

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15773 *Resolución de 5 de septiembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Palma de Mallorca n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ampliación de obra nueva por antigüedad y división horizontal.*

En el recurso interpuesto por don David Fiol Busquets, notario de Alaró, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca número 3, don Jesús Sieira Gil, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ampliación de obra nueva por antigüedad y división horizontal.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 27 de septiembre de 2013 por don David Fiol Busquets, notario de Alaró, con el número 627 de protocolo, se realizó una ampliación de una obra nueva, siendo declarada por antigüedad sobre la finca registral número 2.990 del Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 3 y, a su vez, dicha finca se dividió horizontalmente en dos elementos privativos constituyendo una subcomunidad. Dicha finca registral era una parte determinada segregada de un edificio en régimen de propiedad horizontal de hecho. Dicha escritura fue acompañada de otra escritura de rectificación autorizada por el mismo notario el día 26 de septiembre de 2018 en la que se protocolizaba un certificado técnico acreditativo de la antigüedad, así como autorización de la junta de propietarios celebrada el día 24 de marzo de 2017, conteniendo nueva descripción del mencionado inmueble. Por último, se acompañaban diligencias complementarias a tal escritura de rectificación, indicando que no se había pretendido constituir una subcomunidad respecto de la finca registral 2.990, sino dividirla en dos nuevos elementos independientes.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificado el presente documento con arreglo a lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) y concordantes de su Reglamento (en adelante, RH), no se accede a la práctica del asiento solicitado teniendo en cuenta los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos y fundamentos de Derecho.

Que, con fecha 28/09/2018 fue presentada, bajo el asiento número 1265 del tomo 442 del Libro Diario, escritura denominada “de ampliación de obra nueva por antigüedad y división en propiedad horizontal” sobre la finca n.º 2.990 de Palma, Sección I, otorgada por el Notario de Alaró, Don David Fiol Busquets, de fecha 27 de Septiembre de 2013, protocolo n.º 627/2013, acompañada de escritura “complementaria de rectificación”, otorgado por el mismo Notario, de fecha 26 de septiembre de 2018, protocolo 840. Esta presentación fue objeto de nota de calificación con fecha 22 de octubre de 2018. Posteriormente la mencionada documentación ha sido nuevamente presentada bajo el asiento 1265/442, en fecha 12 de marzo de 2019, y ha sido objeto de

nota de calificación con fecha 1 de abril de 2019. Ahora, acompañada de una diligencia complementaria de fecha 11 de marzo de 2019, y ahora en fecha 13 de mayo de 2019, y vigente el mencionado asiento de presentación 1265/442 se devuelve la misma documentación mencionada y se acompaña de otra diligencia complementaria de fecha 7 de mayo de 2019.

Se solicita, por un lado, la inscripción de una declaración de obra nueva por antigüedad exclusivamente sobre la finca registral de un elemento privativo de un edificio en régimen de propiedad horizontal de hecho –finca registral 2.990–, modificándose en dicha declaración de obra la superficie construida inscrita de la planta baja y de la planta sótano del edificio donde se ubica el elemento privativo finca 2.990.

Por otro lado, además, se solicita la posterior constitución de un régimen de división/subdivisión horizontal exclusivamente del elemento privativo mencionado que se encuentra dividido horizontalmente de hecho y sobre el cual no se ha constituido de derecho el régimen de propiedad horizontal.

Calificado el mencionado documento se reiteran íntegramente los argumentos jurídicos de la nota de calificación de fecha 1 de abril de 2019 que a continuación se reproducen, apreciándose los referidos defectos:

1. “Es doctrina reiterada de la DGRN, en resoluciones de 12 de noviembre de 2014 o 23 de junio de 1998 que es exigible “la previa inscripción de la correspondiente alteración descriptiva del edificio en su conjunto”, a través de la correspondiente declaración o modificación de obra del edificio, cuando se va a proceder a la constitución o modificación de un régimen de propiedad horizontal y se ponen de manifiesto modificaciones o alteraciones en la superficie construida de las plantas del edificio. Esto es, cuando, como en nuestro caso, se incrementan los metros cuadrados construidos de la planta baja y de la planta sótano del edificio, como se manifiesta con la nueva descripción del elemento privativo finca 2.990, es necesario proceder a la previa modificación de obra en la finca registral del edificio, que consta reflejado registralmente en la primitiva finca matriz de la que se segregaron los distintos pisos o locales, sin que sea posible hacer una declaración de obra que afecta a los metros totales construidos de un edificio, exclusivamente en la finca registral de un elemento privativo segregado.

2. Es también doctrina reiterada de la DGRN, en resoluciones, entre otras, de fechas 18 de junio de 1991, 18 de mayo de 1995, 5 de abril de 1998, 26 de septiembre de 2002 o 7 de abril de 2006 que el régimen de propiedad horizontal existe desde que “los varios pisos o locales pasan a pertenecer a diferentes personas aun cuando todavía no se haya formalizado e inscrito la constitución del régimen”. Cabe, además, destacar la Resolución de 17 de octubre de 2010 o de 27 de noviembre de 2013, al mencionar que “cuando la situación fáctica de un edificio es de división horizontal le es de aplicación la Ley de Propiedad Horizontal aunque los propietarios no hayan otorgado el correspondiente título constitutivo”, conforme al artículo 1 de la misma ley de propiedad horizontal y su disposición transitoria primera.

3. En el presente caso, se pretende aumentar los metros cuadrados inscritos de la planta baja y de la planta sótano de un edificio, ocupando esas plantas todo un elemento privativo de una propiedad horizontal de hecho, finca registral 2.990, aumentándose la superficie declarada en cada planta. Conforme a las resoluciones expresadas, es necesario previamente –como en todo régimen de propiedad horizontal formalmente constituido–, proceder a la modificación de obra de esas dos plantas en la finca registral del edificio del que se quiere modificar la superficie inscrita de su planta sótano y su planta baja, sin que sea posible hacer una modificación de obra exclusivamente en la finca registral del elemento privativo –por el hecho de ser una finca registral segregada tal y como se pretende en la escritura presentada– y no sobre la finca registral del edificio en régimen de propiedad horizontal de hecho, cuya superficie total construida del edificio (por incremento de planta baja y planta sótano) se pretende modificar.

