

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

21889 *Resolución de 7 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Calafell, por la que se suspende la inscripción de una escritura de extinción de derecho de vuelo, rectificación y modificación del título constitutivo de división horizontal y segregación.*

En el recurso interpuesto por don José Salvador Torres Roger, notario de Calafell, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Calafell, don Pedro Alfredo Álvarez González, por la que se suspende la inscripción de una escritura de extinción de derecho de vuelo, rectificación y modificación del título constitutivo de división horizontal y segregación.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 23 de enero de 2023 por el notario de Calafell, don José Salvador Torres Roger, los comparecientes declaraban extinguido el derecho de vuelo, rectificaban y modificaban el título constitutivo de la propiedad horizontal y segregaban parte de la finca matriz.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Calafell, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Datos de Identificación del Documento:

Nombre autoridad: José Salvador Torres Roger.
Población autoridad: Calafell.
N.º protocolo: 133/2023.
N.º entrada: 406/2023.
N.º Diario: 135.
N.º Asiento: 571.

El documento calificado dentro del plazo legal, de conformidad con los artículos 1, 2 y 18 de la Ley Hipotecaria, fue presentado según resulta del cajetín de este Registro en el mismo.

Hechos:

Se solicita la inscripción de una escritura de extinción de derecho de vuelo, rectificación y modificación del título constitutivo de división horizontal y segregación.

En dicha escritura se solicita la rectificación de la superficie del solar de la finca sobre la que se declaró la propiedad horizontal, registral 3.933. Se solicita la extinción del derecho de vuelo sobre la porción de terreno sin edificar de 437 m², convirtiéndose dicha porción en elemento común de la división horizontal.

Se modifica la superficie de la parte de solar sin edificar destinada al uso y disfrute de las respectivas entidades 1 y 2; que pasan de tener un terreno de uso privativo

de 287 m² y 636 m², respectivamente, a tener el uso y disfrute de la parte del solar sin edificar de 290 m² y 300 m², respectivamente.

La entidad número 1, registral 28.999, se halla gravada con la anotación de embargo letra A, prorrogada por la B, a favor del Ajuntament de Calafell.

La entidad número 2, registral 29.001, se halla gravada con una hipoteca a favor de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., según resulta de su inscripción 9.^a

No se practica la inscripción solicitada por los siguientes motivos:

1.º Los elementos comunes esenciales son inseparables del régimen de propiedad horizontal. El art. 553-41 Código Civil Catalán, establece como elemento común el solar, por lo tanto, no es susceptible de segregación o división a los efectos de crear una nueva finca independiente no incluida en el régimen de propiedad horizontal. Los elementos comunes no acceden al Registro como fincas independientes. Los propietarios pueden libremente disponer de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran y sin que la transmisión del disfrute afecte a las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad.

2.º Existe discordancia entre la escritura y la licencia de parcelación concedida por el Ayuntamiento de Calafell ya que, si bien en la escritura se solicita la extinción del derecho de vuelo por la imposibilidad de ejercitarlo en los términos en los que está constituido, la licencia se concede para la finca número 1, formada por la entidad 1 y 2; y para la finca número 2, en la que se desarrolla el derecho de vuelo sobre la parcela número 2 del proyecto, preparada para dos viviendas adosadas.

3.º Se reduce la superficie del solar sobre la que se asienta el conjunto, quedando ésta con una cabida de 1.326 metros cuadrados.

Como consecuencia de la extinción del derecho de vuelo, la superficie de 437 metros cuadrados sobre la que estaba constituido el mismo, deviene elemento común.

Al reducirse la superficie del terreno de uso privativo que correspondía a la entidad número 2, registral 29.001, en 336 metros cuadrados y aumentarse la que correspondía a la entidad número 1, registral 28.999, en 3 metros cuadrados, la parte de solar sin edificar resultante debe tener una superficie de 770 metros cuadrados y no de 736 metros cuadrados como consta en la escritura.

Asimismo, habrá que especificar de dónde proceden dichos 3 metros cuadrados añadidos a la finca 28.999, ya que la superficie en la que se reduce la finca 29.001 arrastra la hipoteca que grava la misma.

4.º Deberá constar el consentimiento del acreedor hipotecario, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., puesto que se reduce la superficie del solar de uso y disfrute exclusivo que corresponde a la entidad número 2, registral 29.001, gravada con hipoteca, que tenía una superficie de 636 m² y que, tras la modificación, pasa a tener una superficie de 300 m². La superficie reducida arrastrará la hipoteca.

