen de propiedad horizontal. En el supuesto de hecho, no es preciso dotar de contenido al derecho de vuelo transmitido porque su constitución, ejercicio y extinción, tienen lugar simultáneamente en la propia escritura, haciendo suyo el titular el objeto de la construcción. Por todo ello, no es preciso establecer un plazo, ni establecer nuevas futuras cuotas, ni establecer reglas de comunidad distintas a las ya existentes pues todos los propietarios de los elementos privativos en régimen de propiedad horizontal han comparecido y prestado su consentimiento.

Tercero.

En cuanto a la necesidad de especificar las participaciones objeto de cesión del derecho de edificación, son todas las que pertenecen a los titulares como se desprende de la propia escritura, menos aquella de que ya corresponde al titular que edifica.

Cuarto.

Que, respecto de la desafectación del suelo, no es procedente porque sólo es posible la desafectación de los elementos comunes por destino o accidentales, pero no de los elementos comunes por naturaleza o esenciales, por lo que no es posible en el supuesto de hecho llevarlo a cabo sin dejar al régimen de propiedad horizontal sin sustrato esencial; Que los tres elementos privativos ya existentes en propiedad horizontal tumbada constan inscritos en porciones distintas del suelo común, sin que se haya exigido ninguna previa desafectación. El ejercicio del derecho de vuelo conlleva la creación de un nuevo elemento privativo que se integra en el régimen de propiedad horizontal preexistente, y sin perjuicio de que el suelo continúe siendo común, y Que la propiedad horizontal tumbada puede constituirse bien «ab initio», bien con posterioridad a la edificación cuando parte de ella se transmite a un tercero, o por construcción posterior de un nuevo elemento privativo y modificación de la propiedad horizontal preexistente, siendo este último supuesto el que se ha formalizado en la escritura.

Quinto.

Que la desafectación del suelo implicaría una segregación encubierta de dicha porción y, consiguientemente, una parcelación ilegal por ser inferior a la unidad mínima, así como conllevaría la necesidad de constituir servidumbre de paso para darle acceso, y Que la voluntad de las partes ha sido ser titulares de elementos privativos en régimen de propiedad horizontal sin perjuicio de la naturaleza común del suelo.

Sexto.

Que, respecto de las hipotecas existentes, aunque los comparecientes manifestaron en la escritura la libertad de cargas, los acreedores de las hipotecas inscritas van a proceder a expresar su consentimiento al negocio realizado.

V

La registradora, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 8 de marzo de 2018, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 350, 353, 358 y 396 del Código Civil; 8, 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 16 del Reglamento Hipotecario; 3, 5, 10, 12, 17 y 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, introducido por la Ley 8/1999, de 6 de abril; 26, apartados 2, 4, 5 y 6, y 65.3 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; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 10 de mayo de 1999, 27 de octubre de 2008 y 18 de octubre de 2013, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1986, 25 de septiembre de 1991, 23 de junio de 2001, 21 de noviembre de 2002, 10 de diciembre de 2003, 14 de junio de 2004, 25 de mayo y 16 de julio de 2005, 27 de enero, 20 de abril y 16 de junio de 2006, 3 de diciembre de 2009, 3 de febrero de 2010, 15 de octubre de 2012, 21 de enero, 7 de mayo y 17 de octubre de 2014, 5 de junio y 13 de julio de 2015, 15 de febrero de 2016 y 15 de febrero de 2018.

1. Una finca consta inscrita como dividida en régimen de propiedad horizontal constituida por tres edificaciones destinadas a vivienda, que son elementos independientes, y un número de terrenos destinados a prados, arbolados y terreno. Los propietarios de los elementos independientes ceden a uno de ellos el derecho a construir una edificación sobre una parte determinada del terreno integrado en el régimen, declarándose simultáneamente la obra nueva terminada, describiendo un nuevo elemento independiente y modificando el régimen preexistente de propiedad horizontal con atribución de nuevas cuotas a los cuatro elementos independientes resultantes.

