

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3262 *Resolución de 21 de febrero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Markina-Xemein, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por doña Elisa Castro Álvarez, notaria de Ondarroa, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Markina-Xemein, doña Alba Erostarbe Fernández, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.

Hechos

I

Por doña Elisa Castro Álvarez, notaria de Ondarroa, se autorizó, en fecha 3 de julio de 2017, escritura pública de compraventa de la finca registral número 5.456 del Registro de la Propiedad de Markina-Xemein, vivienda integrante de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal. En dicho título compareció a título de vendedor don A. M. M. C., quien actuaba en nombre y representación de una comunidad de propietarios de Lekeitio y en virtud del acuerdo adoptado por unanimidad en junta general extraordinaria celebrada el día 13 de mayo de 2017, según resulta de certificación librada por la secretaria administradora y que quedó unida a la matriz. En el expositivo se hizo constar que la comunidad de propietarios es titular del pleno dominio de una vivienda sita en el inmueble que le pertenece como elemento procomunal en virtud de la escritura autorizada el día 9 de diciembre de 2013 ante el notario de Ondarroa don Manuel Sarobe Oyarzun, constando inscrita en el Registro de la Propiedad. Del Registro de la Propiedad particular de la finca y de su inscripción 3ª resulta: que, por sentencia de fecha 18 de noviembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, se declara la nulidad de todos los documentos públicos y privados de adjudicación de piso a determinada herencia, así como la nulidad de las inscripciones registrales de dominio a favor de los demandados, ordenando su cancelación; que el piso de Lekeitio constituye elemento común de la comunidad y pertenece en propiedad a la comunidad de propietarios demandante, y que, constituyendo la finca elemento común de la comunidad de propietarios, se acordó por la junta general extraordinaria de propietarios configurar la finca como elemento procomunal, esto es, como elemento común susceptible de aprovechamiento independiente. Consta igualmente que, en ejecución del acuerdo, el presidente de la comunidad lo configura como elemento procomunal, conforme al artículo 4 de la Ley sobre propiedad horizontal, cuya titularidad corresponderá a todos los propietarios del edificio del que forma parte integrante en proporción a su respectiva cuota de participación en los elementos comunes del edificio. En el acta de inscripción, se hace constar la titularidad a favor de los propietarios de la comunidad de la casa de la villa de Lekeitio, como elemento procomunal, cuya titularidad corresponderá a todos los propietarios del edificio del que forma parte integrante, en proporción a su respectiva cuota de participación en los elementos comunes del edificio.

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Markina-Xemein, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Markina Xemein De conformidad con el artículo 322 de la LH se notifica la nota de calificación correspondiente a la escritura de compraventa autorizada por el Notario de Ondarroa

