

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5783 *Resolución de 27 de diciembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Valladolid, don Julián Manteca Alonso-Cortés, frente a la negativa de la registradora de la propiedad de Valladolid número 5, a inscribir una escritura de rectificación de obra nueva y constitución de régimen de propiedad horizontal.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Valladolid, don Julián Manteca Alonso-Cortés, frente a la negativa de la Registradora de la Propiedad de Valladolid número 5, doña María José Triana Álvarez, a inscribir una escritura de rectificación de obra nueva y constitución de régimen de propiedad horizontal.

Hechos

I

Por el Notario recurrente, el día 28 de febrero de 2008 se procedió a autorizar una escritura denominada de desafección de elementos comunes en la que comparecieron, por un lado, el representante de la sociedad «Electricidad San Román, S. L.», como promotor de la edificación y titular registral de uno de los departamentos de la propiedad horizontal –el número ocho–, por otro, la representante de la comunidad de propietarios de los números 13-15 de una calle de Valladolid, doña R. B. B., en base a certificación expedida por el secretario y la propia Presidenta, cuyas firmas legitima y afirmando que resulta del libro de actas, debidamente diligenciado, que tiene a la vista; y, finalmente, el arquitecto director de la obra. Los comparecientes exponen que sobre determinada finca se declaró obra nueva y se constituyó el régimen de propiedad horizontal por escritura autorizada ante el mismo Notario el día 7 de junio de 2004; que en los planos que sirvieron de base para la elaboración de la escritura se sufrió un error consistente en que en la planta sótano en vez de existir los tres trasteros declarados existen en realidad cuatro, y que la comunidad de propietarios ha acordado facultar al promotor para crear (*sic*) el trastero número cuatro con la descripción y cuota que se indica que se ha de restar del departamento número ocho, todo lo cual se lleva a cabo a continuación mediante la alteración de la descripción de la obra nueva (haciendo referencia a la existencia de cuatro trasteros en la planta sótano), mediante la descripción del nuevo elemento de la propiedad horizontal correspondiente al mencionado trastero número cuatro (creando la entidad número nueve de orden) y a la modificación de la descripción (mediante la alteración de la cuota de participación) del elemento número ocho de orden. El arquitecto manifiesta a su vez que el trastero número cuatro figuraba en el proyecto para el que se obtuvo la licencia y en el fin de obra. A la escritura se acompaña certificación del secretario de la Junta de Propietarios del inmueble de la que resulta la lista de asistentes elaborada por mención de los pisos y local de los portales (omitiendo los trasteros de ambos). En dicho certificado resulta que la Junta adopta por unanimidad el acuerdo, dada la existencia de un error en los planos tenidos en cuenta para el otorgamiento de la escritura de obra nueva y división, de autorizar al promotor en los términos mas arriba descritos. Como parte del acuerdo se describe lo que ha de ser el nuevo elemento número nueve de orden y se especifica la modificación de las cuotas del elemento número ocho de orden. Se autoriza expresamente a la Presidenta de la comunidad para otorgar la oportuna escritura pública. Dicha escritura fue complementada por diligencia del propio Notario de fecha 15 de mayo de 2008 autorizada por aplicación del artículo 153 del Reglamento Notarial y a la vista del libro de actas de la comunidad del que resulta: que en la Junta de 28 de enero de 2008 se eligió como presidente a la señora que compareció en la escritura y secretario al certificante; que

a la Junta de 24 de febrero de 2008 asistieron todos los propietarios; que si bien es cierto que en la certificación que en su día se incorporó a la escritura se omitieron los trasteros, lo cierto es que pertenecen a los mismos propietarios que las viviendas como aceptó la calificación registral de 11 de abril de 2008 y que en consecuencia estuvieron presentes y representados la totalidad de los propietarios y los acuerdos se tomaron por unanimidad. Posteriormente el propio Notario autorizó acta de presencia de fecha 27 de octubre de 2009 en la que comparece doña S. A. M. en representación de la comunidad de propietarios de la casa 15, nombrada en la Junta de 2 de marzo de 2009, ratificada por otra de 19 de mayo de 2009, acreditándose por exhibición del libro de actas debidamente legalizado y por certificado expedido por el secretario, cuyas firmas legitima, lo que le consta también del libro de actas. En dicha acta el compareciente afirma que el motivo de la misma es completar la escritura de desafectación de elemento común de continua referencia cuando existía una sola comunidad de propietarios. Se protocoliza certificación de la que resulta que se certifica de tres actas distintas: 1.–Del acta de la comunidad de la casa en el número 15 de 9 de mayo de 2009 en Junta de ratificación de constitución de otra de 2 de marzo de 2009 celebrada conjuntamente con los propietarios de la casa número 13 y de la que resulta que se acuerda por unanimidad ratificar los acuerdos de constituir la comunidad de la casa número 15 y se elige presidente y secretario así como se aprueban los acuerdos llevados a cabo por la comunidad del número 13 y los transcriben en el mismo libro de actas añadiendo que estuvieron presentes o representados la totalidad de los propietarios de la casa número 15. 2.–Del acta de la Junta de Propietarios de la comunidad celebrada el día 2 de marzo de 2009 (que es la que ratifica la anterior) resulta que ambas casas forman propiedades independientes, se constituye la comunidad del número 15 y se designa presidente y secretario afirmándose que se aprueba por la totalidad de los propietarios; igualmente se aprueban los acuerdos aprobados hasta la fecha por la comunidad del número 13. 3.–Del acta de la reunión de 28 de febrero de 2008 celebrada conjuntamente con los propietarios del número 13 que es la referenciada más arriba y que se transcribe en cumplimiento del acuerdo anterior. Finalmente del certificado resulta que en la reunión de 28 de febrero de 2008 estuvieron presentes todos los propietarios de ambas casas pues aunque se enumeraban las viviendas y el local los trasteros corresponden a los propietarios de las viviendas o locales. Igualmente resulta que la de 2 de marzo lo fue con asistencia de tres propietarios del número 15 y otros tres del número 13 habiendo sido ratificada por la de 19 de mayo de 2009 en cuya reunión estuvieron presentes y representados la totalidad de los propietarios de la casa número 15.