Fundamentos de Derecho:

- 1.º Art. 396 Código Civil y 553.41 Código Civil Catalán.
- 2.º Art. 8.3 y 9 Ley Hipotecaria.
- 3.º Art. 20 Ley Hipotecaria.
- 4.º Art. 3 y 4 Ley de Propiedad Horizontal.

No procede la anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323, 1.º de la Ley Hipotecaria.

Contra la presente calificación (...)

Calafell a 11/04/2023. El Registrador. D. Pedro-Alfredo Álvarez González.»

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Tortosa número 1, don Ángel García Molina, quien, con fecha 13 de mayo de 2023, confirmó la calificación del registrador de la Propiedad de Calafell.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don José Salvador Torres Roger, notario de Calafell, interpuso recurso el día 9 de junio de 2023 en virtud de escrito en el que señalaba lo siguiente:

«Fundamentos de Derecho:

Primer defecto:

1.º “Los elementos comunes esenciales son inseparables del régimen de propiedad horizontal. El art. 553-41 Código Civil Catalán, establece como elemento común el solar, por lo tanto no es susceptible de segregación o división a los efectos de crear una nueva finca independiente no incluida en el régimen de propiedad horizontal. Los elementos comunes no acceden al Registro como fincas independientes. Los propietarios pueden libremente disponer de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran y sin que la transmisión del disfrute afecte a las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad”.

A este respecto la calificación del Registrado sustituto dispone: “1) En cuanto a la segregación practicada de parte de la finca registral, nos encontramos ante la desafectación de un elemento común, siendo necesario por tanto convertirlo en elemento privativo haciendo constar de manera clara esta situación y estableciendo de una manera clara la cuota que le corresponde como elemento privativo.”

Estoy en desacuerdo con dicha calificación por los siguientes motivos y fundamentos de derecho:

El Registrador sustituido entiende que el solar de una propiedad horizontal tumbada es un elemento común esencial e inseparable del régimen de propiedad horizontal y, en consecuencia, no es posible, tal y como se efectúa en la escritura calificada, segregar una porción del solar a efectos de crear una nueva finca independiente que pasaría a quedar excluida del régimen de propiedad horizontal. Y el Registrador sustituto, no entra a valorar ni a calificar si se puede efectuar o no dicha segregación, y, se limita a entender que la segregación practicada lo es para crear un nuevo elemento privativo dentro de la propiedad horizontal.

Ello expuesto, la cuestión que se dirime es si es o no posible, tal y como se efectúa en la escritura calificada, segregar una parte del solar, elemento común sobre el que se asienta la propiedad horizontal tumbada, a efectos de crear una nueva finca independiente que queda excluida y fuera del régimen de propiedad horizontal, con la consiguiente reducción de la superficie del solar donde se asienta dicha división horizontal.

El notario que suscribe entiende que sí es posible por los siguientes motivos:

Primero. En cuanto a la consideración del solar como “elemento común esencial” lo que impide, según la calificación registral, efectuar la segregación, hay que tener en cuenta que ni el art. 553-41 del Código Civil Catalán ni el artículo 396 del Código Civil, distinguen entre elementos comunes esenciales o no esenciales, que es una clasificación doctrinal y jurisprudencial.

No obstante, si aceptamos dicha distinción, los elementos comunes esenciales, serían aquellos que no es posible desafectar, desvincular o excluir sin que la propiedad horizontal pierda su sentido o utilidad, es decir, son aquellos sin los cuales la propiedad

horizontal no puede existir; y los elementos comunes no esenciales, serían aquellos que sí es posible desafectar, desvincular o excluir, sin que se rompa la estructura de la propiedad horizontal.

Por tanto, el solar como elemento común, será esencial o no en función de las circunstancias.

A mi juicio, en el presente supuesto, la porción segregada del solar responde a esta segunda consideración de elemento común no esencial pues el trozo segregado: (1) no es necesario para la existencia de la propiedad horizontal, que puede subsistir sin dicha porción, y simplemente ve reducida la superficie del solar sobre la que se asienta, (2) estamos en presencia de una propiedad horizontal tumbada, en la que el trozo segregado no está ocupado por ninguna de las edificaciones, no está atribuido su uso a ningún elemento privativo, y no es necesario para el uso y disfrute de los mismos. Efectivamente, dicha segregación no podría afectar, en ningún caso, a la parte de solar ocupada por las edificaciones o cuyo uso y disfrute tienen atribuido, pero sí podría afectar a aquella parte del solar en la que no concurren dichas circunstancias.