En este sentido, debemos destacar que la finca registral 1701 era la íntegra finca del edificio, donde en su inscripción primera, de declaró e inscribió la existencia de un edificio. “Casa sita en esta ciudad, calle de (...), consiste en un zaguán, con cuatro pisos,

botiga y sótano, corralito, celaduría, despensa y demás pertenecías...”, de fecha 17 de febrero de 1872. De este edificio se han ido segregando, con anterioridad a la ley de propiedad horizontal, los distintos pisos segundo (finca registral 6194), tercero (finca registral 13930) y cuarto (finca registral 7484) y la planta baja con sótano –finca registral 2990, que es la objeto de la escritura presentada– quedando, únicamente en la finca matriz el piso primero pendiente de segregar.

Nos encontramos, en consecuencia, en presencia de una propiedad horizontal de hecho, en la que para modificar la superficie total construida del edificio respecto de su planta baja y sótano del edificio –que se corresponde con la finca registral 2.990– es necesario, conforme a las resoluciones mencionadas de 12 de noviembre de 2014 o 23 de junio de 1998, proceder a la previa modificación de obra del edificio dividido en régimen de propiedad horizontal de hecho, no siendo posible proceder a realizar una modificación de obra únicamente sobre un elemento privativo –que se configuró por segregación– y no sobre el edificio donde se ubica ese elemento privativo y cuya superficie total se incrementa.

De la misma manera, como indican las resoluciones mencionadas, por todas la de 7 de abril de 2006 o 12 de noviembre de 2014, en un régimen de propiedad horizontal de hecho, no es posible la segregación de nuevos elementos privativos sin constituir formalmente un régimen de propiedad horizontal, por mucho que ya existan elementos privativos segregados cuya validez se mantiene, tampoco es posible en un edificio en régimen de propiedad horizontal de hecho, proceder a la modificación de obra de su superficie construida, sólo en una de las fincas registrales segregadas, finca 2.990, –por el mero hecho de haber sido ya segregadas cuando no existía la ley de propiedad horizontal– sino que la modificación de obra habrá de hacerse en la finca registral del íntegro edificio (aunque sólo se cambie la superficie de la planta baja y planta sótano y se mantenga la misma superficie construida en las demás plantas, pero que implicara, en todo caso, un aumento de la superficie total construida del edificio), al igual y del mismo modo que se hace y exige en un edificio en régimen de propiedad horizontal de derecho.

Por este motivo, para la modificación de la obra inscrita, deberá describirse en el título presentado, al menos, la edificación, su número de plantas, superficie de parcela ocupada y total de metros cuadrados construidos, conforme a los artículos 45 y ss. del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, acompañándose, además, si no existe licencia, conforme al artículo 52 de la mencionada norma, certificación técnica coincidente de la mencionada descripción y de fecha de terminación de la construcción, acreditación de que dicha fecha sea anterior al plazo previsto en la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante y acompañarse las coordenadas de georreferenciación de la porción de suelo ocupada por la edificación, conforme al artículo 202 LH y lo dispuesto en el artículo 28 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

Con la diligencia de fecha 11 de Marzo de 2019, se solicita “la descripción del edificio en su conjunto”, sin embargo, no resulta posible proceder a la declaración de una obra antigua, dado que, por un lado, las demás partes del edificio en su conjunto es titularidad, además de los comparecientes, de otra persona jurídica que no comparece o ratifica la escritura y ni siquiera en el acuerdo de la junta de propietarios inicialmente presentado constaba ningún acuerdo sobre una declaración de obra antigua del íntegro edificio. En consecuencia, por el principio de tracto sucesivo, conforme al Art. 20 de la Ley Hipotecaria, resulta necesario el consentimiento de los demás titulares del edificio para poder proceder a una modificación de su descripción. Por otro lado, además, no se acompaña a la descripción realizada en esta diligencia de 11 de marzo de 2019, ninguna certificación técnica del íntegro edificio totalmente coincidente con la descripción indicada en la propia diligencia o título, de conformidad con las exigencias del artículo 52 del RD 1093/1997, de 4 de Julio, ni por otra parte, se acredita la antigüedad del total edificio por certificación técnica alguna, siendo las certificaciones catastrales aportadas las relativas a los bajos y no al íntegro edificio. Además, las coordenadas de

georreferenciación que se indican en la mencionada diligencia son las relativas a la total parcela catastral –177 m²–, y no a la porción de suelo ocupada por la edificación –que según la mencionada diligencia son 172,5 m² en planta baja construida– y no son coincidentes en superficie según los datos del documento presentado, de conformidad con las exigencias del artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

4. Además, en la escritura presentada –donde se pretende, como hemos indicado, la realización de una modificación de obra mediante la modificación de la superficie total construida de un edificio exclusivamente en una finca independiente segregada de una propiedad horizontal de hecho y no sobre la finca matriz del edificio– se acompaña para acreditar “las coordenadas de georreferenciación del elemento independiente segregado de una propiedad horizontal de hecho”, una certificación catastral, de fecha 26 de septiembre de 2018, con unas coordenadas que hacen referencia a una superficie construida sobre el suelo diferente y distinta y, en consecuencia, no coincidente, de la superficie construida sobre el suelo del elemento privativo que se quiere inscribir.

La certificación catastral que se acompaña indica una superficie de parcela de 177 m² y una superficie construida de 236 m². (164 m² en planta baja y 72 m² en sótano). Pues bien, no coinciden con la superficie que se pretende declarar del elemento privativo que indica que tiene una superficie total construida de 245,55 m², correspondiendo 172,25 m² a planta baja (94,8 m² + 77,45 m²) y 73,3 m² a sótano. Esto es, una edificación en planta baja, la que se supone porción de suelo ocupada por la edificación de 164 m², según catastro, frente a una edificación en planta baja, la que se supone porción de suelo ocupada por la edificación de 172,25 m², según el título. En consecuencia, las coordenadas catastrales aportadas no pueden ser correctas al no ser coincidentes la edificación sobre el suelo catastral con la edificación sobre el suelo según el título. Por lo que debe acompañarse un certificado de coordenadas coincidente con la porción de parcela ocupada por la edificación que se pretende declara en el título, como exige el artículo 202 LH.

