

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

780 *Resolución de 3 de enero de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Mijas nº 1, por la que se suspende la inscripción de la rectificación de una escritura de agrupación y cesión gratuita.*

En el recurso interpuesto por don R. J. A. M., abogado, contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Mijas número 1, doña Asunción Gutiérrez Martínez, por la que se suspende la inscripción de la rectificación de una escritura de agrupación y cesión gratuita.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante el notario de Granada, don Carlos Bianchi Ruiz del Portal, el día 10 de febrero de 2005, número 679 de protocolo, se solicitó que se inscribiera la rectificación de una agrupación, en el sentido de que se reconociera la existencia, constitución y funcionamiento de una comunidad de propietarios en Mijas, cediéndose por la entidad «Sacpa, S.A.» el resto de la finca agrupada, registral número 10.368 del archivo del Registro de Mijas único y un local, finca número 24.497 del archivo del Registro de Mijas único, hoy finca número 1.882 del archivo del Registro de la Propiedad de Mijas número 1, para que constituyeran los elementos comunes de la citada comunidad de propietarios, la cual adaptan a la Ley sobre propiedad horizontal que se registró por los estatutos incorporados a la referida escritura.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Mijas número 1, con fecha 26 de julio de 2016, bajo el asiento número 485 del tomo 13 del Libro Diario, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Visto por Asunción Gutiérrez Martínez, Registradora del Registro de la Propiedad número Uno de Mijas, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 636 de este año, se extiende nota de calificación con sujeción a los siguientes: Hechos Primero: Escritura otorgada ante el Notario de Fuengirola don Carlos Bianchi Ruiz del Portal el día 10 de febrero de 2.005 número 679 de su protocolo, presentada a inscripción el día 26 de Julio de este año según asiento número 485 del tomo 13 del Diario. Segundo: Se solicita se inscriba la rectificación de la escritura de agrupación otorgada ante el Notario de Fuengirola don Javier Cabanas Rodríguez el día 25 de Octubre de 1.974, número 3.020 de protocolo en el sentido de que se reconozca la existencia, constitución y funcionamiento de la Comunidad de Propietarios de la Urbanización (...), cediéndose por la entidad Sacpa, S.A. el resto de la finca agrupada, registral número 10.368 del archivo del Registro de Mijas único y un local, finca número 24.497 del archivo del Registro de Mijas único, hoy finca número 1.882 del archivo de este Registro, para que constituyan los elementos comunes de la citada Comunidad de Propietarios, la cual adaptan a la Ley de Propiedad Horizontal que se registró por los estatutos incorporados a la escritura aquí calificada. Tercero: No se acredita la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de nombramiento del representante de Sacpa, S.A., ni en virtud de qué comparece Don I. K. P. como Presidente de la Comunidad de propietarios de la Urbanización (...), si esta como tal no está constituida. Cuarto: Falta la constitución de la Propiedad Horizontal tumbada, con la descripción del inmueble en su conjunto y de los elementos comunes y privativos y la cuota de participación

correspondiente a cada elemento que lo constituya, asimismo falta igualmente la comparecencia de los titulares registrales de dichos elementos. Fundamentos de Derecho Primero: Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el Registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 de su Reglamento. Segundo: Conforme al artículo 94 1, número 5º del Reglamento del Registro Mercantil, en la hoja asiento a cada sociedad, ha de inscribirse obligatoriamente «5.º Los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos.». Datos de inscripción que han de hacerse constar en la inscripción que haya de practicarse en el Registro de la Propiedad. (Artículo 51, 9, letra c). Tercero: En virtud del principio de la autonomía de la voluntad se pueden configurar y funcionar como quieran, pero para que les sea de aplicación la Ley de Propiedad Horizontal y por lo tanto estén válidamente representados por el presidente de una comunidad deben constituirse con arreglo a dicha Ley, conforme establece los artículos 2 y 5 de la citada Ley de Propiedad Horizontal. En su virtud, suspendo la inscripción solicitada por los defectos expresados. Los asientos practicados están bajo la salvaguardia de los Tribunales y, mientras éstos no declaren su inexactitud, producen los efectos previstos en las leyes. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días. Mijas, a 3 de agosto de 2.016. La Registradora (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora)».

