

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**12170** *Resolución de 13 de julio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Roquetas de Mar n.º 1 a la anotación preventiva de una querella.*

En el recurso interpuesto por la procuradora de los tribunales, doña M. D. F. M., en nombre representación de don Nicolás y don Emilio P. P., doña Concepción y don Manuel L. M., doña M. E. P. P., doña E. R. R. y la entidad «Elizabet y José Antonio Promociones Inmobiliarias, S.A.», contra la negativa del registrador de la Propiedad de Roquetas de Mar número 1, don Cristóbal Avilés Hidalgo, a la anotación preventiva de una querella.

#### Hechos

##### I

Se presenta en el Registro mandamiento de anotación preventiva de querella, entre otros, contra el presidente de una comunidad de propietarios en propiedad horizontal. La querella se formula por algunos copropietarios. En ella se expone que la propiedad horizontal se compone, además de los elementos comunes normales, de unos terrenos que actualmente son edificables como consecuencia de una nueva normativa urbanística y que los querellados, aportando una certificación falsa, en la que se hace constar haberse tomado acuerdo unánime consintiendo en el hecho, han realizado edificaciones e incluso vendido algunas de ellas en dichas zonas que son comunes.

Como consecuencia de ello, se formula querella por delitos de falsedad en documento privado, estafa y otros, acordando la juez dirigir mandamiento al Registro para la anotación preventiva de tal querella.

##### II

El registrador deniega la práctica de la anotación en méritos de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar n.º 1. Cristóbal Avilés Hidalgo, Registrador de la Propiedad Roquetas de Mar n.º 1, conforme al art. 18 de la Ley Hipotecaria, formuló la siguiente calificación negativa, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho. A) Hechos: 1. Título que se califica: Mandamiento expedido el 25/10/2011 por la titular del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción número 4 de Roquetas de Mar, en el que se sigue procedimiento «diligencias previas 755/2011», presentado por duplicado el 26/03/2012 bajo el asiento 438 del Diario 91, para que se proceda a tomar anotación preventiva de la querella en la inscripción correspondiente a la obra nueva y división horizontal declarada sobre la finca 7.715-N de este Registro. A dicho mandamiento se acompañan meras fotocopias carentes de toda autenticidad del escrito de la querella presentado en el Juzgado. 2. Según tales documentos se imputa a F. G. H. y E. H. R. diversos delitos pero no existe ninguna petición con alcance real susceptible de dar lugar a asientos registrales. Me remito en este punto, por razón de economía procesal, a dicha documentación dada su extensión. 3. La anotación se ordena sobre la finca registral 7.715 de Roquetas de Mar. Dicha finca se corresponde con un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal que resulta dividido en 259 elementos individuales independientes, registrales 23.643 a la 23.901, de suerte que, conforme al artículo 396 del Código Civil, a cada finca independiente le corresponde un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes, siendo sede registral de esos elementos comunes la finca 7.715, que por lo tanto corresponde a todos y cada uno de los titulares de los pisos,