5. Además, en el Registro está inscrita, la finca registral 2.990, como consistente en “casa botiga con sótano, despensa y otras dependencias, que mide 177,50 m². No es posible saber cuáles de esos m² corresponden a la casa botiga –planta baja sobre solar– y, por tanto, a solar, y cuales a sótano. Por otro lado, no consta ni en esta finca registral 2.990 ni en la finca matriz del edificio la superficie del solar. Pues bien, ahora se pretende hacer constar que, al menos el solar es de 172,25 m² que es superficie de la planta baja que se apoya sobre el suelo y se declara en el título al describir la planta baja, por lo que no constando la superficie del suelo en la finca matriz y no pudiéndose identificar cual es la superficie del suelo tampoco en el elemento privativo inscrito, es necesaria la determinación de la superficie solar, conforme a los procedimientos y requisitos del artículo 199 o 201 LH y las Resoluciones de la DGRN, entre otras, de 13 de diciembre de 2017 y 13 de abril de 2018.

6. Además, por otro lado, en la escritura que se presenta de fecha 27 de septiembre de 2013, se dice textualmente en las estipulaciones que el compareciente, además de formalizar la obra nueva por antigüedad exclusivamente sobre una parte determinada segregada de “constituye el edificio en régimen de propiedad horizontal, en los términos contenidos en la parte expositiva de esta escritura”. Pues bien, siendo el compareciente exclusivamente titular registral del elemento segregado “planta baja y sótano” y existiendo titulares registrales diferentes de los demás elementos privativos segregados del edificio y del pendiente aún de segregar, es necesario su consentimiento para constituir el régimen de propiedad horizontal sobre el edificio, conforme a las exigencias del principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la LH. Además, debe mencionarse que edificio no está descrito en ningún momento en la escritura presentada inicial del año 2013 ni en la escritura de subsanación, conforme a las exigencias del principio de especialidad del artículo 9 de la LH y 51 RH, sino que en la escritura exclusivamente se hace referencia al elemento privativo segregado, finca registral 2990, “planta baja y sótano”.

En este sentido, en la escritura se acompaña un acuerdo de la junta de propietarios del edificio, de fecha 24 de marzo de 2017, adoptado por los titulares de las partes de terminadas del edificio, donde se indica que el edificio nunca ha sido constituido formalmente en régimen de propiedad horizontal aunque cada una de las partes determinadas tiene una cuota de participación en el total edificio y que existen unos estatutos redactados en el año 2010, que, además, se modifican en este acuerdo de junta. Esta existencia de estatutos y cuotas de participación es de existencia extrarregistral, no estando inscrito el régimen de propiedad horizontal ni los estatutos ni acordándose ni aprobándose en la junta la constitución ni inscripción del régimen de propiedad horizontal del edificio. Por el contenido del acuerdo de junta se desprende que los titulares de las partes determinadas del edificio no quieren inscribir ninguna declaración de obra del edificio (aunque al autorizar las nuevas mediciones de la construcción de la planta baja y planta sótano estén modificando la superficie total construida del edificio, como hemos indicado anteriormente) ni inscribir la constitución formal del régimen de propiedad horizontal ni la modificación de los estatutos, ya existentes extrarregistralmente.

Por ello, faltando la comparecencia y el consentimiento de todos los titulares registrales y no existiendo tampoco acuerdo de junta de los titulares registrales para la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, no puede solamente el compareciente –titular sólo de una parta determinada del edificio– constituir el edificio en régimen de propiedad horizontal, como se indica expresamente en la escritura, conforme al principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la LH y los artículos 5 y concordantes de la Ley de propiedad horizontal y 392, 396, 397 y concordantes del CC.

7. Finalmente, además, en la escritura presentada, sobre exclusivamente la parte determinada segregada (elemento privativo de hecho) “planta baja y sótano, registral 2990, se procede a su división en régimen de propiedad horizontal, por parte de compareciente y se solicita su inscripción. Esta constitución de un régimen de propiedad horizontal del elemento privativo segregado de hecho, finca registral 2990, no está consentida por los demás propietarios del edificio en el acuerdo de junta. En el acuerdo de junta, acuerdo segundo, sólo le autorizan a “la modificación registral de la casa botiga con sótano a los efectos de que se incluyan las superficies reales de los dos locales existentes que se desarrollan en planta baja y sótano” pero no se le autoriza a la división ni constitución formal e inscripción de un régimen de propiedad horizontal, creando dos elementos privativos nuevos en el edificio, sobre la finca 2990, como se hace en el título presentado.

Pero es que, adicionalmente, esta división horizontal de una parte de terminada de hecho de un edificio en régimen de propiedad horizontal de hecho requeriría, además, constituir e inscribir previamente y formalmente el régimen de propiedad horizontal sobre el edificio, para poder, posteriormente, hacer a su vez, una división horizontal sobre uno de los elementos privativos, creando dos nuevos elementos privativos. Sobre una propiedad horizontal de mero hecho no puede constituirse, en unos de sus elementos privativos segregados, una propiedad horizontal formalmente, sin antes proceder a la regularización en propiedad horizontal formal del elemento privativo de hecho segregado de la finca matriz. No pueden constituirse nuevos elementos independientes en el edificio sin constituirlo en régimen de propiedad horizontal. Así se desprende de las resoluciones de la DGRN sobre el régimen de propiedad horizontal de hecho, entre otras, de fechas 18 de junio de 1991, 18 de mayo de 1995, 5 de abril de 1998, 26 de septiembre de 2002 o 7 de abril de 2006 y 17 de octubre de 2010 o de 27 de noviembre de 2013 o de 12 de noviembre de 2014 o 23 de junio de 1998 y de la propia naturaleza del artículo 396 del CC y los artículos 5 y concordantes de la Ley de Propiedad Horizontal.

En conclusión, no parece conforme a la doctrina reiterada de la DGRN, aprovechar que un elemento privativo de un edificio ha sido registralmente segregado de su finca matriz y se ha constituido como finca registral independiente –por no existir en el momento en que se hizo esa segregación una ley de propiedad horizontal– para que como finca registralmente autónoma proceder a realizar operaciones de modificación de

obra o constitución de régimen de propiedad horizontal con total independencia del edificio del que forma parte y se segregó. Todo ello conforme a la doctrina de la DGRN en las resoluciones mencionadas, entre otras, de fechas 18 de junio de 1991, 18 de mayo de 1995, 5 de abril de 1998, 26 de septiembre de 2002 o 7 de abril de 2006 y 17 de octubre de 2010 o de 27 de noviembre de 2013 o de 12 de noviembre de 2014 o 23 de junio de 1998, sobre el régimen aplicable a las propiedades horizontales de hecho.

Toda esta problemática quedaría fácilmente aclarada si se regularizara la descripción (obra) del edificio y de sus plantas en régimen de propiedad horizontal de hecho, como indican las resoluciones de la DGRN indicadas. En otro caso, las fincas independientes de hecho ya segregadas de la matriz subsisten y pueden ser objeto de transmisión y/o gravamen –como indican esas las resoluciones mencionadas– pero su modificación con la creación de nuevos elementos independientes en el edificio requerirá someterse a los requisitos del régimen de propiedad horizontal, incluida la previa modificación de la descripción del edificio en caso de modificar superficie construida de alguna planta; o la creación del propio régimen de propiedad horizontal con necesidad de consentimiento de todos los titulares registrales de pisos o locales del edificio; para la creación de nuevos elementos independientes mediante constitución de subdivisiones horizontales sobre algún elemento privativo, como se pretende en las escrituras presentadas”.

Con la diligencia ahora presentada de fecha 7 de mayo de 2019, se procede a distribuir una cuota del 26% que se dice en la diligencia corresponde a la planta baja del edificio por así venir establecida por la certificación catastral gráfica y descriptiva incorporada, entre los dos locales creados, atribuyendo a cada uno, una cuota del 10% y 16%. No sólo no subsanan los mencionados defectos sino que respecto a la misma diligencia, destacar que la redistribución de cuotas de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirá, en primer lugar, la constitución del mismo en régimen de propiedad horizontal en virtud de un título constitutivo con los requisitos del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, algo que en el presente caso ya se ha mencionado que no se ha procedido a realizar, y, posteriormente, que las cuotas así establecidas –y no por una certificación catastral– puedan estas ser modificadas con los requisitos establecidos para la modificación del título constitutivo de un edificio en régimen de propiedad horizontal, anteriormente mencionados.

Conforme a lo expresado no se accede a la práctica de los asientos solicitados.

No ha sido tomada anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada.

Contra esta calificación podrá (...)

Palma, veintisiete de Mayo del año dos mil diecinueve. El registrador (firma ilegible).
Fdo.: Jesús Sieira Gil.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don David Fiol Busquets, notario de Alaró, interpuso recurso el día 21 de junio de 2019 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«– Necesidad del consentimiento de los demás titulares del edificio para proceder a una modificación de descripción y, constituir e inscribir previamente y formalmente lo que ya tiene de hecho en su Registro, esto es, el régimen de propiedad horizontal sobre el edificio.

– Necesidad de una certificación técnica del integro edificio, totalmente coincidente con la descripción indicada en la diligencia de 11 de marzo de 2019, señalando la antigüedad del total edificio.

– Necesidad de indicar las coordenadas georreferenciadas de la porción de suelo ocupada por la edificación, no siendo suficiente por referencia a las de la total parcela catastral.

Parte el registrador de una errónea interpretación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Efectivamente, este precepto se refiere al principio de tracto sucesivo, si bien, la interpretación del mismo no puede llevarnos a la necesidad de exigir el consentimiento de los demás titulares del edificio para modificar la descripción máxime cuando se ha celebrado una Junta de Propietarios del Edificio, con el carácter de extraordinaria y universal, en la cual se aprobó por unanimidad:

- aceptar las mediciones realizadas en los dos locales de planta baja.
- autorizar la modificación de la descripción registral de la casa botiga con sótano, a los efectos de que se incluyan las superficies reales de los dos locales (...), fijando en su caso las cuotas que libremente acuerde a cada uno de los dos locales
- facultar a J. R. P. M. para comparecer ante notario y otorgar los documentos que sean necesarios hasta la total inscripción de las superficies rectificadas.

Resulta curioso que la Junta de Propietarios, representada por el 100% de sus titulares, apruebe las mediciones presentadas a Junta, autorice la modificación de la descripción registral de la finca 2990, incluso permita a su propietario fijar las cuotas que se estimen oportunas para los dos locales, y dicho acuerdo –a juicio del registrador– no sea inscribible por falta de consentimiento del propietario del resto de elementos privativos no afectados.

Sobre la base de la situación registral existente y el acuerdo de la Junta adoptado, no resulta necesario el consentimiento individualizado del resto de titulares del Edificio, puesto que tal y como señala la DGRN en Res de 7 Abril de 2006 no sería ni tan siquiera preciso el consentimiento unánime adoptado en Junta Universal –del que sí se dispone en la presente escritura–, ya que no se producen alteraciones materiales en los elementos comunes o en la estructura del edificio y no se modifican los coeficientes de forma que incidan en el quórum de votación.

En el presente caso, es cierto que sí se modifican los coeficientes de votación, pero dicha modificación se realiza sobre la base del Acuerdo Unánime de la Junta de Propietarios en la que además se faculta al otorgante –en su doble condición de propietario afectado y Presidente de la Comunidad– para que pueda otorgar los documentos necesarios hasta la total inscripción de las superficies rectificadas.

Por otra parte, el Registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca n.º 3 en su calificación señala la necesidad de constituir e inscribir previamente y formalmente lo que ya tiene de hecho en su Registro, esto es, el régimen de propiedad horizontal sobre el edificio.

Se hace preciso recordar la doctrina de la Dirección General (especialmente la RDGRN de 7 de abril de 2006) relativa a las situaciones de hecho de propiedad horizontal anteriores a la Ley de 21 de Julio de 1960 y respecto de las cuales no se ha otorgado el título constitutivo. Ha afirmado la Dirección General que, tras la entrada en vigor de la citada Ley, para que los pisos y locales susceptibles de aprovechamiento separado puedan inscribirse como fincas independientes, es imprescindible que haya tenido acceso al Registro el título constitutivo de dicho régimen, sea otorgado por los propietarios que agoten las titularidades sobre el edificio, sea ordenado por una resolución judicial; lo que no cabrá ya en ningún caso es inscribir fincas independientes por vía de segregación. Por otra parte, ha permitido que se sigan practicando asientos tanto respecto de pisos y locales que habían tenido acceso al Registro por vía de segregación con anterioridad a la Ley, como respecto de partes de edificio que continuaban integradas en la finca matriz, en los términos del artículo 8.3 de la Ley Hipotecaria, al observar que la DT primera de la Ley, si bien ordena la aplicación de sus preceptos a las situaciones de hecho de propiedad horizontal, no impone la adecuación de la ordenación jurídica de los edificios a sus mandatos, sino tan solo la de sus estatutos en cuanto pudieren oponerse a la Ley. En este punto, se ha cumplido el mandato de la DG, esto es, aplicar la Ley de 1960 a la propiedad horizontal de hecho, en la medida que se ha obtenido el acuerdo de Junta para realizar las modificaciones oportunas.