II

Presentada dicha escritura con su diligencia, y junto con el acta de referencia en el Registro de la Propiedad de Valladolid número 5, fue objeto de la siguiente calificación: «Presentada en este Registro el día 6 de noviembre de 2009, con el número de entrada 5540 y bajo el asiento 295 del Diario 69º, copia de la escritura autorizada el día 28 de febrero de 2008, por el Notario de Valladolid, don Julián Manteca Alonso-Cortés, número 416 de protocolo, acompañada de Diligencia autorizada el día 15 de mayo de 2008, por el Notario de Valladolid don Julián Manteca Alonso Cortes, extendida en un folio de papel exclusivo para documentos notariales de la serie 9I número 8683809, y de Acta autorizada el día 27 de octubre de 2009, por el Notario de Valladolid, don Julián Manteca Alonso Cortes, número 1.779 de protocolo, retirada dicha documentación por el presentante y reportada a esta Oficina con fecha 24 de noviembre de 2009, la escritura de fecha 28 de febrero de 2008, la diligencia citada y una copia expedida el día 23 de noviembre de 2009 del Acta referida; habiendo sido pagado el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, mediante dos declaraciones-liquidaciones telemáticas, cartas de pago –NRC–: 00A3TKX806D6GDC1D08E9 y 600A3TKX805H4217A4579F; el Registrador que suscribe ha procedido a su calificación y, previo examen de los antecedentes del Registro, resuelve no practicar la operación solicitada, por observarse los siguientes defectos: Hechos: Se presenta en el Registro escritura autorizada el día 28 de febrero de 2008, por el Notario de Valladolid, don Julián Manteca Alonso-Cortés, número 416 de

protocolo. Comparece a su otorgamiento: Don J. A. S. R. R., en su condición de Administrador único de la Mercantil "Electricidad San Román, S. L.". Doña R. B. B., en representación de la Comunidad de Propietarios de (...) de Valladolid. Consta en la escritura "lo hace como Presidenta de la Comunidad nombrada con fecha 28 de enero de 2008 y se halla facultada para este acto por acuerdo de la Junta general extraordinaria de fecha 24 de febrero de 2008, según resulta de la Certificación expedida por el Secretario de la Comunidad Don J. C. G. J., con el visto bueno del Presidente doña R. B. B., cuyas firmas considero legítimas, la cual dejo unida a esta escritura. Todo ello según resulta del libro de actas, debidamente diligenciado, que tengo a la vista", y don J. M. L. G., como Arquitecto Director de la obra, de la casa en Valladolid, calle (...), cuyo acceso comparte con la casa número 15 de la misma calle. Y exponen: I) Que por escritura autorizada por el Notario de Valladolid, don Julián Manteca Alonso-Cortés, con fecha 7 de junio de 2004, número 1.613 de protocolo, complementada por otra también autorizada por el mismo Notario, señor Manteca, con fecha 14 de marzo de 2005, número 778 de protocolo, se declaró la obra nueva y división horizontal de la casa en Valladolid, calle (...), número 13, cuyo acceso compartirá la casa número 15 de esta misma calle. Que en la división horizontal del edificio, se formo entre otras la siguiente finca: Número ocho.-Vivienda en la planta cuarta. Cuota de participación el 18,50 por ciento en relación al total de la casa. II) Que la comunidad de propietarios a instancia del promotor de la finca "Electricidad San Román, S. L.", con fecha 24 de febrero de 2008 tomó el acuerdo incorporado, en el que dado que por un error en los planos tenidos a la vista para el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, se omitió hacer constar que en la planta de sótano de la casa número 13 (...), había cuatro trasteros en vez de los tres declarados, se puede considerar el citado trastero número 4, como elemento común, cuando en realidad no lo es, y en su consecuencia acuerdan facultar al promotor para crear el trastero número 4 con la descripción y cuota que se indica, que se restará a la vivienda de la planta cuarta, propiedad de Electricidad San Román, S. L., y, en su consecuencia, disponen: Primero.-Que modifican el párrafo de la declaración de obra nueva referente a la planta de sótano donde hace referencia a los trasteros, y donde dice tres trasteros debe decir cuatro, y en la división horizontal incluir el nuevo trastero con la siguiente descripción: Número nueve.-Trastero señalado con el número 4, de la planta de sótano, que ocupa una superficie de 6 metros cuadrados, y linda: al frente, pasillo de acceso, derecha cuarto del ascensor y cuarto de aljibe y grupo de presión; izquierda, subsuelo de la casa número 11 (...), y fondo, subsuelo de la casa número 11 de la calle (...). Cuota de participación el 1,19 por ciento en relación al total de la casa y el 0,53 por ciento en relación a los gastos de la servidumbre. Valorada en 2.400 euros. Para su mejor comprensión un plano de situación firmado por los arquitectos de la obra. Segundo.-Como consecuencia de ello, la vivienda de la planta cuarta, número ocho de orden, queda con una cuota de participación en el total de la casa del 17,31 por ciento y en relación a los gastos de servidumbre el 8,37 por ciento. Tercero.-Don J. M. L. G., como arquitecto director de la obra manifiesta que dicho trastero figuraba en el proyecto para el que se obtuvo la licencia y consta en el fin de obra. Cuarto.-Que dicho trastero quedará como propiedad del promotor del edificio Electricidad San Román, S. L. Se incorpora a la escritura Certificado de la Junta general extraordinaria de la calle (...), números 13 y 15, del que resulta, entre otros extremos: Lista de asistentes: P-13-1.º-2.º-3.º-4.º (delega en doña Y. G. S.). Local. P-15-1.º B; 2.º B (delega en S. A. M.), 2.º C; 3.º B (delega en R. B. B.), 3.º C y 4.º C (delegan en doña S. A. M.), 4.º B, Local (delega en R. B. B.). Y que el acuerdo se ha tomado con intervención de los propietarios de la casa número 15 (...), aunque no afecta a las servidumbres constituida entre ambos edificios, ya que además tienen constituida una sola comunidad para los dos edificios. Igualmente figura como punto 2 del orden del día el siguiente: Acuerdo para proceder a desafectar como elemento común, el trastero físico sito en calle (...). E igualmente resulta que el acuerdo adoptado es el siguiente: "La comunidad adopta por unanimidad los siguientes acuerdos: Dado que hay un error en los planos tenidos a la vista para el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y división, se omitió hacer constar que en la planta de sótano de la casa número 13 de la calle (...), había cuatro trasteros en vez de tres declarados, se