III

Don R. J. A. M., abogado, una vez se le notificó esta calificación desfavorable, solicitó la pertinente calificación sustitutoria, que recayó, con arreglo al cuadro de sustituciones, en la registradora de la Propiedad de Málaga número 4, doña María Luisa Vozmediano Rodríguez, quien confirmó íntegramente la calificación inicial mediante nota de fecha 6 de septiembre de 2016.

IV

Contra la anterior nota de calificación, don R. J. A. M., abogado, alegando actuar en nombre y representación de don I. K. P., don J. B. C., don K. J., don W. L. D., doña N. D., don G. J. C., doña S. B. C., doña S. M. J. B., don D. G., don L. I., doña L. I., don D. M., doña S. M., don B. M. N., doña M. J. N., don A. M. R., doña M. B. M., don S. E. F., doña M. S. A. F., don J. J. Q. P., don C. A. C., doña C. C., don S. M. C., doña I. A. C., doña P. E. H., don A. D. W., doña D. M. T., don R. E. H., doña W. P. H., don T. E., don U. K. H., doña C. E. H., don J. S. A., doña S. A., don J. R. P., doña B. K. P., doña G. A. P., don M. P., don K. J. P., doña G. A. P., don M. P. M. F., doña A. S. P. J., don J. V. M., doña V. C. M., don R. F. B., dona L. W. B., doña J. I., don D. S., doña L. M. S., don A. C. R., doña I. S. B. doña V. J. C., don C. L., doña V. A. L., don R. M. C. S., doña J. S., don G. J. X. V., don D. P. J., doña D. S. C. J., don R. F. W., doña A. P. W., don P. B. M. V. S., doña L. K. E. V. S., don L. E. G., don C. W. S., doña J. M. S., doña K. L. P., don M. G. H., don K. E. A., don T. V. M., doña C. M., don I. B. C., doña B. R. C. L., don A. C. C., doña S. J. M. C., don J. R. R., don P. D. A., doña H. W. A., don P. E. J. W., doña G. M. W., doña M. B. S., don J. B., doña A. K. V. B., don M. B., don R. B., don S. A. N. P., don P. D. N. P., doña G. I. N. P., E. J. B., don A. I. R., don D. P., doña L. A. H., doña I. M. F., don N. J. W., doña C. W., don A. C. H., doña H. G. H., don G. R. D. J., doña A. J. B., doña C. R. M, don T. A. C., doña B. A. C., don N. A. T. E., doña L. H. C. L., don C. P. A., doña R. M. A., don M. O., doña M. T. O., don D. J. C., don J. E. G., doña M. G., don A. J. C., doña K. C., don M. E. C., don A. E. J. M. D. J. D. R., don E. J. S., Edensfield Ltd., don M. D. C., doña S. J. G. W., don H. J., dona M. B. J., don A. G. P., doña C. P., don K. H., don L. B. W., doña N. A. V., don B. P. E., doña E. M. E., don P. R. N. S., doña K. H. T., don R. H. N., doña A. M. N., don P. U. J. R., doña P. C. E. R., don R. J.

