

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

1575 *Resolución de 15 de enero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Ourense n.º 2 a inscribir una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por doña R. M. B. R. contra la negativa del registrador de la Propiedad de Ourense número 2, don Jesús Taboada Cid, a inscribir una escritura de compraventa.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada por el notario de Ourense, don Carlos Martínez Sebastián, como sustituto de su compañero de residencia, don Fernando Martínez-Gil Fluxá, el 24 de noviembre de 2004, con número 1.923 del protocolo del sustituido, la entidad «Asociación Deportiva y Cultural Club de Tenis» vendió a los cónyuges don J. L. S. A. T. y doña R. M. B. R. una finca situada en término municipal de Ourense (finca registral número 14.885 del Registro de la Propiedad número 2), así como una participación indivisa de otra finca sita en igual término, destinada a viales (finca registral número 14.927).

II

Presentada en el Registro de la Propiedad número 2 de Ourense, fue calificada el día 27 de septiembre de 2012 con la siguiente nota, expedida por el registrador de la Propiedad, don Jesús Taboada Cid: «Rexistro da Propiedade de Ourense n.º 2 Hechos: Se presenta en este Registro, a las 13 horas 31 minutos del día siete de febrero de dos mil doce, bajo el asiento de presentación número 373 del Diario 44.º una escritura autorizada por el notario que fue de Ourense, don Carlos Martínez Sebastián, sustituyendo a su compañero de residencia, don Fernando Martínez Gil Fluxá, el veinticuatro de noviembre de dos mil cuatro, y para su protocolo número 1.923. La escritura fue calificada negativamente, el día veinticinco de Febrero de dos mil doce y, consecuentemente, prorrogado el asiento de presentación por el plazo de sesenta días que señala el artículo 323.1.º de la Ley Hipotecaria; habiendo sido notificada tal circunstancia al presentante el día veintiocho del citado mes de Febrero, por lo que la prórroga antes señalada terminó el día catorce de mayo de dos mil doce. Dicha nota de calificación no fue recurrida dentro de los plazos establecidos. Vuelto a presentar el documento, a las 13 horas 50 minutos del día doce de septiembre de dos mil doce, bajo el asiento de presentación 1.925 del Diario 44.º, posibilidad prevista en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario, vuelve ahora a ser objeto de nueva calificación. En dicha escritura, la entidad «Asociación Deportiva y Cultural Club de Tenis», antes denominada «Club De Tenis, Sociedad Deportiva y Cultural», vendió a los esposos don J. L. S. A. T. y doña R. M. B. R., que compraron para su sociedad de gananciales, un solar sito en el lugar de Ramirás, parroquia de Arrabaldo, municipio de Ourense, que resulta ser la finca 14.885 de dicho municipio, así como una participación indivisa de otra finca sita en igual término, destinada a viales. Del Registro resulta que en la inscripción 1.ª de la citada finca 14.885 que ahora se transmite, se hizo constar que a dicha parcela «le pertenece como elemento común una participación proindivisa del uno por ciento sobre la finca 14.926», obrante al folio 100 del Libro 149 del municipio de Ourense, la cual se destina a zona de uso social y deportivo. A su vez, en la descripción de la indicada finca 14.926, se hace constar lo