locales y garajes en que está dividida, en proporción a sus respectivas cuotas. Debe en este punto reseñarse que no se ordena tomar anotación sobre ninguno de los elementos independientes del edificio. B) Fundamentos de Derecho: Artículo 20 de la Ley Hipotecaria. En su párrafo primero se establece, que para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada. En su último párrafo, se dice: «No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta a aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento». El artículo 24.1 de la Constitución, para evitar la indefensión, exige que el que figure como titular registral sea parte en el procedimiento, enlazando así con el principio de tracto sucesivo y de salvaguarda judicial de los asientos, tal como ha señalado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado. Artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento, artículos 98 y 42.1 de la Ley Hipotecaria. Artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 166.2 de su Reglamento. Artículo 396 del Código Civil y 8.4,5 de la Ley Hipotecaria. La reiterada doctrina de la D. G. R. N. afirmando que conforme al art. 42 de la Ley Hipotecaria, el objeto de la anotación de demanda es el ejercicio de una acción con trascendencia real inmobiliaria. Señala el centro directivo que es indiferente el procedimiento a través del cual ésta se haga valer (demanda o querrela), pero es necesario que del mandamiento judicial o del testimonio de la querrela que recoja el correspondiente suplico, resulte ejercitada una acción civil de trascendencia inmobiliaria, como la nulidad de un título inscrito (Resoluciones de 13, 14 y 15 de noviembre de 2000 o 9 de septiembre de 2004), o una rectificación registral (Resoluciones de 6 de octubre de 2005 o 19 de septiembre de 2006). La doctrina que igualmente mantiene la D. G. R. N. en materia de tracto sucesivo, que es corolario registral del principio constitucional de tutela judicial efectiva, al exigir para la anotación de una querrela que sean parte en el procedimiento los titulares registrales (Resoluciones de 20-06-2001, 31-01-2002, 01-02-2002, 19-10-2002, 09-09-2004, 19-12-2006, 14-02-2008, 18-02-2009,...). Vistos los anteriores hechos y fundamentos de derecho, acuerdo denegar la anotación de querrela solicitada, observándose como defectos los siguientes: 1) No dirigirse el procedimiento contra los titulares de la finca registral 7.715, que son todos y cada uno de los que lo son de las fincas independientes que proceden de ella, de manera que todos, sin excepción, bien como demandantes, bien como demandados sean parte en el procedimiento. Practicar la anotación del mandamiento presentado supondría gravar los elementos independientes del edificio sin que sus titulares hayan sido demandados, lo cual lesiona su Derecho a la tutela judicial y el principio del tracto registral consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Ello constituye un defecto insubsanable, puesto que ampliar la demanda a otros titulares daría origen más a un nuevo título que a una mera subsanación. 2) La demanda planteada carece de trascendencia real que la haga susceptible de ser anotada en el Registro, puesto que junto a la querrela criminal no se ejercita acción civil alguna que pueda conllevar la nulidad de un título inscrito o la rectificación del contenido del Registro. Así lo ha reiterado continuamente la D. G. R. N. en resoluciones tales como las señaladas en los fundamentos de derecho. Ello constituye defecto insubsanable, por lo que se deniega igualmente la anotación. En relación con esto, además debe señalarse como defecto formal subsanable, el que se haya acompañado al mandamiento unas meras fotocopias de la demanda, carentes de autenticidad. Así por aplicación entre otros del artículo 3 de la Ley Hipotecaria o el 166.2 del mismo texto legal, que exige una clara constatación del objeto de la demanda anotada. 3) El artículo 396.3 del Código Civil, relativo a la propiedad horizontal, señala que «las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable». En relación a ello cabe señalar que para el caso de que se estimare (lo que no comparte como se ha dicho el que

suscribe) que la demanda goza de trascendencia real es incontestable que cualquier consecuencia real de la misma conllevaría asientos en los pisos, locales y garajes del edificio (elementos principales a los que son inherentes las partes comunes), así por ejemplo modificación de cuotas de participación; y por ello es necesario que todo gravamen que afecte a los elementos comunes recaiga igualmente sobre los privativos. Sin embargo, se ordena anotación solo sobre la finca matriz, siendo así que por imperativo de la estructura jurídica del Régimen de Propiedad Horizontal deben anotarse los elementos principales (que son los privativos) y no solo los comunes, lo cual no ha sido ordenado y constituye defecto subsanable. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los arts. 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente nota de calificación (...) Roquetas de Mar, diez de abril del año dos mil doce.—El registrador (firma ilegible), Cristóbal Avilés Hidalgo—».