Los elementos comunes, Y así lo reconocen las calificaciones registrales recurridas, son susceptibles de desvinculación y desafectación con el consentimiento de todos los propietarios. La peculiaridad del presente caso es que esa desvinculación o desafectación supone, no ya la conversión del terreno segregado en elemento privativo, sino su exclusión de la propiedad horizontal, quedando fuera de la misma y pasando a convertirse en una parcela independiente.

Según RDGRN de 30 de marzo de 2005 (BOE 20 de mayo de 2005), una vez inscrito en el Registro de la Propiedad el régimen de propiedad horizontal, todo el terreno –y no sólo la parte ocupada por edificación– registralmente tiene la consideración de elemento común del inmueble, sobre el que recae el derecho de copropiedad inherente a la propiedad separada que cada uno de los propietarios tiene sobre sus diferentes pisos o locales (artículo 396 del Código Civil); de modo que en lo sucesivo no podrá segregarse ninguna porción de dicho terreno sin que previamente medie acuerdo unánime actual de todos los copropietarios de los pisos o locales en que esté dividido el edificio, debidamente adoptada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal.

En similar sentido, la Res. de 16 de febrero de 2004, en la que el promotor de una división horizontal se reserva el derecho a segregar terreno de la zona excedentaria del solar donde se constituye la visión horizontal y desvincularlo o excluirlo de ella, no pone en duda la posibilidad de segregar el terreno, únicamente exige, en el caso concreto, el consentimiento de todos los propietarios por entender que no está incluida la segregación efectuada unilateralmente por el promotor dentro de sus facultades reservadas.

Asimismo, según la Res. 12-11-91, doctrina reiterada en la citada en primer lugar Res. 30-3-2005, un edificio (en rigor, el todo formado por el suelo y la construcción) se constituye en régimen de propiedad horizontal, todo el terreno –y no solo la parte ocupada básicamente por el edificio– se convierte en elemento común, de modo que en lo sucesivo no podrá segregarse ninguna porción del mismo no edificada sin el acuerdo unánime de todos los propietarios de los pisos o locales.

Igualmente, la Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2016, y en sentido similar, la RDGRN de 3 de diciembre de 2009, en unos supuestos concretos de propiedad horizontal tumbada, no solo es que no consideren el solar como elemento común esencial, es que, atendidas las circunstancias del caso, ni siquiera lo consideran elemento común.

Por tanto, las resoluciones citadas no ponen en duda la posibilidad de segregar y excluir un trozo de terreno que es elemento común, solo exigen que las circunstancias del caso lo permitan, se haga con el consentimiento de todos los propietarios y, con los demás requisitos necesarios, en este caso, la licencia del Ayuntamiento.

Entender que la segregación no es posible sería tanto como obligar a los copropietarios a realizar una operación mucho más compleja y gravosa para llegar al

mismo resultado, como sería extinguir totalmente la propiedad horizontal para convertirla en copropiedad ordinaria, segregar la porción de terreno (que ya no sería elemento común), y volver a constituir la propiedad horizontal sobre el resto de finca matriz.

Segundo. Modificación de la horizontal y conversión en copropiedad ordinaria del trozo segregado.

Los copropietarios de una división horizontal, dentro de los límites legales, son soberanos de realizar las operaciones que estimen oportunas respecto de su copropiedad, al amparo del derecho a la propiedad privada que consagra el artículo 33 de la Constitución Española y del principio de libertad de pactos.

Los elementos comunes no son objetos fuera del tráfico jurídico, si bien su disposición estará sujeta a los requisitos legales correspondientes, en el presente caso, consentimiento de todos los copropietarios y licencia del Ayuntamiento.

Por tanto, con la segregación efectuada se produce una modificación de división horizontal que ve reducida la superficie del solar respecto del terreno segregado, con la consiguiente extinción de la propiedad horizontal en cuanto a dicha porción, que pasa a pertenecer a los copropietarios de la división horizontal en copropiedad ordinaria en proporción a sus respectivas cuotas de participación (artículos 553-14 del Código Civil Catalán, y artículo 23 de la Ley de propiedad horizontal, que regulan la extinción de la propiedad horizontal y su conversión en copropiedad ordinaria)

Tercero. En la escritura calificada, en unidad de acto, se realizan una serie de operaciones jurídicas que provocan una pluralidad de operaciones registrales, cuya posible complejidad o dificultad no puede ser obstáculo para su inscripción.

