

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

1890 *Resolución de 18 de enero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Pontevedra n.º 1, por su negativa a inscribir una escritura de aportación a sociedad de gananciales, adicción y ampliación de obra nueva y división horizontal.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Pontevedra, don Luis Darrieux de Ben, contra la calificación del registrador de la propiedad de Pontevedra número 1, don Juan Carlos González Nieto, por su negativa a inscribir una escritura de aportación a sociedad de gananciales, adicción y ampliación de obra nueva y división horizontal.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada por el notario de Pontevedra, don Luis Darrieux de Ben el día 9 de mayo de 2012, con el número 752 de su protocolo, los esposos don L. F. G. y doña M. E. P. S. procedieron, previa aportación del esposo de una tercera parte de la finca a su sociedad conyugal, a ampliar y adicionar la obra nueva existente sobre la misma y a dividirla horizontalmente.

II

Presentada en el Registro de la Propiedad indicado la copia autorizada de dicha escritura, fue denegada su inscripción, en virtud de calificación emitida el 20 de septiembre de 2012, en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: «1. Con fecha 12 de septiembre de 2012, se presentó en este Registro motivando el asiento 1045 del Diario 135, primera copia de la escritura autorizada el 9 de mayo de 2012, con el número 752 de protocolo, por el notario de Pontevedra don Luís Darrieux de Ben, por la que don L. F. G. y doña M. E. P. S., formalizan la aportación a la sociedad de gananciales, adicción y ampliación de obra nueva, y división horizontal sobre la finca descrita en su expositivo, (finca registral número 12.207), cuya finca figura inscrita a favor de don J. F. A., casado con doña S. G. G. 2. Entre las fincas resultantes de la división horizontal figura el departamento número cinco que se describe como «trastero ubicado en la planta alta del edificio o bajo cubierta con entrada a través de trampilla por el departamento número tres». Fundamentos de Derecho. 1. Conforme a lo dispuesto en el art. 20 de la Ley Hipotecaria para que pueda ser inscrito en el Registro cualquier título por el que se declare, transmita o modifique el dominio de una finca, dicho dominio deberá constar previamente inscrito a favor de la persona que otorgue los referidos actos. 2. Conforme a lo dispuesto en el art. 396 del Código Civil y 1 de la Ley 49/1060, de 21 de julio, de propiedad horizontal, sólo pueden constituirse como fincas independientes aquellas partes de un edificio que sean susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común del edificio o a la vía pública. Calificación. Se deniega la inscripción de la escritura presentada, por los siguientes defectos, el último de carácter insubsanable: 1.º Inscripción de la finca número 12.207 a favor de persona distinta de los otorgantes. 2.º Falta acceso del departamento número cinco desde la vía pública o desde un elemento común del edificio (sigue la advertencia de recursos). Pontevedra 20 de septiembre de 2012. El registrador. Fdo. Juan Carlos González Nieto.»

III

Notificada la anterior calificación, por parte del notario autorizante, el señor Darrieux de Ben, se interpuso el correspondiente recurso en base a las siguientes alegaciones: «Hechos: Primero.—Con fecha 25 de septiembre de 2012 se notifica por el Registro de la Propiedad número 1 de Pontevedra al notario que suscribe la denegación de la inscripción de la mencionada escritura de aportación a la sociedad de gananciales, adición y ampliación de obra nueva y división horizontal, se presenta pues el recurso en plazo legalmente previsto. Se adjunta justificante de la notificación. Segundo.—En la escritura autorizada por el notario recurrente, como refiere la calificación del registrador, los otorgantes procedieron a formalizar las operaciones indicadas anteriormente sobre la finca descrita en el expositivo, cuya referencia es el número 12.207 del Registro de la Propiedad número 1 de Pontevedra. El registrador de la propiedad deniega la inscripción, de la citada escritura de aportación a la sociedad de gananciales, adición y ampliación de obra nueva y división horizontal. Tercero.—Frente a dicha calificación el recurrente alega lo siguiente: A) En cuanto al fundamento de Derecho número 1, que se refleja en la calificación del registrador, no es motivo del presente recurso por cuanto que está pendiente exclusivamente de la previa inscripción del título público de adquisición y a los efectos de reanudación del tracto sucesivo. B) Que en el ejercicio de las Leyes no implica y en este caso, tanto la Ley de Propiedad Horizontal como el Código Civil, pues tienen que adaptarse no genéricamente sino al caso concreto que nos ocupa y que en este supuesto es el presente recurso. 1) Que a diferencia de la interpretación llevada a cabo por el registrador de la Propiedad que del precepto del Código Civil, y además del artículo 396 y de la Ley de Propiedad Horizontal artículo 1 49/1060, de 21 de junio, de Propiedad Horizontal, estimo: a) Que no se está planteando un tema relativo a la amplitud con lo que la mencionada Ley y el referenciado Código Civil regula, pues en este caso concreto nos encontramos, simplemente, con una edificación unifamiliar, lo que significa que hay que tener una flexibilidad mayor que si esta edificación abarcase más de dos plantas del que integrasen el mismo; lo que implica que dada la ubicación de las plantas y su superficie no existe obstáculo alguno para que si un departamento en unión de otro departamento y por lo cual y si se transmitiese a personas distintas, no plantearía ningún problema jurídico pues si resultase esos dos propietarios como distintos condueños de las fincas, el predio transmitente tendrá que otorgar y a favor del predio adquirente una servidumbre de paso, con las condiciones, en cuanto a su ubicación, longitud y anchura que determinen ambas partes y sin perjuicio de que así fuese consentido y con la conformidad unánime de todos los propietarios que forman parte integrante del edificio, decidiesen que dicha servidumbre se constituyese a través de un elemento común del edificio. b) Que según resulta de Resolución de 2 de noviembre de 2009, dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado: «Se pretende la inscripción de una escritura de constitución de servidumbre con la siguiente cláusula: «Tercero: Servidumbre y derecho de uso. La finca matriz o parcela resultante A tendrá derecho de uso exclusivo del espacio sobre rasante de la parcela segregada o resultante letra B. El registrador considera que estamos ante una situación de propiedad horizontal y que, por tanto, debe darse al tratamiento de un conjunto inmobiliario, aplicando el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal. Resuelve la DGRN estimando el recurso, pues considera que ha de admitirse la presente servidumbre en base a principio existente de «numerus apertus de derechos reales, especialmente en materia de servidumbres, conforme al principio de autonomía de la voluntad. Además de ello, en la servidumbre que se constituye no existe la dualidad elementos privativos-elementos comunes típicos de la propiedad horizontal y de los complejos inmobiliarios, por lo que haría falta una configuración distinta a la que no se puede obligar, para que los derechos y deberes resultantes pudieran subsumirse en una u otra figura.» Resolución que consiste en prueba a favor y si llegasen a ser propietarios distintos de los departamentos números tres y cinco de la constitución de servidumbre o el acceso a través de un elemento común y en los términos ya reflejados. ...En definitiva. a) Que al ser una vivienda unifamiliar, si se transmitiesen la propiedad de las fincas números 5 y 3, conjuntamente, no sería