## III

La recurrente impugna la calificación interponiendo el siguiente recurso: I. La recurrente hace mención a que el presente recurso se interpone conforme a lo previsto en los artículos. 332 y siguientes de la Ley Hipotecaria, ante el Registro que calificó negativamente conforme al artículo 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y para ante la Dirección General de Registros y del Notariado, en tiempo hábil para ello y mediante la representación que ostenta y tiene acreditada en la querella y en la presentación del mandamiento ante dicho Registro; II. Estima la recurrente que en primer lugar que el registrador yerra en su calificación al considerar que se trata como dice de una «demanda», como si se trata de una mera cuestión civil, ya que el procedimiento incoado en el que se emite el mandamiento denegado es una «querella criminal». Que no es cierto, como dice el registrador que no se ejercite acción civil alguna que conlleve la nulidad de título o la realidad registral. Se obvia por el mismo, que cuando se ejercita la acción penal, como sucede en el presente caso, se ejercita la acción civil, conforme impone el artículo 109.1 del Código Penal, ya que esta solo puede tenerse por no ejercitada mediante renuncia expresa como señala el número 2 del citado precepto. En el presente caso no habiéndose hecho reserva de acciones civiles ni renunciando a la misma, es evidente que procede considerar en Derecho ejercitadas ambas acciones la penal y la civil. Dicha responsabilidad conforme al artículo 110 de dicho texto legal, comprende por imperativo legal: 1.º La restitución; 2.º La reparación del daño y 3.º la indemnización de daños y perjuicios. Pues bien nos encontramos con que en base a un documento falsario (sic), según propio reconocimiento de parte como recoge el auto resolutorio de la reforma, ha procedido a la venta de unos apartamentos ubicados en un edificio que se ha construido en zona común, disponiendo de la misma contra *legem* al haber actuado sin la unanimidad que exige e impone inexcusablemente el artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960. Es evidente que las compraventas realizadas ilegalmente por los querellados podrían llegar, previa segregación de elementos comunes, y mediante escritura pública al Registro de la Propiedad, motivándose por tanto una relevancia real en tal documento y actuación falsaria (sic). De otro lado no se puede obviar que el Juzgado *a quo*, que emite el mandamiento actúa en ejercicio del derecho constitucionalmente establecido en el artículo 24 de la Constitución Española de la tutela judicial efectiva para evitar los efectos perniciosos de la conducta falsaria, y estima la recurrente que debe ser correspondido por el Registro conforme le impone el artículo 9 de la citada Constitución. Sin perjuicio de la nulidad de los posibles títulos que se deriven de la pretendida segregación y pretendidas ventas, además concurre en el presente caso el hecho de relevancia dominical y registral que lógicamente, en el devenir lógico de las conductas, llevaría al Registro unos falsos documentos, que motivarían unos asientos registrales nulos, que es precisamente lo que se pretende evitar con la anotación preventiva de la querella; III. Continúa la recurrente

manifestando que la pretensión del registrador de que no cabe la anotación al no haber sido citados todos los copropietarios del edificio, carece, dicho esto en términos de defensa, de sentido. Siguiendo esta tesis del registrador, cabría decir, que al estar parte de los apartamentos que constituyen el edificio antiguo, hipotecados, al minorarse la superficie de los elementos comunes, se minoraría la cobertura de dicha garantía hipotecaria, por lo que siguiendo con su razonamiento, también habría de haber «demandado» a las entidades hipotecantes. Carece de sentido tal razonamiento, ya que nos encontramos. En primer lugar en un procedimiento penal, derivado de «querrela» y no de demanda como sería el civil, que incluye la acción civil como se dice, pero derivada de la penal (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2001 entre otras). Y en la acción penal, sólo cabe dirigirse frente a los autores del hecho que se reputa delictivo, es decir los querrelados citados, conforme impone el artículo 28 del Código Penal, sin que se pueda en Derecho y en la más mínima lógica jurídica dirigir acción contra los que no han participado en los hechos delictivos. Exigir la querrela contra todos esta fuera de lugar, es más, de procederse como se pretende por el registrador, la parte recurrente pudiera estar incurriendo en alguno de los delitos incardinados en los artículos 456 y siguientes del Código Penal. Pero además en segundo lugar, hay de señalar que la Comunidad de Propietarios de la que es presidente el querrelado don E. H. R., si bien carece de personalidad jurídica, si tiene personalidad procesal, precisamente a través de su representante legal que es su presidente. Volviendo a examinar la querrela se advierte que se trata de una actuación falsaria (sic) que afecta a los elementos comunes del edificio, sobre los que los condueños por separado carecen de capacidad de disposición. Es significativo que el propio registrador, reconozca este extremo cuando cita el artículo 396.3 del Código Civil en el sentido de que las partes comunes no son en ningún caso susceptibles de división. La Ley de Propiedad Horizontal antes citada, otorga al presidente la facultad de administrar esos elementos comunes, y a la Junta de Condueños su disposición en el régimen de mayorías que recoge el artículo 17, siendo precisa la unanimidad para la segregación y venta, ya que afectarían al título constitutivo de la Comunidad y a los títulos de propiedad de los distintos copropietarios. El Sr. H. R., no solo es firmante del documento falso (sic), sino que además es presidente de la Comunidad de Propietarios, administradora de las zonas comunes, y cuya voluntad ha suplantado, lo que impone que recaiga en él la acción penal. La normativa procesal y sustantiva penal impone el actuar como lo han hecho mis mandantes, sin que sea exigible a los mismos la pretensión del registrador. Traer a los demás condueños, e incluso como se ha indicado a las entidades hipotecantes, no puede ser ejercitado en Derecho careciendo de sentido jurídico. Pero es que si lo que se pretende es que todos los comuneros tengan conocimiento de la existencia del presente procedimiento criminal, la forma no es el ejercicio frente a los mismos a nivel personal de un acción penal como se infiere de la calificación recurrida, sino que tal conocimiento les ha de llegar a través del máximo órgano de gobierno de una comunidad de propietarios, esto es, a través de la junta general, cuyas funciones son justamente estas, la de informar [Artículo 14 e) Ley 49/1960]. A partir de ahí, cada comunero tendrán la potestad –si es que se considera perjudicado u ofendido– de mostrarse parte en la causa sin la necesidad de formular querrela (artículo 783 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Pues bien, todos los pormenores de la querrela fueron debidamente expuestos en junta general de la comunidad de propietarios Bahía Serena de 28 de enero de 2012, y a partir de ahí quien se considere perjudicado por la medida adoptada por el tribunal podrá impetrar su derecho como considere oportuno (sic), mediante la oportuna personación tal y como permite el referida artículo de la ley ritual criminal. Para la parte recurrente, lejos de lo alegado por el registrador, lo que realmente lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, es el impedimento del acceso de la medida cautelar adoptada al acceso tabular; IV. Respecto de lo manifestado por el registrador en el sentido de que la «demanda» tiene relevancia real y debía anotarse en todos los asientos correspondientes al dominio de cada uno de los distintos copropietarios, reitera la recurrente que carece de sentido, ya que eso no es lo pedido. Se trata de evitar con la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal, como se ha dicho anteriormente,