puede considerar el citado trastero número 4, como elemento común, cuando en realidad no lo es, y en su consecuencia acuerdan facultar al promotor para crear el trastero número 4 con la descripción y cuota que se indica, que se restará a la vivienda de la planta cuarta, propiedad de Electricidad San Román, S. L., y en su consecuencia modificar el párrafo de la declaración de obra nueva referente a la planta de sótano donde hace referencia a los trasteros y donde dice tres trasteros debe decir cuatro, y en la división horizontal incluir el nuevo trastero". Del Registro resulta que al tiempo del otorgamiento de citada escritura, únicamente aparecía diligenciado con fecha 23 de junio de 2006, el primer libro de actas de la comunidad de propietarios de la casa en Valladolid, calle (...) 13, no figurando a la fecha del otorgamiento de la escritura diligenciado ningún libro de Actas en relación con el edificio en Valladolid, calle (...) 15. Del Registro igualmente resulta que el inmueble en Valladolid, calle (...) 13, fue dividido horizontalmente en ocho fincas independientes: Número uno.-Trastero; número dos.-Trastero; número tres.-Trastero; número cuatro.-Local comercial; número cinco.-Vivienda en la planta primera; número seis.-Vivienda en la planta segunda; Número Siete.-Vivienda en la planta tercera; Número Ocho.-Vivienda en la planta cuarta; El Departamento número uno figura inscrito a favor de doña R. B. B. El Departamento número dos figura inscrito a favor de doña M. E. C. I. El Departamento número tres figura inscrito a favor de doña A. V. S. El Departamento número cuatro figura inscrito a favor de la Mercantil "MM85, S. L.", con una cuota del 16,43 por ciento en relación al total de la casa, y gravada con una hipoteca a favor de "Banco Español de Crédito, S. A.". El Departamento número cinco figura inscrito a favor de doña R. B. B., con una cuota del 20,50 por ciento en relación al total de la casa, y gravada con una hipoteca a favor de "Banco Gallego, S. A.". El Departamento número seis figura inscrito a favor de doña M. E. C. I., con una cuota del 20,50 por ciento en relación al total de la casa, y gravada con una hipoteca a favor de "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.". El Departamento número siete figura inscrito a favor de doña A. V. S., con una cuota del 20,50 por ciento en relación al total de la casa, y gravado con una hipoteca a favor de Caja España de Inversiones Caja de Ahorros y Monte de Piedad. El Departamento número ocho figura inscrito a favor de "Electricidad San Román, S. L.", con una cuota del 18,50 por ciento en relación al total de la casa, y gravada con una hipoteca a favor de «Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad». Del Registro igualmente resulta que el inmueble en calle (...) 15, ha sido dividido horizontalmente en 16 fincas independientes, todas ellas transmitidas. Se acompaña: Diligencia autorizada el día 15 de mayo de 2008, por el Notario de Valladolid, don Julián Manteca Alonso Cortés para hacer constar que según resulta del Libro de Actas que tiene a la vista diligenciado por el Registro número 5 de Valladolid como Libro de la calle (...) 13 de Valladolid, es lo cierto que las Juntas y Actas son conjuntas con la comunidad de la calle (...) 15, resulta lo siguiente: a) Que en la Junta de Propietarios de la Comunidad de (...) 13 de Valladolid, a la que asistieron los propietarios de (...) 15, de fecha 28 de enero de 2008 se eligió como Presidenta de la Comunidad a doña R. B. B. y secretario a don J. C. G. J. b) Que en la Junta de 24 de febrero de 2008 asistieron todos los propietarios de la casa número 13 de la calle (...) junto con los de (...) 15, pues si bien en la certificación expedida en su día y se incorporó a esta escritura, se hizo referencia a las cuatro viviendas y al local del edificio, y aparentemente se omitieron los trasteros, es lo cierto que los trasteros (1, 2 y 3 del RPH) pertenecen a los mismos propietarios de las viviendas (5, 6 y 7 del RPH), según resulta de la propia calificación registral de fecha 11 de abril de 2008, y en consecuencia estuvieron presentes o representados la totalidad de los propietarios de la casa número 13 de la calle (...), y los acuerdos se tomaron por unanimidad. Acta autorizada el día 27 de octubre de 2009, por el Notario de Valladolid, don Julián Manteca Alonso Cortés, número 1.779 de protocolo, por la que se eleva a públicos los acuerdos de la Junta General de Propietarios de la casa (...) 15 de Valladolid, de fecha 19 de mayo de 2009. Fundamentos de Derecho: La declaración de obra nueva es la manifestación del propietario de una finca inmatriculada en el Registro de la Propiedad, consignada generalmente en escritura pública, en la que se hace constar haber terminado o estar en construcción en dicha finca edificaciones o mejoras que alteran su estructura, o nuevas plantaciones o mejoras todas ellas al efecto descritas y cuya

declaración se efectúa primordialmente a los fines de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Entre los requisitos que ha de reunir la declaración de obra nueva para poder ser inscrita se encuentra el que la declaración ha de efectuarse por el propietario de la finca en todo caso; si la finca está en condominio o en cualquier situación de comunidad debe emanar, de todos los copropietarios o comuneros, respectivamente. El artículo 208 de la Ley Hipotecaria, habla de propietario de la finca y el artículo 308 de su Reglamento ni eso. Sin embargo, es lógico y así lo entiende la doctrina que haga la declaración el propietario de la finca correspondiente y en todo caso. En cuanto a la declaración de obra nueva emanada sólo de algún condueño, la Resolución de 19 de diciembre de 1917, la consideró inscribible, sin que fuera necesaria la intervención de los demás. La Resolución de 21 de junio de 1917, rechazó la declaración de obra nueva hecha por uno de los copropietarios. Las Resoluciones de 20 y 21 de febrero de 1969, parecen poner término a la discusión en la materia y exigen que la declaración de obra nueva se haga por todos los copropietarios, sobre la base de que el artículo 397 del Código Civil, requiere que sean todos los copropietarios del solar quienes comparezcan en la escritura y describan la obra nueva realizada. En consecuencia, se requiere para otorgar la declaración de obra nueva o la modificación de la ya declarada, la legitimación y capacidad correspondiente a los actos dispositivos o de administración extraordinaria referida a bienes inmuebles, por parte del declarante o declarantes, y para inscribirla será preciso que el propietario o copropietarios figuren como titulares registrales de la finca al tiempo de hacerse constar en el Registro la obra nueva, o la rectificación de la obra nueva en su día declarada. Al ser la configuración de las fincas que pueden ser objeto de propiedad separada en un edificio que se somete al régimen de Propiedad Horizontal, en principio voluntaria, siempre que se respeten las exigencias legales de idoneidad para ello y no comprendan elementos necesarios para el adecuado uso y disfrute del edificio (cfr. art. 396 del Código Civil), es el título constitutivo de dicho régimen, el que aparte de respetar las exigencias de la legislación hipotecaria, ha de proceder a ella, describiendo cada uno de ellos, con determinación de su extensión, linderos, planta en que se hallaren y anejos, aparte de asignarles un número correlativo y la cuota de participación que le corresponda (cfr. art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal). Por tanto, esta individualización juega tanto como elemento de concreción del objeto de propiedad separada, como de su exclusión de elemento común, pues todo elemento que aún siendo susceptible de propiedad separada por reunir los requisitos legales para ello no se configure como tal, tendrá la consideración de elemento común, o al menos así habrá de presumirse, en tanto no se rectifique el posible error cometido en el título constitutivo (Resolución de la D. G. R. N. de 2 de marzo de 2001). Es doctrina de la D. G. R. N. (cfr., por todas, las Resoluciones de 4 de marzo de 2004, y 30 de noviembre de 2006), que en materia de Propiedad Horizontal, debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos, que no se imputan a cada propietario singularmente, sino a la Junta, como órgano comunitario y aquellos otros actos que por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los arts. 3 y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal –cfr. también el último inciso del apartado 2 del artículo 18–). Ciertamente, en este último caso no podría 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. art. 20 de la Ley Hipotecaria–. Es doctrina de la D. G. R. N. (Resoluciones de 26 de junio de 1987, y 20 de abril de 2006), que la justificación de los acuerdos de la Junta de Propietarios puede lograrse por una doble vía, ya a través del testimonio notarial de los actos recogidos en el Libro de Actas, ya mediante certificación expedida por el órgano correspondiente; ahora bien, como en este segundo caso ha de acreditarse igualmente el nombramiento y vigencia en el cargo del firmante, es indudable la necesidad de aseveración notarial, de tales extremos con referencia al Libro de Actas. Es doctrina de la D. G. R. N. (ver, por todas, la Resolución de 13 de junio de 1998), que dado el carácter complejo del derecho de dominio en el régimen de Propiedad Horizontal –derecho singular y exclusivo sobre la parte privativa, y

