

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCR010422

**RESOLUCIÓN de 15 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Madrid n.º 22 a inscribir una escritura de segregación y extinción de condominio.**

(BOE de 23 de noviembre de 2020)

**SUMARIO:****Registro de la Propiedad. Segregación de vivienda autorizada en junta de propietarios. Vinculación «ob rem» de un vestíbulo. Elementos comunes. Salida a la vía pública o a un elemento común a través de otro elemento privativo.**

Se garantiza el aprovechamiento independiente de un departamento privativo si la comunicación con el exterior se canaliza de forma mediata a través de una facultad o vinculación jurídico real propia de aquél, como puede ser el derecho real de servidumbre que grave un inmueble -que puede ser otro elemento privativo- que goce de tal salida al exterior, ya sea de forma directa, ya a través de un elemento común; y lo mismo cabe afirmar respecto de la **vinculación «ob rem»**, que comporta entre las fincas cuya titularidad dominical se conecta inescindiblemente una relación de servicio análoga, si no más estrecha, que la resultante de la constitución de una servidumbre. Y es que, en la propiedad horizontal que se regula en nuestro derecho, el requisito más importante de los elementos privativos es que se trate de zonas delimitadas del edificio susceptibles de aprovechamiento independiente, y para que sea posible tal tipo de aprovechamiento es imprescindible que tales elementos tengan salida a un elemento común o a la vía pública. Y sin duda una segregación como la realizada en el título calificado es posible, y crea un estado de cosas perfectamente ajustado a las exigencias de la propiedad horizontal si, a pesar de no tener -la entidad o entidades creadas- salida a la calle o a otro elemento común, simultáneamente se constituye una vinculación jurídica inescindible para dar paso por otro elemento privativo a favor de las entidades resultantes de la segregación.

Es «communis opinio» que, en nuestro derecho, se sigue el **sistema del «numerus apertus»**, lo que quiere decir que existe libertad entre los contratantes para crear derechos reales innominados o atípicos, siempre que el derecho creado tenga las características esenciales del derecho real. Eso supone, como ha puesto de relieve la doctrina más autorizada, que se pueden crear derechos reales nuevos, los cuales en su mayoría serán combinaciones o variaciones sobre los existentes. Y lo anterior trae como consecuencia que, si los contratantes no quieren someterse a una figura de derecho real típica, no existe obstáculo para que se aparten de ella, siempre que no contravengan una prohibición legal. Por ello nada impide que pueda constituirse una servidumbre (en el campo de las servidumbres el Código Civil refleja el reconocimiento en nuestro derecho del referido sistema de «numerus apertus» -cfr. artículo 594-) o una relación de servicio entre las fincas como la que en la escritura se configura mediante la vinculación «ob rem».

La configuración jurídica de una finca registral con el carácter de «ob rem» de otras trae como consecuencia esencial que su titularidad venga determinada mediatamente por la titularidad de las fincas principales al igual que ocurre con las servidumbres prediales; **la titularidad de la finca «ob rem» corresponde pues a quien ostente la titularidad de la finca principal**. Los elementos vinculados son titularidades «ob rem», que no pueden seguir un régimen jurídico distinto al del elemento principal al que están adscritos, de modo que existe vinculación «ob rem» entre dos (o más) fincas cuando se da entre ellas un vínculo que las mantiene unidas, sin que pueda separarse la titularidad de las mismas, que han de pertenecer a un mismo dueño, por existir una causa económica y a la vez jurídica que justifique dicha conexión, como una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de servicio.

**PRECEPTOS:**

Código Civil, arts. 396, 549, 594 y 598.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 2, 8, 18, 20, 38 y 326 y ss.

Ley 49/1960 (LPH), arts. 1, 2, 3, 8, 10, 17 y 24.

RDLeg. 7/2015 (TRLSRU), art. 26.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), arts. 7, 46 y 47.

En el recurso interpuesto por don Rafael Bonardell Lenzano, notario de Madrid, contra la negativa del registrador de la propiedad de Madrid número 22, don Ángel Valero Fernández-Reyes, a inscribir una escritura de segregación y extinción de condominio.

## Hechos

### I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid don Rafael Bonardell Lenzano el dieciocho de marzo del año dos mil diecinueve (con número de protocolo 598), doña A. S. B. y doña M. C. S. B., titulares de la finca registral número 33623 perteneciente al Registro de la Propiedad número 22 de Madrid, segregaron de dicha finca un departamento, denominado vivienda piso (...), de 97,44 metros cuadrados; quedando un resto, denominado vivienda piso (...), con una superficie de 103,56 metros cuadrados, correspondiéndole como anejo el cuarto trastero, designado con la misma denominación en planta de sótano, y una cuota de 2,433 por ciento. Asimismo, extinguían el condominio existente sobre las fincas resultantes de la segregación y se adjudicaba a doña M. C. S. de B. la vivienda (...), y a doña A. S. B. la vivienda (...). En la descripción de la vivienda segregada se expresa que «Tiene una servidumbre hacia la vivienda denominada Vivienda (...) para el suministro de servicios generales (agua, luz y humos de cocina) cuya entrada general del edificio se produce a través del patio ubicado al este y que pasará a través de la vivienda por el vestíbulo privativo que comparten ambas viviendas».

Posteriormente, se complementó la citada escritura con una diligencia en la que el notario recurrente hace constar que, el día veintidós de marzo de dos mil diecinueve, le fue exhibido el Libro de Actas de la comunidad de propietarios en el que consta que, en Junta General Extraordinaria de 28 de noviembre de 2017, se acordó conceder la autorización para segregar cualquier vivienda, incorporando testimonio de todo ello a la matriz.

Por último y ante el mismo notario, se otorgó el 15 de enero de 2020 escritura de subsanación y carta de pago (número 126 de protocolo), en la que se mantiene como operación jurídica la segregación de un piso, añadiéndose la segregación de un vestíbulo, que se configura como finca registral independiente con su propia cuota en el edificio en su conjunto, y que se vincula «ob rem» a las otras dos fincas (la segregada y el resto de matriz), modificándose paralelamente la descripción de las mismas en cuanto a la cuota y superficie.

### II

Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad número 22 de Madrid y fue objeto de sucesivas calificaciones:

a) Una primera, de 17 de septiembre de 2019, con el siguiente contenido:

«Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001, de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario:

El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por Doña A. M. S. B., el día 05/09/2019, bajo el asiento número 88, del tomo 55 del Libro Diario y número de entrada 4107, que corresponde al documento otorgado por el Notario de Madrid Rafael Bonardell Lenzano, con el número 598/2019 de su protocolo, de fecha 18/03/2019, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:

1. Del examen de la operación realizada, en la que se indica que las dos viviendas resultantes «tienen acceso desde el vestíbulo de la planta que da paso a un vestíbulo particular que comparten», resulta que, lo que se realmente se ha efectuado en la adjunta escritura no es una división material de un vivienda en dos, sino la creación de una subcomunidad horizontal de dos viviendas independientes con un vestíbulo común a los mismos de superficie indeterminada dado que se subsume incorrectamente en la de cada una de las viviendas; lo que impide inscribir la operación efectuada por existir unos m<sup>2</sup> que desaparecen jurídicamente en la escritura y que deberían pertenecer a las viviendas como elemento común de la subcomunidad.

Dicho carácter de elemento común o distribuidor de las viviendas se menciona en la escritura, pero luego no se opera en consecuencia, pues dicha circunstancia, como se ha indicado exige la constitución de una subcomunidad horizontal en la que debe darse una cuota individual en la finca conjunta referida –nueva matriz- a la unidad 100 a cada vivienda, y si se quiere otra cuota individual en el edificio total.

2. Falta la autorización para realizar la operación jurídica que se escritura (división de fincas con constitución de subcomunidad horizontal), la correspondiente autorización de la Comunidad de Propietarios del Edificio, exigida expresamente por el artículo 2 de los estatutos de la Comunidad.

3. Para la inscripción de la distribución de la responsabilidad de la hipoteca que grava la finca objeto de la operación que se escritura, es necesario el consentimiento expreso del acreedor hipotecario y la determinación de la concreta responsabilidad hipotecaria de cada finca por todos sus conceptos.

## II. Fundamentos de derecho:

1. Los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario, que excluyen de una división material la existencia de elementos comunes pues la misma debe afectar a la totalidad de la finca; no pudiendo tampoco configurarse como una segregación de fincas porque, en este caso, el resto sería una finca independiente que debería describirse íntegramente y, bien tendría su propio propietario o bien habría que constituir una comunidad "ob rem" a favor de las viviendas.

Además, de los artículos 396 del Código Civil y 8-4 y 5 de la Ley Hipotecaria, resulta que en el supuesto de existir zonas comunes entre fincas susceptibles de aprovechamiento independiente, es necesaria la constitución del régimen de propiedad horizontal, complejo inmobiliario o de subcomunidad horizontal, según proceda, con descripción de los elementos que lo componen y de sus respectivos elementos comunes.

2. Dispone el artículo 10.3 a) de la LPH que requieren la previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, los actos jurídicos de división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte; la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente, cuando concurren los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio; y salvo que conste la autorización expresa en los Estatutos de la comunidad.

Pues bien, en este supuesto, el artículo 2 de los Estatutos exige expresamente para la división material de pisos y locales el consentimiento de los titulares afectados y de la Junta de Propietarios, como expresamente advierte el notario autorizante y «los interesados se comprometen a aportar con posterioridad».

3. Los artículos 38 y 20 de la Ley Hipotecaria de los que se infiere que para la modificación de derechos reales es necesario el consentimiento expreso del titular registral de los mismos.

Además, en este supuesto, expresamente se indica que solo se pacta la distribución de la responsabilidad personal y a efectos meramente internos de los deudores.

El principio de determinación hipotecaria, recogido entre otros en los artículos 12 y 114 de la Ley Hipotecaria y 220 de su Reglamento, exige que la hipoteca en todos sus extremos, entre ellos la responsabilidad hipotecaria, debe quedar perfectamente determinado en su constitución y/o modificación, lo que comprende todos los conceptos que la integran, no pudiendo englobar en la misma cifra conceptos de naturaleza jurídica diferenciada como el capital, los intereses ordinarios y/o moratorios, las costas, comisiones y los gastos accesorios, porque cada uno de dichos conceptos supone la constitución de una hipoteca de seguridad a través de un concepto específico de la responsabilidad hipotecaria (por todas las resoluciones de 29 de octubre de 1984, 28 de enero y 11 de febrero de 1998, 28 de mayo de 2014 y 26 de octubre de 2016).

No se toma anotación preventiva por defectos subsanables por no haberse solicitado.

Contra esta calificación podrá (...).»

b) La segunda calificación (a raíz de la aportación de la diligencia subsanatoria, relativa a la aprobación por la junta de propietarios) es de 17 de diciembre de 2019 y del siguiente tenor:

«Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001, de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario:

El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por S. B., A. M., el día 05/09/2019, bajo el asiento número 88, del tomo 55 del Libro Diario y número de entrada 4107, que corresponde a la escritura otorgada ante el notario de Madrid, don Rafael Bonardell Lenzano, con el número 598/2019 de su protocolo, de fecha 18/03/2019, que ya fue calificado el día 17 de septiembre de 2019, según resulta de la nota de calificación precedente, habiéndose recibido en este Registro de la Propiedad, el día 22/11/2019, vía telemática, una Diligencia de Subsanación extendida por el mismo notario con fecha 22/11/2019 referida solo al defecto 2 de los indicados, ha resuelto no practicar los asientos solicitados, al no haberse subsanado el defecto señalado en el punto 1 del apartado hechos de la anterior nota de calificación, y reitera en cuanto a dicho defecto la nota de calificación desfavorable que antecede con sus fundamentos de derecho.–

Igualmente se reitera con sus fundamentos de derecho, aunque su subsanación no es condicionante de la inscripción del negocio principal, el defecto tercero de la referida nota de calificación.

Contra esta calificación podrá (...).»

c) La última calificación, que es contra la que se recurre y que se ciñe ya solo al defecto «1» de la primera emitida, es de 27 de enero de 2020 y tiene el contenido siguiente:

«Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001, de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario:

El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por Doña A. M. S. B., el día 05/09/2019, bajo el asiento número 88, del tomo 55 del Libro Diario y número de entrada 4107, que corresponde al documento otorgado por el Notario de Madrid Rafael Bonardell Lenzano, con el número 598/2019 de su protocolo, de fecha 18/03/2019, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

#### Hechos:

1. La adjunta escritura de segregación y extinción de condominio ha sido objeto de dos notas de calificación negativa en las que se decía: «Del examen de la operación realizada, en la que se indica que las dos viviendas resultantes «tienen acceso desde el vestíbulo de la planta que da paso a un vestíbulo particular que comparten», resulta que, lo que se realmente se ha efectuado en la adjunta escritura no es una división material de un vivienda en dos, sino la creación de una subcomunidad horizontal de dos viviendas independientes con un vestíbulo común a los mismos de superficie indeterminada dado que se subsume incorrectamente en la de cada una de las viviendas; lo que impide inscribir la operación efectuada por existir unos metros cuadrados que desaparecen jurídicamente en la escritura y que deberían pertenecer a las viviendas como elemento común de la subcomunidad. Dicho carácter de elemento común o distribuidor de las viviendas se menciona en la escritura, pero luego no se opera en consecuencia, pues dicha circunstancia, como se ha indicado exige la constitución de una subcomunidad horizontal en la que debe darse una cuota individual en la finca conjunta referida –nueva matriz- a la unidad 100 a cada vivienda, y si se quiere otra cuota individual en el edificio total.»

2. Ahora se presenta una escritura de subsanación de fecha 15 de enero de 2020, protocolo 126, en la que se mantiene como operación jurídica la segregación de un piso, y se añade la segregación del indicado vestíbulo que se configura como finca registral independiente con su propia cuota, que se vincula ob rem a las otras dos fincas (segregada y resto de matriz), y se modifica paralelamente la descripción de las mismas en cuanto a la cuota y a la superficie.

Pero tampoco puede admitirse esta configuración jurídica de la modificación hipotecaria operada ya que tal vestíbulo no es susceptible de aprovechamiento independiente, por lo que no puede ser objeto de apertura de folio registral propio; debiendo constituirse, como ya se ha indicado en las dos anteriores notas de calificación, una subcomunidad horizontal entre los dos nuevos pisos, con sus respectivas cuotas en la misma y su superficie particular útil y construida, y con la configuración del vestíbulo como elemento común de la subcomunidad sin cuota alguna.

#### II. Fundamentos de derecho:

1. Los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario excluyen la posibilidad de realizar una división material cuando concurra la existencia de elementos comunes entre las distintas finca independientes resultantes, pues la misma debe afectar a la totalidad de la finca primitiva; no pudiendo tampoco configurarse la modificación como una segregación de fincas porque, en este caso, el resto sería una finca independiente que debería describirse íntegramente y, bien tendría su propio propietario o bien habría que constituir una comunidad "ob rem" a favor de las viviendas

Pero, además, como ya se indicó en las anteriores notas de calificación, de los artículos 396 del Código Civil y 8-4 y 5 de la Ley Hipotecaria, resulta que en el supuesto de existir zonas comunes entre fincas susceptibles de aprovechamiento independiente, es necesaria la constitución del régimen de propiedad horizontal, complejo inmobiliario o de subcomunidad horizontal, según proceda, con descripción de los elementos que lo componen y de sus respectivos elementos comunes; que es lo procedente en el supuesto a que se refiere las adjuntas escrituras.

En concreto, respecto de la operación contenida en la escritura de subsanación, los artículos 396 del Código Civil, 8-4 de la Ley Hipotecaria y 3-a) de la Ley de Propiedad Horizontal, solo permiten constituir como fincas independientes y ser objeto de propiedad separada o singular, los diferentes pisos o locales de un edificio susceptibles de aprovechamiento independiente en sí mismos considerados, y que tengan, además, salida propia a un elemento común o a la vía pública; lo que no incluye vestíbulos cuya única función sea permitir el acceso a distintos elementos susceptibles de tal aprovechamiento independiente mediante el acceso a través del mismo. No se toma anotación preventiva por defectos subsanables por no haberse solicitado.

Contra esta calificación podrá (...).»

El notario autorizante, don Rafael Bonardell Lenzano, interpuso recurso contra la calificación de 27 de enero de 2020, mediante escrito que entró en el referido Registro el 27 de febrero, con las siguientes alegaciones:

«Hechos:

I. Mediante escritura por mi autorizada 18 de marzo de 2019 con el número 598 de mi protocolo, doña A. M. y doña M. C. S. B. procedieron a la segregación de la vivienda (...), de Madrid y a la posterior extinción del condominio recayente sobre ella. Se acompaña testimonio de la referida escritura, dando aquí por reproducido su contenido.

II. A causa de la calificación negativa de que fue objeto la mencionada escritura, y de los defectos advertidos en ella, se procedió a la subsanación de su contenido dispositivo por medio de otra, también autorizada por mí el día 15 de enero de 2020 con el número 126 de mi protocolo. Por virtud de ella, la situación del inmueble afectado quedó configurado de la siguiente manera:

1.º De la finca registral 33.623 se segregan dos porciones: la que se denomina "vivienda (...)" y el llamado "vestíbulo"; a la finca resto se la designa como "vivienda (...)".

2.º En la escritura se procede a la descripción completa de las tres fincas resultantes, se les asigna un valor y se les adjudica la cuota de participación en la comunidad.

3.º Sobre la finca identificada como "vestíbulo", por existir una relación de accesoriedad y servicio con las dos viviendas, se establece una vinculación ob rem con ellas, de manera que la titularidad de estas últimas determina la de él, a razón de una mitad por cada una, y los actos de disposición de los pisos hayan de ser conjuntos con la participación indivisa del vestíbulo.

4.º Finalmente, se extingue el condominio existente entre las otorgantes y se adjudica a cada una de ellas una vivienda, junto con la correspondiente mitad indivisa del vestíbulo.

Se acompaña testimonio de la escritura de subsanación.

III. Presentada a inscripción tras la subsanación, también fue objeto de calificación negativa mediante nota de 27 de enero de 2020, en la que, después de reproducir las observaciones adversas de la formulada con relación a la escritura 598 de 2019 (la subsanada), se incluyen las siguientes indicaciones:

"Ahora se presenta una escritura de subsanación de fecha 15 de enero de 2020, protocolo 126, en la que se mantiene como operación jurídica la segregación de un piso, y se añade la segregación del indicado vestíbulo que se configura como finca registral independiente con su propia cuota, que se vincula ob rem a las otras dos fincas (segada y resto de matriz), y se modifica paralelamente la descripción de las mismas en cuanto a la cuota y a la superficie.

Pero tampoco puede admitirse esta configuración jurídica de la modificación hipotecaria operada ya que tal vestíbulo no es susceptible de aprovechamiento independiente, por lo que no puede ser objeto de apertura de folio registral propio; debiendo constituirse, como ya se ha indicado en las dos anteriores notas de calificación, una subcomunidad horizontal entre los dos nuevos pisos, con sus respectivas cuotas en la misma y su superficie particular útil y construida, y con la configuración del vestíbulo como elemento común de la subcomunidad sin cuota alguna."

Apoya su criterio contrario a la inscripción en los fundamentos que se reproducen a continuación:

«Los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario excluyen la posibilidad de realizar una división material cuando concurra la existencia de elementos comunes entre las distintas finca independientes resultantes, pues la misma debe afectar a la totalidad de la finca primitiva; no pudiendo tampoco configurarse la modificación como una segregación de fincas porque, en este caso, el resto sería una finca independiente que debería describirse íntegramente y, bien tendría su propio propietario o bien habría que constituir una comunidad "ob rem" a favor de las viviendas.

Pero, además, como ya se indicó en las anteriores notas de calificación, de los artículos 396 del Código Civil y 8-4 y 5 de la Ley Hipotecaria, resulta que en el supuesto de existir zonas comunes entre fincas susceptibles de aprovechamiento independiente, es necesaria la constitución del régimen de propiedad horizontal, complejo inmobiliario o de subcomunidad horizontal, según proceda, con descripción de los elementos que lo componen y de sus respectivos elementos comunes; que es lo procedente en el supuesto a que se refiere las adjuntas escrituras.

En concreto, respecto de la operación contenida en la escritura de subsanación, los artículos 396 del Código Civil, 8-4 de la Ley Hipotecaria y 3-a) de la Ley de Propiedad Horizontal, solo permiten constituir como fincas independientes y ser objeto de propiedad separada o singular, los diferentes pisos o locales de un edificio susceptibles de aprovechamiento independiente en sí mismos considerados, y que tengan, además, salida propia a

un elemento común o a la vía pública; lo que no incluye vestíbulos cuya única función sea permitir el acceso a distintos elementos susceptibles de tal aprovechamiento independiente mediante el acceso a través del mismo."

Se incorpora testimonio de la nota de calificación.

A estos hechos, y a los fines que se persiguen, son aplicables los siguientes:

Fundamentos de derecho:

Primero. Conforme al artículo 325 de la Ley Hipotecaria, el Notario que suscribe se encuentra legitimado para interponer el recurso que mediante el presente escrito se formula, por ser el autorizante de la escritura cuya calificación ha resultado negativa.

Segundo. La calificación impugnada parte, como petición de principio, de que el propósito perseguido por los otorgantes únicamente puede lograrse a través de la constitución de una subcomunidad entre las dos nuevas viviendas que se crean, en la que al vestíbulo le correspondería la función de elemento común.

El razonamiento plasmado en la nota de calificación arranca con la ineptitud del vestíbulo para constituir un elemento privativo de la comunidad horizontal. Sostiene a tal efecto que los arts. 396 CC, 8-4 LH y 3-a) LPH, "solo permiten constituir como fincas independientes y ser objeto de propiedad separada o singular, los diferentes pisos o locales de un edificio susceptibles de aprovechamiento independiente en sí mismos considerados, y que tengan, además, salida propia a un elemento común o a la vía pública; lo que no incluye vestíbulos cuya única función sea permitir el acceso a distintos elementos susceptibles de tal aprovechamiento independiente mediante el acceso a través del mismo".

La descripción del supuesto de hecho de la propiedad horizontal se encuentra recogida en el art. 396 CC, donde la susceptibilidad del aprovechamiento independiente de las diferentes piezas del edificio se hace depender exclusivamente de la circunstancia de "tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública". En la misma línea, el art. 1 LPH, tras señalar en su primer párrafo que la Ley tiene por objeto la regulación de la forma especial de propiedad establecida en el art. 396 CC, reitera en el párrafo segundo que "a efectos de esta Ley tendrán también la consideración de locales aquellas partes de un edificio que sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común de aquél o a la vía pública". Ambos pasajes legislativos son los únicos de la normativa aplicable a esta materia que hacen referencia al alcance del término "aprovechamiento independiente", aunque muchos otros, como los citados por el Registrador en su nota, utilicen esa expresión para aludir a los elementos privativos, pero sin añadir ningún requisito o nota conceptual al entendimiento de la noción. Desde el punto de vista de la sistemática del legislador, la localización de los preceptos definitorios encuentra fácil explicación si se repara en que el art. 396 CC es el destinado a identificar el tipo de propiedad sometida a este régimen especial, y en que el art. 1 LPH tiene por misión delimitar el ámbito de aplicación de la Ley que con él inicia su contenido normativo.

En consecuencia, con arreglo a la legislación vigente, la idoneidad de un elemento para ser susceptible de aprovechamiento independiente depende exclusivamente de que tenga salida a un elemento común o a la vía pública. Por lo tanto, la ineptitud congénita que el Registrador atribuye a la pieza denominada "vestíbulo" carece de fundamento y no debe ser considerada.

Desvanecido el argumento de la inidoneidad del vestíbulo para constituir un elemento privativo, dejan de tener sentido las alusiones obstativas que la nota de calificación efectúa a los arts. 46 y 47 RH.

Tercero. Fijada la aptitud para ser elemento independiente en la circunstancia de contar con salida a un elemento común o a la vía pública, el problema se podría plantear con respecto a las viviendas (...) y (...), dado que, en la división efectuada, no tienen salida directa a un elemento común, sino al vestíbulo, configurado como finca independiente.

Cuestiones semejantes a la aquí planteada han sido tratadas por la DGRN en sus Resoluciones de 12 de noviembre de 1997 y 3 de julio de 2000, en las que se examinó la eventualidad de asegurar de manera perpetua la salida a la vía pública o a un elemento común a través de otro elemento privativo. En ambos casos se admite la posibilidad de garantizar el acceso al elemento privativo a través de otro elemento de análoga naturaleza, siempre que se haga con carácter estable y definitivo, si bien, en los supuestos examinados en ellas, no consideró cumplida tal condición. Más recientemente, la RDGRN de 18 de enero de 2013 declara con absoluta claridad que "también se garantiza ese aprovechamiento independiente del departamento privativo si esa comunicación con el exterior se canaliza de forma mediata a través de una facultad o vinculación jurídica real propia de aquél, como puede ser el derecho real de servidumbre que grave a un inmueble (que puede ser otro elemento privativo) que goce de tal salida al exterior, ya sea de forma directa, ya a través de un elemento común".

En el caso a que se refiere este recurso, el acceso a las dos viviendas queda garantizado de manera estable y perpetua a través del elemento privativo denominado vestíbulo, atribuido en copropiedad a las dos otorgantes y vinculado ob rem con ambas viviendas para asegurar su salida a un elemento común (el descansillo de la planta [...])

Cuarto. Acreditada la adecuación al ordenamiento jurídico de la división efectuada, resta por considerar, no obstante, la pretendida obligatoriedad de constituir en este caso una subcomunidad con un elemento común, el vestíbulo, y dos elementos privativos, las dos viviendas.

Admitida por la doctrina científica, por la jurisprudencia y por la doctrina administrativa de la DGRN la eventualidad de constituir subcomunidades, su contemplación explícita en la LPH tiene lugar con la reforma de su art. 2 llevada a cabo por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, por la que se le añade el apartado d). De la lectura de este apartado, y de todo el texto de la Ley, no se aprecia ningún supuesto en que la constitución de una subcomunidad resulte obligatoria.

No existe ninguna razón para entender que a esta figura (la subcomunidad) deba aplicársele una doctrina diferente de la elaborada con respecto a la vigencia de la autonomía de la voluntad en cuanto a la constitución del régimen de propiedad horizontal en todo supuesto en que un mismo edificio conste de diferentes pisos o locales, doctrina que se halla plasmada en la RDGRN de 15 de diciembre de 2004 en los siguientes términos: "Como señala la Resolución de 26 de junio de 1987, la multiplicidad de situaciones fácticas posible en esta materia determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino al contrario el reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico, que entre los varios que proporciona el ordenamiento, resulte más adecuado al caso concreto en función de sus características peculiares y de los fines o intereses perseguidos, si bien esta libertad de configuración debe moverse dentro del respeto a las exigencias estructurales del sistema y los límites derivados de la trascendencia erga omnes del status jurídico de los bienes". De las consideraciones que preceden, se desprende con absoluta claridad que la solución arbitrada en la operación a que se refiere este recurso no contraviene las exigencias estructurales del sistema de derechos reales, ni sobrepasa los límites inherentes a la trascendencia erga omnes del status jurídico de los bienes, resultando plenamente compatible con el régimen de propiedad horizontal en que se incardina.»

#### IV

El registrador de la propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de 28 de febrero de 2020.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 396, 549, 594 y 598 del Código Civil; 2, 8, 18, 20, 38 y 326 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 1, 2, 3, 8, 10, 17 y 24 de la Ley de Propiedad Horizontal; 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; 7, 46 y 47 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de esta Dirección General de 26 de junio de 1987, 20 de julio de 1998, 6 de marzo y 14 y 16 de mayo de 2002, 21 de enero y 15 de diciembre de 2004, 13 de marzo y 29 de noviembre de 2007, 9 de junio y 2 de noviembre de 2009, 18 de enero de 2013, 22 de abril de 2016, 31 de octubre de 2018 y 19 de julio de 2019.

1. Para la resolución de este recurso son relevantes los hechos siguientes:

a) Mediante escritura autorizada el 18 de marzo de 2019 las dos titulares de la finca registral número 33623 perteneciente al Registro de la Propiedad número 22 de Madrid segregaron de dicha finca un departamento, denominado vivienda piso cuarta, vivienda (...), de 97,44 metros cuadrados; quedando un resto, denominado vivienda (...), vivienda (...), con una superficie de 103,56 metros cuadrados, correspondiéndole como anejo el cuarto trastero, designado con la misma denominación en planta de sótano, y una cuota de 2,433 por ciento. Asimismo, extinguían el condominio existente sobre las fincas resultantes de la segregación y se adjudicaba a una de las señoras indicadas la vivienda (...), y a la otra la vivienda (...).

Posteriormente, se complementó la citada escritura con una diligencia en la que el notario autorizante hace constar que, el día 22 de marzo de 2019, le fue exhibido el libro de actas de la comunidad de propietarios en el que consta que, en junta general extraordinaria de 28 de noviembre de 2017, se acordó conceder la autorización para segregar cualquier vivienda, incorporando testimonio de todo ello a la matriz (acuerdo aprobado por el 75,561% de los propietarios presentes o representados).

Por último, y ante el mismo notario, el 15 de enero de 2020 se otorgó escritura de subsanación en la que se mantiene como operación jurídica la segregación de un piso, añadiéndose la segregación de un vestíbulo, que se configura como finca registral independiente con su propia cuota en el edificio en su conjunto, y que se vincula «ob rem» a las otras dos fincas (la segregada y el resto de matriz), modificándose paralelamente la descripción de las mismas en cuanto a la cuota y a la superficie. Respecto de la vinculación «ob rem», se expresa en la escritura lo siguiente: «SEGUNDO.-VINCULACION OB REM.-Al existir entre el vestíbulo anteriormente descrito, por una parte, y cada una de las dos restantes fincas Vivienda (...) y la Vivienda (...), por otra, una relación de accesoriedad y servicio, establece entre ellas una vinculación de titularidad «ob rem», de manera que la titularidad de dicho

vestíbulo, se determine por la de las otras dos, correspondiendo a cada una de éstas una mitad indivisa de aquella, y que la disposición de cada una de las dos viviendas haya de ser conjunta con su cuota en el vestíbulos».

b) De la última calificación recaída resultan claramente los obstáculos que el registrador señala para la inscripción:

«1. Los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario excluyen la posibilidad de realizar una división material cuando concurra la existencia de elementos comunes entre las distintas finca independientes resultantes, pues la misma debe afectar a la totalidad de la finca primitiva; no pudiendo tampoco configurarse la modificación como una segregación de fincas porque, en este caso, el resto sería una finca independiente que debería describirse íntegramente y, bien tendría su propio propietario o bien habría que constituir una comunidad "ob rem" a favor de las viviendas.

Pero, además, como ya se indicó en las anteriores notas de calificación, de los artículos 396 del Código Civil y 8-4 y 5 de la Ley Hipotecaria, resulta que en el supuesto de existir zonas comunes entre fincas susceptibles de aprovechamiento independiente, es necesaria la constitución del régimen de propiedad horizontal, complejo inmobiliario o de subcomunidad horizontal, según proceda, con descripción de los elementos que lo componen y de sus respectivos elementos comunes; que es lo procedente en el supuesto a que se refiere las adjuntas escrituras.

En concreto, respecto de la operación contenida en la escritura de subsanación, los artículos 396 del Código Civil, 8-4 de la Ley Hipotecaria y 3-a) de la Ley de Propiedad Horizontal, solo permiten constituir como fincas independientes y ser objeto de propiedad separada o singular, los diferentes pisos o locales de un edificio susceptibles de aprovechamiento independiente en sí mismos considerados, y que tengan, además, salida propia a un elemento común o a la vía pública; lo que no incluye vestíbulos cuya única función sea permitir el acceso a distintos elementos susceptibles de tal aprovechamiento independiente mediante el acceso a través del mismo.»

c) El notario autorizante recurre la calificación, siendo de reseñar, de su argumentación:

«(...) Cuestiones semejantes a la aquí planteada han sido tratadas por la DGRN en sus Resoluciones de 12 de noviembre de 1997 y 3 de julio de 2000, en las que se examinó la eventualidad de asegurar de manera perpetua la salida a la vía pública o a un elemento común a través de otro elemento privativo. En ambos casos se admite la posibilidad de garantizar el acceso al elemento privativo a través de otro elemento de análoga naturaleza, siempre que se haga con carácter estable y definitivo, si bien, en los supuestos examinados en ellas, no consideró cumplida tal condición. Más recientemente, la RDGRN de 18 de enero de 2013 declara con absoluta claridad que "también se garantiza ese aprovechamiento independiente del departamento privativo si esa comunicación con el exterior se canaliza de forma mediata a través de una facultad o vinculación jurídico real propia de aquél, como puede ser el derecho real de servidumbre que grave a un inmueble (que puede ser otro elemento privativo) que goce de tal salida al exterior, ya sea de forma directa, ya a través de un elemento común".

En el caso a que se refiere este recurso, el acceso a las dos viviendas queda garantizado de manera estable y perpetua a través del elemento privativo denominado vestíbulo, atribuido en copropiedad a las dos otorgantes y vinculado ob rem con ambas viviendas para asegurar su salida a un elemento común (el descansillo de la planta 4.ª)

(...) Acreditada la adecuación al ordenamiento jurídico de la división efectuada, resta por considerar, no obstante, la pretendida obligatoriedad de constituir en este caso una subcomunidad con un elemento común, el vestíbulo, y dos elementos privativos, las dos viviendas.

Admitida por la doctrina científica, por la jurisprudencia y por la doctrina administrativa de la DGRN la eventualidad de constituir subcomunidades, su contemplación explícita en la LPH tiene lugar con la reforma de su art. 2 llevada a cabo por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, por la que se le añade el apartado d). De la lectura de este apartado, y de todo el texto de la Ley, no se aprecia ningún supuesto en que la constitución de una subcomunidad resulte obligatoria.

No existe ninguna razón para entender que a esta figura (la subcomunidad) deba aplicársele una doctrina diferente de la elaborada con respecto a la vigencia de la autonomía de la voluntad en cuanto a la constitución del régimen de propiedad horizontal en todo supuesto en que un mismo edificio conste de diferentes pisos o locales, doctrina que se halla plasmada en la RDGRN de 15 de diciembre de 2004 en los siguientes términos: "Como señala la Resolución de 26 de junio de 1987, la multiplicidad de situaciones fácticas posible en esta materia determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino al contrario el reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico, que entre los varios que proporciona el ordenamiento, resulte más adecuado al caso concreto en función de sus características peculiares y de los fines o intereses perseguidos, si bien esta libertad de configuración debe moverse dentro del respeto a las exigencias estructurales del sistema y los límites derivados de la trascendencia erga omnes del status jurídico de los bienes". De las consideraciones que preceden, se desprende con absoluta claridad que la solución arbitrada en la operación a que se refiere este recurso no contraviene las exigencias estructurales del sistema de derechos reales, ni sobrepasa los límites inherentes a la

trascendencia erga omnes del status jurídico de los bienes, resultando plenamente compatible con el régimen de propiedad horizontal en que se incardina.»

2. La constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal presupone la existencia de un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre los diferentes pisos o locales de un edificio susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común o a la vía pública; derecho que lleva como anejo un derecho inseparable de copropiedad sobre los elementos comunes. Y como ya ha afirmado este Centro Directivo con anterioridad, la multiplicidad de situaciones fácticas posibles determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas –o encorsetadas, si se prefiere–.

Al contrario, prima el reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico que, entre los varios que proporciona el ordenamiento, resulte más adecuado al caso concreto en función de sus características peculiares y de los fines o intereses perseguidos; si bien esta libertad de configuración debe respetar las exigencias estructurales del sistema y los límites derivados de la trascendencia «erga omnes» del estatuto jurídico de los bienes.

Hecha la anterior precisión, el régimen jurídico de la propiedad horizontal diseña un sistema en el que se compatibiliza el uso privativo de determinados espacios autónomos y diferenciados con el uso compartido o colectivo de otros, que tienen la conceptualización de elementos comunes. Por eso, en el régimen especial de copropiedad que supone la propiedad horizontal regulado en nuestro derecho, constituye un elemento definidor de los elementos privativos el que se trate de zonas delimitadas del edificio susceptibles de aprovechamiento separado e independiente; y para que sea posible ese disfrute y aprovechamiento independiente es imprescindible que tales elementos privativos tengan salida propia a un elemento común o a la vía pública. Esta comunicación o libre acceso con el exterior puede ser directa, por dar a la calle, o a través de un elemento común, tal y como prevé el artículo primero de la Ley sobre propiedad horizontal.

Pero es evidente que se garantiza ese aprovechamiento independiente del departamento privativo si esa comunicación con el exterior se canaliza de forma mediata a través de una facultad o vinculación jurídico real propia de aquél, como puede ser el derecho real de servidumbre que grave un inmueble -que puede ser otro elemento privativo- que goce de tal salida al exterior, ya sea de forma directa, ya a través de un elemento común; y lo mismo cabe afirmar respecto de la vinculación «ob rem», que comporta entre las fincas cuya titularidad dominical se conecta inescindiblemente una relación de servicio análoga, si no más estrecha, que la resultante de la constitución de una servidumbre. Y es que en la propiedad horizontal que se regula en nuestro derecho el requisito más importante de los elementos privativos es que se trate de zonas delimitadas del edificio susceptibles de aprovechamiento independiente, y para que sea posible tal tipo de aprovechamiento es imprescindible que tales elementos tengan salida a un elemento común o a la vía pública. Y sin duda una segregación como la realizada en el título calificado es posible, y crea un estado de cosas perfectamente ajustado a las exigencias de la propiedad horizontal si, a pesar de no tener -la entidad o entidades creadas- salida a la calle o a otro elemento común, simultáneamente se constituye una vinculación jurídica inescindible para dar paso por otro elemento privativo a favor de las entidades resultantes de la segregación.

3. En apoyo de lo anteriormente expuesto, no es ocioso recordar que es «communis opinio» que, en nuestro derecho, se sigue el sistema del «numerus apertus», lo que quiere decir que existe libertad entre los contratantes para crear derechos reales innominados o atípicos, siempre que el derecho creado tenga las características esenciales del derecho real. Eso supone, como ha puesto de relieve la doctrina más autorizada, que se pueden crear derechos reales nuevos, los cuales en su mayoría serán combinaciones o variaciones sobre los existentes.

Y lo anterior trae como consecuencia que, si los contratantes no quieren someterse a una figura de derecho real típica, no existe obstáculo para que se aparten de ella, siempre que no contravengan una prohibición legal. Por ello nada impide que pueda constituirse una servidumbre (en el campo de las servidumbres el Código Civil refleja el reconocimiento en nuestro derecho del referido sistema de «numerus apertus» -cfr. artículo 594-) o una relación de servicio entre las fincas como la que en la escritura se configura mediante la vinculación «ob rem».

Por otro lado, y en orden a la exigencia del registrador de que haya de configurarse necesariamente una subcomunidad, las consecuencias de los derechos que se han creado en el presente caso son distintas de las que derivarían de las exigencias normativas de los complejos inmobiliarios, por lo que no cabe obligar a los interesados, en una materia dejada a la autonomía de la voluntad, a aplicar una concreta figura jurídica cuyas consecuencias son distintas a las queridas por ellos. En suma, del hecho de que a raíz de la Ley del Suelo de 28 de mayo de 2007 (hoy derogada por el citado Real Decreto Legislativo 7/2015, en especial su artículo 26), se establezca que cuando se superpongan propiedades podrá constituirse complejo inmobiliario, no cabe deducir que forzosamente los derechos resultantes hayan de subsumirse en dicha figura.

4. En cuanto a la titularidad «ob rem» configurada en la escritura de subsanación, cabe recordar que la Resolución de 22 de abril de 2016 de este Centro Directivo (fundamento de derecho tercero) afirmó que la configuración jurídica de una finca registral con el carácter de «ob rem» de otras trae como consecuencia esencial

que su titularidad venga determinada mediatamente por la titularidad de las fincas principales al igual que ocurre con las servidumbres prediales; la titularidad de la finca «ob rem» corresponde pues a quien ostente la titularidad de la finca principal. Como precisó la Resolución de 29 de noviembre de 2007, los elementos vinculados son titularidades «ob rem», que no pueden seguir un régimen jurídico distinto al del elemento principal al que están adscritos, de modo que existe vinculación «ob rem» entre dos (o más) fincas cuando se da entre ellas un vínculo que las mantiene unidas, sin que pueda separarse la titularidad de las mismas, que han de pertenecer a un mismo dueño, por existir una causa económica y a la vez jurídica que justifique dicha conexión, como una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de servicio.

5. Por las razones expuestas, tiene razón el recurrente cuando, citando pronunciamientos anteriores de este Centro Directivo, afirma que la solución arbitrada en la operación a que se refiere este recurso no contraviene las exigencias estructurales del sistema de derechos reales, ni sobrepasa los límites inherentes a la trascendencia «erga omnes» del estatuto jurídico de los bienes, resultando plenamente compatible con el régimen de propiedad horizontal en el que espacialmente se encuadran las entidades creadas. También, cuando afirma que admitida por la doctrina científica, por la jurisprudencia y por este Centro Directivo la eventualidad de constituir subcomunidades, su contemplación explícita en la Ley sobre propiedad horizontal tuvo lugar con la reforma de su artículo 2, llevada a cabo por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, por la que se le añade el apartado d) (según el cual, se entiende por subcomunidades «las que resultan cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el título constitutivo, varios propietarios disponen, en régimen de comunidad, para su uso y disfrute exclusivo, de determinados elementos o servicios comunes dotados de unidad e independencia funcional o económica»), sin que de la lectura de este apartado, y de todo el texto de la Ley, se aprecie ningún supuesto en que la constitución de una subcomunidad resulte obligatoria.

Y por lo que se refiere a la vinculación «ob rem» establecida, cumple igualmente con todas las exigencias que conceptualmente han ido perfilando doctrina, jurisprudencia y pronunciamientos de este Centro Directivo y de otras instancias jurídicas con competencias en el ámbito del derecho privado.

Por último, operaciones como la plasmada en la escritura cuya calificación motiva este recurso no son en absoluto infrecuentes, y la solución que en ella se configura, cumplidas aquellas otras exigencias urbanísticas o administrativas que procedan, ofrece una buena salida a situaciones o supuestos similares; pues facilitar la división de viviendas de dimensiones superiores a la media, creando más entidades independientes habitables, puede, en ocasiones, ser un instrumento útil para afrontar o mitigar ciertos problemas que muchas veces se han tildado de estructurales, como por ejemplo la carestía y escasez de viviendas.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar 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 junio de 2020. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.