evitar los efectos de la certificación falsa, y ello afectaría en primer lugar a la segregación de la zona común vendida a terceros, y una vez segregado a la modificación de la división horizontal. Pues, bien, es en ese asiento en el que se pretende la anotación preventiva de la querella, como medida cautelar, para que una vez acreditada que la certificación que posibilitaría tal segregación y modificación es falsa, como se indica en el repetido auto aportado, pueda llevarse a cabo la misma. Lo que se pretende es que no se modifique la obra nueva y la división horizontal, que se mantenga en su situación actual, por lo que no hay que realizar anotación o asiento alguno en cada dominio individual. Se pregunta la recurrente por qué el registrador establece dicho criterio, cuando realmente lo pedido es todo lo contrario, y únicamente basta y sobra con evitar la modificación de la segregación que afectaría a la obra nueva y a la división horizontal que a su vez afectaría a los individuales copropietarios, que es lo que se pretende evitar por el juzgado de Instrucción con la anotación que manda se haga. Resulta un contrasentido lo manifestado por el Registro en este punto, ya que no se solicita se inscriba algo que afecte a los dominios individuales, sino que lo que se pretende es que no se inscriba nada derivado de un documento falso como es la certificación que pretende acreditar una unanimidad que no ha existido nunca según han reconocido los querellados (sic). La posible inscripción sustentada en un título falso inscripción si que afectaría a derechos individuales, que es justamente lo que se pretende evitar con la medida adoptada. Se alega de otro lado por el Registro la vulneración del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por cuanto se aportaron mera copias de la «demanda», cuando lo cierto es que el mandamiento era un documento original diligenciado por el secretario judicial, y en su caso, el Registro debiere de haber compelido a esta parte de conformidad con el artículo 9 de la citada ley- a aportar la documentación que considerase oportuna, no traer a colación tan nimio argumento en la calificación; y V. Por último la recurrente hace mención a los artículos 3 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal ya citada que establece el régimen de Propiedad Horizontal y el contenido de su título constitutivo. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en orden a la protección registral ante un ilícito de naturaleza penal. El artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a las medidas cautelares que se pueden adoptar por el y juez de Instrucción competente en el curso de la misma seguida por delito, entre las que se encuentra la finalidad de evitar las consecuencias del delito. La Dirección General de Registros y del Notariado ha establecido en reiteradas resoluciones la legitimidad de la anotación preventiva en este tipo de situaciones: La Resolución de 11 de febrero de 2005, que recoge la doctrina de que procedería la anotación cuando del éxito de la querella resulte la nulidad del título traslativo de propiedad, como sucede en este caso al ser falsaria la unanimidad alegada. Igualmente la Resolución de 13 de noviembre de 2000, establece la doctrina de que cuando en la querella se ejerce la acción civil, debe garantizar el registrador en el ámbito registral la efectividad del pronunciamiento judicial que en su día se dicte. A la vista de ello, y del flagrante riesgo de transmisión de bienes –lo que supondría permitir la perpetuación de la acción criminal– e incluso el perjuicio generable por transmisión a tercero de buena fe, es por lo que solicita la recurrente que estimando el presente recurso se revoque la calificación efectuada, dando lugar a la anotación del mandamiento judicial interesado.