doña Elisa Castro Álvarez, el día 3 de julio de 2.017, número 93 de protocolo, que causó el asiento 1707 del Diario 71 (entrada 887/2017). Calificado el precedente documento se suspende la inscripción por los siguientes defectos: La venta efectuada requiere el consentimiento individual de todos los propietarios sin que pueda efectuarse por un acuerdo colectivo de la comunidad de propietarios. La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha referido en múltiples ocasiones desde la Resolución de 23 de mayo de 2001 a la distinción entre actos colectivos de la Junta y actos que exigen el consentimiento individualizado de los propietarios por afectar al contenido esencial del derecho de dominio (Resoluciones de 5 de julio de 2005, 12 de diciembre de 2002, 4 de marzo de 2004 y 25 de marzo de 2005 entre otras). Son varios los argumentos que se pueden exponer para considerar que en este caso es necesario el consentimiento individualizado, todos ellos derivados de encontrarnos ante un bien inscrito en el registro como elemento procomunal, con cuota de participación a favor de los propietarios de la comunidad en proporción a su respectiva cuota de participación: 1) Como vemos, no se ha configurado el elemento procomunal como un elemento común susceptible de aprovechamiento independiente sin cuota de participación siguiendo la teoría de la naturaleza de elemento común de los elementos procomunales que podría servir para defender la venta mediante un acuerdo colectivo. Lejos de esto el elemento procomunal objeto de la venta aparece configurado siguiendo la teoría que defiende la naturaleza de elemento privativo del elemento procomunal. De acuerdo con esta teoría el elemento procomunal es un elemento privativo que se encuentra en situación de «pro indiviso» distinta de la copropiedad sobre los elementos comunes y que está destinado a un servicio o utilidad común. De acuerdo con esta definición el elemento procomunal tendrá dos características fundamentales: cuota de participación sobre los elementos comunes y atribución como titularidad «ob rem» respecto a la titularidad de los pisos y locales del edificio, aunque esto no es indispensable como vamos a ver. La DGRN en Resolución de 15 de enero de 2013 aclaró los requisitos que deben darse para encontrarnos ante un elemento procomunal bien configurado y por tanto inscribible: – Que se atribuye el carácter de elemento procomunal. – El carácter de comunidad “pro indiviso”. – Cuota de participación que se asigna a cada uno de los copropietarios. – Conexión de titularidad ob rem con los elementos privativos de los copropietarios. En relación con este último requisito la propia Dirección General en Resolución de 4 de octubre de 2013 dejó una puerta abierta a la posibilidad de entender que no es indispensable. Vemos por lo tanto como el elemento que nos ocupa se ajusta perfectamente a la idea de elemento procomunal como elemento privativo y no como elemento común por lo que su venta requerirá consentimiento individual de todos los propietarios. 2) La inscripción se ha efectuado a favor de los comuneros en proporción a su cuota en la comunidad, no a favor de la comunidad de propietarios. Al aparecer el bien inscrito a favor de los propietarios para no vulnerar el principio de tracto sucesivo será necesario el consentimiento de todos ellos sin que sea suficiente el acuerdo colectivo de la junta. 3) Aún en el caso de que se pudiera admitir la posibilidad de vender estos elementos procomunales mediante un acuerdo colectivo, como ya hemos adelantado el elemento procomunal objeto de esta venta se configuró sin establecer una conexión de titularidad ob rem con los elementos privativos de los demás copropietarios. Esta es una posibilidad que parece admitida por la DGRN y que nos lleva necesariamente a la cotitularidad ordinaria pro indiviso que exige para realizar actos dispositivos el consentimiento de todos los partícipes de manera expresa. No se toma anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado expresamente. Contra la referida calificación podrá (...) Markina Xemein, 24 de octubre de 2017. La Registradora; Fdo. Alba Erostarbe Fernández».

III

Solicitada calificación sustitutoria, la misma correspondió al registrador de la Propiedad de Durango, don Íñigo Silva Fernández, quien ratificó íntegramente, por resolución de fecha 29 de noviembre de 2017, la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Markina-Xemein.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, doña Elisa Castro Álvarez, notaria de Ondarroa, interpuso recurso el día 26 de diciembre de 2017 en virtud de escrito en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.—Que el bien consta inscrito como procomunal entendiendo la registradora que como elemento privativo por estarlo a favor de todos los propietarios en proporción a su cuota y no a favor de la comunidad de propietarios, y que la naturaleza de los elementos procomunales es discutida entre quienes entienden que es un elemento común de la comunidad, un elemento privativo o, incluso, un elemento perteneciente a un «tertium genus»; Segundo.—Que no se ha inscrito a nombre de la comunidad de propietarios porque jurídicamente no era posible al carecer de personalidad jurídica, accediendo al Registro en la forma más parecida como lo demuestra que no figura la relación de propietarios titulares, personas indeterminadas, y Que, si se tratase de un proindiviso ordinario, se habría inscrito a nombre de sus propietarios con sus respectivos porcentajes, de donde resulta que estamos ante una comunidad especial derivada de la Ley sobre propiedad horizontal en la que predominan los intereses comunitarios sobre los individuales, y encuentran su protección a través del órgano competente, que es la junta de propietarios como reconoció la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 1973, reconociéndose a favor de la misma amplias competencias, y Tercero.—Que el hecho de que no conste inscrita una vinculación «ob rem» a los distintos elementos privativos prueba que, cuando se constituyó, se asimiló a un elemento común. En el espíritu de la configuración subyace que la voluntad de los copropietarios fue que perteneciese, no a cada uno de forma individual, sino para todos como miembros de la comunidad tal y como reconoció la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de febrero de 2017. La Dirección General de los Registros y del Notariado exige el consentimiento individualizado por existir la vinculación «ob rem» y no en el caso contrario, en contra de lo que afirma la registradora; Que la desafectación y venta simultánea ha sido reconocida en diversas Resoluciones y si bien en este supuesto no se ha producido dicha simultaneidad, ello no es obstáculo para que pueda entenderse que ambas decisiones forman parte de un mismo fin como reconoció la Resolución de 15 de junio de 1973; Que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de abril de 2014 reconoce que hay actos de la junta que no requieren prestación individual de consentimiento, ya sea la desafectación seguida o no con carácter inmediato de la venta del bien; Que si no hubiera habido venta, estaríamos ante un caso idéntico, y que si la venta se llevara a cabo unos días más tarde tampoco sería exigible el consentimiento individual. Si se reconoce la competencia de la junta para la desafectación sin venta simultánea y para la venta posterior derivada del acto de desafectación, debería admitirse la venta para un supuesto de elemento que ha accedido al Registro con una configuración similar a la de elemento común desafectado, y Que, en definitiva, debe asimilarse la configuración procomunal del elemento a la del elemento común y aplicársele dicho régimen, pues: todos los propietarios de elementos independientes son dueños de la vivienda; cuando accedió al Registro y se configuró como elemento procomunal no se exigió el consentimiento individualizado sino que basó el acuerdo de junta; no se procedió a vincular «ob rem» la vivienda con los elementos privativos del edificio resultando inscrito a favor de personas indeterminadas.

