

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2591 *Resolución de 22 de febrero de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Puerto del Rosario nº 2 a inscribir una escritura de ampliación de obra en construcción y división horizontal.*

En el recurso interpuesto por don Juan Augusto Díaz Puig, notario de Tuineje, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Puerto del Rosario número 2, don Fernando Eduardo Anegón Hijosa, a inscribir una escritura de ampliación de obra en construcción y división horizontal.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante el notario de Tuineje, don Juan Augusto Díaz Puig, el día 14 de marzo de 2016, número 328 de protocolo, se procedió a la declaración de ampliación de obra nueva y modificación de la división horizontal existente sobre la finca registral número 7.851 del término de Antigua.

II

Presentado dicho título en el Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario número 2, acompañado de escritura de aclaración y complemento autorizada por el mismo notario el día 13 de septiembre de 2016, número 1.060 de protocolo, fueron objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario nº 2 Calificado el precedente documento, escritura autorizada el trece de septiembre de dos mil dieciséis por el Notario de Tuineje-Gran Tarajal, don Juan Augusto Díaz Puig, con el número 1060/2016 de su protocolo, presentada bajo el Asiento 1.394 del Diario 52, en unión de la escritura objeto de aclaración y complemento, autorizada el catorce de marzo de dos mil dieciséis por el Notario de Tuineje-Gran Tarajal, Don Juan Augusto Díaz Puig, con el número 328/2016 de protocolo. Hechos: Por las precedentes escrituras la entidad «Canary Fuerte Inmobiliaria, S.L.» amplía la obra existente sobre la finca número 7.851 de Antigua, consistente en llevar a cabo una rehabilitación general del Complejo y sobre los elementos comunes de dicha finca 7.851 de Antigua declara la obra y la divide horizontalmente en veintitrés nuevos elementos que se configuran como una subcomunidad de la ya existente.—Fundamentos de Derecho: Artículo 20 de la Ley Hipotecaria: Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y de más derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o a cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada. Ley Autónoma Canaria, cuyo texto refundido de las leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias, dice en su artículo 166: «actos sujetos a licencia urbanística: 1. Están sujetos a previa licencia urbanística, sin perjuicio de las demás autorizaciones que sean procedentes con arreglo a la legislación sectorial aplicable, los actos de construcción y edificación y de uso del suelo y, en particular, los siguientes: (...) e) Las obras que modifiquen la disposición interior de las edificaciones, cualquiera que sea su uso. Asimismo, la modificación del número de sus unidades funcionales susceptibles de uso independiente». Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.—Artículo segundo. Esta Ley será de aplicación: a) A las comunidades de propietarios constituidas

con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5. b) A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal. Estas comunidades se registrarán, en todo caso, por las disposiciones de esta Ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros. c) A los complejos inmobiliarios privados, en los términos establecidos en esta Ley. d) A las subcomunidades, entendiéndose por tales 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. e) A las entidades urbanísticas de conservación en los casos en que así lo dispongan sus estatutos. Artículo diez.-3. Requerirán autorización administrativa, en todo caso: a) La constitución y modificación del complejo inmobiliario a que se refiere el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en sus mismos términos. b) Cuando así se haya solicitado, 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, la 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 para mejorar la eficiencia energética, o de las cosas comunes, 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. En estos supuestos deberá constar el consentimiento de los titulares afectados y corresponderá a la Junta de Propietarios, de común acuerdo con aquéllos, y por mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios, la determinación de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda. La fijación de las nuevas cuotas de participación, así como la determinación de la naturaleza de las obras que se vayan a realizar, en caso de discrepancia sobre las mismas, requerirá la adopción del oportuno acuerdo de la Junta de Propietarios, por idéntica mayoría. A este respecto también podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la Ley. Artículo diecisiete. Los acuerdos de la Junta de propietarios se sujetarán a las siguientes reglas: 6. 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. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras las de fecha 9 de febrero de 2008 y 2 de septiembre de 2013.-En base a los referidos hechos y fundamentos de Derecho, se suspende la inscripción por los siguientes defectos subsanables: 1.º).-No se aporta licencia administrativa para los actos contenidos en las precedentes escritura, lo que se incorpora es un acuerdo del Ayuntamiento de Antigua en el que incoa expediente de caducidad de una licencia. 2.º).-No puede considerarse creada una subcomunidad ya que alguno de los elementos creados como independientes carecen de unidad e independencia económica y funcional de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Propiedad Horizontal.-3.º).-Deberán prestar consentimiento a las modificaciones de la Propiedad Horizontal todos los titulares de dominios y cargas existentes sobre las fincas que proceden de la matriz, finca registral 7.851 de Antigua.-No se toma anotación de suspensión, por no haber sido solicitada. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación que señala el artículo 323.1 de la Ley Hipotecaria. De conformidad con los Artículos 19 bis y 275 bis de la Ley Hipotecaria (...) Puerto del Rosario a 14 de octubre de 2016.-El registrador (firma ilegible).-Fdo.: Fernando Eduardo Anegón Hijosa».

