

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR008985

RESOLUCIÓN de 23 de marzo de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación expedida por el registrador de la propiedad de Almonte, por la que en la que se deniega la inscripción de una escritura de rectificación de elementos integrantes de un edificio en régimen de división horizontal.

(BOE de 6 de abril de 2018)

SUMARIO:

Registro de la Propiedad. Constancia registral de la rectificación de la descripción de dos elementos integrantes de un edificio en régimen de división horizontal. Se pretende una alteración del régimen jurídico de los elementos comunes, lo que es materia que compete a la comunidad, exigiéndose unanimidad en tanto en cuanto tal alteración implica una modificación del título constitutivo y de los estatutos de conformidad con el artículo 17.6 de la Ley sobre propiedad horizontal. Así, aunque la exigencia de la unanimidad se ha ido superando tanto en el ámbito jurisprudencial, en supuestos concretos de abuso patente, como en el legislativo, con reformas puntuales como la más reciente, la Ley 8/2013, de 26 de junio, lo cierto es que la unanimidad no ha desaparecido, exigiéndose cuando se trata de cambiar la configuración, constitución o normas esenciales del inmueble. Pero es que, además, la rectificación solicitada conlleva, en última instancia, la modificación de la descripción de una de los elementos privativos efectuada sin el consentimiento de su titular registral, afectando a su derecho de dominio y requiriéndose por tanto el consentimiento individualizado del propietario correspondiente, el cual debe constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los artículos 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), de modo que no podrá inscribirse la modificación si no se ha otorgado *uti singuli* por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos afectados por la rectificación, sin que baste, por tanto, la unanimidad presunta, siendo necesario el consentimiento expreso y real de todos los titulares registrales. Y tales consentimientos, como ha quedado expuesto, no concurren en el presente caso, pues ni existe acuerdo unánime de la junta de propietarios para la modificación del título constitutivo de la división horizontal, ni en el otorgamiento de la escritura comparece uno de los titulares de los elementos privativos afectados por la modificación, siendo además que el resultado último de la rectificación solicitada conllevaría en realidad una alteración en la titularidad de ambas fincas, sin que proceda entrar a valorar los requisitos exigidos para su registración por no advertirse este extremo por el registrador en su calificación ni constituir objeto de recurso.

PRECEPTOS:

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 1, 18, 20, 40 y 326.

Ley 49/1960 (LPH), arts. 3, 10 y 17.

En el recurso interpuesto por don J. B. R., en nombre y representación de las mercantiles «Pipool-Roe, S.L.» y «Essentia-Hotel-Resort, S.L.», contra la nota de calificación expedida por el registrador de la Propiedad de Almonte, don José Carlos Roca García-Valdecasas, por la que en la que se deniega la inscripción de una escritura de rectificación de elementos integrantes de un edificio en régimen de división horizontal.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 8 de febrero de 2011 ante el notario de Pilas, don José María Varela Pastor, con el número 164 de protocolo, se rectificó la descripción de sendos elementos integrantes de un edificio en régimen de división horizontal. En concreto, en cuanto a la finca registral número 35.841 (actual 38.725) del término de Almonte, de una descripción consistente en edificación destinada a restaurante, cafetería y salón de usos múltiples, con una superficie construida de 1.368 metros cuadrados, un sótano que mide 1.402,77 metros cuadrados y patio privativo de 2.120,22 metros cuadrados, se pasaba ahora a una descripción consistente en edificación