La registradora suspende la inscripción porque considera que es preceptiva la previa desafectación del terreno sobre el que se lleva a cabo la construcción, porque el derecho de edificación a que se refiere el título no está determinado, porque no se especifican las cuotas que son objeto de cesión y porque no resulta el consentimiento de los acreedores hipotecarios, si bien reconoce que su consentimiento no es preciso de conformidad con la doctrina de este Centro Directivo. Los recurrentes impugnan la calificación en los términos que resultan de los hechos.

En definitiva, la cuestión que constituye el objeto de la presente hace referencia a si es posible la inscripción de la edificación llevada a cabo y su integración como elemento independiente de la propiedad horizontal preexistente sin la previa inscripción de la desafectación del terreno común ocupado y del derecho o título material que habilita para ello.

Esta Dirección General no llevará a cabo pronunciamiento alguno sobre la cuestión señalada en la nota de la registradora que hace referencia al consentimiento de los acreedores pues en ella se afirma que no constituye defecto, al ser una cuestión resuelta. Los recurrentes tampoco hacen otra referencia más que se va a proceder a la prestación de consentimiento al título presentado por parte de los acreedores. No hay pues defecto ni impugnación ante esta Dirección General.

2. Así centrada la cuestión y para dar una respuesta jurídicamente adecuada se hace necesario, dadas las discrepancias entre registradora y recurrentes sobre la calificación jurídica de la situación, analizar en primer lugar esta circunstancia a fin de determinar si la declaración de obra nueva llevada a cabo exige o no la previa desafectación como elemento común del terreno sobre el que se asienta. Para ello es preciso determinar si la situación jurídica que consta inscrita en el Registro de la

Propiedad es la propia de una propiedad horizontal o por el contrario obedece a otro régimen de organización.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido la oportunidad de referirse en repetidas ocasiones a semejante cuestión (vid. Resoluciones de 27 de enero de 2006 y 15 de febrero de 2018, así como las demás citadas en los «Vistos»), afirmando que la Ley de 6 de abril de 1999, sobre reforma de la Ley sobre propiedad horizontal, ha venido a recoger en el Derecho positivo, introduciendo el nuevo artículo 24, la figura del complejo inmobiliario privado que, con diversas denominaciones (urbanizaciones privadas, conjunto inmobiliario, propiedad horizontal tumbada o la propia de complejo inmobiliario) era ya conocida y había sido abordada mucho tiempo atrás por la práctica, la doctrina, la jurisprudencia y las resoluciones de este propio Centro Directivo. La realidad práctica nos muestra figuras muy diversas que se apartan de la propiedad horizontal clásica (un solo edificio sobre un solo solar y con un solo portal), entre las que se comprenden supuestos tales como las propiedades horizontales complejas (pluralidad de escaleras o portales sobre unos sótanos y bajos comunes), los centros comerciales con o sin viviendas en sus plantas superiores, los edificios encabalgados, las urbanizaciones privadas con viviendas unifamiliares, los conjuntos edificatorios en hilera, los conjuntos de viviendas pareadas, etc. Precisamente esta riqueza de situaciones ha provocado que la regulación legal sea conscientemente flexible y reconozca la existencia de muy diversos tipos de complejos inmobiliarios privados.

En efecto, el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal al describir el complejo inmobiliario exige tan solo dos rasgos definitorios: la existencia de pluralidad de edificaciones o de pluralidad de parcelas con destino a viviendas o locales e independientes entre sí (elementos privativos) y la existencia de una copropiedad de esos elementos independientes sobre otros elementos inmobiliarios, viales o servicios (elementos comunes). Y a estos dos rasgos de carácter material se añade otro elemento inmaterial: la organización de la que se dota al complejo. En este sentido, el repetido artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal prevé en su párrafo segundo dos esquemas: la comunidad de propietarios única o la agrupación de comunidades de propietarios, pero reconoce en su párrafo cuarto la posibilidad de adoptar otros esquemas. En definitiva, la ley viene a sancionar lo que ya era habitual en la práctica y la jurisprudencia: aplicar el especial sistema organizativo de la propiedad horizontal, con las necesarias adaptaciones y modificaciones, a realidades edificatorias distintas del edificio clásico. En la línea que acaba de expresarse, la postura de la Dirección General ha sido siempre la de reconocer la autonomía de la voluntad de los particulares para escoger la configuración jurídica que mejor responda a sus intereses, pero sin que ello suponga desconocer las especiales características físicas del supuesto de hecho contemplado.