III

Don Juan Augusto Díaz Puig, notario de Tuineje, interpuso recurso el día 28 de noviembre de 2016 contra la anterior nota de calificación mediante escrito en el que alega lo siguiente: «Primero.—Respecto al primer defecto alegado en la calificación hay que tener en cuenta lo siguiente: - El documento que se incorpora a la escritura número 328 de catorce de Marzo de 2.016, acredita la existencia de Licencia de Obras número (...) en tanto que la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Antigua, en sesión celebrada el 23 de Octubre de 2.006 aprueba la misma con el fin de rehabilitar el Complejo de Apartamentos (...), situado (...), término de Antigua, y se complementa con el certificado del Arquitecto Director de la Obra don J. A. C. L. V., colegiado (...), con firma legitimada en el que afirma el día 14 de Marzo de 2.016 y posteriormente de nuevo el día 5 de abril de 2.016 que la descripción de la obra realizada en la escritura de referencia se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia (...). El hecho de que se haya incoado por parte de dicho Ayuntamiento expediente de caducidad con audiencia de partes no demuestra que al día de la firma se hubiera decretado tal caducidad, y puede presumirse que la licencia aún estaba vigente, entre otras cosas porque en otro caso no tendría sentido la certificación del técnico, quien asume bajo su responsabilidad la existencia de dicha licencia a la hora de certificar. - Queda, por razón de fechas, acreditado que la obra se empezó a construir al tiempo de la licencia concedida aunque su formalización en escritura pública se haya pospuesto al año 2.016. A mi modo de ver la antigüedad acreditada de la rehabilitación y obra de los elementos descritos no necesitaría ni la licencia administrativa ni el certificado del técnico, puede declararse la obra nueva directamente por antigüedad al no constar ningún expediente de infracción urbanística durante todo ese periodo. El Registrador calificará el documento presentado, no lo que suponga que ha podido suceder en la realidad extrarregistral al no tener constancia alguna en los libros a su cargo. - Pero es que además este defecto debería haberse alegado al tiempo de calificar el instrumento público número 328 de 14 de Marzo de 2.016, y no se hizo. Lo hace constar en la calificación del instrumento 1.060 de 13 de Septiembre de 2.016, lo cual además de extemporáneo implica el volver a calificar lo que ya se calificó en su día y eso no es procedente, creando una indefensión absoluta sobre la sociedad otorgante. Segundo.—En cuanto al segundo defecto alegado queda por decir lo siguiente: El Señor Registrador de la Propiedad invoca el artículo 2 de la Ley de Propiedad horizontal que no vuelvo a transcribir para evitar repeticiones innecesarias, con el fin de determinar que no puede considerarse creada una subcomunidad ya que alguno de los elementos creados como independientes carecen de unidad e independencia económica y funcional. Pues bien habría que hacerse dos preguntas - ¿Cuáles son esos elementos que considera inadecuados para constituir la subcomunidad? - ¿Por qué los considera inadecuados? En el primer caso debería enumerar cuales son porque si está en lo cierto y existen la única forma de corregir el defecto que él determina como subsanable sería eliminarlos de la declaración de obra nueva y posterior división horizontal, volviendo a calificar en parte *ex novo* la escritura número 328 de protocolo que ya había sido calificada. - ¿Qué razones resultan del documento calificado ahora y del que se calificó en su día para determinar que «algunos elementos carecen de unidad independiente económica y funcional». Y ¿cuál es el criterio utilizado? Se está creando con ese argumento de calificación una indeterminación absoluta tanto en los elementos que se consideran inadecuados como en las razones para ello, razones que exceden de la función calificadora y entran en un juicio puramente subjetivo por parte del calificador, el cual no corresponde al Registrador de la Propiedad, sino a juicios técnicos que están mucho más allá de sus prerrogativas y que por tanto no atañen al documento en cuestión ni a su constancia registral. Al margen de este juicio subjetivo, la subcomunidad con vinculación *ob rem* de los elementos resultantes de la división horizontal declarada en el número 328 y aclarada por el 1.060 es perfectamente inscribible en los libros del Registro. En palabras de L. R. M. y siguiendo una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de septiembre de 1982 es perfectamente inscribible un derecho dominical sobre un inmueble en el que el titular o titulares vienen determinados mediatamente, por ostentar la titularidad también dominical