siguiente: «Esta finca, sin posible división, según lo dispuesto en el artículo 401 del Código Civil, pertenece como elemento común en la proporción proindivisa de un uno por ciento, a cada una de las fincas números 14.850 a 14.892, a los folios 48 a 173 del Libro 148 de este Ayuntamiento, y a los folios 1 a 94 de este Libro», es decir, el Libro 149 del Ayuntamiento de Ourense, que comprende las fincas 14.893 a 14.924. De todo ello resulta que la finca 14.885, objeto de la escritura presentada, se encuentra entre las anteriormente relacionadas. De los antecedentes del Registro, resulta también que la entidad vendedora adquirió la indicada finca registral 14.885, según su inscripción 2.ª, en unión de la participación indivisa del uno por ciento de la finca registral 14.926 que le corresponde como elemento común. Sin embargo, se observa que en el documento que ahora se califica, no es objeto de venta ninguna participación indivisa del uno por ciento de la meritada finca 14.926 del municipio de Ourense, participación que retiene para sí la entidad vendedora. Fundamentos de Derecho; Examinado el precedente documento y vistos los artículos 1, 2.2, 8, 9, 13, 18, 38 y 243 de la Ley Hipotecaria, el artículo 396 del Código Civil, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 27 de mayo de 1988 y de 2 de marzo de 2007, se suspende la inscripción del precedente documento: 1.–Conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el Registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación –entre otros extremos– a «los obstáculos que surjan del Registro», a «la legalidad de sus formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción», a «las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos» y a «la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad». Añadiendo el artículo 18 que la calificación de las escrituras públicas se efectuará «por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». 2.–La cuestión que este documento plantea, desde el punto de vista registral y sustantivo, es la de si la transmisión de un solar en una urbanización privada surgida por división material debe llevar consigo necesariamente la enajenación del uno por ciento de otra parcela destinada a uso social y deportivo. Como resulta claramente de los Hechos y de los asientos del Registro, que están bajo la salvaguardia de los tribunales y bajo la presunción de exactitud (artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria) y, sin prejuzgar la intención de la sociedad propietaria de la primitiva finca que fue objeto de división, lo cierto es que, tanto en la inscripción de la finca 14.885 –solar transmitido–, como en la registral 14.926 –finca destinada a uso social y deportivo– consta que a la primera le pertenece como elemento común una participación proindivisa del uno por ciento sobre la segunda y que ésta pertenece como elemento común en la proporción del uno por ciento, entre otras, a las fincas números 14.850 a 14.892. Por tanto el solar adquirido –finca registral 14.885– por el señor S. A. y esposa se encuentra entre los predios que tienen inherente la participación del uno por ciento. 3.–No cabe duda de que, al amparo del sistema de «numerus apertus» que rige en nuestro Derecho en la creación de derechos reales (artículo 2.2. de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento y en especial en las figuras comunitarias, como en la propiedad horizontal), existe la posibilidad de que una finca, dentro de un complejo inmobiliario surgido por división material, pueda tener una participación en otra y hallarse ambas unidas de modo insoluble. Esto puede efectuarse bien por la vía de la «vinculación ob rem» (supuesto hoy en día más frecuente) o por la vía de considerar, como en el caso presente, que la parcela adquirida tenga «como elemento común la participación del uno por ciento» sobre la finca destinada a uso social y deportivo». Esta fórmula fue la adoptada en la escritura de división material otorgada el dieciocho de Agosto de mil novecientos setenta y nueve, antes de que se desarrollara en la práctica registral la aplicación de las vinculaciones «ob rem» a los complejos inmobiliarios. De todas formas, es evidente la similitud entre uno y otro sistema, cualquiera que sea la denominación que se adopte. Confirma esta interpretación «a sensu contrario» la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 2007 en la que se vendía una finca rústica, entendiendo la registradora que debía venderse también una porción indivisa de otra considerada

como comunal. La Dirección entiende que al no constar en la finca transmitida ninguna referencia a esa parcela comunal cabe la enajenabilidad separada, pero que sería posible y obligatoria la enajenación conjunta en el caso de «resultar de la inscripción registral de la finca vendida». Añade que del folio registral de ésta última no figura «afirmación alguna de vinculación ob rem que en ningún caso se puede presumir ni establecer de forma tácita». En el caso presente la vinculación figura no solo en el folio registral del solar transmitido sino también en la finca común o vinculada, por lo que ésta no puede seguir un régimen jurídico distinto del de la finca a la que está adscrita. En definitiva, si se considera la participación indivisa del uno por ciento como elemento común de la parcela privativa transmitida quiere decirse que la primera es accesoria de la segunda, y esta accesividad supone una conexión entre ambas propiedades, con subordinación de la primera sobre la segunda. 4.–Por último, confirma y refuerza esta interpretación el artículo 396 del Código Civil en su párrafo segundo, al establecer en relación con la propiedad horizontal, que «las partes en copropiedad... solo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable». Medios de subsanación: 1.–Es necesario, al disponerse de una finca sin hacerlo simultáneamente con la cuota indivisa que le está vinculada según el Registro, otorgar escritura de subsanación con el concurso de las dos partes contratantes o resolución judicial firme que así lo declare. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo de sesenta días que señala el artículo 323.1.º de la Ley Hipotecaria, contados desde la fecha de la última notificación. Contra la presente nota (...) Ourense, 27 de septiembre de 2012.–El registrador.–(firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Mediante escrito que tuvo entrada en el citado Registro de la Propiedad el día 26 de octubre de 2012, doña R. M. B. R. interpuso recurso contra la anterior calificación, en el que alega lo siguiente: «A) Antecedentes I.–Mediante escritura de división material otorgada el 18 de agosto de 1979 ante el Notario de Ourense don Vicente Caamaño Fernández (cuya fotocopia se acompaña al escrito de recurso), se segrega la finca descrita en el apartado a) de la referida escritura, resultando un total de 78 fincas distintas. De estas 78 fincas, la señalada bajo el número 36 (finca registral 14885) es la de los recurrentes, cuya descripción es la siguiente: «Finca de dos mil quinientos noventa y ocho metros cuadrados aproximadamente. Linda: (...) Le pertenece como elemento común una participación proindivisa de un entero y veintinueve centésimas por cien, sobre la finca descrita en el número 78 de este apartado cuarto, y una participación proindivisa de un uno por cien sobre la finca descrita en el número 77 de este mismo apartado, con las limitaciones, en ambos casos, que se recogen en las respectivas fincas». La finca número 78 que se menciona es la destinada a viales y la número 77, destinada a uso social y deportivo, es la que ha dado lugar al recurso. La finca número 77 (finca registral n.º 14.926 del Registro n.º 2 de Ourense), se describe así en la escritura de división material: «Finca de unos veinte mil metros cuadrados aproximadamente, destinada a uso social y deportivo. Linda: (...) Esta finca sin posible división según lo dispuesto en el art. 401.1.º del Código Civil, pertenece como elemento común, en la proporción proindivisa de un uno por cien respectivamente a cada una de las setenta y cinco primeras fincas que se han reseñado anteriormente en este apartado y el veinticinco por ciento restante, también pertenecen como elemento común en la proporción proindivisa de un uno por ciento respectivamente, a las primeras veinticinco fincas que se han reseñado en el apartado III de esta escritura, y en ningún caso habrá lugar al derecho de retracto de comuneros y colindantes por las transmisiones que se efectúen. En consecuencia, la transmisión de dichas participaciones proindivisas no pueden ser independiente de la de la finca de la que es elemento común, excepto en el supuesto de que la totalidad de los copropietarios proindiviso acuerden por unanimidad transmitirla conjunta y simultáneamente a una misma persona». Esta misma consideración como elemento común y prohibición de enajenación separada se indica respecto de la finca

número 78, destinada a viales. II.—En escritura de rectificación otorgada el 8 de noviembre de 1983 por todos los que en aquel tiempo eran propietarios de las fincas relacionadas en la escritura de división material de 18 de agosto de 1979 (cuya fotocopia se acompaña al escrito de recurso), se acuerda rectificar ésta en el sentido de tener por no puesta la limitación a la transmisión del 1% que cada una de las fincas ostentaba sobre la finca n.º 77, destinada a uso social y deportivo. Ambas escrituras accedieron al Registro de la Propiedad en la misma fecha, el 3 de octubre de 1985, eliminándose en la inscripción la limitación a la libre transmisibilidad del 1% de la finca destinada a usos deportivos pero manteniendo la mención de dicha finca como «elemento común». III.—En escritura de compraventa otorgada el 8 de noviembre de 1983 ante el Notario de Ourense Don Pedro Avila Navarro, la mercantil Ramiras, S.A. vende a Club de Tenis, Sociedad Deportiva y Cultural (posteriormente denominada «Asociación Deportiva y Cultural Club de Tenis») diez parcelas, entre las que se encuentra la de la recurrente y 10 participaciones indivisas del 1% sobre la finca n.º 77 destinada a uso social y deportivo así como el 13,96% de la finca n.º 78 destinada a viales. Dicha compraventa accedió al Registro, según resulta de la certificación que se aporta con el presente recurso. IV.—En la escritura que se presenta para su inscripción, otorgada el 24 de noviembre de 2004, la Asociación Deportiva y Cultural Club de Tenis (anteriormente denominada «Club de Tenis, Sociedad Deportiva y Cultural»), vende a la recurrente —y su esposo— la finca n.º 36 (finca registral n.º 14.885 del registro n.º 2 de Ourense) así como el porcentaje de un entero y tres mil noventa y seis diezmilésimas por ciento de la finca registral n.º 14.927, destinada a caminos, pero no el 1% de la finca n.º 77 destinada a uso social y deportivo, circunstancia que determina la suspensión de la inscripción de la compraventa. Fundamentos jurídicos Suspende el Registrador la inscripción en aplicación de las disposiciones reguladoras de la Propiedad Horizontal, contenidas en el art. 396 del Código Civil y la vigente Ley de Propiedad Horizontal que determinan la imposibilidad de enajenación de forma separada de las partes en copropiedad. La cuestión es determinar si la finca señalada con el número 77 en la Escritura de División Material, Finca Registral n.º 14.926, destinada a uso deportivo y social, tiene o no la consideración de elemento común respecto de las restantes parcelas relacionadas en la misma escritura y ello dependerá del valor que se otorgue a la Escritura de Rectificación de la división material. La posibilidad de atribuir la condición de elementos privativos a ciertos elementos considerados comunes en el título constitutivo, siempre y cuando no lo sean por su naturaleza o esenciales, como el suelo, cimentaciones, etc, mediante acuerdo unánime de todos los propietarios, viene siendo admitida por la doctrina científica sin género de discusión. Con independencia de la redacción poco afortunada de la escritura de rectificación, que por una parte mantiene la denominación de elemento común respecto de la finca n.º 77 y por otra autoriza su venta independiente como si tuviera la consideración de elemento privativo, lo cierto es que la intención de los otorgantes, que eran todos los entonces propietarios de las fincas a que se refiere la escritura de división material, fue la de posibilitar la venta de las participaciones del 1% pro indiviso de la finca n.º 77 por separado, con independencia de la parcela a la que dicho porcentaje estaba asignado, lo cual necesariamente suponía la desafectación de dicho inmueble, atribuyendo a dichas participaciones del 1% un carácter privativo, pues solamente eliminando la condición de elemento común de la finca n.º 77 sería posible la venta de forma independiente respecto de las parcelas. La rectificación operada en la inicial división material de la finca 14926 es fiel reflejo de la voluntad de sus otorgantes, la cual, además, resulta corroborada por el Acta de Protocolización de los Estatutos de la Comunidad de 8 de noviembre de 1983 (cuya fotocopia se acompaña al escrito de recurso), en cuyo Título III, estipulación tercera, se contempla la transmisión de las participaciones sobre la finca de uso social y deportivo con independencia de las parcelas destinadas a viviendas, regulándose incluso las condiciones de dicha transmisión. Por ello se considera que no procede denegar la inscripción de las transmisiones de dichas parcelas con independencia del 1% que tienen asignado de la finca n.º 77, al haber una rectificación de la inicial división material para posibilitar dichas transmisiones, aunque de forma errónea se indique que esa finca transmisible

separadamente constituye «elemento común». A mayor abundamiento, en fechas anteriores se ha autorizado la inscripción de compraventas de parcelas de la misma urbanización pese a no transmitirse tampoco el 1% sobre la finca destinada a usos sociales y deportivos. El caso más reciente, en fecha 24 de noviembre de 2004 (cuya fotocopia se acompaña al escrito de recurso), en la que se inscribe la compraventa otorgada entre Asociación Deportiva y Cultural Club de Tenis y doña M. S. A. B. y don J. R. O. R. de la finca 14886, de la misma fecha exactamente que la de los recurrentes, y en la cual la vendedora se reserva, sin enajenar, el 1% considerado «elemento común». Esta compraventa, al igual que otras anteriores, no tuvo impedimento alguno para acceder al Registro, lo que nos resulta realmente inexplicable».

IV

Mediante escrito de 8 de noviembre de 2012 el Registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 2.2, 38, 40, 42, 82, 257 y 326 de la Ley Hipotecaria; 392 y 396 del Código Civil; 7 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de abril de 1980, 27 de mayo y 20 de julio de 1988, 7 de enero de 1994, 2 de marzo de 2007, 5 de febrero de 2009, 8 y 18 de enero y 23 de diciembre de 2010, 13 de enero de 2011 y 23 de noviembre de 2012.

1. Para la resolución de este recurso son relevantes las siguientes circunstancias:

a) Mediante la escritura calificada, autorizada el 24 de noviembre de 2004, la entidad «Asociación Deportiva y Cultural Club de Tenis» vendió a dos personas casadas entre sí una finca situada en término municipal de Ourense (finca registral número 14.885 del Registro de la Propiedad número 2), así como una participación indivisa de otra finca sita en igual término, destinada a viales (finca registral número 14.927).

b) Del Registro resulta que en la inscripción 1.ª de la citada finca 14.885 que se transmite se hizo constar que a dicha parcela «Le pertenece como elemento común una participación proindivisa de un entero y veintinueve centésimas por ciento de la finca 14.927,... y una participación proindivisa del uno por ciento sobre la finca 14.926...», esta última destinada a zona de uso social y deportivo. Asimismo, en la descripción de la indicada finca 14.926 figura lo siguiente: «Esta finca, sin posible división, según lo dispuesto en el Artículo 401 del Código Civil, pertenece como elemento común en la proporción proindivisa de un uno por ciento, a cada una de las fincas números 14.850 a 14.892...».

c) El registrador suspende la inscripción porque considera que con la finca vendida (número 14.885) debe venderse también la participación indivisa del uno por ciento de la finca registral número 14.926 que le corresponde como elemento común.

d) La recurrente alega, en esencia, que la citada finca registral número 14.926, destinada a uso deportivo y social, no tiene la consideración de elemento común respecto de las restantes parcelas relacionadas en la misma escritura, según resulta de determinada escritura de rectificación de la anterior de división material (título rectificatorio cuya constancia registral no se acredita), toda vez que, con independencia de la redacción poco afortunada de dicha escritura de rectificación, que por una parte mantiene la denominación de elemento común respecto de la finca número 14.926 y por otra autoriza su venta independiente como si tuviera la consideración de elemento privativo, lo cierto es que la intención de los otorgantes, que eran todos los entonces propietarios de las fincas a que se refiere la escritura de división material, fue la de posibilitar la venta de las participaciones del uno por ciento pro indiviso de dicha finca por separado, con independencia de la parcela a la que dicho porcentaje estaba asignado, lo cual necesariamente suponía la desafectación de dicho inmueble, atribuyendo carácter

privativo a dichas participaciones del uno por ciento, pues solamente eliminando la condición de elemento común de la finca número 14.926 sería posible la venta de forma independiente respecto de las parcelas.

2. Conforme al párrafo primero del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma (cfr., entre otras, las Resoluciones de 5 de febrero de 2009, 8 y 18 de enero y 23 de diciembre de 2010, 13 de enero de 2011 y 23 de noviembre de 2012). Por ello, no pueden tenerse en cuenta para la resolución del presente recurso los documentos acompañados al escrito de interposición que no pudieron tenerse en cuenta en el momento de la calificación (a mayor abundamiento se trata únicamente de meras fotocopias no autenticadas).

Además, practicado un asiento en el Registro, éste queda bajo la salvaguardia de los tribunales y produce sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley, de modo que sólo puede ser rectificado o dejado sin efecto de acuerdo a los procedimientos legalmente previstos (cfr. artículos 1, 38, 40, 42, 82 y 257 de la Ley Hipotecaria). Por ello, para decidir sobre la calificación impugnada debe atenderse a los asientos registrales, de los que resulta inequívocamente que la participación de finca no transmitida pertenece como elemento común al propietario de la finca vendida.

Por regir en nuestro ordenamiento el sistema de «*numerus apertus*» de los derechos reales (cfr. artículos 2.2 de Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario) y en particular, en las figuras comunitarias (cfr. artículo 392, párrafo segundo, del Código Civil), nada se puede oponer a que determinada finca, susceptible de aprovechamiento independiente, se constituya como uno de los objetos sobre el que los titulares o cotitulares de otras fincas tengan, como tales, la consiguiente cotitularidad «*ob rem*»; lo que equivale a decir que la propiedad (o comunidad) existente sobre cada una de estas fincas tiene como inherente un derecho de comunidad sobre aquella otra (cfr., entre otras, las Resoluciones de 2 de abril de 1980, 27 de mayo y 20 de julio de 1988 y 7 de enero de 1994).

En el presente caso, de los asientos registrales resulta que la titularidad de la finca destinada a zona de uso social y deportivo se atribuye a los que en cada momento sean titulares de determinadas otras fincas (entre ellas la vendida –finca registral número 14.885–), de modo que se configura su dominio como un derecho subjetivamente real. Por ello, sin que proceda examinar en este expediente los procedimientos adecuados para una eventual rectificación registral de tal configuración, debe concluirse que el acto traslativo calificado ha de incluir necesariamente la participación indivisa de la finca común referida.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada.

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, 15 de enero de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.