necesario ninguna modificación de los departamentos que integran la división horizontal.

b) Que si se efectuase una transmisión, con respecto al departamento número 5, lo cual es poco factible al ser una vivienda unifamiliar, como ya se indicó anteriormente, y el adquirente no fuese propietario del departamento número 3, tendrá acceso: 1. A través del departamento número 3 y que al formalizarse dicha escritura de transmisión, tendrían que determinar ambas partes la localización de la servidumbre de paso a favor del departamento número 5 y por lo tanto con las condiciones, longitud y anchura que ambas partes determinen, y todo ello de conformidad con la normativa vigente, con respecto a las servidumbres legales. 2. Todo ello sin perjuicio que con el consentimiento de la comunidad de propietarios del edificio calendarado, pueda el propietario del departamento número 5 constituir una servidumbre de paso para que dicho departamento pueda tener acceso al rellano de las escaleras a esta planta».

IV

El registrador emitió el informe preceptivo manteniendo su nota de calificación.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 392, 396; 1 y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal; 8 y 9 de la Ley Hipotecaria; y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de noviembre de 1999, 3 de julio y 5 de octubre de 2000, 7 de octubre de 2002, 10 de junio de 2006 y 9 de junio de 2009.

1. La cuestión planteada versa sobre si es susceptible de inscripción un elemento privativo (trastero, entidad número 5) que no dispone de salida directa a un elemento común ni a la vía pública, si bien en la escritura de división horizontal se establece que está situado en la planta alta, bajo cubierta, del edificio «con entrada a través de trampilla por el departamento número tres.» Sin embargo, en la descripción o configuración del elemento privativo número tres no se hace referencia ninguna a dicho paso, ni se establece en la escritura servidumbre ni vinculación jurídico-real alguna entre dichas entidades tres y cinco, ni a favor de aquélla se grava ninguna otra finca.

El segundo defecto esgrimido en la nota, falta de previa inscripción a favor de los otorgantes, parece que no es objeto de recurso, al desprenderse del escrito del notario recurrente que en efecto está pendiente de inscripción un título previo.

2. Nuestro régimen de 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 que se regula 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.

3. En efecto, constituye un elemento configurador del elemento privativo el que tenga salida a la vía pública, o a un elemento común del edificio, porque se comunicará con el exterior. 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. Pero 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 grava 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.

4. Esa posibilidad de circulación o tránsito con exterior que ha de brindar, para serlo, todo elemento privativo, en cualquiera de las formas indicadas, debe ser actual, es decir coetánea a su propia configuración como elemento privativo, pues este es el diseño que impone el legislador. En otro caso no se puede definir como tal elemento privativo, y gozar

del estatuto real propio del mismo, dentro de un régimen de propiedad horizontal, aunque pertenezca el entero edificio a un único propietario.

Por ello, esta Dirección General ha acordado desestimar este recurso y confirmar la nota registral, en los términos que resultan de los precedentes razonamientos.

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