Asimismo, es cierto que los elementos comunes no acceden al Registro como fincas independientes, pero la segregación se efectúa sobre la finca matriz o solar sobre el cual se realizó la división horizontal (finca 3933), que verá reducida su superficie en el trozo segregado con la consiguiente modificación del título constitutivo de la división horizontal.

Segundo defecto:

“2.º Existe discordancia entre la escritura y la licencia de parcelación concedida por el Ayuntamiento de Calafell, ya que si bien en la escritura se solicita la extinción del derecho de vuelo por la imposibilidad de ejercitarlo en los términos en los que está constituido, la licencia se concede para la finca número 1, formada por la entidad 1 y 2; y para la finca número 2, en la que se desarrolla el derecho de vuelo sobre la parcela número 2 del proyecto, preparada para dos viviendas adosadas.”

Es de hacer constar, que la calificación sustitutoria no se manifiesta sobre este defecto de la calificación sustituida. No obstante, manifiesto mi desacuerdo con dicho defecto, en tanto en cuanto, la licencia está confeccionada y concedida sobre la proforma o borrador de la escritura que previamente se remitió Ayuntamiento para la concesión de la licencia, y distingue dos parcelas, la parcela número 1, relativa a la parcela donde se asienta la propiedad horizontal tumbada una vez excluido el trozo segregado, y la parcela número 2, que es la porción segregada.

Tercer defecto:

“3. Se reduce la superficie del solar sobre la que se asienta el conjunto, quedando ésta con una cabida de 1. 326 metros cuadrados.

Como consecuencia de la extinción del derecho de vuelo, la superficie de 437 metros cuadrados sobre la que estaba constituido el mismo, deviene elemento común.

Al reducirse la superficie del terreno de uso privativo que correspondía a la entidad número 2, registral 29. 001, en 336 metros cuadrados y aumentarse la que correspondía a la entidad número 1, registral 28. 999, en 3 metros cuadrados, la parte de solar sin

edificar resultante debe tener una superficie de 770 metros cuadrados y no de 736 metros cuadrados como consta en la escritura.

Asimismo, habrá que especificar de dónde proceden dichos 3 metros cuadrados añadidos a la finca 28. 999, ya que la superficie en la que se reduce la finca 29.001 arrastra la hipoteca que grava la misma.”

Asimismo, la calificación del Registrado sustituto dispone: “2) La vivienda número 1 pasa de 287 metros cuadrados de uso privativo a 290, y la vivienda número 2 de 636 a 300. Si el derecho de vuelo ahora extinguido era de 437 más los 333 metros (es decir 336 menos 3) que ahora se añaden dan un total de 770 no los 736 a los que hace referencia la licencia”

La calificación sustitutoria únicamente confirma la primera parte de la calificación sustituida.

Estoy en desacuerdo con dicha calificación por los siguientes motivos y fundamentos de derecho:

Para realizar la operación, previamente, como resulta del expositivo II y IV, de la escritura calificada, los comparecientes rectifican el título constitutivo de la propiedad horizontal en cuanto a la superficie del solar sobre el que se asienta el conjunto, ajustándolo a la superficie catastral de 1. 326 metros cuadrados, y, ello efectuado, modifican la superficie de solar no edificada destinada al uso y disfrute exclusivo de las respectivas entidades privativas uno y dos.

La finca registral matriz sobre la que se asienta la división horizontal tumbada (finca 3933), según registro, tenía una superficie de 1.360 metros cuadrados, resultando que a la entidad número uno correspondía el derecho al uso y disfrute de 287 metros cuadrados, a la entidad número dos el derecho al uso y disfrute de 636 metros cuadrados, y al derecho de vuelo 437 metros cuadrados, lo cual suma los reseñados 1.360 metros cuadrados.

Tras la citada rectificación y modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, la finca registral matriz sobre la que se asienta la división horizontal tumbada (finca 3933), tiene una superficie de solar de 1.326 metros cuadrados, resultando que a la entidad número uno corresponde el derecho al uso y disfrute de 290 metros cuadrados, a la entidad número dos el derecho al uso y disfrute de 300 metros cuadrados, y el resto del solar, una vez extinguido el derecho de vuelo, es una porción de 736 metros cuadrados, lo cual suma los ya reseñados 1.326 metros cuadrados.