participación en la titularidad de los elementos comunes—, cuando parte de los elementos comunes, que no es estrictamente necesario para el adecuado uso y disfrute de los elementos privativos, se separa e independiza jurídicamente, seguirán pesando sobre ella los gravámenes recayentes sobre el derecho en que se integraban anteriormente. Pero al respecto hay que tener en cuenta que una cosa es desafectar un elemento común que pasa a ser privativo, y otra cosa es rectificar el error padecido en el título constitutivo de la Propiedad Horizontal, en el que por error no se incluyó como tal un elemento privativo. En el primer caso, si se trata de un elemento común que se desafecta, y no tener la comunidad de propietarios personalidad jurídica, el elemento común desafectado pertenecería a los propietarios de los departamentos privativos existentes antes de la modificación del título constitutivo de la Propiedad Horizontal, en la misma proporción que la cuota que su departamento privativo tuviera antes de la modificación del título constitutivo de la Propiedad Horizontal. En este supuesto, para que el elemento que se desafecta, pueda ser inscrito como privativo a favor de persona determinada, deberá operarse su transmisión a favor de dicha persona determinada por cualquiera de los medios que el ordenamiento jurídico prevé para ello (art. 609 del Código Civil), precisando debidamente los elementos constitutivos del negocio jurídico y especialmente su causa, requisito éste último imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser la causa presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir adecuadamente su función calificador, aparte de la distinta protección que el Registro presta al título inscrito, según el carácter oneroso o gratuito de éste. En el segundo caso, es decir, si se trata de un elemento que nunca fue elemento común, pertenecerá a aquel, que fuera dueño del edificio, antes de transmitir elemento alguno del mismo. En el primer caso, de estar los elementos privativos afectos a diversas cargas, los gravámenes que recaen sobre los elementos privativos se trasladarán al elemento desafectado, de manera que éste quedará gravado en una cuota equivalente a la que los pisos correspondía anteriormente sobre los elementos comunes. En el segundo caso, al haberse creado una apariencia de elemento común de aquel que nunca lo fue pero hubo un error en el título constitutivo de la Propiedad Horizontal, será preciso contar con el consentimiento de los titulares de tales gravámenes, máxime en el supuesto de que las cuotas de los departamentos afectados por tales gravámenes no se ven alterados. La obligatoriedad de los pactos contractuales —arts. 1.091 y 1.258 del Código Civil—, implica que cualquier alteración de su contenido requiere para su eficacia el consentimiento de todos los que en él fueron parte. Conforme al artículo 148 del Reglamento Notarial: “Los instrumentos públicos deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”. Y vistos los artículos 18, 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria, y la Ley de Propiedad Horizontal. Y en base a los anteriores Hechos y Fundamentos de Derecho resuelvo suspender el acceso al Registro de las Inscripciones solicitadas: Dado que en virtud de la escritura autorizada el día 28 de febrero de 2008, se procede a rectificar la obra nueva declarada en su día y que la declaración de obra nueva o rectificación de la declarada en su día como ha quedado expuesto en los Fundamentos de Derecho requiere ser otorgada por todos los copropietarios —art. 397 del Código Civil—, a su vez titulares registrales de las fincas —art. 20 de la Ley Hipotecaria— no comparecen al otorgamiento de la escritura todos los titulares de los departamentos privativos formados en la división horizontal del inmueble en la calle (...) 13 de Valladolid. Del Certificado que se incorpora a la escritura no resulta que a la Junta asistieran todos los copropietarios del inmueble en la calle (...) 13, sin cuyo requisito no será válido el acuerdo adoptado: A) Porque con arreglo al artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal se exige la unanimidad para los acuerdos que impliquen la modificación del título constitutivo de la Propiedad Horizontal. B) Porque para que un acuerdo sea válido se precisa, salvo que a la Junta asistan todos los copropietarios la debida concordancia entre el orden del día de la convocatoria y el acuerdo adoptado —pues, en otro caso, el acuerdo adoptado es nulo—. Sentencia de 30 de noviembre de 1991 y en el caso contemplado, en el orden del día figura “Acuerdo para proceder a

desafectar como elemento común, el trastero físico sito en calle (...) 13-15", mientras que el acuerdo adoptado no es tal, pues de una interpretación lógica y sistemática del mismo, se deduce claramente que lo que se acuerda no es desafectar como tal un elemento común, sino rectificar el error cometido en el título constitutivo de la Propiedad Horizontal, en el que no se reflejó como tal elemento privativo el trastero en cuestión, creando una apariencia de elemento común del mismo. Y sin que tal defecto pueda ser subsanado por la diligencia autorizada el día 15 de mayo de 2008 por el Notario de Valladolid, don Julián Manteca Alonso Cortés, que se basa en que según resulta de la nota de calificación de fecha 11 de abril de 2008, los trasteros 1, 2 y 3 pertenecen a los mismos propietarios de las viviendas 5, 6 y 7 del Régimen de Propiedad Horizontal pues una cosa es quienes figuran como titulares en el Registro y otra cosa es quienes son los propietarios reales de los elementos privativos de la Propiedad Horizontal que son los que integran la Junta de Propietarios y quienes deben tomar el acuerdo por unanimidad, sin perjuicio de que para determinados actos se requiera además el consentimiento individualizado de los propietarios que en el momento de la inscripción aparezcan como propietarios registrales de los distintos elementos privativos; ni por el acta de fecha 27 de diciembre de 2009, pues en ella se recogen acuerdos de una Comunidad de Propietarios distinta, la de la calle (...) 15. Dada la precisión con que deben redactarse los documentos notariales (cfr. art. 148 del Reglamento Notarial), de las manifestaciones efectuadas por el notario autorizante en la intervención de la escritura de fecha 28 de febrero de 2008, en los términos que han quedado transcritos en los Hechos de esta nota, no puede deducirse que el nombramiento de Don J. C. G. J., como Secretario de la Comunidad de la calle (...) 13 y vigencia de su cargo resulte del Libro de Actas de la Comunidad que se le ha exhibido al Notario autorizante. Teniendo en cuenta que tal y como ha quedado expuesto de una interpretación lógica y sistemática de la documentación calificada, se deduce que el trastero objeto de la documentación calificada nunca ha sido elemento común del inmueble en la calle (...) 13, pero sí se ha creado apariencia de tal elemento común al no aparecer individualizado como elemento privativo, que al no haber sido elemento común, no es posible el arrastre de cargas en los términos que resultan de la Resolución de la D. G. R. N. de 13 de junio de 1998, máxime cuando todos menos un departamento precisamente aquel del que es titular Electricidad San Román, S. L., no ven modificada su cuota de participación, no consta el consentimiento de los titulares de las hipotecas que gravan los departamentos privativos, del inmueble en la calle (...) 13 y en especial el consentimiento de Caja España Inversiones, como titular del departamento número 8, en orden a determinar que pasa con la hipoteca que grava dicho departamento y que ve disminuida su cuota en el porcentaje que se asigna al trastero 4. Contra esta calificación (...) Valladolid, doce de diciembre del año dos mil nueve. El Registrador, fdo., María José Triana Álvarez».