Se ha puesto de relieve, también, que en la legislación vigente debe diferenciarse entre dos instituciones distintas: el complejo inmobiliario y la propiedad horizontal, sin perjuicio de las conexiones existentes entre ambas y de la aplicación de algunas normas de la propiedad horizontal a los complejos inmobiliarios. La regulación de estos últimos –como ya se ha expuesto– se encuentra en el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal de 21 de julio de 1960, introducido por la Ley 8/1999, de 6 de abril, y también en los artículos 26, apartados 4, 5 y 6, y 65.3 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2008 define los complejos inmobiliarios, conforme a la llamada Carta de Roma aprobada en el V Congreso Internacional de Derecho Registral del año 1982, según la cual se caracterizan los complejos inmobiliarios «por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares para la consecución y mantenimiento de intereses generales y particulares de los partícipes», añadiendo la propia Sentencia que «según la doctrina científica, la caracterización de los conjuntos inmobiliarios a que se refiere la LPH, es, pues, la existencia de una pluralidad de fincas ligadas por un punto de conexión cifrado

en la titularidad compartida, inherente a los derechos privativos sobre cada una de ellas, de elementos inmobiliarios de utilidad común, viales, instalaciones o servicios».

El artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal caracteriza a los complejos inmobiliarios por «estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales» y «por participar los titulares de estos inmuebles o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios».

Así, por un lado, la Carta de Roma identifica los complejos inmobiliarios por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares para la consecución y mantenimiento de intereses generales o particulares de los partícipes. Y por otro, el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal impone que estén integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales y cuyos titulares participen en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios.

Más recientemente, en el último párrafo del artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana se fijan igualmente los parámetros a qué atenerse para determinar cuándo una edificación ha de ser considerada como un conjunto inmobiliario privado, no exigiendo ya el destino a vivienda o local a que alude el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal: «A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos».

De este modo, no cabe duda y así se reconoce por la doctrina y ha admitido este Centro Directivo, que es posible constituir un complejo inmobiliario sobre una única finca registral, debate que en la actualidad carece de sentido al estar admitida expresamente tal posibilidad por el artículo 26.4, segundo párrafo, del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana: «El complejo inmobiliario podrá constituirse sobre una sola finca o sobre varias», lo que conduce a establecer el hecho diferencial que lo distinga de la propiedad horizontal tumbada, lo cual suele hacerse considerando que, en esta última, se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer el suelo y el vuelo como elementos comunes, sin que haya división o fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse de parcelación, no produciéndose alteración de forma, superficie o linderos (vid. Resoluciones de 3 de diciembre de 2009, 21 de enero y 17 de octubre de 2014, 13 de julio de 2015 y 15 de febrero de 2018, entre otras).

El régimen de la propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo y el vuelo como elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Se rige por la ley especial, que en su artículo 2 declara la aplicación no sólo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código Civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia ley, lo cual no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal.

El artículo 24, que integra el Capítulo III de la ley especial, extiende la aplicación del régimen, que no la naturaleza, a los complejos inmobiliarios que reúnan, entre otros, el requisito de estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí y cuyo destino principal sea vivienda o locales. Y la única especialidad es que sus titulares participen, como derecho objetivamente vinculado a la respectiva finca independiente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, sean viales, instalaciones o tan sólo servicios. Es decir, que lo común son esos elementos

accesorios, no la finca a la que se vincula la cuota o participación en ellos que han de ser fincas independientes.

Por eso, bajo el calificativo de «tumbada» que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse (indebidamente), situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con fincas o edificaciones jurídica y físicamente independientes, pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en las que el suelo es elemento común y a las que se atribuye dicho adjetivo tan sólo en razón de la distribución de los elementos que la integran que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal.