Por tanto, la operación aritmética realizada en ambas calificaciones no tiene en cuenta la previa rectificación de la superficie del solar.

Es cierto que si tenemos en cuenta la superficie del solar no rectificada de 1. 360 metros cuadrados, la parte del solar restante serían 770 metros cuadrados (resultado de restar a esos 1360 metros cuadrados los 590 metros cuadrados cuyo uso y disfrute se atribuye a las entidades uno y dos). Pero si tenemos en cuenta la superficie del solar rectificada de 1326 metros cuadrados, la parte del solar restante serían 736 metros cuadrados (resultado de restar a esos 1326 metros cuadrados los 590 metros cuadrados cuyo uso y disfrute se atribuye a las entidades uno y dos).

Cuarto Defecto:

“4.º Deberá constar el consentimiento del acreedor hipotecario, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. puesto que se reduce la superficie del solar de uso y disfrute exclusivo que corresponde a la entidad número 2, registral 29.001, gravada con hipoteca, que tenía una superficie de 636 m2 y que, tras la modificación, pasa a tener una superficie de 300 m2. La superficie reducida arrastrará la hipoteca.”

En el mismo sentido, la calificación del Registrado sustituto, en el segundo inciso de su apartado primero, dispone: “En cualquier caso, existiendo derechos reales e incluso anotaciones de embargo que gravan las fincas es necesario que se preste el consentimiento por parte de los mismos a estas modificaciones, pues de lo contrario

como se indica en la nota de calificación se arrastrarán a la parte segregada dando lugar a importante [sic] problemas prácticos en caso de ejecución de las mismas.”

Estoy en desacuerdo con dicha calificación por los siguientes motivos y fundamentos de derecho:

Efectivamente, la modificación efectuada no puede afectar a terceros que no hayan prestado su consentimiento, lo cual no impide la inscripción, en tanto en cuanto sus derechos se ven protegidos por el sistema de arrastre de cargas, previsto con dicha finalidad.

Defecto señalado por calificación sustitutoria pero no apreciado por la calificación sustituida:

Finalmente es de hacer constar, que la calificación sustitutoria entra a señalar un nuevo defecto que no recoge la calificación sustituida, consistente en que:

“3) No coincide la licencia que se autoriza, 590 más 736, con la base gráfica que se aporta 593 más 732 extinguen en la Escritura que se califica. En cualquier caso, la licencia se ha concedido a Marcons SL, entidad que no aparece mencionada en la Escritura, lo cual es contrario a lo dispuesto en el artículo 19 bis regla 5 párrafo segundo de la Ley Hipotecaria que dispone que “En la calificación el registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el registrador sustituido y respecto de los que los interesados hubieran motivado su discrepancia en el escrito en el que soliciten su intervención, no pudiendo versar sobre ninguna otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.”»

V

El registrador de la Propiedad suscribió informe el día 15 de junio de 2023 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9 y 10.3.b) de la Ley Hipotecaria; 26.2 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; 192 y 193 del Decreto Legislativo 1/2010, 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de urbanismo; 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero y 2 y 21 de septiembre de 2016, 31 de mayo y 7 de septiembre de 2017, 21 de marzo de 2018 y 5 de marzo y 23 de octubre de 2029, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 2 de junio, 16 de julio y 23 de octubre de 2020, 23 de julio, 13 de septiembre y 8 de noviembre de 2021 y 27 de abril de 2022, entre otras muchas.

1. Debe decidirse en este expediente si es inscribible o no una escritura de extinción de derecho de vuelo, rectificación y modificación del título constitutivo de división horizontal y segregación en el que el registrador señala cuatro defectos: a) los elementos comunes esenciales son inseparables del régimen de propiedad horizontal; b) existe discordancia entre la escritura y la licencia de parcelación concedida por el Ayuntamiento de Calafell; c) se reduce la superficie del solar sobre la que se asienta el conjunto, en el que la parte de solar sin edificar resultante debe tener una superficie de 770 metros cuadrados y no de 736 metros cuadrados como consta en la escritura. Asimismo, habrá que especificar de dónde proceden los 3 metros cuadrados añadidos a la finca 28.999, y d) deberá constar el consentimiento del acreedor hipotecario.