ya que la figura jurídica encaja dentro de las titularidades *ob rem* que exige que entre las fincas cuyas titularidades se conectan deba existir como causa económica y a la vez jurídica que justifique esta conexión, una cierta relación de destino, dependencia o accesoriadad o incluso de servicio, como es el caso que nos ocupa. La figura que se ha instrumentado en la escritura de aclaración y complemento objeto de calificación es una subcomunidad con vinculación *ob rem* para que los elementos declarados en zonas comunes sigan indisolublemente unidos y puedan ser disfrutados por todos y cada uno de los propietarios de los elementos privativos, y no para el exclusivo disfrute de uno de ellos. Por eso la figura creada no incardina exactamente en el enunciado del artículo 2 de la Ley de Propiedad Horizontal, no habiéndose pronunciado para nada el calificador sobre la vinculación *ob rem* constituida. Esa figura de subcomunidad y vinculación *ob rem* incardina de lleno con los postulados del artículo 15 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas cuando permite, entre otros, otorgar escrituras públicas de modificación del régimen de propiedad horizontal, tanto en lo relativo a los elementos comunes como a las fincas de uso privativo, a fin de acomodar este régimen a los resultados de las obras de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas. Tercero.—En cuanto al tercer defecto alegado En la escritura objeto de calificación y de este recurso se hace constar lo siguiente: - En escritura autorizada por el Notario de Puerto del Rosario don Emilio Romero Fernández el día 23 de Enero de 2001, número 448 de protocolo se procedió a la elevación a público de acuerdos de Junta de Propietarios en la cual entre otros se acordó por unanimidad la realización de las obras declaradas en el documento número 328 de mi protocolo, y además se inscribieron tales acuerdos en el Registro de la Propiedad número 2 de Puerto del Rosario al folio 111, tomo 611, libro 96 de Antigua, finca número 7.851 inscripción octava. De manera que en los propios libros del Registro consta la unanimidad para la adopción y ejecución de lo que ahora se escritura. -También consta que en acta de presencia autorizada por el Notario de Puerto del Rosario don Francisco Bañegil Espinosa el día 9 de marzo de 2006, número 953 de protocolo la Junta General Extraordinaria de propietarios de la comunidad (...) en el punto segundo del orden del día acordó por unanimidad, la aprobación de la modificación de la división horizontal del complejo (...), incluyendo ampliación, segregación, y creación de nuevas fincas registrales. Es cierto que este acta no tiene constancia registral pero basta con presentarla para su Inscripción como se hará parejo a la presentación de este recurso. -Dicho esto y acreditado documental y registralmente el requisito de la unanimidad en la adopción de los acuerdos, y por si no fuera suficiente, hay que añadir: a) El artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal en su nueva redacción al que el señor Registrador alude en su párrafo 3.º, olvidándose del párrafo 1.º, que dice: «Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de Propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengán impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones: Los trabajos y obras que resulten necesarias para el adecuado mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación del inmueble y de sus servicios e instalaciones comunes, incluyendo en todo caso, las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal, así como las condiciones de ornato y cualesquiera otras derivadas de la imposición por parte de la Administración, del deber legal de conservación. Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal...» Pues bien, en la escritura objeto de calificación se dice expresamente que la finalidad de la ampliación de obra está fundada en una rehabilitación general de todo el complejo por las causas que contempla el artículo anteriormente citado. b) El párrafo 3º del mencionado artículo 10 de la Ley que invoca el Registrador nada tiene que ver con la o las escrituras calificadas, más bien al contrario, no se exige autorización administrativa «cuando el número y características de los elementos privativos, (que no lo son en todo puridad dada su vinculación *ob rem* establecida, como ya se ha dicho) resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel». c) La alusión al párrafo 6º del artículo 17 de la Ley no se corresponde con lo escriturado, que si