III

El Notario autorizante, don Julián Manteca Alonso-Cortés, interpuso recurso contra la anterior calificación basado en los siguientes argumentos, tras hacer una exposición de los hechos y del contenido de los documentos presentados y calificados: Que en cuanto al primer defecto supuestos similares han sido resueltos por la Dirección General de los Registros y del Notariado y especialmente en uno idéntico que dio lugar a la Resolución de 31 de marzo 2005 distinguiendo entre actos colectivos de la comunidad y actos que requieren consentimiento individual sin que el presente caso pertenezca a estos últimos; Que la modificación del título constitutivo es un acto de los denominados colectivos como demuestra el artículo 47 del Real Decreto 1093/1997, y los artículos 5 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal; Que en cuanto al segundo defecto no es coherente con el anterior pues si es preciso, como exige la Registradora, el consentimiento individual de cada propietario no tiene sentido que se diga que del certificado no resulta la asistencia de todos los propietarios; Que en cuanto a la concordancia de la convocatoria con el acuerdo adoptado es una cuestión sin mucho fundamento aunque quizás hubiera sido deseable decir desafectar como elemento común aparente o por presunción dado el carácter común de todo elemento que no tenga atribuida el carácter de privativo, pero que en cualquier

caso es irrelevante porque a la Junta comparecieron todos los propietarios pues resulta así de la documentación presentada; Que carece de sentido la distinción que hace la nota entre titulares según Registro y titulares reales; Que en cuanto al tercer defecto resulta de la documentación que el Notario autorizante ha realizado un testimonio del contenido del libro de actas de la comunidad sin que sea preciso exigir una afirmación sacramental de la vigencia de los cargos. Testimoniando el Notario del libro de actas y coincidiendo con los que resultan de la certificación incorporada es claro que aquel testimonio sólo puede hacerse en cuanto cargos en vigor; Que igual ocurre en sede de representación por poder en la que no hay que hacer una afirmación ritual pues la vigencia resulta de la presentación de copia auténtica al Notario; Que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (citando la Resolución de 23 de junio de 2001, y 26 de junio de 1987), así lo apoya; Que en relación al cuarto defecto es reiterada la doctrina del Centro Directivo (Resoluciones de 13 de junio 1998, y 31 marzo 2005), en el sentido de que no es precisa la intervención de terceros cuando se trata de actos de la comunidad de propietarios por lo que es irrelevante que estemos ante un auténtico caso de desafectación como ante una rectificación, sin perjuicio del arrastre de los derechos sobre la nueva finca creada.

Al recurso interpuesto se acompañaban copias simples de los documentos notariales reseñados. De conformidad con el artículo 327 de la Ley Hipotecaria en relación al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por esta Dirección General se han requerido y obtenido del recurrente testimonios de los mismos que han pasado a formar parte del expediente.

IV

El día 7 de enero el Registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 396 y 397 del Código Civil; 2, 3, 13, 20, 32, 34 y 40 de la Ley Hipotecaria; 3, 5, 8, 12, 15, 16, 17 y 19 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960; 164 y 166 del Reglamento Notarial; Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1987, y las Resoluciones de este Centro Directivo de 15 de junio de 1973; 27 de junio de 1995; 13 de junio de 1998; 19 de febrero y 13 de abril de 1999, 23 de mayo, 23 de junio y 24 de septiembre de 2001, 14 de mayo, y 12 de diciembre de 2002; 4, 11 y 15 de marzo de 2004; 23 y 31 de marzo, y 5 y 23 de julio de 2005; 30 de noviembre de 2006; 19 de abril de 2007, y 1 de junio de 2010.

1. En el presente caso se debate sobre la inscripción de una escritura autorizada el 28 de febrero de 2008, denominada de desafectación de elementos comunes, en la que concurren las siguientes circunstancias:

a) comparecen en dicha escritura, por un lado, el representante de la sociedad promotora de la edificación y titular registral de uno de los departamentos de la propiedad horizontal –el número ocho de orden–; por otro, la Presidenta de la comunidad de propietarios del edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal que se modifica, como representante de la misma; y, finalmente, el arquitecto director de la obra;

b) los comparecientes exponen que sobre la finca a que se refiere la escritura objeto de la calificación recurrida se declaró la obra nueva del edificio construido sobre la misma y se constituyó el correspondiente régimen de propiedad horizontal mediante escritura autorizada ante el mismo Notario autorizante de la calificada el día 7 de junio de 2004; que en los planos que sirvieron de base para la elaboración de la escritura se sufrió un error consistente en que en la planta sótano en vez de existir los tres trasteros declarados existen en realidad cuatro, y que la comunidad de propietarios ha acordado facultar al promotor para crear (*sic*) el trastero número cuatro con la descripción y cuota que se indica, cuota que se ha de restar de la correspondiente al departamento número ocho (propiedad de la sociedad promotora). Todo lo cual se lleva a cabo a continuación mediante

las siguientes operaciones: 1.º la alteración de la descripción de la obra nueva (haciendo referencia a la existencia de cuatro trasteros en la planta sótano); 2.º la descripción del nuevo elemento de la propiedad horizontal correspondiente al mencionado trastero número cuatro (creando la entidad número nueve de orden), con la correspondiente disminución de la superficie de elementos comunes; 3.º la modificación de la descripción del elemento número ocho de orden, mediante la alteración de la cuota de participación consistente en su minoración en la medida exacta de la cuota atribuida al nuevo elemento privativo; y 4.º la atribución de la íntegra propiedad del citado trastero a la sociedad promotora del edificio. El arquitecto manifiesta a su vez que el trastero número cuatro figuraba en el proyecto para que el que se obtuvo la licencia y «en el fin de obra» (*sic*).

La Registradora suspende la inscripción por los cuatro defectos que se analizan seguida y separadamente.

2. El primero de los defectos se refiere a los requisitos de consentimiento precisos para rectificar una obra nueva y régimen de propiedad horizontal cuando el promotor de la edificación ya ha enajenado diversos elementos independientes y la comunidad de propietarios se encuentra plenamente constituida. La rectificación consiste en modificar la descripción de la obra nueva afirmando la existencia de un cuarto trastero en planta sótano que no se reflejó en su día, creación de un elemento independiente de la propiedad horizontal (precisamente el trastero omitido) cuya titularidad dominical se atribuye al promotor del edificio, y rectificación de la descripción de otro elemento de la propiedad horizontal mediante la disminución de sus cuotas de participación en el régimen y en determinada servidumbre en igual proporción que las atribuidas al elemento creado. Comparece en la escritura la Presidenta de la comunidad de propietarios en ejecución de acuerdo de la Junta, el representante del promotor titular del elemento cuya cuota de participación se rectifica y a quien se atribuye la propiedad del nuevo elemento creado, y el arquitecto director para afirmar que la rectificación llevada a cabo es conforme con el proyecto en virtud del cual se obtuvo la licencia en su día. A juicio de la Registradora para llevar a cabo dicha rectificación es precisa la comparecencia en la escritura de todos los propietarios del edificio por exigencia del principio de tracto sucesivo. El Notario recurrente entiende que es suficiente con el acuerdo de la Junta de Propietarios.