M., doña M. M., don D. J. C., don R. F. C., doña Z. M. C., don G. N. M. B., doña L. L. B., doña S. R. S. G., don L. A. H., doña L. E., don R. W. W., doña L. W., don A. D. S., doña S. A. S., don P. A. R., doña K. M. R., don K. P. H., doña P. A. H., don G. P. T., doña P. J. B., don P. M. J. A., don A. B. P., doña L. H., doña L. P. D. J., don K. J. C., don P. G., don G. A. O., doña A. N. C. B. O., don M. R. S., doña A. S., don B. K. L., doña D. C. L., don J. C., don B. M. A., don J. A. M. R., don C. J. H. y doña V. H., interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 5 de octubre del año 2016, en base a los siguientes argumentos: «(...) Alegaciones: A.–Según el artículo 392 del Código Civil hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece proindiviso a varias personas. B.–Como es sabido, las comunidades de bienes no tienen capacidad jurídica y, en consecuencia, no pueden ser titulares de bienes. C.– En la página 11, expositivo 8, del título, se manifiesta lo siguiente: Que la urbanización (...) viene constituida como Comunidad de Propietarios y en la presente escritura se adapta a la Ley de Propiedad Horizontal al amparo de lo determinado en su artículo 2... El referido artículo 2 no hace sino regular el ámbito de aplicación de la LPH en el que se incluyen (letra c) los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en esta ley, lo que nos remite al artículo 24 de la misma que, fundamentalmente, establece dos formas de organizarse: constituirse en una sola comunidad de propietarios conforme al procedimiento establecido en el artículo 5 LPH o en una agrupación de comunidades. Pero no son las únicas pues el apartado 4 del artículo 24 admite otras formas jurídicas: 4. A los complejos inmobiliarios privados que no adopten ninguna de las formas jurídicas señaladas en el apartado 2 les serán aplicables, supletoriamente respecto de los pactos que establezcan entre sí los copropietarios, las disposiciones de esta Ley con las mismas especialidades señaladas en el apartado anterior D.–Es decir, la cuestión a dilucidar en el título que nos ocupa es si los propietarios han decidido constituirse en una comunidad de propietarios al amparo del artículo 5 LPH (lo que, como bien dice la nota de calificación, exige describir el inmueble en su conjunto y los elementos comunes y privativos y la cuota de participación correspondiente a cada elemento que lo constituya, así como la comparecencia de los titulares registrales de dichos elementos) o si han optado por otra forma jurídica como una comunidad de propietarios romana u ordinaria. Consideramos que existen argumentos para concluir que es ésta última, la comunidad ordinaria, la forma que se desprende del título calificado. Así: i.–El acta de la Asamblea General Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios celebrada el 19.09.2002, que se deja unida a la matriz del título objeto de calificación, es importante en cuanto refleja las intenciones de los propietarios. Se menciona en la misma la existencia de elementos comunes en la urbanización (acuerdo 2) y el reconocimiento de que la comunidad ha venido funcionando como entidad de hecho (acuerdo 1). ii.–Pero cuando llega el momento de la transición, es decir, de convertir esa entidad de hecho en otra de derecho, no parece que la intención sea la de otorgar el título constitutivo a que se refiere el artículo 5 LPH, pues ninguna mención se hace al respecto (ni en el acta ni en el título propiamente dicho). Especialmente significativo es el acuerdo 3 del Acta que lejos de contemplar esa posibilidad se adopta en el sentido de Regularizar la situación jurídica y registral de tales elementos comunes mediante otorgamiento de Escritura Pública por la promotora, a favor de los copropietarios en la proporción de 1/184 parte. La escritura trae su causa precisamente de dicho acuerdo, de ahí que se una a la matriz. iii.–A mayor abundamiento, el artículo 1º, párrafo segundo, de los estatutos por los que se rige la comunidad, también incorporados a la matriz, es especialmente ilustrativo pues en defecto de norma aplicable se acudirá a los artículos 392 al 395, 397 al 399 del Código Civil, reguladores de la comunidad ordinaria. iv.–En ningún momento se otorga un título constitutivo de la manera establecida en el artículo 5 LPH. La propia denominación de la escritura («de rectificación y cesión gratuita») lo pone así de manifiesto. Es decir no se opta por la forma jurídica recogida en el artículo 5 LPH sino por una mera cesión de los elementos o zonas comunes de la Urbanización. Si como indica la Sra. Registradora nº 1 de Mijas lo que pretendían los otorgantes era reconocer la existencia, constitución y funcionamiento de una Comunidad de Propietarios, se hubieran dado cumplimiento a los requisitos que establece dicho artículo. v.–Es cierto que en la estipulación primera del título