destinada a recepción y administración con una superficie de 1.613 metros cuadrados, de los cuales 383 metros cuadrados están construidos y el resto, 1.230 metros cuadrados, se destinan a terraza. Y respecto de la finca registral número 35.839 (actual 38.727) también del término de Almonte, la finca descrita como edificación destinada a recepción y administración con una superficie, tras segregación, de 268,36 metros cuadrados se describía ahora como edificación destinada a restaurante, cafetería y salón de usos múltiples con una superficie total de 4.447 metros cuadrados, de los que 1.368 metros cuadrados están construidos y 3.079 metros se dedican a terraza, distinguiéndose en estos últimos la piscina y servicios anejos a la misma, que miden 1.580 metros cuadrados, 987 metros cuadrados de terraza propiamente dicha y el resto se destina a otros usos varios; teniendo, además, un sótano que mide 1.402,77 metros cuadrados.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Almonte, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Hechos: Don J. B. R. presentó el 08/11/2017, escritura autorizada el 08/02/2011, por el Notario de Pilas (Sevilla), don José María Varela Pastor, número 164/2011 de su protocolo, que causó el asiento de presentación número 734 del tomo Diario 179. Fundamentos de Derecho En la escritura que se califica se pretende modificar dos elementos privativos de una división horizontal, el número 72, que es la finca registral 35839 de Almonte (actualmente la 38727), y el número 73, que es la finca registral 35841 de Almonte (actualmente la 38725), tanto ampliando la superficie construida en los mismos como atribuyéndoles unas terrazas privativas, piscinas y servicios ajenos [sic] a las mismas, así como usos varios, y constando inscritos los distintos elementos de la propiedad horizontal a favor de personas diversas: 1. La finca número 38725, antigua 35841, señalada con el número 73, consta inscrita a nombre de persona distinta del que otorga el documento, por lo que sería necesario el consentimiento del titular registral (artículo 20 L.H.). 2. La descripción de la finca número 38727 en la escritura, antigua 35839, señalada con el número 72, sobre la que también se pretende declarar una ampliación de obra nueva, no coincide con la descripción de dicha finca en el Registro, habiéndose producido una segregación de parte de ella para formar la registral número 38918, e inscrita a nombre de persona distinta de la que otorga el documento (artículos 9 y 20 L.H. y 51 R.H.). Declarar una obra nueva basada en un certificado del año 2006, que comprende la descripción de la finca en su totalidad, implicaría la existencia de una doble inmatriculación en cuanto a dicha edificación. 3. Se precisa el consentimiento de todos los propietarios de la comunidad, ya que supone una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. En cuanto a la ampliación de los metros de obra construidos, la DGRN señala que "Es cierto que, tratándose de un elemento privativo, se admite la posibilidad de modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél, cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario" (vide el Artículo 7 de la Ley sobre Propiedad Horizontal); pero una modificación en la descripción de dos elementos privativos como la presente, en cuanto excede de ese ámbito de actuación individual que se reconoce por la Ley a su propietario, no puede llevarse a cabo sin que se acredite el acuerdo unánime de la junta de propietarios (vide artículos 5 y 17, apartados 6 a 8, de la Ley sobre Propiedad Horizontal). (Resoluciones de 9 febrero de 2008, 10 junio de 2010 y 8 de enero de 2016, entre otras). Por tanto, dado que se trata de una propiedad horizontal tumbada, lo que se está produciendo es una desafectación de elementos comunes e invasión de los mismos por parte de un propietario, así como la atribución a ese propietario de las terrazas, piscinas, y servicios ajenos a las mismas, e independientemente de contar con la licencia oportuna otorgada en su día por el Ayuntamiento como reformado al proyecto, al tratarse de un acto colectivo, también requiere el consentimiento unánime de los propietarios (Resolución de 10 de abril de 2007, entre otras). 4. El artículo 202 de la Ley Hipotecaria establece que cuando se declara una obra nueva o ampliación de obra, la porción de suelo ocupada por cualquier edificación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica, y la ampliación de obra de dos elementos independientes que se declara en la escritura que se califica, supone una ampliación de la obra nueva en su conjunto y modificación de la propiedad horizontal. Acuerdo En virtud de lo anteriormente expuesto, se deniega la práctica del asiento solicitado por los defectos insubsanables antes indicados. De acuerdo con el Artículo 323 de la Ley Hipotecaria, queda prorrogado el asiento de presentación por un plazo de sesenta días hábiles a contar desde la última notificación que se practique de esta calificación, la cual se envía al presentante y al Notario autorizante, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 202 L.H. Contra la presente nota de calificación: (...) Almonte, a 29 de noviembre de 2017. El registrador (firma ilegible) Fdo. Don José Carlos Roca García-Valdecasas».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. B. R., en nombre y representación de las mercantiles «Pipool-Roe, S.L.» y «Essentia-Hotel-Resort, S.L.», interpuso recurso el día 4 de enero de 2018 en el que alega lo siguiente: «Vista la calificación negativa de la escritura presentada ante ese Registro, que hace el Sr. Registrador en su escrito de inscripción negativa de 29 de noviembre de 2017 y notificado con fecha 12 de diciembre de 2017 del título de Escritura de Modificación, aclaración o rectificación de la escritura, autorizada por el Notario de Pilas (Sevilla), D. José María Varela Pastor, con fecha, 08-02-2011, con Protocolo número 164/2011, debidamente pasada por la Oficina Liquidadora que la Junta de Andalucía posee en La Palma del Condado, con fecha 07-03-2011 y 26-10-2016, respectivamente. La motivación de dicha denegación se basa en que se necesita el acuerdo unánime de la Comunidad de Propietarios "(...)" (Comunidad que abarca a los propietarios de los inmuebles que conforman la finca n.º 30402), y dado que el hecho a juicio de esta parte es contrario a derecho y, a tenor de cuanto dispone el artículo 327 de la LH y artículo 121 y 122 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, ante esa Dirección General presenta recurso de Alzada [sic], contra la negativa de Inscripción registral del protocolo anteriormente reseñado, en base a: Antecedentes de hecho: Primero: La escritura 164/2011 que se deniega la inscripción, es una propiedad privada, con propietario y debidamente inscrita en ese registro, existiendo además un Certificado emitido por el Ayuntamiento de Almonte en el que describe claramente la superficie de la finca 35.839, siendo a su vez el poseedor de toda la finca descrita en dicha escritura. Segundo: Que la Comunidad de vecinos "(...)", acoge a los propietarios de la finca número 30402, que nada tiene que ver con la finca en cuestión (demostrable por las actas de las mismas con las cuotas de participación de cada propietario, ya que como se ha dicho anteriormente, solo influye en el ámbito de la finca 30402). Tercero: Que se utiliza para rectificar y agrupar a sus orígenes la finca 26034, una Licencia de Obra que concede el Ayuntamiento de Almonte, a Urbanización Molino de Viento S.L., no teniendo nada que ver dicha comunidad, con la licencia de Obra, presentada (ya que se concede a una mercantil para la construcción de 49 bungalós en finca ajena a la 30402), es más se utiliza como título la mentada Licencia de obra, que solo autorizaba lo que en ella se dictaba (la construcción de 49 bungalós), hecho este contratado (sic) y ratificado por escrito por el propio Ayuntamiento de Almonte. Cuarto: La finca en cuestión estaba bien delimitada y con una superficie clara de 5849,77 metros cuadrados, contando además de la edificación, terraza, piscina y sótano, que tras la escritura y diligencia del Junio de 2013, se ha usurpado de la finca de mi propiedad 956,78 metros cuadrados, mas calles y viales que jamás fueron vendidos, solo la alícuota que por razón de propiedad le pudiera corresponder a la mercantil Umovil, y derecho de paso a los mismos., la venta se realiza de Cómala S.A. a Umovil, con protocolo número 3507 del Notario de Madrid D. Ángel Almoguera Gómez, con fecha 13 de agosto de 2009, en sus páginas de la 4 a la 40, está clara que la venta que se realiza entre las mercantiles, que no es otra que 49 bungalós. Dicha escrituras fueron debidamente inscritas en ese Registro. Quinto: Que se utiliza como título, la mentada Licencia de Obras de una mercantil, aprobada por una Comunidad de vecinos que nada tiene que ver con la finca, a la que se le autorizaba la obra, se realiza una escritura de fecha 18 de Junio de 2013, ante el Notario de Pilas, D. José María Varela Pastor, con número de Protocolo 693 de rectificación de obra nueva y Constitución de Conjunto inmobiliario, basada en hacer ver a los propietarios de la Comunidad de vecinos de la finca 30402, que era sobre la mentada finca, no sobre la 26034, cuestión esta incierta. Una vez realizada la mentada escritura, aprovechándose de la mentada licencia de Obras del Ayuntamiento de Almonte a Molino de Viento S.L., para constituir tres fincas nuevas, cuestión esta que ha sido planteada a dicho Ayuntamiento por esta parte, la cual ha sido contestada mediante certificado, que la Licencia de Obra solo amparaba, las obras descritas en la misma, nunca que sirviera para la constitución de tres fincas nuevas. Las fincas que aunque el Notario ya aludido dice que no hay constatación con las fincas ya registradas, es un hecho incierto, porque entre otras cosas los dos patios que habla de la finca que constituyen con la número 52, ya estaban inscritos y debidamente Registrados en ese Registro, en escritura con Protocolo 1222, del Notario de Pilas (Sevilla), D. José María Varela Pastor, de fecha 02 de septiembre de 2009 y diligencia unida a la misma, del mismo Notario, de fecha 29 del mismo mes y año., casualmente es la finca sobre la que levanta certificación el arquitecto de la mercantil Molino de Viento S.L., con fecha 28 de septiembre de 2013. Posteriormente se une a dichas escrituras una diligencia de Comparecencia con fecha 27 de Junio de 2013, del Sr. D. J. A. A. A., funcionario del Ayuntamiento de Almonte, donde le dice al Notario, que comparece con los mismos poderes que su comparecencia de fecha 18, cuestión esta que es falsa y que esta parte está en condiciones de probar documentalmente, le hace entrega al Sr. Notario de la Licencia de Obras de la Mercantil Molino de Viento S.L., a pregunta en dicha diligencia que hace el Notario al Sr. A. de donde salen esos terrenos (pág. 173 de dicha Diligencia), este responde que salen del propietario por anterior desafectación del suelo como elemento común, pasándolo a privativo y donación de las alícuotas de los propietarios por valor de 100,00 euros (cuestión esta que es falsa, los terrenos salen de la usurpación de la piscina calle y viales de la recurrente, así como la choza, antigua