3. A fin de resolver la cuestión planteada cabe recordar que, como señaló este Centro Directivo en su Resolución de 19 de abril de 2007, el régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo –es decir, un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente– y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (cfr. art. 3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 396 del Código Civil). No se trata de dos propiedades yuxtapuestas (la del piso, local u otro departamento privativo) y la copropiedad sobre los elementos comunes, sino de un único derecho, de naturaleza especial y compleja, entre cuyas características más destacadas se encuentran: por una parte, la atribución a cada piso o local de «una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo», de suerte que dicha cuota «servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad» (art. 3, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal), y, por otro lado, la inseparabilidad e indisponibilidad de la cuota sobre «las partes en copropiedad» o elementos comunes, «que sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable» (art. 396, párrafo segundo, del Código Civil).

Por otra parte, debe recordarse que la Ley de Propiedad Horizontal ha superado dos características propias del clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división ni el derecho de retracto, y por eso dota a esa comunidad sobre los elementos comunes de una regulación especial en la que los intereses comunitarios predominan sobre el individual y encuentren 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).

Por ello se atribuye a la Junta de Propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad) sólo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la norma primera del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite dicha norma legal; e incluso con el voto en contra de un disidente, si prospera la acción para obtener la sustitución de la unanimidad por vía judicial, en el llamado «juicio de equidad» a que se refiere el párrafo tercero de la de la norma 2.ª del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, que el Tribunal Supremo ha considerado aplicable también a los actos que requieren unanimidad, atendiendo a la realidad social actual –cfr. Sentencia de 13 de marzo de 2003–).

4. Para decidir si un acuerdo como el debatido en el presente recurso entra o no en ese ámbito de competencias de la Junta de Propietarios como acto colectivo de la misma, cabe recordar que, conforme a la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 23 de mayo de 2001; 12 de diciembre de 2002; 4 de marzo de 2004; 23 y 31 de marzo y 5 de julio de 2005, y 19 de abril de 2007), en materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta –cfr. art. 19 de la Ley de Propiedad Horizontal–), que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la Junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los de los artículos 3 y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal. Cfr., también, el último inciso del apartado 2 del artículo 18, según la redacción hoy vigente). Ciertamente, en este último caso no podría 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. art. 17, n.º 1, de la Ley de Propiedad Horizontal), siendo necesaria la unanimidad expresa y real de todos los titulares registrales. En definitiva, en estos casos el acto, por razón de su objeto y causa, no puede ser calificado como un acto corporativo, por lo que la decisión o acto de voluntad no puede proceder 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.

Aceptada tanto por el Registrador como por el Notario recurrente la citada doctrina por la que se distingue entre aquellas situaciones en las que es preciso el consentimiento individual de los propietarios, por quedar afectado el contenido esencial de su derecho, de aquellas otras en las que basta la expresión de un consentimiento colectivo de la comunidad, la cuestión se reduce a determinar si estamos en uno u otro supuesto. En el primer caso las exigencias derivadas del principio de tracto sucesivo imponen la acreditación de que el titular registral de los elementos afectados ha prestado su consentimiento, mientras que en el segundo se satisfacen acreditando que se ha alcanzado el acuerdo colectivo exigido por la legislación reguladora de la propiedad horizontal.

5. Llevando al terreno práctico de los casos concretos la doctrina general anterior, este Centro Directivo ha tenido la oportunidad de decidir que, en determinados casos, la modificación del título constitutivo de que se trataba consistía en actos de la Junta como órgano colectivo de la comunidad, adoptados por unanimidad de los propietarios en los términos previstos en la norma primera del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, que no requieren la prestación de consentimiento individualizado de los titulares registrales (así, la desafectación de determinados elementos comunes y ulterior venta de los mismos –Resoluciones de 4 de marzo de 2004; 23 de marzo de 2005, y 30 de noviembre de 2006–;

la vinculación *ob rem* de los trasteros a las viviendas, como anejos –Resolución de 31 de marzo de 2005–; o determinada modificación de los estatutos –Resolución de 5 de julio de 2005–).

En cambio, ha considerado que la especificación del trastero que corresponde a cada uno de los pisos expresados, en determinadas circunstancias, constituye un acto que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requiere el otorgamiento de escritura pública en la que los titulares registrales de distintos pisos presten su consentimiento y declaren la superficie y demás elementos identificadores de sus respectivos anejos (Resolución de 12 de diciembre de 2002), y, asimismo, que la conversión de un elemento privativo en común es un acto dispositivo que requiere el otorgamiento singular de los titulares registrales y de sus cónyuges –en régimen de gananciales– en la correspondiente escritura de modificación del título constitutivo (Resolución de 23 de junio de 2001).

Por lo que se refiere a los supuestos en que, de modo análogo al presente caso, se modifican las cuotas de participación en la comunidad de propietarios establecidas en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, esta Dirección General se ha limitado a apuntar la doctrina general antes reseñada, pero sin prejuzgar si dicha modificación de cuotas es un acto colectivo de la Junta o se trata más bien de aquellos otros que requieren el consentimiento singular de todos los propietarios (cfr. la Resolución de 23 de mayo de 2001).

Por eso, para resolver la cuestión ahora planteada, debe analizarse la significación que tiene en la propia Ley la cuota de participación que es objeto de modificación en el acuerdo debatido.

6. Como señaló la Resolución de 23 de julio de 1966, la cuota de participación de los titulares de cada departamento privativo puede tener diversas aplicaciones, tales como señalar la proporción en la propiedad total del edificio o en la distribución de gastos y cargas, sin que necesariamente sean idénticas dichas participaciones como claramente se desprende del [hoy vigente] artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal, y, aunque ni en la Ley Hipotecaria ni en la Ley de Propiedad Horizontal se hace referencia a la existencia de una cuota que fije la participación de cualquier propietario en los elementos comunes, es precisamente la proporción del interés de los propietarios en estos elementos la que reviste mayor importancia, pues determinará su participación en los nuevos departamentos en caso de elevación del edificio, o en el solar si aquél se destruye, y por eso el artículo 396 del Código Civil destaca los dos elementos de esta especial propiedad: los pisos o locales –de propiedad independiente o separada– y los elementos comunes –en copropiedad–, por lo que estando el edificio compuesto de elementos comunes y de elementos independientes, la cuota de participación en aquéllos equivale a la participación en el edificio en su totalidad.

Por ello, si se extinguiese el régimen de propiedad horizontal, en los casos señalados por la Ley, esa cuota de participación en relación con el total valor del inmueble se traduciría en una cuota de liquidación en consonancia con la de participación fijada (Resolución de 5 de mayo de 1970). En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal –párrafo cuarto–, con base en la pretensión de llevar al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto, señala que en la Ley «se regula el coeficiente o cuota, que no es ya la participación en lo anteriormente denominado elementos comunes, sino que expresa, activa y también pasivamente, como módulo para cargas, el valor proporcional del piso y a cuanto él se considera unido en el conjunto del inmueble, el cual, al mismo tiempo que se divide física y jurídicamente en pisos o locales se divide así económicamente en fracciones o cuotas».