entra de lleno en el párrafo 2º de este artículo que determina, «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10.1.b...». Es necesario incardinar los dos preceptos a la hora de pronunciarse. d) Según doctrina sentada por la Dirección General de Registros y Notariado de fecha 26 de Enero de 2.002, y que debidamente extrapolada sirve para el caso que nos ocupa, no Hay obstáculo para que un local de una comunidad de propietarios se subdivida formándose varios trasteros como fincas independientes y se constituya una subcomunidad de propietarios con una cuota particular en los elementos comunes particulares de esa subcomunidad horizontal. Frente a la comunidad de propietarios, los nuevos locales pueden configurarse de dos formas... Dando una cuota a los nuevos elementos en la comunidad de propietarios general además de la suya particular, por lo que tendrían el carácter de fincas independientes dentro de la comunidad, y por ello voto individual. Esto es lo que se ha hecho con la ya repetida vinculación *ob rem*. e) Los propios estatutos del complejo inmobiliario que constan expresamente inscritos en el Registro de la Propiedad en su artículo treinta y tres determinan, a mayor abundamiento, que si los propietarios debidamente citados no hubieran asistido a la Junta, una vez notificados por certificado con acuse de recibo, de modo detallado del acuerdo adoptado por los presentes no manifiestan en el plazo de un mes a contar de dicha notificación su discrepancia, se entenderán vinculados por el acuerdo, que no será ejecutivo hasta que transcurra tal plazo... f) En cuanto a la exigencia de que deben prestar su consentimiento a las modificaciones de la propiedad horizontal los titulares de cargas existentes sobre las fincas que proceden de la matriz, decir que el Señor Registrador no da ningún argumento legal, doctrinal o jurisprudencial que apoye dicha exigencia, por el contrario se encuentran los artículos 109 y 110 de la Ley hipotecaria que hacen extensiva la hipoteca a las mejoras y obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, etc., así como el hecho de que, según resulta de certificación expedida por el Registrador de la Propiedad Accidental de Puerto del Rosario número dos y su distrito hipotecario de fecha cuatro de Agosto de 2.016, la cual se acompaña a este recurso, resulta que la finca sobre la que se ha declarado la obra nueva y división horizontal, registral 7.851, no está sujeta a ninguna carga o gravamen. g) Por otro lado se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de Febrero de 2.013 que sienta doctrina en el sentido que literalmente transcribo.– «Uso de elementos comunes por un copropietario. Consentimiento tácito. Doctrina jurisprudencial. A) El consentimiento que debe ser otorgado para considerar lícitamente realizadas obras que afectan a elementos comunes en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal puede ser tácito. No obstante el conocimiento no equivale a consentimiento como exteriorización de una voluntad, ni el silencio supone una declaración genérica en la que se pueda encontrar justificación para no obtener los consentimientos legalmente exigidos. En definitiva, con valor de doctrina jurisprudencial, se ha declarado por esta Sala que ha de estarse a los hechos concretos para decidir si el silencio cabe ser apreciado como consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad. De este modo, la resolución del conflicto radica en determinar bajo qué condiciones debe interpretarse el silencio como una tácita manifestación de ese consentimiento. Por ello deben valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de estas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento», todo lo cual concluye deberá ser interpretado por los Tribunales de Justicia y por nadie más. En el caso que nos ocupa y dado el tiempo transcurrido desde la iniciación y aprobación de las obras que en la escritura se declaran, las cuales lógicamente están a la vista de todos los propietarios pues de elementos de uso común se tratan, no consta que haya habido oposición alguna a las mismas, ni tampoco existe anotación alguna de demanda relativa a este hecho en los libros del Registro de la Propiedad. Por tanto puede mantenerse perfectamente para este caso la doctrina del consentimiento tácito señalada por el alto Tribunal. Por todos los argumentos dados en este punto, no se entiende la necesidad de prestar consentimiento por parte de los titulares de dominio y mucho menos de los que tengan vigente alguna carga sobre las fincas que proceden de la matriz, registral 7.851, las cuales tienen vida propia e independiente».