se hace un reconocimiento genérico de que los elementos comunes han sido cedidos y transmitidos a la Comunidad de Propietarios (que carece de personalidad) pero a continuación, en la estipulación tercera (quizás la más importante) se manifiesta que de conformidad con lo aprobado o consentido por la unanimidad de los Propietarios de la Urbanización (...), según resulta del Certificado incorporado a esta matriz, la titularidad de los elementos comunes del conjunto (terreno y local) corresponderá a todos los propietarios por igual, es decir, en la proporción de una ciento ochenta y cinco avas partes indivisa. (La relación de los propietarios y fincas registrales que conforman la urbanización se incorpora al título). Por todo lo anterior, intereso de la Dirección General del Registro y del Notariado, que admita este escrito y documentos adjuntos, y tenga por interpuesto en tiempo y forma Recurso contra la calificación inicial dictada por la Sra. Titular del Registro de la Propiedad número 1 de Mijas con fecha 03/08/2016 en el procedimiento registral con número de entrada 636/2016, confirmada por la calificación sustitutoria emitida por la Sra. Titular del Registro de la Propiedad número 4 de Málaga con fecha 06/09/2016; y previos los trámites legales oportunos dictar resolución estimatoria del mismo declarando que en virtud del título calificado se han cedido a los propietarios de la Urbanización (...) el resto de la finca agrupada registral 10368 así como la registral 24497 (hoy 1882), del Registro de la Propiedad número 1 de Mijas, bajo la forma de comunidad ordinaria, sin que se haga necesaria la constitución de la Propiedad Horizontal tumbada, revocando por ello la calificación y ordenando la práctica de la inscripción en base a dicha declaración».

V

La registradora suscribió informe el 25 de octubre de 2016 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 2.b), 5, 8, 13.8, 16 y 17.1.^a) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; 404 del Código Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1971, 25 de mayo de 1984, 7 de marzo de 1985 y 21 de noviembre de 1996, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de octubre de 1973, 24 de septiembre de 1992, 18 de julio de 1995, 5 de junio de 1998, 12 de diciembre de 2002, 4 de marzo y 15 de diciembre de 2004, 21 de marzo de 2005 y 27 de noviembre de 2013.

1. En el supuesto al que se refiere el presente expediente se presenta en el Registro de la Propiedad escritura de rectificación de una agrupación, en el sentido de que se reconozca la existencia, constitución y funcionamiento de una comunidad de propietarios de una Urbanización en Mijas, cediéndose por la entidad «Sacpa, S.A.» el resto de la finca agrupada, registral número 10.368 del archivo del Registro de Mijas único y un local, finca número 24.497 del archivo del Registro de Mijas único, hoy finca número 1.882 del archivo del Registro de la Propiedad de Mijas número 1, para que constituyan los elementos comunes de la citada comunidad de propietarios, la cual adaptan a la Ley sobre propiedad horizontal que se regirá por los estatutos incorporados a la escritura calificada.

La registradora suspende la inscripción por no acreditarse la inscripción en el registro mercantil de la escritura de nombramiento del representante de «Sacpa, S.A.», ni en virtud de qué comparece el presidente de la comunidad de propietarios de la urbanización de Mijas, si ésta como tal no está constituida. Además, falta la constitución de la propiedad horizontal tumbada.

La registradora sustituta confirma los defectos de la nota de calificación.

El interesado sólo recurre el último de los defectos, señalando que no es necesario constituir propiedad horizontal tumbada ya que se trata de una comunidad ordinaria del artículo 392 del Código Civil.