De esta significación jurídica de la cuota de participación se desprende, en vía de principio, que las modificaciones de la misma, en tanto en cuanto afecten al contenido esencial del derecho de dominio, habrán de realizarse con el consentimiento individual y singular de todos los propietarios afectados, en escritura pública, a falta de una norma en que la Ley atribuya expresamente a la Junta de Propietarios competencia para ello. Y en este sentido la previsión del artículo 3, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal relativa a que la cuota de participación podrá variarse «por acuerdo unánime», debería

interpretarse no como acuerdo de la Junta en tanto que órgano comunitario, sino como acuerdo unánime de todos los propietarios, individualmente considerados, por afectar el acuerdo al contenido esencial de cada uno de sus respectivos derechos.

7. Es cierto, no obstante, que existen precedentes en la jurisprudencia de los que pudiera deducirse una conclusión contraria. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1994 declara que «El título constitutivo que en forma unilateral otorgó el promotor no le alcanza la consideración de blindado, para no poder ser modificado en materia de determinación de las cuotas participativas por los copropietarios, que son los auténticos y directos interesados en la gestación del régimen de propiedad horizontal y al que accedieron por la compra de sus respectivas viviendas o locales, pues la Ley especial que lo regula de 21 julio 1960 es expresamente permisiva y así lo autoriza, cumpliéndose con lo que previene su artículo 16 (actual art. 17). Aunque el promotor establezca las cuotas de participación, éstas no son inmutables, pero no las puede modificar a su conveniencia, ya que requiere el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios como requisito legal imperativo». La misma orientación parece seguir la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1997, al invocar el artículo 16.1.º de la Ley de Propiedad Horizontal (actual art. 17.1.º) respecto de la posibilidad de que se modifiquen las reglas contenidas en el título de la propiedad horizontal –en el caso de autos, la variación de las cuotas participativas de los condueños– mediante el acuerdo unánime de la Junta de propietarios.

Pero tanto en un caso como en el otro, lo que se debatía era una variación de las cuotas participativas en su significación de criterio determinativo de la contribución a los gastos de la comunidad, y no tanto como cuota de participación en la copropiedad de los elementos comunes del inmueble (cfr. Sentencia de 9 de noviembre de 1994: «Es procedente, por tanto, la modificación del título constitutivo por medio de los Estatutos, en los que cabe establecer un régimen de coeficientes participativos distinto e incluso más gravoso que el precedente, así como fijar exclusiones, conforme a doctrina reiterada de esta Sala (Sentencias de 28 diciembre de 1984; 2 de marzo de 1989; 2 de febrero de 1991; 22 de diciembre de 1993, y 22 de marzo de 1994, entre otras»). Y es que ciertamente, a la hora de establecer o modificar la respectiva contribución de los propietarios en los gastos generales o en gastos determinados –sea, *v. gr.*, por las mejoras o menoscabos de pisos o locales a que alude el artículo 3, párrafo segundo, *in fine*, de la Ley de Propiedad Horizontal, sea por nuevas unidades edificadas, o bien respecto de nuevos gastos por creación de determinados servicios no previstos en el título constitutivo, etc.–, es indudable la competencia de la Junta. Según la doctrina jurisprudencial (cfr., por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1991, y 14 de diciembre de 2005), el sistema de distribución de los gastos generales que, en principio, ha de tener por base la cuota de participación fijada en el título de constitución en régimen de propiedad horizontal, puede ser modificado por medio de los Estatutos, en los que cabe establecer un régimen de participación distinto o incluso consignar ciertas exclusiones en favor de determinados elementos privativos (pisos o locales) del edificio, y así se desprende del apartado 1, letra e), del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, según el cual cada propietario contribuirá a los gastos generales «con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido»; de suerte que a ese sistema de distribución de gastos habrá de atenerse la Comunidad en tanto no sea modificado por la misma con observancia de los requisitos legales establecidos en la norma primera del artículo 16 (actual art. 17) de la Ley de Propiedad Horizontal, que exige el acuerdo unánime de todos los propietarios que integran la Comunidad para poder modificar las reglas contenidas en los estatutos.

Precisamente es este tipo de acuerdos el contemplado por el párrafo segundo, *in fine*, del artículo 18, de dicha Ley (introducido mediante la Ley 8/1999, de 6 de abril), que se remite al mencionado artículo 9, relativo al sistema de distribución de gastos; y sobre los que se atribuye competencia expresamente a la Junta para adoptarlos, como órgano colectivo, mediante acuerdo unánime.

8. Pero, fuera del ámbito citado relativo a la fijación de la medida de participación en los gastos comunitarios, si se observa atentamente la regulación legal se aprecia que subyace en la misma, como principio general, la idea de que la limitación de las competencias de la Junta hace que no sólo queden excluidas de las mismas los actos que restrinjan o menoscaben el contenido esencial de la propiedad separada de un elemento privativo (como sería, por ejemplo, la constitución de una hipoteca sobre la totalidad del edificio), sino también la realización de aquellos actos que aunque tengan por objeto exclusivo los elementos comunes no entren dentro de la gestión comunitaria, como serían todos aquellos que, directa o indirectamente, perjudiquen el derecho de alguno de los condueños al adecuado uso y disfrute de su propiedad. Un caso extremo sería el de la donación, previa su desafección, a un tercero o a cualquiera de los comuneros de un elemento común del inmueble. Pero sin llegar a tanto, la Ley de Propiedad Horizontal se cuida de preservar los derechos individuales de los propietarios bajo la guía del citado principio general. Así, se establece expresamente que «las innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario requerirán, en todo caso, el consentimiento expreso de éste» (cfr. art. 11, párrafo 4), asimismo, el arrendamiento de elementos comunes del inmueble requerirá «el consentimiento del propietario directamente afectado, si lo hubiere» (cfr. art. 17, regla 1.ª, párrafo segundo).

En el mismo sentido, si bien se atribuye a la Junta competencia para la «fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados», en los casos de división, segregación, agrupación o agregación de los pisos o locales, tal competencia se sujeta a un doble límite: en primer lugar, la modificación debe hacerse «sin alteración de las cuotas restantes»; y, en segundo lugar, se exige, además de la aprobación de la Junta, «el consentimiento de los titulares afectados» (cfr. art. 8). La misma competencia para fijación de las nuevas cuotas cabe admitir en los supuestos de creación de nuevos pisos o locales, siempre que de ello tampoco resulte alterado el contenido esencial del derecho de cada propietario en los términos preestablecidos en el título constitutivo (cfr. art. 12 de la Ley de Propiedad Horizontal) y, por asimilación, también en los casos de desafección de elementos comunes –con o sin subsiguiente venta de los mismos–, la Junta podrá fijar o alterar las cuotas de propiedad del nuevo elemento privativo, con el consiguiente reajuste proporcional de las demás cuotas (cfr., por todas, las Resoluciones de 5 de mayo de 1970 y 15 de junio de 1973).