El notario recurrente se opone alegando que los copropietarios de una división horizontal, dentro de los límites legales, son soberanos de realizar las operaciones que estimen oportunas respecto de su copropiedad; que la licencia está confeccionada y concedida sobre la proforma de la escritura que previamente se remitió Ayuntamiento para la concesión de la licencia, y distingue dos parcelas, la parcela número 1, relativa a la parcela donde se asienta la propiedad horizontal tumbada una vez excluido el trozo segregado, y la parcela número 2, que es la porción segregada; que la operación aritmética realizada en la calificación no tiene en cuenta la previa rectificación de la superficie del solar; y que la modificación efectuada no puede afectar a terceros que no hayan prestado su consentimiento, lo cual no impide la inscripción, en tanto en cuanto sus derechos se ven protegidos por el sistema de arrastre de cargas.

2. Como cuestión previa, el notario recurrente ha planteado recurso, no sólo contra la calificación inicial sino también contra la calificación sustitutoria, y en él alega que no ha sido una verdadera calificación sustitutoria –por haberse limitado a confirmar la calificación inicial sin expresar ningún fundamento jurídico– y que no se ha respetado el plazo para la extensión de la misma.

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

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

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

El párrafo 2 del apartado quinto del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria dispone que: «En la calificación el Registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el sustituido y respecto de los que los interesados hubieran motivado su discrepancia en el escrito en el que solicita su intervención», aun cuando se utilice el termino motivar si entendemos, conforme a lo expuesto anteriormente, que la calificación sustitutoria no es un recurso sino una segunda calificación, el significado de dicho término debe interpretarse en el sentido de que los interesados deberán manifestar respecto a cuales

de los defectos de los contenidos en la nota de calificación deberá pronunciarse el registrador sustituto, máxime cuando la calificación sustitutoria deberá ajustarse a los defectos observados en la nota de calificación del registrador sustituido. Si el desacuerdo es respecto a la total nota de calificación debe bastar para ello con expresar genéricamente dicha discrepancia.

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

En el presente caso el registrador sustituto ha confirmado en parte la calificación del registrador sustituido e introduciendo algún nuevo defecto por lo que aun cuando se interpone un recurso también contra la calificación sustitutoria, la presente resolución, conforme al precepto legal señalado, debe limitarse a revisar la calificación del registrador sustituido, única legalmente recurrible.

3. Así centrada la cuestión y para dar una respuesta jurídicamente adecuada se hace necesario, dadas las discrepancias entre registrador y recurrente sobre la calificación jurídica de la situación, analizar en primer lugar esta circunstancia a fin de determinar si es posible o no segregarse parte del suelo de propiedad horizontal, y desafectándolo, convirtiéndolo en elemento independiente. 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 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).

4. 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 dos viviendas, como elementos privativos, así como por una serie de elementos comunes

entre los que destacan un derecho de vuelo afecta a una porción de terreno. 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.

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 fragmentación de parte de terreno y la atribución a la misma del carácter de elemento independiente del régimen de propiedad horizontal e incluso la desafectación del mismo pues a tal esquema obedece la regulación legal.

En el presente caso, tratándose de propiedad horizontal, en la que son comunes elementos como el suelo, vuelo, estructura o cubierta de las viviendas pareadas, se pretende un incremento de la superficie privativa a costa de los elementos comunes de la división horizontal previa desafectación y posterior segregación. En consecuencia (reiterando el criterio de la Resolución de 23 de marzo de 2018), se pretende una alteración del régimen jurídico de los elementos comunes, lo que es materia que compete a la comunidad, exigiéndose unanimidad en tanto en cuanto tal alteración implica una modificación del título constitutivo

En base a lo expuesto, el defecto no puede confirmarse. Una modificación semejante del régimen jurídico preexistente es perfectamente posible, siempre y cuando exista unanimidad, lo que ocurre en el presente caso, pero debe deducirse del título con la necesaria claridad derivada de la debida adaptación a las exigencias de la regulación del régimen de propiedad horizontal a que se ha hecho continua referencia. De la lectura del título resulta con claridad que es voluntad de los titulares registrales que la parte segregada que se ha llevado a cabo quede excluida del régimen de propiedad horizontal.

5. En relación al segundo de los defectos, cabe plantearse el alcance que tiene la licencia de segregación que se acompaña en este caso.