IV

Mediante escrito, de fecha 2 de diciembre de 2016, el registrador de la Propiedad de Puerto del Rosario número 2 informó y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3, 8, 201, 258 y 326 de la Ley Hipotecaria; 127 y 415 del Reglamento Hipotecario; 2, 5, 16, 17, 19 y 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; 26 y 28 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; 166 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de enero de 1994, 4 de octubre de 2013, 22 de julio y 18 de septiembre de 2015 y 19 y 22 de abril y 7 de noviembre de 2016.

1. Es objeto de este recurso decidir si es inscribible una escritura en la que se acuerda la ampliación de un edificio en régimen de división horizontal, efectuada sobre elementos comunes y resultando veintitrés nuevos elementos, que se configuran como una subcomunidad de elementos privativos, si bien por su destino se trata de servicios comunes.

El registrador señala como defectos la falta de aportación de licencia administrativa, ya que lo que se incorpora es un acuerdo de incoación de caducidad de una licencia; que no puede entenderse creada una subcomunidad por carecer de unidad e independencia económica y funcional algunos elementos, y, finalmente, que deben prestar el consentimiento todos los titulares de dominio y cargas de las fincas integrantes de la división horizontal.

2. Con carácter previo, es preciso hacer referencia a las observaciones del recurrente sobre una calificación realizada con anterioridad. En este sentido ha de manifestarse que de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma.

Como ha reiterado asimismo esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificador de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Y ello porque, caducado un asiento de presentación, cesan todos sus efectos y, de la misma forma que el registrador no puede tener en cuenta en modo alguno títulos con asiento de presentación caducado para calificar, ni siquiera para lograr un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, tampoco puede verse vinculado por las calificaciones anteriormente efectuadas aun cuando sean propias. En definitiva, la nueva presentación significa el inicio -«ex novo»- de todo el procedimiento registral (cfr. Resoluciones citadas en «Vistos»).

3. Respecto al primer defecto, relativo a la falta de aportación de licencia, considera el registrador que no es admisible al efecto un acuerdo municipal de caducidad de licencia. El notario alega que con dicho acuerdo y con la certificación de técnico queda acreditada la existencia de la licencia y que, además, es innecesaria habida cuenta de la antigüedad de la edificación.

Como señala el artículo 28.1 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, «para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística» y lo mismo

han de exigir los registradores de la Propiedad para practicar las correspondientes inscripciones.

El artículo 166.1 del texto refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, dispone la sujeción a previa licencia urbanística de: «(...) b) Las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de toda clase de nueva planta; c) las obras de ampliación de construcciones, edificaciones e instalaciones de toda clase existentes. d) Las obras de modificación o reforma que afecten a la estructura o al aspecto exterior de las construcciones, las edificaciones y las instalaciones de toda clase. e) Las obras que modifiquen la disposición interior de las edificaciones, cualquiera que sea su uso. Asimismo, la modificación del número de sus unidades funcionales susceptibles de uso independiente».

El certificado municipal que se incorpora a la escritura acredita el acuerdo de incoación de un expediente de caducidad de licencia, lo que no puede equipararse a la propia licencia. Por más que del documento en cuestión pueda deducirse la existencia de la licencia, según alega el notario recurrente, o también se aluda a la misma en un certificado técnico, es evidente que ello no puede considerarse suficiente para dar cumplimiento a la exigencia legal de aportar la licencia de edificación, ya que necesariamente el registrador debe tener a la vista el contenido de la misma para el ejercicio de su función calificadora (artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento).

Faltando la aportación de la licencia no puede verificarse por el registrador la identidad de la edificación declarada el título con la referida en la licencia (cfr. Resolución 22 de julio de 2015), ni las circunstancias previstas en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario (competencia del órgano, la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, las formalidades extrínsecas del documento presentado, los trámites e incidencias esenciales del procedimiento). Además, podría darse la circunstancia de que la licencia contuviera condiciones urbanísticas que deberán acceder al Registro (cfr. artículo 74 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio).