9. De cuanto antecede se desprende que, fuera de tales supuestos expresamente contemplados por la Ley, o que guarden estrecha similitud con los mismos, la modificación de la cuota, en tanto en cuanto afecta al derecho individual de cada uno de los propietarios de los pisos o locales, requiere el consentimiento individualizado y singular de los propietarios afectados, prestado en la escritura correspondiente. Éste fue también el criterio que aplicó este Centro Directivo en la Resolución de 11 de octubre de 2001, cuyo supuesto de hecho presentaba una clara analogía con el presente (se debatía sobre la inscripción de una escritura de modificación de propiedad horizontal, por la cual: a) se declaraba la construcción en planta semisótano de tres locales destinados a plazas de garaje; b) se configuraban dichos locales como nuevos elementos privativos de la propiedad horizontal; c) se atribuía su propiedad al constructor originario, y d) se rectificaban las cuotas de los ocho elementos preexistentes). Suspendida su inscripción por faltar el consentimiento de uno de los propietarios de los elementos privativos preexistentes, la Resolución confirmó la calificación «porque así lo impone la exigencia de consentimiento unánime de los propietarios del edificio para cualquier modificación que afecte al título constitutivo (cfr. arts. 397 del Código Civil y, 5, 11 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal), en conjunción con la entidad de la modificación que ahora se pretende (no sólo cambio de las cuotas de los elementos preexistentes, sino también la creación de nuevos elementos privativos en lo que, al menos, registralmente, era antes un elemento común –cfr. arts. 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal–, y la atribución de su propiedad al originario constructor)».

10. Aplicando la precedente doctrina al presente caso de rectificación de la descripción de la propiedad horizontal mediante la creación de un elemento nuevo, por omisión en su día del mismo en el título constitutivo, y subsiguiente alteración de la cuota de otro elemento preexistente, con alteración de la descripción de la total propiedad y con ello de la determinación de los elementos comunes (art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal), no puede entenderse como suficiente, desde el punto de vista del cumplimiento de las exigencias del principio de tracto sucesivo, el acuerdo de la comunidad de propietarios junto con el consentimiento expreso de uno sólo de los copropietarios (precisamente el promotor beneficiario de la adjudicación del nuevo elemento privativo constituido, y titular del elemento preexistente del que se detrae la parte de coeficiente atribuido al nuevo elemento), pues aún sin modificación de las cuotas de copropiedad sobre los elementos comunes respecto de los restantes elementos privativos, el derecho de sus titulares queda afectado al reducirse el objeto material sobre el que se proyecta su cotitularidad al sustraerse del mismo (tal y como aparecía descrito en el título constitutivo inscrito al tiempo de efectuarse la inscripción a favor de los terceros adquirentes de los pisos y locales) uno de los elementos que anteriormente lo integraban al cambiar su configuración jurídica de elemento común a privativo y subsiguiente atribución dominical exclusiva a uno de los condóminos. Resulta, por tanto, determinante en esta conclusión el hecho de que, a diferencia de los supuestos ordinarios de desafectación de elementos comunes que comportan la atribución simultánea del mismo a favor de todos los copropietarios en proporción a su respectiva cuota de participación en los elementos comunes (o de su equivalente económico en caso de venta del elemento desafectado a terceros), en el presente caso la desafectación del elemento común (en rigor, la descalificación del mismo como común por rectificación del título constitutivo) va acompañada de su simultánea atribución dominical a uno sólo de los copropietarios, en virtud de una suerte de reconocimiento de dominio sin contraprestación o compensación alguna. Se trata, por tanto, de supuestos sustancialmente distintos en sus resultados al definir un destino patrimonial diferente en uno y otro caso (atribución exclusiva a uno de los copropietarios, en un caso, o a todos ellos en proporción a su cuota de participación, en el otro).

El hecho de que se modifique no sólo el título constitutivo de la propiedad horizontal, sino también el previo de la declaración de la obra nueva del edificio, siendo la declaración de obra nueva un acto de riguroso dominio que debe ser realizado por el dueño del inmueble o quien tenga facultades para administrar su patrimonio (cfr. Resolución de 21 de mayo de 1991), no hace sino confirmar la conclusión anterior. Por ello, el defecto debe ser confirmado.

11. El segundo defecto de la nota de calificación de la Registradora hace referencia a la falta de validez del acuerdo de la Junta de Propietarios con base, por un lado, a que del certificado adjuntado a la escritura no resulta la asistencia de la totalidad de los propietarios dados los términos en que se pronuncia el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal y, por otro, por falta de concordancia entre el orden del día de la convocatoria y el acuerdo adoptado. Por su parte, el tercer defecto se basa en que de las manifestaciones que hace el Notario autorizante de la escritura de fecha 28 de febrero de 2008 no puede deducirse que el nombramiento y vigencia del cargo del secretario certificante de los acuerdos, resulten del libro de actas que se le ha exhibido. Ahora bien, alcanzada anteriormente la conclusión de que los actos que se formalizan en la escritura calificada, por afectar al contenido esencial del derecho, no pueden ser considerados como meros actos colectivos, de ello se deduce que tales actos, por exceder de las competencias propias de la Junta como órgano comunitario, deben ser consentidos individualmente por todos los propietarios, y en consecuencia resulta innecesario ya entrar a analizar los reseñados defectos, referidos en ambos casos a requisitos propios de los actos colectivos de la Junta de Propietarios, pues en todo caso el acuerdo de la Junta resulta insuficiente a los fines de la inscripción pretendida.

12. El cuarto y último defecto señalado en la nota hace referencia a la circunstancia de que al estar determinados elementos independientes gravados con hipoteca a favor de terceros no pueden, sin el consentimiento de estos, practicarse las inscripciones solicitadas.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que: a) 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. arts. 122 y 125 de la Ley Hipotecaria); b) 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; c) que tal sucede en el supuesto debatido, en el que respecto de una parte de los elementos comunes que no es estrictamente necesaria para el adecuado uso y disfrute de los elementos privativos, se acuerda su objetivación jurídica (mediante su configuración como un nuevo elemento privativo con su cuota sobre el todo), su desvinculación de la específica afectación al servicio o utilidad común que se le había asignado en el título constitutivo, y su adjudicación inmediata a uno de los comuneros; d) que para los supuestos de desafectación de elemento común es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr., por todas, Resolución de 28 de febrero de 2000) que no es necesario el consentimiento de los titulares de los créditos hipotecarios recayentes sobre algunos de los pisos y locales integrantes del edificio; y e) que las operaciones de división o alteración de fincas no afectan a terceros, no cabe más que concluir que no puede sostenerse el defecto examinado.

Y ello sin perjuicio de que, como en el caso de desafectación de un elemento común, quede el nuevo elemento privativo gravado con las cargas que, por afectar a aquellos elementos que agotaban la cotitularidad sobre los elementos comunes, deben recaer sobre el mismo en virtud de lo establecido en los artículos 122 y 125 de la Ley Hipotecaria (*vid.* Resolución de 13 de junio de 1998).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado confirmar la nota de calificación recurrida y desestimar el recurso interpuesto en cuanto al primer defecto, y estimar el recurso revocando la nota de calificación en cuanto al cuarto defecto, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

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, 27 de diciembre de 2010.—La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.