#### IV

El registrador se mantuvo en su criterio elevando las actuaciones a este Centro Directivo con el oportuno informe, con fecha 28 de mayo de 2012.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 111 del Código Penal; 5, 18, 20, 42, 65, 257 y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 100, 165 y 198 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de enero, 24 de octubre y 25 de noviembre de 1977 y 5 de octubre de 1979; y las Resoluciones de esta Dirección General

de 19 de julio y 13, 14 y 15 de noviembre de 2000, 14, 18 y 19 de mayo, 20 de junio y 14 de noviembre de 2001, 31 de enero, 1 de febrero y 12, 25 y 28 de septiembre de 2002, 9 de septiembre y 27 de diciembre de 2004, 23 de julio, 4 y 6 de octubre y 29 de diciembre de 2005, 19 de diciembre de 2006 y 14 de febrero de 2008.

1. Se presenta en el Registro un mandamiento de anotación preventiva de querella por falsedad y estafa contra el presidente de una comunidad de propietarios en propiedad horizontal, por haber aportado una certificación falsa de un acuerdo de la que resulta facultado por unanimidad para determinados actos con trascendencia registral.

2. El registrador deniega la práctica de la anotación por los tres defectos siguientes:

- No dirigirse el procedimiento contra todos los titulares de la propiedad horizontal.
- Carecer la demanda de trascendencia real, por no pedirse la nulidad de un título o la rectificación del contenido del Registro.
- Porque, al ser los elementos comunes parte inseparable de los pisos, debe ordenarse la anotación sobre todos ellos y no solo en los elementos comunes.

3. La anotación de querella es una modalidad de la anotación de demanda, regulada en el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria. Admitido por la doctrina y por las Resoluciones de este Centro Directivo que la anotación de demanda puede practicarse siempre que la estimación pueda producir una alteración registral, con objeto de que durante la sustanciación del procedimiento no puedan surgir terceros a los que tal procedimiento no pudiera afectarles, dada la eficacia relativa de la sentencia y el principio de fe pública registral, y, dado que tal efecto puede producirse por la estimación de una demanda y también por una querella (pues la nulidad de un título o de una inscripción puede producirse por el ejercicio de una acción penal), este Centro Directivo ha admitido la anotación preventiva de querella siempre que, como consecuencia de tal querella pueda producirse una alteración del contenido registral.

4. El primero de los defectos es el de no haberse dirigido la acción contra todos los titulares de los elementos privativos de la propiedad horizontal. Pero tal defecto ha de ser rechazado puesto que, por una parte, una acción penal sólo puede dirigirse contra aquél que se entiende ha incurrido en la infracción de tal tipo, y, por otra, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 5 de enero, 24 de octubre y 25 de noviembre de 1977 y 5 de octubre de 1979, por citar sólo algunas), cualquier comunero (y la propiedad horizontal es, en definitiva, una forma de comunidad, al menos de los elementos comunes), por sí solo, está legitimado para ejercitar acciones que defiendan a todos, resultaría absurdo entender que, sólo por ello, todos los restantes comuneros constituyen un litisconsorcio pasivo necesario.

5. El segundo de los defectos radica en considerar que la querella carece de trascendencia real, pero ello no es así. Tratando la querella de la falsedad de un documento (la certificación falsa de un acuerdo) que puede ser la base de una alteración registral, la trascendencia real es clara, pues se trataría de la inexistencia de unas facultades con cuyo ejercicio puede producirse tal alteración registral, y de hecho, alteraciones registrales de tal tipo se denuncian en la querella presentada.

6. El tercero de los defectos radica en estimar que, al ser los elementos comunes inseparables de los privativos, la alteración de aquéllos supone una alteración de éstos, por lo que la anotación debería ordenarse sobre todos y cada uno de los elementos privativos. Sin embargo, la doctrina ha distinguido entre los elementos comunes los elementos comunes por naturaleza o esenciales (que siempre deben existir) y elementos comunes por destino o accidentales (que no tienen porqué serlo necesariamente). Pues bien: unas superficies de terreno existentes dentro de la propiedad horizontal no son elementos comunes esenciales, y, por ello, no son necesariamente inseparables, por lo que pueden ser negociables con independencia. Por ello, basta con que la anotación solicitada se hiciera constar en la inscripción general, donde resultan descritos tales elementos.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto.

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, 13 de julio de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.