La consecuencia inmediata de esta distinción es que la formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario, en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad «ob rem» otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo cómo otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito (cfr. artículo 26.2 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana). En la actualidad el artículo 26.6 del mismo texto legal exige en todo caso una licencia específica para este tipo de situaciones jurídicas.

Otra consecuencia inmediata es que la edificación que se lleve a cabo sobre los espacios o fincas de propiedad completamente separada accederá al dominio de conformidad con las reglas generales de nuestro Código Civil (artículo 353), a diferencia de lo que ocurre en el régimen de propiedad horizontal en el que la especialidad de su regulación excepciona la aplicación del principio de accesión (artículo 396 del mismo código).

3. Así las cosas y por lo que se refiere al supuesto de hecho, la finca matriz aparece como una unidad, sujeta al régimen de propiedad horizontal e integrada por tres viviendas, como elementos privativos, así como por una serie de elementos comunes entre los que destacan un conjunto de suertes de tierra. Nada hay en el folio que permita sostener que el régimen jurídico de la finca es otro distinto al de la propiedad horizontal lo que determina la caracterización como elementos comunes de todos aquellos a los que no se les ha atribuido el carácter de privativos y, entre ellos, el suelo y el vuelo de la total finca. Esta Dirección General ha reiterado que en el régimen de propiedad horizontal es elemento común todo aquello que no se configura como privativo (vid. Resoluciones de 5 de octubre de 2000 y 27 de enero de 2006, entre otras), como consecuencia del carácter compartido del sustrato que le sirve de base, por lo que es el contenido del título constitutivo el que determina, de forma genérica y por exclusión, lo que no constituye elemento privativo del régimen. Así ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en que, no resultando otros elementos privativos distintos de las viviendas que en el mismo se integran, constituyen elementos comunes el resto y, entre ellos, el suelo. Tanto la registradora como los recurrentes coinciden en este punto disintiendo en si la declaración de una obra nueva implica la previa desafectación del suelo que aquella está destinada a ocupar.

De las consideraciones que se han llevado a cabo con anterioridad resulta que la configuración del terreno como elemento común no impide en absoluto la atribución a la edificación ya construida o a la que se va a construir del carácter de elemento independiente del régimen de propiedad horizontal pues a tal esquema obedece la regulación legal, lo que excluye la necesidad de proceder a su previa desafectación. Es más, de hacerse así, al atribuir al nuevo espacio desafectado el carácter de propiedad totalmente independiente y separada del resto el supuesto haría tránsito a la situación descrita de conjunto inmobiliario, que pasaría a estar compuesto de dos fincas o entidades: la originaria, dividida a su vez en régimen de propiedad horizontal y la segunda, integrada por el suelo desafectado y lo que en él se edifique, y que compartiría con la anterior la titularidad «ob rem» sobre servicios comunes.

Una modificación semejante del régimen jurídico preexistente es perfectamente posible (vid. Resolución de 15 de febrero de 2018), pero debe deducirse del título con la

necesaria claridad derivada de la debida adaptación a las exigencias de la regulación del régimen de conjunto inmobiliario a que se ha hecho continua referencia. Nada de esto hay en el título presentado a inscripción del que no cabe deducir voluntad alguna de los comparecientes de mutar el régimen de propiedad horizontal existente, ni la naturaleza común del suelo, por otro propio de un conjunto inmobiliario. Bien al contrario, de la lectura del título resulta con claridad que es voluntad de los titulares registrales que la edificación que se ha llevado a cabo quede integrada en el régimen de propiedad horizontal ya existente, sin alteración de la naturaleza del resto de los elementos que la integran, y que su calificación jurídica sea la propia de un elemento privativo propio de dicho régimen sin modificación de la calificación como elemento común del suelo sobre el que se asienta. Procede en consecuencia la revocación del defecto relativo a la necesidad de previa desafectación del terreno destinado a la construcción y, consecuentemente, de la necesidad de abrir folio como dominio totalmente separado y con atribución de las cuotas que ostentan los titulares registrales, lo que nos lleva a la siguiente cuestión.