Junto con el recurso aporta el recurrente determinadas escrituras de poder y ratificación que no serán tenidas en cuenta en la presente resolución de conformidad con lo dispuesto

en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria que dispone: «El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

2. Estando los asientos del Registro de la Propiedad bajo la salvaguarda de los tribunales, procede en este recurso determinar cuál es la naturaleza jurídica de la situación existente.

Como señala la Resolución de 26 de junio de 1987, la multiplicidad de situaciones fácticas posible en esta materia determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino al contrario el reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico, que entre los varios que proporciona el ordenamiento, resulte más adecuado al caso concreto en función de sus características peculiares y de los fines o intereses perseguidos, si bien esta libertad de configuración debe moverse dentro del respeto a las exigencias estructurales del sistema y los límites derivados de la trascendencia «erga omnes» del estatus jurídico de los bienes.

En el presente caso, nos encontramos ante un conjunto de edificaciones física y jurídicamente independientes y unas supuestas zonas comunes destinadas a aparcamientos, piscina, pista de tenis, zonas deportivas, viales, oficinas, zonas de jardines y de recreo y un local.

Dado que todas las edificaciones figuran inscritas bajo un número de finca diferente para cada una y sin que conste inscrita la constitución de ningún régimen de propiedad horizontal entre ellas y las supuestas zonas comunes, cabrían, en principio, dos posibles hipótesis.

La primera sería entender que nos encontramos ante una copropiedad romana o por cuotas, en la que la cotitularidad de las llamadas zonas comunes corresponde por iguales partes indivisas a todos y cada uno de los distintos propietarios de edificaciones, que según el recurrente son 185, y a cada uno correspondería una ciento ochenta y cinco partes indivisa. Esta hipótesis que nos llevaría a aplicar la normativa del Código Civil relativa la comunidad de bienes.

La segunda hipótesis sería entender que nos encontramos ante un régimen de propiedad horizontal de hecho, no constituido formalmente. En este sentido según Resoluciones de este Centro Directivo de 18 de julio de 1995, 26 de junio de 1987 y la Ley sobre propiedad horizontal de 21 de junio de 1960 reformada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, según las cuales, la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal presupone la existencia de un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre los diferentes pisos o locales de un edificio susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común o a la vía pública, derecho que lleva como anejo un derecho inseparable de copropiedad sobre los elementos comunes, quedando constituido este régimen, entre otros supuestos, desde el momento mismo en el que los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, pasan a pertenecer por cualquier título a diferentes personas. Y precisamente el régimen de propiedad horizontal es el adecuado para regular las situaciones en las que se produce una coexistencia entre derechos de propiedad individual y copropiedad sobre elementos comunes, como en el caso que nos ocupa, aun cuando el único elemento común sea el terreno y local.

3. En base a lo expuesto, si la intención del interesado es, como se deduce de su recurso, configurar las supuestas zonas comunes (terreno y local) como una comunidad romana u ordinaria, es necesario que consientan, por sí o debidamente representados, en la escritura de rectificación y cesión gratuita todos los que van a adquirir la copropiedad de esos inmuebles, especificando, además de la causa onerosa o gratuita de tal adquisición, la cuota indivisa que cada uno adquiere, y si tal cuota corresponde a tal titular presente, aunque después enajene su propiedad, o al que en cada momento sea titular de determinada finca privativa, a modo de vinculación «ob rem» entre los elementos comunes y los privativos. En cualquier caso, es evidente que, en un régimen de copropiedad ordinaria o romana, aunque fuera con vinculación «ob rem», sería insuficiente la mera

comparecencia del supuesto presidente de una supuesta comunidad de propietarios formalizando un supuesto acuerdo unánime de todos ellos, pues no está constituido ni inscrito el supuesto régimen jurídico de la comunidad de propietarios de donde hipotéticamente resultarían la composición de la misma y las facultades de la junta y de su presidente. Como ha quedado expuesto en el Fundamento de derecho primero, no se ha tenido en cuenta, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, la documentación aportada en el recurso por el recurrente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 3 de enero de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.