Según el artículo 26.2 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre: «La división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. (...) En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción (...).» En la normativa catalana aplicable al caso, la exigencia de licencia o declaración de innecesariedad se establece en el artículo 192 del Decreto Legislativo 1/2010, 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de urbanismo.

Según el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio: «Los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento».

En este sentido, tanto notarios como registradores cumplen con exigir que se aporte la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le

sea aplicable, sin que sea precisa que indaguen la licitud intrínseca de dicha autorización, de conformidad con la presunción de validez y ejecutividad de los actos administrativos (cfr. artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa»).

Sin embargo, sí deben comprobar la correspondencia de la operación jurídica realizada con el documento administrativo que acredite la conformidad, aprobación o autorización administrativa.

Como ya ha afirmado esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 12 de noviembre de 2013 y 29 de septiembre de 2017) la licencia municipal, o la declaración de innecesariedad de la misma, cumple una función de acreditación de la legalidad administrativa y urbanística vigente. Siendo la segregación una modificación de la finca, rigurosamente registral, deberá acomodarse la inscripción a la preceptiva licencia sin que pueda ni el registrador ni el notario modificar los términos de su obtención. En ningún caso pueden admitirse discrepancias que impliquen una reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria para la que se concedió la licencia.

No obstante, en el presente expediente el registrador plantea alguna discrepancia, las cuales no conllevan una falta correspondencia entre el documento administrativo aportado y la operación documentada.

6. En relación al tercero de los defectos. Como ha declarado este Centro Directivo, que tras la Ley 13/2015, de 24 de junio, entre los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas, hay que distinguir, por un lado, los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letras a) y b) de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes».

Y por otro, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices –pues no en vano, como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa–.

Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria.

Ambos procedimientos, especialmente cualificados, sí que incluyen entre sus trámites una serie de garantías de tutela efectiva de los intereses de terceros afectados y todo ello con carácter previo a la eventual práctica de la inscripción registral que en su caso proceda, tales como las preceptivas notificaciones a colindantes y demás interesados, publicaciones de edictos en el «Boletín Oficial del Estado», publicación de alertas geográficas registrales, y la concesión de plazo para que los interesados puedan comparecer y alegar en defensa de sus intereses ante el funcionario público –registrador o notario, según el caso– competente para su tramitación.

Y es precisamente por virtud de su mayor complejidad de tramitación y mayores garantías para colindantes y terceros en general por lo que su ámbito de aplicación y efectos es justificadamente mucho más amplio que el de los otros supuestos concretos admitidos por la ley y enunciados en los dos primeros grupos antes aludidos.

Por otra parte, ha sido reiterada en numerosas ocasiones la doctrina de esta Dirección General, conforme a la cual:

«a) La registración de un exceso de cabida (o disminución de superficie) stricto sensu solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados;

b) que fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esa última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente.»

Este método, por tanto, sólo debe permitir la corrección de un dato mal reflejado en su término inicial al inmatricular la finca, por lo que la existencia de dudas que pudiera albergar el registrador de encontrarnos en cualquier otro caso –inmatriculaciones de parcelas colindantes o encubrimiento de otras operaciones como agrupaciones, agregaciones o segregaciones– pueden (y deben) generar una calificación negativa a la inscripción del exceso o defecto de cabida declarado.

En cuanto a la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (cfr. Resoluciones de 8 de octubre de 2005, 2 de febrero de 2010, 13 de julio de 2011, 2 de diciembre de 2013, 3 de julio de 2014, 19 de febrero y 9 de octubre de 2015 y 21 de abril de 2016, entre otras).

Por todas las circunstancias concurrentes enunciadas en los anteriores fundamentos jurídicos, en el presente caso se estima que las dudas que opone el registrador sobre la falta de procedencia de determinados metros cuadrados, no están suficientemente fundadas, por lo que no procede confirmar el defecto alegado.

7. El último defecto señalado en la nota hace referencia a la circunstancia de que al estar determinado elemento independientes gravado con hipoteca a favor de terceros no pueden, sin el consentimiento de estos, practicarse las inscripciones solicitadas.

Debe partirse del artículo 122 de la Ley Hipotecaria que dispone que «la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido (...)».

Como se ha señalado en las Resoluciones de 16 de febrero de 2016 y 10 de mayo de 2019, esta Dirección General ha tenido ocasión ya de pronunciarse en varias ocasiones y de formular una doctrina, sobre la inscripción de actos que puedan alterar el elemento objetivo de la garantía hipotecaria y a su vez en qué casos es o no necesaria la intervención del acreedor hipotecario.