recepción propiedad de Essentia-Hotel Resort, y que es parte de los terrenos de la matriz 26034. La mala fe se demuestra en la intencionalidad de engañar, basada no solo en los hechos narrados, sino que a los actuantes en dicha escrituras, solo se le da una matriz, sin hacer constar los más de sesenta folios que iban en la diligencia. El Sr. A. le dice al Notario que todo ello está amparado por la Licencia de Obras otorgada por el Ayuntamiento con fecha 14-06-2013, cuestión esta que se ha demostrado falsa a tenor de lo contestado por el Ayuntamiento, sobre el particular; siendo requerido por el Notario para que dicha modificación debe haber certificado de Arquitecto para la legalidad del acto, siendo entonces cuando se incorpora a la diligencia con fecha 28-06-2013 certificado emitido por el Arquitecto de Castilla la Mancha D. M. A. G. O., de igual fecha, en la que certifica que la finca número 52, está completamente terminada desde hace más de seis años. Curiosamente dicho Arquitecto forma parte de la Mercantil Umovi S.L., pudiendo demostrar con documentos notariales que dicho certificado no se atiende a la realidad, ya que la choza que allí existe, fue la antigua recepción estando en estado de abandono hasta el 2014, en la que el Sr. A. la pide prestada a esta parte y se empieza a arreglar los patios, existiendo fotos de las distintas épocas narradas y actas notariales y obras que aun al día de hoy se están realizando. Los hechos narrados a la vista del estudio y las diligencias practicadas por esta parte, pueden ser constitutivos de: Fundamento de Derecho. Primero.—La transmisión de la Propiedad en España, debe hacerse por título cierto y posesión, el artículo 609 del Código Civil establece los distintos modos de adquisición de la propiedad y los demás derechos reales "la propiedad se adquiere por ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición". Es a estos contratos, que deben ser complementados mediante la traditio o entrega de la cosa, a los que nos referiremos hoy. En primer lugar, hemos de poner de relieve que la adquisición de un determinado bien mediante un contrato implica un modo de adquisición derivativa, que tiene su causa en la titularidad de un propietario anterior que la transmite al nuevo adquirente, es decir, que la nueva propiedad deriva de la que tenía quien se la transmite mediante determinados tipos de contratos. Cuando tratamos de estos contratos de finalidad traslativa (el ejemplo paradigmático sería el contrato de compraventa), determinar cuando el comprador se ha convertido en propietario no es una mera cuestión de juristas, sino que puede encerrar multitud de problemas (un ejemplo serían los supuestos de doble venta). En este punto debemos volver al subrayado del artículo 609 en el que vemos que para la transmisión de la propiedad y otros derechos reales se requiere la existencia de dos elementos: 1. "Ciertos contratos", que han de tener finalidad traslativa del dominio 2. "Mediante la tradición" o entrega de la cosa sobre la que recaiga el derecho El adquirente, por tanto, solamente se convertirá en titular del derecho de propiedad, o cualquier otro derecho que recaiga sobre la cosa, cuando se haya producido la entrega de la cosa y dicha entrega se fundamente en un contrato que sea apto para transferir el dominio o el derecho real de que se trate. Esto es lo que nos lleva a la denominada teoría del título y el modo, denominación (muy utilizada en nuestra jurisprudencia) que hace referencia a la formalización conceptual de los requisitos de la traditio romana que tiene su punto de partida en dos famosos textos de los glosadores medievales: 1. Traditionibus et usucapionibus dominium rerum, non nudis pactis transferuntur (es decir, la propiedad sobre las cosas no es transferido por los meros pactos, sino mediante la tradición y la usucapión) 2. Nunquam nuda traditio transferit dominium, sed ita si venditio, aut aliqua justa causa proceperit, propter quam traditio sequeretur (o sea, la tradición no transfiere el dominio si no se encuentra precedida de venta o de otra justa causa). De conformidad con ello, es unánime la doctrina en definir que la característica fundamental del sistema español en la transmisión derivativa de la propiedad y otros derechos reales radican en que ha de existir un título causal (la justa causa) y, además, el modo o tradición, para que se produzca la transmisión. A fin de desarrollar mínimamente ambos conceptos, el de contrato con voluntad traslativa lo hemos referenciado al de compraventa, suficientemente conocido, al menos de manera intuitiva. Y, en relación con la tradición la definiremos como la entrega de la posesión de la cosa con ánimo de transmitir la propiedad. Es decir, que su efecto fundamental es transmitir de una persona a otra la propiedad de una cosa o un derecho real sobre la misma; por tanto, mientras no haya tenido lugar la tradición, el pretendido adquirente de la propiedad o el derecho real de que se trate no lo será, sino que simplemente tendrá derecho a reclamar a su transmitente una conducta que acabe convirtiéndolo en propietario o titular del derecho real correspondiente. Es decir, mientras no se haya producido la entrega de la cosa el contratante con voluntad de ser nuevo propietario, no es tal, sino que sencillamente podrá exigir de su transmitente (vendedor) que le entregue la cosa, ya que sólo en ese momento será titular del derecho. Es lo cierto que otros sistemas del Derecho europeo no siguen la misma doctrina y optan por una "espiritualización de la tradición", reconociendo la transmisión por el mero consentimiento de las partes del contrato; o bien, al contrario, la transmisión se produce por la mera entrega de la cosa, considerando irrelevante el título causal, y bastando con el mero acuerdo abstracto relativo a la transmisión del dominio. Ejemplo del primero de estos sistemas sería el escogido por el Ordenamiento jurídico francés, mientras que el Derecho alemán opta por el segundo de los sistemas planteados. Está claro que el caso que nos ocupa no ha existido ni título ni modo, ya que el propietario no ha extendido contrato