Es doctrina reiterada de la Dirección General (Res. 22 octubre de 1973, 24 septiembre de 1992 y 7 de abril de 2006) que la división material de uno de los elementos objeto de propiedad separada dentro de un edificio o complejo en régimen de Propiedad Horizontal supone una modificación del Título constitutivo de ésta y por tanto, queda sujeta a las exigencias legalmente impuestas para proceder a tal modificación, básicamente el acuerdo unánime de todos los propietarios que exige la Ley de Propiedad Horizontal.

Habiendo cumplido con el requisito de la unanimidad exigido por la Ley no puede decaer la división material por el hecho de que, como ocurre en el presente caso, no esté constituido el régimen de Propiedad Horizontal. El régimen de Propiedad Horizontal existe desde el momento en que uno de los piso o locales de un edificio susceptible de aprovechamiento independiente pasa a ser propiedad de un tercero distinto del que lo sea de los restantes (S.T.S. 19 febrero 1971, 25 de mayo 1984 y Res. 18 de julio de 1995 y 5 de julio de 1998) y así lo ha venido sancionando de manera expresa el artículo 2.b tras la reforma de que fue objeto por la Ley 8/1999 de seis de Abril, independientemente de que exista o no un título por el que formalmente se constituya.

Finalmente, tal y como señala la Resolución de la D.G.R.N. de 12 de septiembre de 2005 la Ley de Propiedad Horizontal establecía la obligatoriedad de que las Comunidades sujetas a régimen de Propiedad Horizontal con anterioridad a dicha Ley adaptaran sus Estatutos a lo dispuesto en la misma en el plazo de dos años desde su entrada en vigor en lo que estuvieran en contradicción con sus preceptos. La Ley 8/1999 de 6 de abril de Reforma de la Ley de 1960 sobre Propiedad Horizontal, establece en su Disposición Adicional única establece que los Estatutos de las Comunidades de Propietarios se adaptaran en el plazo de un año a lo dispuesto en la misma.

Por otra parte, del artículo 393 del Código Civil resulta la presunción de igualdad en las cuotas de todos los elementos de régimen de Propiedad Horizontal si no consta la adaptación estatutaria. Así pues, a las Propiedades constituidas con anterioridad a la Ley la determinación de la cuota será uno de los elementos a fijar. Ahora bien, no constando dicha adaptación, ello no puede ser impedimento para la división de los elementos privativos configurados en su día como Propiedad independiente y así inscritos en el Registro, teniendo en cuenta además que el propio Registro publicita la referencia catastral del resto de las fincas que componen la Propiedad Horizontal de Hecho (esto es, finca registral 1701 referencia catastral 9804002DD6890D0001QX; finca registral 7484 referencia catastral 9804002DD6890D0006TE; finca registral 13930 referencia catastral 9804002DD6890D0005RW; finca registral 6194 referencia catastral 9804002DD6890D0004EQ) en la que se incluye naturalmente la cuota en la Comunidad de Propietarios, circunstancia que el Registrador puede comprobar perfectamente accediendo a la Oficina virtual del Catastro.

Ha de traerse nuevamente a colación que la fijación de las cuotas del 10% y 16% a los dos nuevos elementos privativos, se realiza sobre la base del acuerdo unánime de propietarios y que la suma de ambos coeficientes unido al del resto de las fincas que conforman la Propiedad Horizontal de Hecho constituyen el 100% de la Comunidad.

En consecuencia, la falta de Título formal constitutivo de la Propiedad Horizontal no puede afectar a la realización de actos dispositivos respecto de elementos privativos independientes.

En segundo lugar, el Registrador en su nota de calificación ve como absolutamente necesario acompañar a la descripción del edificio incluida en la diligencia de 11 de marzo de 2019, certificación técnica del íntegro edificio totalmente coincidente con la descripción indicada, y acreditación de la antigüedad del total edificio.

En este punto, el recurrente quiere hacer ver a la DG que el otorgante de la diligencia se limitó a describir el total edificio sobre la base de las diferentes inscripciones registrales (esto es, fincas registrales, 1701-6194-13930-7484) no se modifica superficie alguna de lo que consta en el registro de la Propiedad respecto a las mismas y, respecto a la planta baja (finca registral 2990) –que es la única que se modifica–, consta unido a

la escritura un certificado de técnico en el que se recogen las superficies de los dos locales y su antigüedad, dando así cumplimiento a las exigencias legales.

En tercer lugar, el Registrador suspende la inscripción por falta de coincidencia de la superficie ocupada –según técnico– con la que resulta de la certificación catastral incorporada.

Es cierto como indica la Resolución de 7 de febrero de 2017, que, “para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

Aun siendo clara e incondicionada la citada exigencia legal de georreferenciar la superficie ocupada por cualquier edificación cuya inscripción se pretenda, y la especial utilidad que tal exigencia pueda tener en casos de edificaciones ‘antiguas’ o aparentemente «prescritas», también es cierto que, de entre todos los supuestos legales en los que la nueva ley exige georreferenciación (como por ejemplo ocurre también, conforme al artículo 9, con las divisiones, agrupaciones, reparcelaciones, etc.), este en concreto de las edificaciones es el que menor complejidad requiere para su cumplimiento y constancia registral, tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista procedimental.

En efecto, desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada Resolución. Igualmente será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquélla. En estos casos, las coordenadas podrán resultar por referencia o en relación a las del plano o finca sobre el que se representa la edificación, quedando suficientemente satisfecha la exigencia del artículo 202 de la Ley Hipotecaria, si bien en este caso el formato aportado deberá permitir la remisión de la información al Catastro en los términos previstos en el punto sexto de la citada Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015. Asimismo debe recordarse que en el caso de edificaciones cuya geometría conste previamente en la cartografía catastral, el registrador podrá tomar las coordenadas directamente de la Sede Electrónica del Catastro utilizando el servicio habilitado para ello”.

En nuestro caso, la escritura cumple estrictamente con el artículo 202 de la LH al remitirse en cuanto a las coordenadas de la edificación a las que constan en Catastro respecto a la parcela o solar, esto es, ciento setenta y siete metros cuadrados (177,00 m²).

El Registrador alega como defecto la falta de coincidencia entre la superficie ocupada por ella, según la descripción que figura en el título (172,25 m²=94,80+77,45 m²), y la que resulta de las coordenadas aportadas (177 m²).

Olvida el Registrador que a la superficie ocupada, esto es, 172,25 m², hay que sumarle los 5,25 m² de patio comunitario que darían un total de 177,50 m² y, es aquí, donde el recurrente quiere hacer varias advertencias:

1. Según se desprende de la nota registral, la finca 2990 consta inscrita con una superficie de 177,50 m², correspondientes a la superficie del solar, ya que al tratarse de la planta baja del edificio y no constar ninguna otra superficie, la única interpretación posible es que corresponden a la cabida del solar, siendo ésta totalmente coincidente con la superficie solar en el Catastro.

2. Catastralmente, la superficie ocupada por la edificación es de 164 m² (72+92), si bien, en el propio cuerpo de la escritura y, sobre la base de un certificado de arquitecto

se amplía la superficie ocupada en planta baja, pasando de los 164 m² (catastrales) a 172,25 m² (según técnico). Si a este incremento de 8,25 m² se añaden los 5,25 m² de patio comunitario –que olvida el Registrador–, el resultado es de 177,50 m². Es conocedor por cualquier operador jurídico que las certificaciones catastrales redondean siempre a la unidad. Ergo 177,50-0,50=177 m². Consecuentemente, la edificación resulta estar ubicada dentro de los límites catastrales.

En ese sentido, merece recordar una resolución de la DG que resolvió un asunto similar, esto es, la Resolución de 7 de febrero de dos mil diecisiete señalando que: “la diferencia de metros que ocasiona el debate se encuentra identificada en la escritura como ‘patio’; que esta discrepancia, además, se produce entre la superficie expresada alfanuméricamente en la propia certificación catastral y la que resulta de la representación en formato GML obtenido de la misma, lo que es revelador de que esa superficie de 3 metros cuadrados (patio) es la que ha dejado de computarse a efectos catastrales en la certificación; y, en definitiva, que existe una total identidad entre la descripción de la edificación en el título y la de la certificación catastral que contiene la geometría del edificio, que es la que accederá’ al Registro conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria”.»

IV

El registrador emitió informe en defensa de su nota de calificación el día 27 de junio de 2019, ratificándola en todos sus extremos, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 20 y 202 de la Ley Hipotecaria; 51 del Reglamento Hipotecario; 1, 3, 5 y la disposición transitoria primera de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; los artículos 392, 396 y 397 del Código Civil; 45, 46, 49, 50, 52 y 55 del Real Decreto 1093/1997 del 4 de julio por el cual se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística; 28 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; la Resolución de 29 de octubre de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 1991, 18 de mayo de 1995, 5 de abril y 23 de junio de 1998, 26 de septiembre de 2002, 7 de abril de 2006, 17 de octubre de 2010, 27 de noviembre de 2013, 12 de noviembre de 2014, 7 de febrero y 13 de diciembre de 2017, 13 de abril de 2018 y 14 de mayo de 2019.

1. En el presente expediente se plantea ante este Centro Directivo la forma de proceder a la división de un elemento de un edificio –consistente en planta baja y sótano– integrada en régimen de propiedad horizontal de hecho, al encontrarse segregada de una finca registral relativa a un edificio que no ha sido formalmente constituido en tal régimen. Adicionalmente, se plantea además como reflejar tabularmente el incremento de la superficie construida de la planta baja y planta sótano del edificio, que se encuentran inscritos, en la mencionada finca segregada en régimen de propiedad horizontal de hecho.

2. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, en Resoluciones, entre otras, de fechas 18 de junio de 1991, 18 de mayo de 1995, 5 de abril de 1998, 26 de septiembre de 2002 o 7 de abril de 2006 que el régimen de propiedad horizontal existe desde que «los varios pisos o locales pasan a pertenecer a diferentes personas aun cuando todavía no se haya formalizado e inscrito la constitución del régimen». Asimismo, las

Resoluciones de 17 de octubre de 2010 o 27 de noviembre de 2013 destacan que «cuando la situación fáctica de un edificio es de división horizontal le es de aplicación la Ley de Propiedad Horizontal aunque los propietarios no hayan otorgado el correspondiente título constitutivo», como menciona en la disposición transitoria primera de la Ley 49/1960, de 21 de julio sobre propiedad horizontal y se desprende de su propio artículo primero.

En el presente expediente se pretende, en primer lugar, aumentar los metros cuadrados inscritos de la planta baja y de la planta sótano de un edificio, ocupando esas plantas todo un elemento privativo de una propiedad horizontal de hecho, finca registral 2.990, aumentándose la superficie declarada en cada planta. Conforme a la doctrina mencionada resulta necesario previamente, como en todo régimen de propiedad horizontal formalmente constituido, proceder a la modificación de obra de esas dos plantas en la finca registral del edificio, finca registral 1.701, del que se quiere modificar la superficie inscrita de su planta sótano y su planta baja. No es posible hacer una modificación de obra con aumento de superficie construida de las plantas exclusivamente en la finca registral del elemento privativo –por el hecho de ser una finca registral segregada y constituida en régimen de propiedad horizontal de hecho– y no sobre la finca registral del edificio en régimen de propiedad horizontal de hecho, cuya superficie total construida del edificio, por incremento de planta baja y planta sótano, necesariamente se debiere modificar.

Como se recoge en las Resoluciones mencionadas, en un régimen de propiedad horizontal de hecho, no es posible la segregación de nuevos elementos privativos sin constituir formalmente un régimen de propiedad horizontal, por mucho que ya existan elementos privativos segregados cuya validez se mantiene, y tampoco es posible en un edificio en régimen de propiedad horizontal de hecho, proceder sólo en una de las fincas registrales segregadas –finca registral 2.990– a su división material y a la modificación de obra alterando su superficie construida, por el mero hecho de haber sido ya segregadas cuando no existía la Ley sobre propiedad horizontal. La modificación de obra habrá de hacerse en la finca registral del íntegro edificio 1.701, aunque sólo se cambie la superficie de la planta baja y planta sótano y se mantenga la misma superficie construida en las demás plantas dado que implica, en todo caso, un aumento de la superficie total construida del edificio, del mismo modo que se exige en un edificio en régimen de propiedad horizontal de derecho.

Conforme a la doctrina reiterada de este Centro Directivo, esta modificación de superficie construida, como toda modificación de obra inscrita, deberá describirse en el título presentado al menos la edificación total del edificio, su número de plantas, superficie de parcela ocupada y total de metros cuadrados construidos, conforme a los artículos 45 y concordantes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, acompañándose, además, si no existe licencia, conforme al artículo 52 de la mencionada norma, de la certificación técnica exigida en el apartado a) totalmente coincidente de la mencionada descripción del íntegro edificio y que no resulta realizada en el presente expediente, al ser insuficiente y no coincidente la certificación técnica exclusiva del elemento privativo segregado o la certificación catastral gráfica y descriptiva exclusiva del elemento privativo segregado donde no consta descripción del íntegro edificio y que es el objeto de modificación por obra antigua, así como de la fecha de terminación de la construcción del edificio, acreditación de que dicha fecha sea anterior al plazo previsto en la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante, conforme al apartado b).

Adicionalmente, debe acompañarse las coordenadas de georreferenciación de la porción de suelo ocupada por la edificación, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria y lo dispuesto en el artículo 28 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. En relación también a esta última cuestión de las coordenadas de georreferenciación de la porción del suelo ocupada por la edificación, se pretende declarar la nueva superficie de la planta baja con un certificado de un técnico (172,5 metros cuadrados de la planta baja o 177 metros cuadrados si se añade el patio común)

y no con la superficie indicada en la certificación catastral (164 metros cuadrados) gráfica y descriptiva, por considerarse errónea, aunque si se pretende utilizar esta certificación catastral para justificar las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la planta baja de la edificación. Por tanto, se pretende utilizar las coordenadas del solar de la certificación catastral y por relación/referencia quedar justificadas las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación, aunque tenga esta edificación catastral una superficie diferente a la que se pretende declarar en la escritura. No sólo ello no es posible al no coincidir superficies construidas sino es que, además, esta misma certificación catastral contienen también expresamente unas coordenadas de la edificación con una superficie construida diferente a la declarada en la escritura para cumplir con el requisito del artículo 202 de la Ley Hipotecaria. Además, se omite que ni en los elementos privativos de hecho ni tampoco en la finca matriz del edificio (registral 1.701) donde debe practicarse la declaración de obra del edificio, consta superficie de solar inscrita, por lo que deberá antes inscribirse su superficie solar y sus coordenadas por los procedimientos legalmente establecidos de acuerdo con la doctrina reiterada de este Centro Directivo en sus Resoluciones de fechas 13 de diciembre de 2017 y 13 de abril de 2018. Una vez reflejada tabularmente la medida superficial del solar por los procedimientos legalmente establecidos será cuando podrá calificarse la ubicación de la obra que se pretende rectificar en relación al suelo donde se asienta.

Por tanto, no resulta coherente ni justificado que se quieran utilizar las coordenadas del solar de la certificación catastral para en relación/referencia fijar las coordenadas de la construcción declarada, cuando en la misma certificación catastral tenemos las coordenadas de la edificación distintas de las alegadas. Las coordenadas de la edificación, según Catastro reflejan 164 metros cuadrados, como la edificación declarada en el título son 172,5 metros cuadrados de la planta baja o 177 metros cuadrados en caso de computar el patio común como afirma el propio recurrente, siendo evidente la contradicción anteriormente apuntada. En consecuencia, no podemos prescindir y omitir las coordenadas de la edificación de la certificación catastral, como pretende el recurrente, y sin embargo pretender establecer la georreferenciación por relación a las del solar, porque en estos casos la certificación catastral ya indica expresamente las coordenadas de la edificación y no es posible obviarlas, como se deduce en la Resolución de este Centro Directivo de 7 de febrero de 2017 o de 14 de mayo de 2019, donde, para todos estos casos de georreferenciación por relación de la porción ocupada por la edificación menciona que será válido cuando «no se especifiquen las coordenadas concretas de aquellas –las de las edificaciones–», en la misma certificación.

En conclusión, esta declaración de obra con modificación de superficie inscrita que debe recaer, como se ha dicho, sobre la finca matriz del edificio, finca registral 1.701, debiendo realizarse de la misma manera que en un edificio en régimen de propiedad horizontal formalmente constituida, es decir, con el consentimiento de todos los titulares de las distintas partes determinadas segregadas de la finca matriz. No siendo suficiente únicamente el consentimiento del titular registral de la finca segregada 2.990, de conformidad con el principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. No resulta, en consecuencia, en el presente expediente posible proceder a inscribir la declaración de la obra antigua dado que, además de lo anteriormente mencionado sobre la insuficiencia de la certificación técnica/catastral y su contenido y descripción, el íntegro edificio no es de titularidad registral exclusivamente de los comparecientes en la escritura. Los elementos independientes de hecho o las partes determinadas del edificio en su conjunto son titularidad, además de los comparecientes de otra persona jurídica que no comparece o ratifica la escritura y en el acuerdo de la junta de propietarios de hecho que se presentaba inicialmente no constaba ningún consentimiento sobre una declaración de obra antigua del íntegro edificio, finca registral 1.701, y su posterior constitución en régimen de propiedad horizontal por lo que resulta necesario el consentimiento de los demás titulares del íntegro edificio para poder proceder a una modificación de la descripción constructiva de la finca matriz 1.701 y su posterior constitución en régimen de propiedad horizontal.

La necesidad de consentimiento de todos los titulares registrales de los elementos independientes de hecho y segregados del edificio descrito inicialmente en la finca registral 1.701 resulta necesario no sólo para proceder a la declaración de obra antigua sino también para poder configurar el edificio en régimen de propiedad horizontal.

3. En el presente expediente se pretende, después de modificar la superficie construida de su planta baja y sótano, dividir el elemento segregado o independiente de hecho y en régimen de propiedad horizontal de hecho, finca registral 2.990, en dos porciones y constituir las a su vez en régimen de propiedad horizontal.

Con carácter previo conviene destacar que en la escritura inicial se indica literalmente en las estipulaciones que el compareciente, además de formalizar la obra nueva por antigüedad exclusivamente sobre una parte determinada segregada de «constituye el edificio en régimen de propiedad horizontal, en los términos contenidos en la parte expositiva de esta escritura». Pues bien, siendo el compareciente exclusivamente titular registral del elemento segregado «planta baja y sótano» (finca registral 2.990) y existiendo titulares registrales diferentes de los demás elementos privativos segregados del edificio y del pendiente aún de segregar, es necesario su consentimiento para constituir un régimen de propiedad horizontal sobre el edificio, conforme a las exigencias del principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Además debe afirmarse que ninguna de los posibles elementos independienetes del edificio, con su número de orden y cuotas están descritas en ningún momento en la escritura presentada inicial del año 2013 ni en la escritura de subsanación o diligencias posteriores, conforme a las exigencias de la ley de propiedad horizontal, artículos 1 y 5, o 396 del Código Civil y del principio de especialidad del artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, sino que en la escritura exclusivamente se hace referencia al elemento privativo segregado, finca registral 2.990, «planta baja y sótano».

Por tanto, el defecto debe ser también confirmado al faltar el consentimiento de todos los titulares registrales o en su caso el acuerdo de junta de los titulares registrales para la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, no pudiendo solamente el compareciente –titular sólo de una parta determinada de hecho del edificio– constituir el edificio en régimen de propiedad horizontal, como se pretende en la escritura objeto de calificación.

4. Además en el presente expediente se pretende a su vez y afectando exclusivamente a la parte determinada segregada «planta baja y sótano» (finca registral 2.990) proceder a su división en dos partes determinadas y constituir las a su vez en régimen de propiedad horizontal formando una especie de subcomunidad. Esta constitución de un régimen de propiedad horizontal del elemento privativo segregado de hecho no está consentida en ningún momento tampoco por los demás propietarios del edificio, ni en el acuerdo de junta de hecho que se acompaña, donde sólo se autoriza a una modificación sobre una finca registral 2.990 como parte segregada independiente, pero no a una modificación descriptiva sobre la finca registral del íntegro edificio (finca registral 1.701) ni tampoco para constituir régimen de propiedad horizontal alguno. Pero es que adicionalmente, esta división horizontal de una parte de terminada de hecho de un edificio en régimen de propiedad horizontal de hecho requeriría, además constituir e inscribir previamente y formalmente el régimen de propiedad horizontal sobre el edificio para poder, posteriormente, configurar a su vez una división horizontal sobre uno de los elementos privativos, creando dos nuevos elementos privativos.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, Resoluciones de 18 de junio de 1991, 18 de mayo de 1995, 5 de abril de y 23 de junio de 1998, 26 de septiembre de 2002, 7 de abril de 2006, 17 de octubre de 2010, 27 de noviembre de 2013 o 12 de noviembre de 2014 que sobre una propiedad horizontal de mero hecho no puede constituirse, en unos de sus elementos privativos segregados, una propiedad horizontal formalmente sin antes proceder a la regularización en propiedad horizontal formal del elemento privativo de hecho segregado de la finca matriz. No pueden constituirse nuevos elementos independientes en el edificio sin constituirlo en régimen de propiedad horizontal. Esta

misma doctrina, en especial, Resoluciones de 7 de abril de 2006 o 12 de noviembre de 2014, establece que a un edificio en régimen de propiedad horizontal de hecho le es de aplicación, la normativa sobre propiedad horizontal, como se indica en la nota de calificación y el recurrente reconoce expresamente. Pero no se debe confundir la no necesidad de constituir el régimen de propiedad horizontal para estas situaciones de hecho, y permitir realizar actos dispositivos sobre los elementos privativos «de hecho» ya segregados de la finca matriz, con la necesidad de deber constituir el régimen de propiedad horizontal cuando sobre los elementos privativos «de hecho» no se van a realizar actos dispositivos sino operaciones de segregación o división, esto es, actos de modificaciones hipotecarias, como en el presente caso donde se divide el elemento privativo de hecho en dos partes y se pretende configurarlas, exclusivamente a ellas, en régimen de propiedad horizontal y no así al resto de partes determinadas segregadas del edificio. Tal pretensión no es conforme a la doctrina de este Centro Directivo, bajo pretexto que un elemento privativo de un edificio ha sido registralmente segregado de su finca matriz y se ha constituido como finca registral independiente –por no encontrarse en vigor en el momento en que se practicó tal segregación una ley de propiedad horizontal– para que como finca registralmente autónoma proceder a realizar operaciones de modificación de obra o constitución de régimen de propiedad horizontal con total independencia del edificio del que forma parte y del que se segregó.

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

Por este motivo, la determinación de las cuotas de participación en régimen de propiedad horizontal de cada uno de los elementos privativos respecto del total del edificio deberá determinarse en el título constitutivo de propiedad horizontal, conforme exige el artículo 5 de su norma reguladora, sin poder configurarse por lo que determine, como pretende el recurrente, por lo que se determine en la base de datos del catastro «accediendo a la oficina virtual del catastro». Con la diligencia de fecha 7 de mayo de 2019 se procede a distribuir una cuota del 26%, que no consta inscrita ni en ningún título constitutivo de régimen de propiedad horizontal, y que se dice en la diligencia corresponde a la planta baja del edificio, por así venir establecida por la certificación catastral gráfica y descriptiva incorporada entre los dos locales creados, atribuyendo a cada uno una cuota del 10% y 16% respectivamente. La redistribución de cuotas de un edificio en régimen de propiedad horizontal requerirá, en primer lugar y como se ha apuntado anteriormente la constitución del mismo en régimen de propiedad horizontal en virtud de un título constitutivo con los requisitos del artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, algo que no se ha procedido a realizar, con la determinación de todas las cuotas de todos los elementos privativos –que necesariamente deben sumar 100%–. Posteriormente, las cuotas así establecidas en el título constitutivo podrán ser modificadas o redistribuidas con los requisitos establecidos en la norma reguladora del régimen de propiedad horizontal. En ningún caso podrán ser determinadas tan sólo las cuotas de dos elementos privativos de todos los elementos que pueden configurar un régimen de propiedad horizontal y proceder a su determinación por lo que se indica en una certificación catastral gráfica y descriptiva como resulta del presente expediente. Será por tanto necesario el consentimiento de todos los propietarios del edificio para constituir el régimen de propiedad horizontal y fijar las cuotas de participación de todos los elementos privativos, cuya modificación, salvo previsión estatutaria expresa, deberá

constar con el consentimiento de todos los titulares del edificio en régimen de propiedad horizontal sin que pueda realizarse unilateralmente por el titular de una parte privativa de hecho ni configurar o determinar dicha cuota de participación por remisión a lo que se determine en una certificación catastral gráfica y descriptiva.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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, 5 de septiembre de 2019.—El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.