V

La registradora, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 27 de diciembre de 2017, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este centro directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 392, 396 y 397 del Código Civil; 1, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria; 2, 3, 4, 5, 10, 14, 17 y 18 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, y

las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio y 20 de diciembre de 1973, 7 de enero de 1994, 23 de mayo y 23 de junio de 2001, 12 de diciembre de 2002, 4 de marzo y 4 de noviembre de 2004, 23 y 31 de marzo y 5 de julio de 2005, 30 de noviembre y 13 de diciembre de 2006, 19 de abril de 2007, 27 de diciembre de 2010, 8 de abril y 30 de julio de 2011, 25 de abril, 1 de julio y 4 de octubre de 2013, 21 de enero y 24 de abril de 2014, 26 de febrero de 2015, 19 y 22 de abril, 5 de julio y 7 de noviembre de 2016, 22 de febrero y 29 de marzo de 2017 y 17 de enero de 2018.

1. Inscrito determinado elemento privativo destinado a vivienda con trastero anejo, integrante de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, como elemento procomunal cuya titularidad se atribuye a todos los propietarios del régimen en proporción a su cuota en los elementos comunes del edificio, se presenta escritura de compraventa a favor de terceros actuando el presidente de la comunidad de propietarios en su representación y en ejecución de un acuerdo de junta.

La registradora entiende que para inscribir la compraventa es preciso el consentimiento individual de los propietarios. La recurrente disiente.

2. Dispone el artículo 4 de la Ley 49/1960, de 21 julio, sobre propiedad horizontal, lo siguiente: «La acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta Ley. Sólo podrá ejercitarse por cada propietario proindiviso sobre un piso o local determinado, circunscrita al mismo, y siempre que la proindivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios».

Sobre esta base legal y como ya declarara la Resolución de este Centro Directivo de 20 de diciembre de 1973, es lícito el pacto en virtud del cual se atribuye a un elemento privativo integrante del régimen de propiedad horizontal un destino que, por estar dirigido al beneficio o utilidad común de los propietarios, excepciona el régimen ordinario del dominio (artículo 400 del Código Civil), como una más de las especialidades y limitaciones propias de dicho régimen.

Con más precisión, la Resolución de 4 de octubre de 2013 establece que: «El artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, para negar la procedencia de la acción de división, se refiere a la pro indivisión sobre un piso o local determinado que haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios; y sobre esta norma se ha basado la posibilidad de configuración del denominado departamento «procomunal» o «pro-común» (cfr. la Resolución de 20 de diciembre de 1973), sin duda admisible al amparo del principio de «*numerus apertus*» que resulta de los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario (cfr. Resoluciones de esta Dirección General de 25 de abril y 18 de julio de 2005 y 4 de mayo y 2 de noviembre de 2009) y por la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad que, en particular, respecto de la propiedad horizontal resulta de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 396 del Código Civil y en el párrafo tercero del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, si bien la libertad en la configuración de nuevos derechos reales –o la modificación de los ya reconocidos– para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales».

La misma resolución puntualiza los requisitos estructurales precisos para que la especialidad del régimen acceda al folio particular de una finca, incluyendo entre los mismos: «–y además del carácter pro indiviso de la adquisición– debe entenderse necesario detallar tanto la determinación de la cuota o proporción en que dicho elemento se adquiere por los propietarios –por ejemplo, en proporción a su respectiva cuota en los «elementos, pertenencias y servicio comunes» a los que se refiere el artículo 3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal–».