De esa doctrina cabe destacar, resumidamente, lo siguiente: primero, que el principio de indivisibilidad de la hipoteca implica, en caso de división o segregación realizada en la finca original, la subsistencia de la hipoteca en su integridad sobre cada una de las fincas resultantes aun cuando se reduzca la obligación garantizada (artículos 1860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria); segundo, es principio básico de nuestro sistema, que la división de finca hipotecada no precisa el consentimiento del acreedor hipotecario, si bien de no mediar dicho consentimiento, cada una de las nuevas fincas resultantes responden de la totalidad del crédito garantizado, pudiendo el acreedor pedir la ejecución de cualquiera de ellas o de todas simultáneamente (cfr. artículos 122 y 125 de la Ley Hipotecaria), y, tercero, que cuando una parte de ese derecho complejo en que consiste el dominio del piso o local en régimen de propiedad horizontal, se separa e independiza jurídicamente, seguirán pesando sobre ella los

gravámenes recayentes sobre el derecho en el que se integraba anteriormente (cfr. Resoluciones de 13 de junio de 1998, 27 de diciembre de 2010 o 16 de febrero de 2016, entre otras), aunque las limitaciones a las facultades dominicales derivadas de ese singular régimen de propiedad se ajustarán a su normativa específica.

El gravamen hipotecario no comporta por sí ningún tipo de limitación o restricción a las facultades dispositivas del propietario de la finca gravada, pues únicamente –cfr. artículo 104 de la Ley Hipotecaria– sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida, y su efectividad se basará en la acción ejecutiva a través de los procedimientos previstos en la Ley.

La protección del acreedor hipotecario frente a los actos de riguroso dominio se articulará a través de las normas que regulan la extensión objetiva de la hipoteca y su indivisibilidad –cfr. artículos 109 a 112 y 122 a 125 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 8 de marzo de 2013– y las propias normas hipotecarias sobre tratamiento registral de divisiones, segregaciones, agrupaciones y agregaciones –artículos 47 a 50 del Reglamento Hipotecario–, basadas en la subsistencia inalterada de las cargas existentes, a falta de consentimiento de su titular, por aplicación de los principios registrales de prioridad, legitimación y tracto sucesivo –17, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, en relación al artículo 405 del Código Civil–, todo ello, sin perjuicio de admitir la conveniencia de tal intervención para evitar los problemas que pudieran derivarse con posterioridad, singularmente en caso, de ejecución y que habrían de resolverse, en tal caso, en el seno del respectivo procedimiento.

Para el presente supuesto de segregación, desafectación y extinción del régimen de propiedad horizontal, procede reiterar la doctrina expresada en la Resolución de 26 de febrero de 2015.

Se afirmó en la misma que «esta Dirección General ha recogido la doctrina expresada de nuestro Alto Tribunal (Sentencias de 31 de diciembre de 1985; 28 de febrero de 1991; 7 de abril de 2004, y 28 de enero de 2011), en el sentido de que puesto que la existencia de una hipoteca no afecta a las facultades dispositivas del condómino, no precisa de su consentimiento para llevar a cabo la división y sin perjuicio de la salvaguarda de su derecho en los términos previstos en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria cuando la carga afecta a toda la finca (Resolución de 4 de junio de 2003). Por el contrario, cuando la carga afecta exclusivamente a una cuota, la división implica registralmente y en aplicación del principio de subrogación real, el arrastre de las cargas que pesaban sobre la cuota, a la finca adjudicada (Resolución de 27 de abril de 2000) por así disponerlo el artículo 399 del Código Civil. De este modo se consigue un adecuado equilibrio entre los intereses de las distintas partes y se respeta tanto la facultad de división que corresponde a ambos condóminos como la posición jurídica de los acreedores sin causar un perjuicio a quien no fue parte en los negocios constitutivos de las hipotecas inscritas ni fue responsable de las deudas que derivaron en el embargo de la cuota, sin perjuicio de las acciones rescisorias que puedan ejercitarse en estos casos».

Por tanto, en el caso que nos ocupa, cabe aplicar la misma solución, si bien, estando gravados con hipoteca la totalidad de los departamentos, al quedar extinguido el régimen de propiedad horizontal en la parte segregada y desafectada, la hipoteca pasará a gravar la totalidad del solar resultante.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

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, 7 de septiembre de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago