

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13376 *Resolución de 27 de noviembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Castro Urdiales, por la que se suspende la inscripción de una escritura aclaratoria en la que se solicita la corrección de dos fincas registrales.*

En el recurso interpuesto por doña M. A. G. T., contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Castro Urdiales, doña María Esperanza Casal Garmendia, por la que se suspende la inscripción de una escritura aclaratoria en la que se solicita la corrección de dos fincas registrales.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el 12 de junio de 2013 ante el notario de Castro Urdiales, don José Graiño Ferreiro, número 596 de protocolo, doña M. J. G. V., por sí y en representación de doña M.L. V. L., y doña M. A. G. T., titulares de las fincas registrales 39.422 y 39.447, viviendas que se segregaron a su vez de la registral 11.291 de la que forman parte, manifiestan que de la descripción de la vivienda situada en el piso primero (actualmente dividida en las dos registrales citadas viviendas primero izquierda y derecha), contenida en la escritura de declaración de obra nueva del edificio, se desprende que solo tenía para su servicio una terraza de 163,95 metros cuadrados por lo que se solicita que se haga constar dicho extremo en el Registro de la Propiedad.

II

Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Castro Urdiales el día 19 de julio de 2013, en unión de instancia suscrita en Castro Urdiales el 28 de junio de 2013 por doña M. J. G. V. y doña M. A. G. T., cuyas firmas constan legitimadas el día 18 de julio de 2013 por el notario de los de Laredo don Francisco Javier Martín Muñiz. Número de entrada 3841/2013, causando el asiento número 54 del diario 92, fue objeto de la siguiente calificación: «Hechos: Primero.—Que con fecha 19 de julio de 2013 ha sido presentada... (siguen datos de presentación antes reseñados). Segundo.—Que en la mencionada escritura y en la instancia referenciada se solicita la corrección de la descripción de las fincas registrales 39.447 y 39.442 de Castro Urdiales en el sentido de dejar sin efectividad la atribución a las viviendas de las terrazas en propiedad y, en sustitución de ello, reconvertir esa calificación jurídica estableciendo que las viviendas sólo tienen servicio de las respectivas terrazas. Tercero.—Que consultados los libros del Registro, don E. G. C. declaró una obra nueva sobre la finca registral 11291 de Castro Urdiales en escritura otorgada el 11 de marzo de 1958 en Castro Urdiales ante el Notario don José de Ellacuría y Beascoechea. En dicha escritura se establece respecto al piso primero lo siguiente: "el piso primero que tiene una sola vivienda, tiene para su servicio una terraza que ocupa el resto de la superficie de la planta baja, por lo tanto la extensión de este piso es de doscientos cuarenta y siete metros con sesenta y dos decímetros cuadrados, y la de la terraza de ciento sesenta y tres metros con noventa y cinco decímetros cuadrados". Al fallecimiento de don E. G. C., sus herederos aceptan la herencia y segregan los pisos primeros derecha e izquierda dando como resultados las fincas registrales 39422 y 39447 en las que dichos pisos se describen como sigue: Finca 39.422.—Piso primero derecha, de la casa... que tiene una superficie de ciento treinta

metros treinta y ocho decímetros cuadrados, con una terraza de ochenta y un metros noventa y siete decímetros cuadrados. Finca 39.447.—Piso primero izquierda, de la... que tiene una superficie de ciento diecisiete metros veinticinco decímetros cuadrados, con una terraza de ochenta y un metros noventa y siete decímetros cuadrados. En dichas fincas existen varios asientos posteriores donde los pisos se describen de igual forma. Cuarto.—Que ahora se pretende modificar la adscripción al piso primero que el promotor propietario único hizo en su día de las terrazas. Fundamentos de Derecho: I.—La propiedad horizontal se basa en una dicotomía esencial: la existencia de elementos privativos susceptibles de propiedad separada y elementos comunes, objeto de copropiedad de todos los partícipes en la propiedad horizontal, en proporción a su cuota. Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1993, pueden ser anejos los elementos comunes no por naturaleza sino por destino (por ejemplo las terrazas). La adscripción puede hacerla el promotor propietario único o la comunidad por acuerdo unánime, por lo tanto dicha adscripción no se trata de un dato de puro hecho material que cae fuera de la garantía que presta el Registro, tanto a efectos de la fe pública como de la legitimación registral. II.—El contenido del Registro está bajo la salvaguarda de los Tribunales conforme al artículo 1.3.º de la Ley Hipotecaria (principio de legitimación) y se presume su exactitud. Ambos principios junto con el de la obligación de calificar del Registrador por lo que resulta de los títulos inscritos y de los libros a su cargo llevan a la conclusión de que las terrazas se adscribieron a los pisos primeros como propiedad de los mismos. Extendido un asiento, la situación resultante queda bajo la salvaguarda de los Tribunales, produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, precisándose para su rectificación, bien el consentimiento de todos los titulares, artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, bien la oportuna resolución judicial dictada en juicio declarativo, y en este sentido las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de noviembre de 1998 y 28 de julio de 1999. III.—El supuesto que nos ocupa se trata de la conversión de un elemento privativo en común, y conforme a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal (artículos 3. 5. 7 12 y 17) la modificación operada en la descripción de un componente privativo supone una modificación de circunstancias que excede de las posibilidades de actuación unilateral del propietario y requiere el consentimiento de los demás copropietarios. Para hacer constar en el Registro el carácter de elemento común de las terrazas es necesario que se otorgue la escritura de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal y para ello deben comparecer, tal y como resulta de los artículos 40.d) de la Ley Hipotecaria y 5, 13 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal los actuales titulares junto con el Presidente de la comunidad, autorizado de forma expresa para dicho acto mediante acuerdo de la comunidad de propietarios adoptado por unanimidad. IV.—Resulta irrelevante si el problema consiste en la rectificación de un error proveniente del título o por el contrario se trata de una modificación estatutaria, pues en ambos casos es necesario el consentimiento unánime de todos los propietarios, por lo que es preciso que se apruebe por unanimidad de todos ellos la correspondiente rectificación o modificación que se sustanciara en escritura pública de modificación del título constitutivo y en este sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de junio de 2001. En su virtud, acuerdo: Previo examen de los antecedentes del Registro y al amparo de lo dispuesto en el artículo 18.1.º de la Ley Hipotecaria, suspender la práctica de la inscripción solicitada por el defecto, que se considera subsanable, de no ser el documento presentado, ni por sí solo ni junto a los demás que se acompañan el adecuado al fin que se pretende, conforme a los fundamentos jurídicos invocados. Dicho defecto podrá subsanarse mediante la presentación en este Registro de la correspondiente escritura de rectificación o modificación del régimen de propiedad horizontal consentida unánimemente por todos los copropietarios.—De conformidad con el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, se entiende prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de 60 días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere dicho artículo, en cuanto a lo no inscrito.—Según el mismo artículo puede solicitarse anotación preventiva de suspensión del artículo 42.9 del mismo cuerpo legal. Contra el presente (...). Castro

Urdiales, a 22 de julio de 2013 La Registradora de la Propiedad (firma ilegible y sello del Registro). Fdo.–María Esperanza Casal Garmendia». Dicha calificación fue notificada con fecha 2 de agosto de 2013.

III

Con fecha 16 de agosto de 2013 se solicitó calificación sustitutoria correspondiendo al Registro de la Propiedad de Potes. Con fecha 27 de agosto el Registrador de la Propiedad interino, don Ricardo Mantecon Trueba, confirmo la nota de calificación destacando además de los argumentos reflejados en la misma, que el artículo 3, letra b), de la Ley de Propiedad Horizontal, sujeta a sus disposiciones a las comunidades que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado título constitutivo de la propiedad horizontal, en todo caso, en cuanto al régimen jurídico de sus partes privativas y elementos comunes. A la vista de esta norma, parece claro que la determinación del carácter, privativo o común, que haya de corresponder a las terrazas objeto de estudio es competencia de todos los propietarios de la comunidad, en aplicación del artículo 17 de la misma Ley.

IV

Mediante escrito, suscrito por doña M. A. G. T., el día 13 de septiembre de 2013, se interpone recurso contra la calificación sustitutoria que tiene su entrada en el Registro de la Propiedad de Castro Urdiales el día 19 siguiente fundamentado resumidamente en los siguientes argumentos: Que es evidente que se ha producido en el decurso de las actuaciones registrales un error material o de concepto consistente en la reconversión de las terrazas, que pasan de constituir un servicio de la vivienda a formar parte en propiedad de las mismas Y ello con el único soporte de una escritura notarial, que ya adelanta ese error realizando una descripción descontextualizada de las fincas; que en su día se produjo el error notarial-registral y con ello la rectificación de la naturaleza jurídica de las terrazas, y se trata de reestablecer la legalidad formal transgredida por dicho error; que por ello estima que no es necesario ni el acuerdo de la comunidad ni mandato judicial alguno ya que no hay nada que dirimir en términos judiciales ni que resolver en términos comunitarios, se trata de un error profesional que hay que solventar; que no hay sinonimia o semejanza entre los términos servicio y propiedad y que está claro que cuando se planteó la declaración de obra nueva y división horizontal (sic) se hizo un distingo conceptual pues en otro caso bastaría que se hubiese incluido la terraza sin matización alguna en la vivienda lo que daría a entender sin necesidad de mayor criterio apreciativo que la superficie ocupada por la terraza era vivienda y por tanto propiedad de la misma no como anejo y que por lo tanto no era elemento común sino privativo; que la praxis notarial y registral reconduce interpretativamente el concepto de servicio al de uso y en el terreno específico de la división horizontal de forma continuada se vincula a los elementos comunes que teniendo por esencia o por decisión del promotor o la comunidad carácter común se vinculan a otro elemento privativo pero en uso, como servicio pero no en propiedad; y, que termina reseñando como fundamentos de Derecho los artículos 40, 211, 212, 213, 215, 216 321 y 328 de la Ley Hipotecaria reiterando que existe un error material o de concepto. Adjunta como prueba fotocopia del acuerdo de la comunidad de propietarios de 18 de julio de 1988 en el que la comunidad asume los gastos dimanantes de la terraza por considerarlos comunitarios.

V

La registradora, haciendo constar la notificación del recurso al notario autorizante y ante el defecto de alegaciones, emite su informe con fecha 15 de octubre, mantiene la nota de calificación y forma expediente, en el que hace constar que las actas que se

acompañan al escrito de recurso por fotocopia no fueron presentadas originariamente por lo que no pudieron ser tenidas en cuenta para efectuar las respectivas calificaciones, y lo eleva a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 19 bis, 40 212, 213 214, 216, 217, 219 y 326 de la Ley Hipotecaria; 321 a 327 del Reglamento Hipotecario; 2,b del la Ley de Propiedad Horizontal; las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1999, y 15 de diciembre de 2005, y las Resoluciones de esta Dirección General de 5 de mayo de 1978; 6 de noviembre de 1980; 10 de septiembre de 2004; 2 de febrero y 13 de septiembre de 2005; 19 de diciembre de 2006; 19 de junio de 2010; 7 de marzo, 24 de junio, 23 de agosto y 15 de octubre de 2011; 29 de febrero de 2012, y 28 de enero y 14 de mayo de 2013.

1. Como cuestión procedimental previa, el recurso se ha interpuesto indebidamente contra la calificación sustitutoria, ya que conforme ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (cfr., entre otras, Resoluciones de 12 de febrero de 2010, 26 de septiembre de 2011 y 4 de diciembre de 2012), el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Por ello, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad (cfr. artículo 19 bis, 5.ª, de la Ley Hipotecaria).

En el presente caso el registrador sustituto ha confirmado la calificación de la registradora sustituida en el único defecto señalado por esta por lo que aun cuando el recurso presentado se interpone contra la calificación sustitutoria, la presente resolución, conforme al precepto legal señalado, debe limitarse a revisar la calificación de la registradora sustituida, única legalmente recurrible.

2. Del mismo modo, debe establecerse con carácter previo que los documentos aportados en el recurso, relativos a los acuerdos de la junta de copropietarios, no fueron presentados al tiempo de la calificación por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso planteado.

3. Son datos a tener en cuenta en el presente recurso los siguientes:

– Don E. G. C. declaró una obra nueva sobre la finca registral 11.291 de Castro Urdiales en escritura otorgada el 11 de marzo de 1958. En dicha escritura se establece respecto al piso primero lo siguiente: «el piso primero que tiene una sola vivienda, tiene para su servicio una terraza que ocupa el resto de la superficie de la planta baja, por lo tanto la extensión de este piso es de doscientos cuarenta y siete metros con sesenta y dos decímetros cuadrados, y la de la terraza de ciento sesenta y tres metros con noventa y cinco decímetros cuadrados».

– Al fallecimiento de don E. G. C., sus herederos dividen el piso anterior formando los pisos primeros derecha e izquierda, que se describen como sigue: Piso primero derecha, de la casa... que tiene una superficie de ciento treinta metros treinta y ocho decímetros cuadrados, con una terraza de ochenta y un metros noventa y siete decímetros cuadrados. - Piso primero izquierda, de la casa... que tiene una superficie de ciento diecisiete metros veinticinco decímetros cuadrados, con una terraza de ochenta y un metros noventa y siete decímetros cuadrados. Ambos pisos con dichas descripciones abrieron folio en el

registro y en consecuencia las terrazas se consideran parte integrante de los mismos y por tanto elementos privativos.

– No consta constituido en el Registro el régimen de propiedad horizontal, ya que la escritura de obra nueva es anterior a la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960.

4. En el presente caso se debate si para hacer constar en el Registro el carácter de elemento común de unas terrazas que en la actualidad según el Registro se consideran parte integrante de determinadas viviendas enclavadas en un edificio es necesario que se otorgue escritura pública en la que presten su consentimiento todos los copropietarios o en su defecto la oportuna sentencia judicial o si en el caso de tratarse de un error como alega la recurrente debe practicarse dicha modificación de oficio por el registrador.

5. La recurrente en su escrito considera que dichas terrazas desde su inicio y tal y como se desprende de la primera descripción de la finca originaria previa a la división, son elementos comunes de la copropiedad, produciéndose un error derivado tanto de las escrituras notariales como del registro, cuya subsanación pretenden de oficio, error que califica de material o de concepto.

En este sentido, antes de analizar la existencia o no de error es necesario hacer una serie de precisiones:

Los errores que se producen en el registro pueden ser materiales o de concepto, pero ambos tipos de error no son intercambiables, como parece interpretar la recurrente, sino que la determinación de su carácter, material o de concepto, implica un tratamiento legal distinto que tiene su justificación en el diferente alcance de ambos tipos de error.

El artículo 212 de la Ley Hipotecaria define el error material como aquel que se comete cuando sin intención conocida se escriban unas palabras por otras, se omita la expresión de alguna circunstancia formal de los asientos o se equivoquen los nombres propios o las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por ello el sentido general de la inscripción o asiento de que se trate, ni el de ninguno de sus conceptos.

El artículo 216 de la misma ley establece que se entenderá que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido.

Por tanto en este supuesto, caso de existir un error, como afirma la recurrente, sería de concepto consistente en interpretar erróneamente el contenido de los títulos que accedieron al Registro, en cuanto al carácter común o privativo de las terrazas.

Determinado el tipo de error ante el que nos encontraríamos y produciéndose este en una inscripción, resultan de aplicación para su rectificación los artículos 40, 217 y 219 de la Ley Hipotecaria, en los que descansa la regla básica en nuestro Derecho hipotecario de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr. por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005; 19 de diciembre de 2006; 19 de junio de 2010, y 23 de agosto de 2011), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho –lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad–, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Como regla general no puede alterar de oficio el registrador, el contenido de los asientos sin dicho consentimiento o resolución judicial, o sin una acreditación fehaciente de lo manifestado que desvirtúe el contenido del título que motivó la inscripción vigente.

Bien es cierto que el artículo 217 citado dispone que: «Los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador, o una providencia judicial que lo

ordene», por lo que interpretado a sensu contrario, si el error resulta claramente de la inscripción o de otros asientos registrales referidos a ella sería posible la rectificación por el registrador como señaló la Sentencia de 28 de febrero de 1999.

Ahora bien, como la propia recurrente destaca, el supuesto error lo adelanta la escritura notarial «realizando una descripción descontextualizada de las fincas», es decir no se produce un error al describir las fincas en el Registro de forma distinta a la que constaba en los respectivos títulos, ni este resulta de otros asientos relacionados, sino que el error derivaría de las escrituras que motivaron las inscripciones.

Nos encontraríamos por tanto un defecto o error al que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, el cual, como expresó la Resolución de este Centro Directivo de 13 de septiembre de 2005 «es tajante al exigir el consentimiento de los titulares o la oportuna resolución judicial». En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala Primera– de 15 de diciembre de 2005.

6. En cualquier caso, a los efectos de la rectificación registral pretendida, como dice la registradora en su nota resulta irrelevante si el problema consiste en la rectificación de un error proveniente del título o por el contrario se trata de una modificación de los elementos de la comunidad pues en ambos casos es necesario el consentimiento unánime de todos los interesados y tratándose de un edificio en copropiedad los interesados no son solo los titulares de los pisos afectados sino todos los copropietarios, ya que de conformidad con el artículo 2, b de La Ley de Propiedad Horizontal las comunidades que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado título constitutivo de la propiedad horizontal, como es el caso, se someten en cuanto al régimen jurídico de sus partes privativas y elementos comunes a la citada Ley, por lo que la determinación del carácter privativo o común de las terrazas necesita el consentimiento unánime de todos los propietarios de la comunidad, en aplicación del artículo 17 del referido Texto Legal. Y a falta del citado acuerdo, debidamente documentado, la rectificación solo podrá efectuarse mediante la oportuna resolución judicial.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 27 de noviembre de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.