Así ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que, no sin ciertas imprecisiones soslayadas por el sentido general del asiento, consta que determinado elemento privativo destinado a vivienda con anejo destinado a trastero se constituye como elemento procomunal susceptible de aprovechamiento independiente y cuya titularidad se atribuye a los distintos propietarios en proporción a su cuota en el régimen de propiedad horizontal.

3. Así las cosas, el recurso no puede prosperar. La notaria recurrente hace una serie de reflexiones sobre la configuración del elemento en el Registro de la Propiedad y sobre cómo se escogió la figura del elemento procomunal como la más semejante a la del elemento común y cómo, en consecuencia, deben aplicarse las reglas sobre desafectación y venta de elemento común así como la doctrina al respecto elaborada por este centro directivo.

Debe no obstante resaltarse que el objeto de este expediente no lo constituye la inscripción ya realizada (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), tal y como esta Dirección General ha reiterado en innumerables ocasiones. No procede en consecuencia llevar a cabo pronunciamientos sobre el contenido de la inscripción, sobre la oportunidad de que se haya hecho de un modo y no de otro o sobre la intención última de la comunidad de propietarios al establecer un régimen específico para el inmueble en cuestión. La recurrente entiende que la configuración como elemento procomunal de la vivienda ha obedecido tanto a la imposibilidad de practicar la inscripción a nombre de la comunidad de propietarios como a la voluntad de llevar a cabo la compraventa de la finca a modo de desafectación de un elemento común. Nada de esto resulta sin embargo del asiento del Registro de la Propiedad.

Como se ha puesto de relieve en los hechos de la presente, del contenido del Registro resulta que existe un elemento privativo del régimen de propiedad horizontal, que por sentencia firme se declara su carácter común del régimen y que la junta de propietarios, a continuación, lo configura como elemento procomunal, al amparo del artículo 4 de la Ley sobre propiedad horizontal, manteniendo su carácter privativo pese a su destino común y atribuyendo el dominio a cada uno de los distintos titulares del régimen en proporción a su cuota.

4. Tiene razón la recurrente cuando afirma que esta Dirección General tiene declarado que la comunidad sobre los elementos comunes en el régimen de propiedad horizontal dispone de una regulación especial en la que los intereses comunitarios predominan sobre el individual y encuentran su debida protección jurídica a través del órgano competente y con las facultades y límites que la propia ley señala (cfr. la Resolución de 15 de junio de 1973).

Ahora bien, incluso en este supuesto existen alteraciones del régimen de propiedad horizontal que por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes (por todas, Resolución de 17 de enero de 2018), el cual habrá de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los artículos 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal; cfr., también, el último inciso del apartado 2 del artículo 18, según la redacción hoy vigente). En este caso no podrá inscribirse la modificación si no se ha otorgado «uti singuli» por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), sin que baste, por tanto, la unanimidad presunta (cfr. artículo 7, regla octava, de la Ley sobre propiedad horizontal), siendo necesario el consentimiento expreso y real de todos los titulares registrales. En definitiva, en estos casos no se trata de una decisión o acto de la junta, sino que se trata de una decisión personal e individual de cada propietario, sujeta a las reglas y requisitos de capacidad, legitimación y forma propias de las declaraciones de voluntad personales.

Pero no es preciso acudir a la doctrina expuesta para dar la respuesta jurídica adecuada al objeto de este expediente. Como ha quedado expresado por extenso, el elemento privativo al que se refiere la presente ha sido configurado por acuerdo expreso de la junta general de la comunidad como elemento procomunal sujetándolo al régimen jurídico del artículo 4 de la Ley sobre propiedad horizontal y al régimen general del proindiviso con las especialidades derivadas de su especial regulación (artículo 392, segundo párrafo, del Código Civil).

En definitiva, lo relevante es la configuración que resulta del Registro y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan (artículos 1, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria). Y estas no pueden ser otras que la necesaria concurrencia del consentimiento individual

de quienes aparecen en la inscripción como titulares del dominio para proceder a la práctica del asiento de transferencia solicitado, de conformidad con las reglas del Código Civil para los actos de disposición sobre bienes en condominio (artículo 397).

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, 21 de febrero de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.