alguno ni ha entregado los terrenos que nos ocupan., por lo que ha existido infracción a los artículos 609, 1095 y 1473 del CC. Segundo.–Infracción al artículo 33 de la CE., por violación al derecho propiedad privada, por autorizar una escritura en la que se usurpa terrenos propiedad de un tercero sin mediar documento de venta, donación o dación. Tercero.–Infracción al art. 408 CP, por los indicios de delitos que se pudieran derivar de dichas escrituras y sus diligencias. Cuarto.–Infracción al artículo 246 del CP, por usurpación de terrenos privados. Quinto.–Infracción del artículo 248 y ss., del CP, ya que los hechos descritos, describen perfectamente a cadena secuencial del delito de estafa. Sexto.–Infracción del artículo 419 y ss. del CP, porque un hecho como el narrado, no se puede entender sin que se dé dicha figura, en sus modalidades de activo y pasivo. Séptimo.–Infracción al artículo 390 y ss., del CP por falsificación de documentos públicos, que acompañan al total de dichas escrituras. Octavo: Infracción al artículo 1255 del cc., por ir la escritura registrada, de fecha 18 de Junio de 2013, y sus diligencias de fecha 27 y 28 del mismo mes y año, inscrita por el Señor Registrador de la Propiedad de Almonte (Huelva), contra la Ley y contra Intereses de terceros. Noveno.–Que esta parte, tiene claro que el recurso en cuestión debe efectuarse a tenor de cuanto dispone la Ley 30/1992 del RJAPDAC, en vigor en el momentos de los hechos, y más concretamente basada en su artículo 62, ya que el acto de inscripción de la escrituras 693/2013, y sus diligencias, es nula de pleno derecho en atención a lo dispuesto en su punto 1.–a. e, d, e, f. g y punto 2, Decimo: los hechos narrados, cabe jurídicamente en la doctrina del abuso de derecho, dado que: Supone el ejercicio de un derecho perteneciente al sujeto, excediéndose de sus límites naturales, lo que genera perjuicio a tercero, sin utilidad alguna para su dueño. La doctrina del abuso del derecho ha recibido un notable desarrollo en la doctrina moderna, aunque no es totalmente nueva, gozando de antecedentes en el propio Derecho Romano, en el cual los rigores del individualismo jurídico estableciendo como axioma "el que usa de su derecho no causa daño a nadie" fueron atemperados por normas concretas que prohibían determinados actos perjudiciales cuando en el ejercicio de un derecho se lesionaban intereses de terceras personas; fue, no obstante, el desarrollo de los núcleos urbanos durante la Edad Media, y la necesaria regulación de las relaciones de convivencia, lo que generó un desarrollo científico de la teoría, desembocando en la doctrina elaborada por los glosadores de los clásicamente denominados actos de emulación, que comprendían aquellos actos que aun siendo realizados en el ejercicio de un derecho, se hacen sin propia utilidad y con la intención de perjudicar o causar daño a otro; esta doctrina resultó preponderante durante un largo periodo de tiempo, pero poco a poco se va superando su carácter restrictivo ante la imposibilidad de probar la existencia de la intención de realizar el acto solo con la intención de dañar. Sin embargo la doctrina de los actos de emulación fue el antecedente de la formulación de la teoría del abuso del derecho, recibiendo plasmación jurídica al publicarse el B.G.B. (Bürgerliches Gesetzbuch o Código Civil Alemán), cuyo párrafo 226 determina: "El ejercicio de un derecho es inadmisibles cuando sólo puede tener por fin dañar a otro". La teoría del abuso del derecho es recogida asimismo en el Código Civil Suizo, que dispone en su artículo 2 que todos están obligados a ejercer sus derechos y obligaciones según las reglas de la buena fe, el abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley; y en el derecho francés este principio es una teoría desarrollada jurisprudencialmente. En nuestro ordenamiento integra la Parte General del Código Civil, tras su incorporación al Título Preliminar, en virtud de la reforma introducida en el año 1974, que establece en el artículo 7.2: "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso". Se recoge igualmente en el Judicial "Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal", y que por lo que hace específicamente al orden jurisdiccional civil el artículo 247.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reitera que «los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal». En el artículo 7.2 del Código Civil se enuncia por primera vez el abuso del derecho, que aun cuando tuvo una creación doctrinal, y fue recogido por la jurisprudencia (a partir de la sentencia de 14 de febrero de 1944) con antecedentes en el Reglamento de la primera ley Hipotecaria, así como en otros textos legislativos como la Ley de Arrendamientos Urbanos, no estaba expresamente recogido en el Código Civil. Su regulación en el artículo 7.2 del Código Civil al estar incluido en el Título Preliminar como postulado básico puede calificarse como módulo rector de nuestro ordenamiento, en conexión directa con el principio general de que quien ejercita o su derecho no perjudica a nadie y con la prohibición recogida jurisprudencialmente de los actos de emulación, que en otros preceptos del Código se reitera. La doctrina del abuso del derecho es uno de los conceptos denominados concepto jurídico indeterminado, que, por ello, no puede ser conceptuado a priori, sino que es preciso delimitarlo caso por caso, sin embargo, no se puede olvidar y, ni mucho menos, desechar los parámetros legales, jurisprudenciales y doctrinales, que aunque sea de una manera

muy general, deben regir la regulación y aplicación del abuso de derecho. Se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado según reiterada doctrina jurisprudencial, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho. Esta doctrina inicia su evolución a partir de la conocida sentencia de 14 de febrero de 1944, en la que se establecen unas líneas fundamentales, que allí se enumeran de la siguiente forma: - a) Uso de un derecho, objetiva o externamente legal. - b) Daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y - c) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar, o sencillamente sin un fin serio y legítimo), o bajo forma objetiva (cuando el daño procede de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho). Se puede concretar esa doctrina afirmando, que los derechos subjetivos tienen unos límites de orden moral, teleológico y social, y cuando se obra en aparente ejercicio de un derecho, traspasando en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad o la buena fe, con daño para terceros, se incurre en responsabilidad; en estricto sentido, quien usa de su derecho no puede cometer abuso alguno, abusa quien ejecuta un derecho que realmente la Ley no le ha concedido. La doctrina científica critica el margen de inseguridad que el indispensable arbitrio puede producir al fijar los límites del derecho subjetivo, pero conviene puntualizar que, el examen subjetivo de la conducta del agente en función del móvil y del fin, está limitado objetivamente por la función social que corresponde al derecho ejercitado, y tiene como ámbito propio el de no poder invocarse, cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado por un precepto legal. Dicho de otro modo, el abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcanzan una protección jurídica. Pueden relacionarse como requisitos que deben reunir esos actos o conductas para merecer la calificación de abusivas las siguientes: 1. La existencia o realización de un acto positivo o negativo A pesar que en la redacción del artículo 7.2 se utiliza el término "acto", debe integrarse la actividad o conducta real o efectiva con la posible existencia de abstención o inhibición, concepción negativa, cuando existiendo una obligación de actuar el no hacer suponga un perjuicio para otro sin beneficio para el que se abstiene. El resultado perjudicial se deriva por no realizar la conducta o actividad a la que se venía obligado legalmente, así por ejemplo el artículo 590 del Código Civil respecto del que realiza alguna de las construcciones u obras que en él se indican sin observar las cautelas que se señalan en el precepto; en el mismo sentido podrían incluirse entre las conductas omisivas que ocasionan perjuicio las reguladas en los artículos 1905 y 1910 del Código Civil, al enlazar a las conductas omisivas de las personas que en ellos se regulan determinadas consecuencias cuando generen perjuicios para terceros, y así el artículo 1.905 regula que el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, cuando se le escape o extravíe; y el artículo 1910 establece que el cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma. 2. La existencia de un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. Debe existir una extralimitación manifiesta en el ejercicio del derecho A partir de la señera sentencia de 14 de febrero de 1944, la posterior doctrina jurisprudencial va desarrollando y perfilando la figura del abuso del derecho, concretando su esencia en la naturaleza antisocial del daño causado a un tercero, manifestada tanto en su forma subjetiva, (intención de perjudicar, o sin la existencia de un fin legítimo) como en su aspecto objetivo (anormalidad en el ejercicio del derecho). En la evolución posterior de esta doctrina se concreta más el concepto, exigiéndose que el ejercicio del derecho se haga con la intención decidida de dañar, utilizando el derecho de un modo anormal, y sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejerce; como remedio extraordinario que es, la jurisprudencia viene declarando que solo se puede acudir a esta doctrina en los casos patentes y manifiestos. En este punto debe añadirse que se asimila y puede plantearse la excepción de abuso de derecho en los supuestos de retraso desleal en el ejercicio del mismo. Esta excepción encuentra su fundamento en la reconocida doctrina alemana del "Verwirkung", y a ella se ha referido una prolífica doctrina de nuestros tribunales, en la apreciación de que quien ostenta un derecho que no ejerce de manera a él imputable, durante largo tiempo, no puede seguir gozando de la protección jurídica de su crédito, puesto que además se ha creado una confianza en la contraria de que no va a ser reclamada la deuda. "En definitiva, ésta no es más que una concreción del principio general de buena fe, de protección de la confianza legítima y más concretamente de la prohibición general de venir contra los actos propios, que, ateniéndonos a su formulación alemana y siguiente a Enneccerus, podemos formular del modo siguiente: si uno espera para ejercitar su derecho tanto tiempo que su silencio despierta en la otra parte la confianza legítima de que el derecho no será ya ejercitado, la otra parte podrá oponerse al mismo mediante la objeción de la Verwirkung, siempre que el ejercicio tardío del derecho sea generalmente considerado como desleal según los principios de la buena fe que dominan la vida del tráfico. Se trata por tanto, no sólo de un mero retraso, sino que

para que la otra parte pueda objetar, es preciso que este retraso haya generado una confianza legítima que haya llevado a esa parte a organizar su vida como si no tuviera que contar ya con el ejercicio de tal derecho" (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 marzo 2005). La Verwirkung es por tanto una doctrina posterior, pero muy cercana a la figura clásica de la prescripción, que encuentra precisamente su base en los mismos razonamientos, esto es, que quien no ejercita su acción en un plazo "razonable", parece que no tiene interés en su ejercicio. Y así mismo, se compadece bastante con la teoría de los actos propios, puesto que una conducta pasiva durante largo tiempo, constituye casi una posición que se ve contradicha con una conducta activa posterior. No obstante, siendo una figura excepcional -puesto que no viene limitada legalmente con los plazos prescriptivos, ni llega a provocar una efectiva contradicción entre dos conductas materializadas-, su aplicación habrá de someterse a la más estricta comprobación de los elementos exigidos para su estimación. Los detractores de esta doctrina exponen que el derecho sólo pierde la acción para ser reclamado cuando se produce su prescripción, que puede ser institución contraria a la justicia intrínseca, pero en todo caso conforme con la seguridad jurídica, y por ello completamente Imprescindible para el normal desenvolvimiento de las relaciones de esta clase, posición por la que se decantan algunos sectores doctrinales como más ajustada a Derecho y a la realidad social, pues por una parte la acción para el ejercicio de un derecho no puede afirmarse extinguido mientras que su plazo de prescripción permanezca vivo, que es el único hecho natural que puede afectarle, y por otro lado para que la renuncia de un derecho produzca efectos ha de exteriorizarse de forma clara, terminante y concluyente, sin dejar dudas sobre su definitivo abandono.

3. Que el ejercicio del derecho se haya realizado con la intención de perjudicar a otro, o sin un fin serio o legítimo El artículo 7.2 del Código Civil exige daño para tercero, condicionando la calificación del acto como abusivo a la producción de un daño para terceras personas, ahora bien no debe limitarse al tercero hipotecario, ni al tercero en sentido común, sino a cualquier perjudicado sean ajeno o parte en el acto que se ve perjudicado. El Tribunal Supremo ha señalado que la invocación con éxito del abuso de derecho requiere que el que sufre el daño en su patrimonio lo sea sin culpa por su parte, requisito esencial que no permite acudir a su amparo a quien es responsable de una conducta antijurídica con sanción prevista en el ordenamiento, sólo es de apreciar el ejercicio abusivo del derecho cuando media un propósito o intención tan claro o notorio que merezca ser calificado como manifiesto, y en aras a la seguridad jurídica se presume que los derechos se ejercitan normalmente. A ello debe añadirse que según doctrina jurisprudencial se avanza hacia la determinación de la inmoralidad o antisocialidad de este daño, cuando la actuación de su titular obedezca no a un fin serio y legítimo sino al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficios propios, asimilando los efectos del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo, al producir efectos similares, aunque gramaticalmente sean conceptos diferentes. En tal sentido el ejercicio de un derecho es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económico-social distinta de aquella para la que ha sido atribuida a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen alevoso, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico. III [sic]. Efectos de los actos abusivos Se pueden concretar esencialmente en la ineficacia del acto, el resarcimiento de daños y perjuicios y la adopción de medidas judiciales o administrativas. Tales efectos deben interesarse de los Tribunales mediante el ejercicio de la pertinente acción.

1. Ineficacia del acto El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito y justo. Pero si del acto se sigue un daño para otro injustificadamente, el artículo 7.2 del Código Civil establece que la Ley no lo ampara, dando lugar a la adopción de las medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso, y entre otras consecuencias se deriva la ineficacia del acto, que se consigue a través de la declaración de nulidad, nulidad radical que puede ser admitida porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil tales actividades son contrarias a una norma imperativa, y por eso nulos de pleno derecho.

2. Resarcimiento de daños y perjuicios El tercero que haya sufrido daños o perjuicios puede instar de los Tribunales su derecho a ser Indemnizado por parte de quien realice la acción abusiva o antisocial, en virtud de lo establecido en el artículo 1.902 del Código Civil "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". La existencia de tales comportamientos han de resultar de la prueba aportada a un procedimiento, lo que importa es determinar si el daño está o no justificado y ello depende de que haya habido o no exlimitación en el ejercicio del derecho. Cuando por la intención del titular o por el objeto de la acción u omisión o por las circunstancias en que se realice, el ejercicio del derecho sobrepase de un modo manifiesto los límites normales del mismo, el daño que se cause a otra persona dará lugar a la correspondiente indemnización. Deberá ser probado tanto el daño así como su cuantía. La exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso de derecho ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado no excluye sin embargo que, producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del abuso del derecho, la parte que ocasionó aquellos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto que la indemnización

de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador. Dentro del área del concepto del abuso de derecho, existe un campo muy delimitado de actuación, como es el conocido doctrinalmente "abuso del derecho y derecho a litigar", y que se puede definir como aquél aspecto del abuso del derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que dentro de una contienda judicial mantiene pretensiones manifiestamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso; es decir se cuestiona si el litigante a quien se han producido daños como consecuencia de la actividad procesal de la otra parte, está amparado por las reglas de la responsabilidad civil, de suerte que pueda ejercitar la acción de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, contra el causante del perjuicio, esgrimiendo la inexistencia de una "justa causa litigantis".

3. Medidas judiciales o administrativas El artículo 7.2 del Código Civil prevé expresamente la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso, el problema es fijar cuáles pueden ser esas medidas, porque ninguna se establece de forma taxativa, por lo que podrán ser determinadas en cada caso por el órgano competente, o acudir a otras normas en las que se establezcan medidas que puedan resultar de aplicación a cada caso concreto, por ejemplo las establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil o en la Ley de Procedimiento Administrativo en materia de ejecución y aseguramiento de bienes. Décimo Primero.—La doctrina del Tribunal Supremo, en su sentencia número 21 enero 2014 (Euder: 1765/2014, entre otras cuestiones deja bien claro entre otras cuestiones: B) Además, cuando se trate de alegar la prescripción adquisitiva ordinaria —10 años entre presentes y 20 entre ausentes—, la posesión del usucapiente habrá de ser: a) Una posesión adquirida con justo título. Y, como lógica aplicación de la normativa civil, como antes apuntaba, "entiéndese por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate" (CC art. 1952). Y, como exponía en Memento Derechos reales (Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2013), por título tanto hay que entender la causa determinante de la posesión, cuanto el documento en que se acredita el derecho del usucapiente (cfr. STS 19 abril 1913). Y tanto puede tratarse de un documento privado que no es susceptible de transmitir la propiedad del inmueble o derecho real, como de un documento público formalmente válido pero que adolece de algún defecto no esencial (ob. cit. núm. 532). Además, el título ha de ser verdadero y válido Título verdadero es el que no está afectado de nulidad radical. Nulos son, por ejemplo, la donación de un inmueble hecha en documento privado (CC art. 633), o el testamento ológrafo no adverbado convenientemente (cfr. CC arts. 688 ss. y SAP Barcelona 23 noviembre 2004 EDJ 226747). La validez del título depende del contenido del acto jurídico que documenta. Así, es un título verdadero pero que no sirve para usucapir aquel por el que una persona adquiere un inmueble en arrendamiento o como depositario. También son verdaderos pero no válidos los llamados títulos putativos, es decir, los que aparentan la constitución de un derecho que realmente no existe; por ejemplo, el testamento que ha sido revocado por otro posterior (ver Memento cit. núm. 534). b) Una posesión detentada con buena fe, consistente ésta "en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio" (CC art. 1950) -elemento positivo de la buena fe-; aplicándose al respecto los requisitos que para la buena fe establecen los CC arts. 433 a 436, en especial, la ignorancia del poseedor de que en su título o modo de adquisición existe vicio que lo invalide -elemento negativo de la buena fe (cfr. Memento cit. núm. 540 y STS 24 mayo 1956). Por todo lo expuesto, solicito de esa Dirección General del Registro y del Notariado del Ministerio de Justicia, que tenga presentado el presente recurso en tiempo y forma legal junto a los documentos que en este acto se acompañan y que previa las consideraciones que a la vista considere procedente dicte resolución en la que se ordene la Inscripción de la escritura realizada ante el fedatario Público D. José María Varela Pastor, de fecha 08 de febrero de 2011, con el número 164 de su protocolo. Primero: La inmediata inscripción de la escritura del Notario de Pilas D. José María Varela Pastor, con número 164 de su protocolo, por los motivos expuestos, siendo solo impedimento legal para dicha inscripción, que exista escritura de venta, cesión o dación a un tercero, lo cual debería de mostrar a esta parte a través de escritura autenticada con la firma de los actores. Segundo: La revisión de oficio, de la inscripción registral, de la escritura del Notario de Pilas (Sevilla), D. José María Varela Pastor, con protocolo número 693 de 18 de Junio de 2013 y diligencia de 27 y 28 del mismo mes y año, y que la misma sea declarada no inscribible por los motivos expuestos en el presente (falta de legitimidad, usurpación de terrenos, falsedad documental, prevaricación etc.). Tercero.—La inscripción provisional en el Registro de la escritura que nos ocupa, hasta la resolución de esa Dirección General».

IV

El registrador de la Propiedad de Almonte informó y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 18, 20, 40 y 326 de la Ley Hipotecaria; 3, 10 y 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de, 19 de abril de 2007, 9 de febrero de 2008, 10 de abril y 23 de diciembre de 2010, 5 de mayo de 2011, 20 de enero y 4 de septiembre de 2012, 19 de septiembre de 2013, 24 de abril y 13 de octubre de 2014, 26 de febrero, 27 de marzo y 20 de julio de 2015, 8 de enero, 11 de enero, 29 de marzo y 22 de julio de 2016, 29 de marzo de 2017 y 17 de enero de 2018.

1. Es objeto de este expediente decidir si procede la constancia registral de la rectificación de la descripción de dos elementos integrantes de un edificio en régimen de división horizontal.

En concreto, el primero de los elementos se describe según el Registro como edificación destinada a restaurante, cafetería y salón de usos múltiples, con una superficie construida de 1.368 metros cuadrados, un sótano que mide 1.402,77 metros cuadrados y patio privativo de 2.120,22 metros cuadrados. En el título se pretende hacer constar que consiste en una edificación destinada a recepción y administración con una superficie de 1.613 metros cuadrados, de los cuales 383 metros cuadrados están construidos y el resto, 1.230 metros cuadrados, se destinan a terraza.

En cuanto al segundo elemento, figura descrito como edificación destinada a recepción y administración con una superficie, tras segregación, de 268,36 metros cuadrados; y ahora se describe como edificación destinada a restaurante, cafetería y salón de usos múltiples con una superficie total de 4.447 metros cuadrados, de los que 1.368 metros cuadrados están construidos y 3.079 metros se dedican a terraza, distinguiéndose en estos últimos la piscina y servicios anejos a la misma, que miden 1.580 metros cuadrados, 987 metros cuadrados de terraza propiamente dicha y el resto se destina a otros usos varios; teniendo, además, un sótano que mide 1.402,77 metros cuadrados.

2. El registrador opone como defectos que tal escritura es otorgada por persona distinta del titular registral de uno de los elementos; que implicaría la existencia de una doble inmatriculación parcial por constar previamente inscrita una segregación practicada sobre una de las fincas objeto de rectificación; que no cuenta con el acuerdo unánime de la junta de propietarios, ya que conlleva una modificación del título constitutivo de la división horizontal, y que no constan las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación, tratándose de una rectificación que entraña una ampliación de obra.

El recurrente fundamenta su recurso básicamente en una supuesta falta de título traslativo de la mercantil titular registral a otra entidad, en la supuesta comisión de determinados tipos penales y un supuesto ejercicio abusivo del derecho por parte del titular de otro elemento integrante del edificio dividido horizontalmente, solicitándose la inscripción del título presentado, la revisión de oficio de una anterior escritura de rectificación del régimen de división horizontal y la inscripción provisional de la escritura hasta que por esta Dirección General se resuelva el recurso interpuesto.

3. En primer lugar, debe concretarse cuál es el objeto del recurso, dados los términos en que se halla redactado, en los que no se cuestiona la procedencia o argumentación de cada uno de los defectos señalados por el registrador en su nota de calificación, sino que consisten en un relato fáctico de lo que parece ser una contienda entre la mercantil representada por el recurrente y otra entidad, relativa a una pretendida usurpación de terrenos y a la supuesta comisión de determinados tipos penales, limitándose a solicitar la inscripción del título y la cancelación («revisión de oficio») de la inscripción 16.^a de la registral 26.034 del término de Almonte (finca sobre la que se constituye el régimen de división horizontal).

Del escrito de recurso, resulta que se circunscribe el mismo al tercero de los defectos advertidos por el registrador en su nota de calificación, relativo a la ausencia de consentimiento de todos los propietarios, al referirse expresamente el recurrente al mismo antes de exponer los «Antecedentes de Hecho», sin que, por tanto, constituya el objeto de esta resolución el resto de defectos señalados ni puedan tomarse en consideración las alegaciones del recurrente basadas en motivos ajenos a los defectos manifestados por el registrador en su nota de calificación o en documentos no presentados en tiempo y forma (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

Como resulta de la Resolución de 29 de marzo de 2016, en base a dicho precepto, es continua doctrina de esta Dirección General (por todas, Resolución de 13 de octubre de 2014, basada en el contenido del artículo y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso

contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho.

Enlazando con lo anterior, también ha afirmado reiteradamente en base al mismo fundamento legal (por todas, Resolución de 23 de diciembre de 2010), que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador o situaciones de hecho que no resultan acreditadas al registrador en la forma determinada por el ordenamiento y de las que el mismo no puede tomar conocimiento. En consecuencia, no procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación a documentos o situaciones que no se pusieron a disposición del registrador al tiempo de llevar a cabo su calificación.

La competencia del registrador y de esta Dirección General en vía de recurso viene determinada por los límites expuestos y es dentro de los mismos en que debe ser ejercitada. No puede el registrador en consecuencia llevar a cabo una valoración de la conducta de los titulares registrales de los restantes elementos del edificio dividido horizontalmente en orden a determinar una pretendida usurpación de terrenos o la comisión de presuntos tipos delictivos. El registrador debe adoptar su decisión en función de lo que resulte del Registro aplicando las consecuencias jurídicas que de ello se deriven sin entrar en otras cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (artículo 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y Resoluciones de este Centro Directivo de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009, 22 de octubre de 2010, 5 de marzo de 2014, 19 de enero, 27 de marzo y 20 de julio de 2015 y 11 de enero de 2016, entre otras muchas).

Y ello sin perjuicio de los efectos que, en su caso, pudiera producir una resolución judicial firme -en caso de que llegue a conocimiento de los Tribunales la controversia planteada- en el contenido del Registro y que deberán ser objeto de valoración de producirse una presentación de la citada resolución judicial en el Registro de la Propiedad.

En cuanto a la pretensión de que se revise de oficio una inscripción ya practicada, es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid., por todas, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de noviembre de 1985, 6 de octubre de 2004, 18 de enero, 14 de febrero, 15 y 21 de abril, 22 de julio y 30 de diciembre de 2005, 12 de enero, 10 de julio y 9 de diciembre de 2006, 14 de marzo de 2007, 10 de enero, 19 de junio y 29 de septiembre de 2008, 22 de marzo y 12 de noviembre de 2011, 24 de mayo y 19 de abril de 2013, 13 de marzo y 23 de abril de 2014, 29 de mayo y 22 de julio de 2015, 6, 13 y 19 de septiembre de 2016 y 31 de marzo de 2017, entre otras) que sólo puede ser objeto de recurso la nota de calificación negativa de los registradores, pero no los asientos ya practicados.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que sólo dichos tribunales pueden declarar la nulidad de un asiento. Y no sólo ello es así, sino que, además, debe ser en procedimiento dirigido contra todos aquellos a quienes tal asiento conceda algún derecho (artículo 40 «in fine» de la Ley Hipotecaria).

En este sentido este Centro Directivo ha declarado con anterioridad (cfr. Resoluciones citadas anteriormente, entre muchas otras) que el recurso contra la calificación registral es el cauce legalmente arbitrado para impugnar la negativa de los registradores a practicar, en todo o parte, el asiento solicitado (cfr. artículos 66 y 324 de la Ley Hipotecaria) y tiene por objeto, exclusivamente, determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o nulidad de un título ya inscrito, ni de la procedencia o improcedencia de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, cualquiera que sea la clase de éste; cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales.

4. Entrando en el único motivo de denegación objeto de este recurso, y consistiendo la rectificación pretendida en el cambio en la descripción de dos elementos privativos de un edificio dividido horizontalmente, conviene recordar la doctrina fijada por este Centro Directivo en su Resolución de 19 de abril de 2007 y la más reciente de 17 de enero de 2018, 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. artículos 3 de la Ley sobre 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» (artículo 3, párrafo segundo, de la Ley sobre 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» (artículo 396, párrafo segundo, del Código Civil).

La Ley sobre 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 encuentran su debida protección jurídica a través del órgano competente y con las facultades y límites que la propia Ley señala (cfr. la Resolución de 15 de junio de 1973).

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. artículos 14 y 17 de la Ley sobre 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 regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla 8 de tal precepto; 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 regla 7 del mismo artículo 17, norma 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–), salvo que se trate de acuerdos que la misma ley exceptúa de la regla de unanimidad (cfr. los artículos 10 y 17).

Esta necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal, la última por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que precisamente dio nueva redacción al artículo 17, han ido encaminadas a facilitar que los acuerdos alcanzados, especialmente para incorporar actuaciones previstas en la citada ley, no queden ineficaces y así el Preámbulo de la citada Ley 8/2013 expresa que no se puede hacer depender la adopción de los mismos de que las comunidades de propietarios adopten dicha decisión por unanimidad o por mayorías muy cualificadas, máxime cuando van a incluir obras que, aunque afecten al título constitutivo o a los estatutos, en realidad competen a la Administración actuante autorizar o, en algunos casos, exigir.

5. Para decidir si un acuerdo como el debatido en el presente recurso entra o no en ese ámbito de competencias de la junta 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, 19 de abril de 2007, 27 de diciembre de 2010, 8 de abril y 30 de julio de 2011, 25 de abril y 1 de julio de 2013, 24 de abril de 2014, 26 de febrero de 2015 y 29 de marzo de 2017), 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. artículo 19 de la Ley sobre 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 artículos 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal; cfr., también, el último inciso del apartado 2 del artículo 18, según la redacción hoy vigente). 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. artículo 17, regla 8, de la Ley sobre propiedad horizontal), siendo necesario el consentimiento expreso y real de todos los titulares registrales. En definitiva, en estos casos no se trata de una decisión o acto de la junta, sino que se trata de una decisión personal e individual de cada propietario, sujeta a las reglas y requisitos de capacidad, legitimación y forma propias de las declaraciones de voluntad personales.

Aceptada la citada doctrina por la que se distingue entre aquellas situaciones en las que es necesario 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 se trata de 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 en la forma determinada por la ley, mientras que en el segundo es suficiente acreditar que se ha alcanzado el acuerdo colectivo exigido por la legislación reguladora de la propiedad horizontal.

Siguiendo esta doctrina, 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 el artículo 17 de la Ley sobre 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, se trata de 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, ha concluido que la conversión de un elemento privativo en común es un acto dispositivo que requiere el otorgamiento singular de los titulares registrales del mismo y de sus cónyuges–en régimen de gananciales– en la correspondiente escritura de modificación del título constitutivo (Resolución de 23 de junio de 2001).

6. Atendiendo a las consideraciones anteriores, debe determinarse si la rectificación pretendida, cumple las exigencias de la Ley sobre propiedad horizontal, según la interpretación de esta Dirección General, y por ende, si es susceptible de inscripción. Y la respuesta ha de ser claramente negativa, debiendo confirmarse íntegramente la calificación del registrador puesto que ni el acuerdo ha sido adoptado por unanimidad ni consta el consentimiento expreso de uno de los titulares afectados por la modificación que se hace de su elemento privativo.

Por un lado, es necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad. Es cierto, como dijo la Resolución de esta Dirección General de 8 de enero de 2016, que tratándose de un elemento privativo, se admite la posibilidad de modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario (vid. artículo 7 de la Ley sobre propiedad horizontal). Pero una modificación en la descripción de un elemento privativo como la presente, en cuanto excede de ese ámbito de actuación individual que se reconoce por la Ley a su propietario, no puede llevarse a cabo sin que se acredite el acuerdo unánime de la junta de propietarios (vid. artículos 5 y 17, apartados 6 a 8, de la Ley sobre propiedad horizontal).

Y ello porque las modificaciones que resultan del título calificado suponen una alteración considerable de la descripción de cada uno de los elementos, incluida superficie, linderos y elementos constructivos, de modo que resulta que la configuración dominical del elemento afectado ha sufrido alteración por lo que, dado el contenido negocial de la misma, no es posible hacerlo de modo unilateral por el titular registral.

Además, consta en la inscripción de modificación del régimen de división horizontal una superficie de uso privativo sumada para las dos fincas a que se refiere el presente recurso de 5.101,22 metros cuadrados; sin embargo, en la escritura calificada la suma de la superficie de uso privativo para ambos elementos es de 5.945,36 metros cuadrados, existiendo además un incremento de la superficie destinada a patio privativo que inicialmente es de 2.120,22 metros cuadrados (que resultan de la descripción registral de la finca 38.725), y pasa en la escritura calificada a 3.079 metros cuadrados, superficie en la que se distinguen unos metros destinados a piscina y servicios anejos de la parte correspondiente a terraza propiamente dicha. Todo ello implica de forma evidente un incremento de la superficie privativa a costa de los elementos comunes de la división horizontal.

En consecuencia, se pretende una alteración del régimen jurídico de los elementos comunes, lo que es materia que compete a la comunidad, exigiéndose unanimidad en tanto en cuanto tal alteración implica una modificación del título constitutivo y de los estatutos de conformidad con el artículo 17.6 de la Ley sobre propiedad horizontal, según el cual «los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, 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, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación».

Así, aunque la exigencia de la unanimidad se ha ido superando tanto en el ámbito jurisprudencial, en supuestos concretos de abuso patente, como en el legislativo, con reformas puntuales como la más reciente, la Ley 8/2013, de 26 de junio, lo cierto es que la unanimidad no ha desaparecido, exigiéndose cuando se trata de cambiar la configuración, constitución o normas esenciales del inmueble (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2009 y 13 de mayo de 2016).

Pero es que, además, la rectificación solicitada conlleva, en última instancia, la modificación de la descripción de una de los elementos privativos efectuada sin el consentimiento de su titular registral, afectando a su derecho de dominio y requiriéndose por tanto el consentimiento individualizado del propietario correspondiente, el



cual debe constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los artículos 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), de modo que no podrá inscribirse la modificación si no se ha otorgado «uti singuli» por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos afectados por la rectificación (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), sin que baste, por tanto, la unanimidad presunta (cfr. artículo 17, regla 8, de la Ley sobre propiedad horizontal), siendo necesario el consentimiento expreso y real de todos los titulares registrales. Y tales consentimientos, como ha quedado expuesto, no concurren en el presente caso, pues ni existe acuerdo unánime de la junta de propietarios para la modificación del título constitutivo de la división horizontal, ni en el otorgamiento de la escritura comparece uno de los titulares de los elementos privativos afectados por la modificación, siendo además que el resultado último de la rectificación solicitada conllevaría en realidad una alteración en la titularidad de ambas fincas, sin que proceda entrar a valorar los requisitos exigidos para su registración por no advertirse este extremo por el registrador en su calificación ni constituir objeto de recurso (artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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, 23 de marzo de 2018. El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.