4. El segundo defecto que resulta de la nota de la registradora hace referencia a la necesaria determinación de la cesión del derecho de edificación al nuevo titular. Ahora bien, la formulación del defecto viene determinada por la previa exigencia de desafectación del terreno y de su previa atribución por cuotas a los actuales titulares registrales como propiedad independiente. De haberse aceptado esta formulación, lo que no ha ocurrido, ciertamente debería exigirse la necesaria justificación de la atribución del título material que amparase la actividad edificatoria a favor de quien la ha llevado a cabo, de modo que el folio registral recogiese debidamente el tránsito desde una situación de comunidad a una de titularidad única a favor del edificante. Nótese que en este supuesto, y justificada debidamente la transmisión y determinación del título material, la actividad edificatoria vendría amparada por dicho título, como mera manifestación del contenido del dominio y del derecho de accesión a él inherente (artículos 348 y 353 del Código Civil), lo que haría innecesario hablar de derecho de vuelo o de cualquier otro título que amparase la edificación sobre suelo ajeno.

La revocación del defecto anterior, empero, no priva a la nota de defectos de virtualidad pues aceptado por este Centro Directivo la posibilidad de declaración de obra nueva sobre una porción concreta del suelo común de una propiedad horizontal, es preciso justificar que lo edificado se inscriba a nombre de uno sólo de los titulares del régimen. Téngase en cuenta que la aplicación del principio de accesión sobre lo edificado en elemento común conlleva la atribución del mismo carácter y su incorporación, como tal, al régimen de propiedad horizontal. Es en este sentido, y en aras de la debida aplicación del principio de legalidad, que debe interpretarse la exigencia de la nota de la registradora de que se determine el título en virtud del cual la edificación pasa a ser de un único titular de los varios que integran el régimen de propiedad horizontal.

Así entendida la cuestión se centra en determinar si dicho título está debidamente expresado en el documento presentado a inscripción de modo que la que se practique recoja adecuadamente el conjunto de elementos del negocio jurídico llevado a cabo por los titulares registrales. Y lo cierto es que es así pues, sin perjuicio de que hubiera sido deseable una mayor precisión técnico jurídica en el documento, de su conjunto resulta que los titulares registrales de la propiedad horizontal, que agotan el conjunto de intereses involucrados, atribuyen a uno de ellos, a título gratuito, el ejercicio de la facultad de edificar sobre un elemento común que se concreta adecuadamente, facultad que se ejercita en el mismo acto y que da lugar a la declaración de la obra nueva terminada. Resulta en definitiva el consentimiento para que la facultad de edificación inherente al dominio se ejercite por uno sólo de los titulares, se concreta en el mismo acto el resultado del ejercicio y se expresa su causa gratuita. De aquí que, sin necesidad de entrar en la polémica sobre si tal facultad es encuadrable o no en la categoría del derecho de vuelo, es indudable que del título resulta un título material suficiente para el ejercicio de la facultad de edificación, para la atribución del resultado al titular que la ha

llevado a cabo y para la práctica de la oportuna inscripción que así lo publicará frente a todos (vid. Resolución de 20 de abril de 2006). Lo anterior se completa con la oportuna modificación del régimen de propiedad horizontal, con la creación de un nuevo elemento independiente cuya titularidad se atribuye al autor de la edificación y con la alteración de los preexistentes, en cuanto a su cuota de participación, dejando incólume el resto del régimen pactado en su día.

Cuestión distinta habría sido el supuesto en el que se hubiera atribuido el derecho a edificar en el futuro sobre parte de un elemento común a uno de los cotitulares del régimen de propiedad horizontal y a hacer suyo lo edificado, supuesto en el que habría sido preciso determinar adecuadamente el título material que así lo permitiese, así como los efectos de su ejercicio (vid. Resoluciones de 5 de febrero de 1986 y 21 de noviembre de 2011).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de 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, 22 de mayo de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.