En cuanto a la alegación del notario relativa a la posibilidad de declarar la edificación sin licencia por la antigüedad de la misma, el apartado 4 del artículo 28 de la citada Ley de Suelo la admite siempre que conste la terminación de la obra en fecha determinada, circunstancia que no concurre en el presente caso, pues del certificado técnico incorporado resulta que la ampliación de edificación declarada se encuentra en construcción.

Además, proceder de este modo requiere respetar el principio de rogación, ya que como se afirmó en la Resoluciones de 19 de abril y 7 de noviembre de 2016, no es en absoluto indiferente o irrelevante la vía jurídica, de entre las ofrecidas en el artículo 28 de la Ley de Suelo, por la que se solicite y obtenga eventualmente la inscripción registral de una edificación terminada, teniendo en cuenta, además, que en el presente caso la documentación calificada declara la obra conforme al apartado 1 del artículo 28 y no por antigüedad (apartado 4 de dicho precepto).

Por todo ello el defecto debe confirmarse.

4. La segunda cuestión que se plantea en este expediente es si puede efectuarse la ampliación de la división horizontal mediante la constitución de una subcomunidad de elementos privativos, que en realidad se trata de servicios comunes que se quieren vincular *ob rem* a los elementos privativos originarios.

La definición de subcomunidad la encontramos en la letra d) del artículo 2 de la Ley sobre propiedad horizontal cuando dispone que se entiende por tales 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.

En el presente caso no existe una subcomunidad en el sentido indicado en el precepto. No hay varios propietarios de elementos privativos que dispongan en régimen de comunidad de ciertos elementos o servicios comunes que sean independientes, diferenciados respecto de otros de la misma división horizontal, como ocurre, por ejemplo, en los habituales casos de subcomunidades de portales o garajes.

Además, los elementos creados tienen su propia cuota que no altera la de los demás elementos, lo que lo asimila más a la figura del complejo inmobiliario, aunque tampoco se cumplen las características propias de dicha figura según establece el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal, al no existir dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí, cuyo destino principal sea la vivienda o locales, que participen de una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios. En todo caso, la constitución de un complejo inmobiliario requiere la oportuna autorización administrativa en los términos previstos en el artículo 26.6 de la Ley de Suelo.

De los documentos calificados resulta que lo que se pretende crear es una división de los elementos destinados a servicios comunes que se pretenden vincular *ob rem*, en proporción a su cuota, a los originarios elementos privativos, según se matiza en la escritura de aclaración y complemento. Nos encontramos, en realidad, ante un supuesto que se asemeja a los elementos procomunales.

Como ha señalado la Resolución de 4 de octubre de 2013, el artículo 4 de la Ley sobre propiedad horizontal, para negar la procedencia de la acción de división, se refiere a la pro indivisión sobre un piso o local determinado que haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios; y sobre esta norma se ha basado la posibilidad de configuración del denominado departamento «procomunal» o «pro-común» (cfr. la Resolución de 20 de diciembre de 1973), sin duda admisible al amparo del principio de *numerus apertus* que resulta de los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario (cfr. Resoluciones de esta Dirección General de 25 de abril y 18 de julio de 2005 y 4 de mayo y 2 de noviembre de 2009) y por la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad que, en particular, respecto de la propiedad horizontal resulta de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 396 del Código Civil y en el párrafo tercero del artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, si bien la libertad en la configuración de nuevos derechos reales –o la modificación de los ya reconocidos– para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales.

Según afirmó la citada Resolución de 4 de octubre de 2013, para la configuración de un elemento como procomunal es precisa la necesaria determinación de los elementos o características esenciales de ese denominado departamento privativo destinado servicio común, «y entre esos rasgos fundamentales –y además del carácter pro indiviso de la adquisición– debe entenderse necesario detallar tanto la determinación de la cuota o proporción en que dicho elemento se adquiere por los propietarios –por ejemplo, en proporción a su respectiva cuota en los «elementos, pertenencias y servicio comunes» a los que se refiere el artículo 3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal–, como –si es lo que se pretende, según se afirma en el recurso– la conexión *ob rem* de dicha cotitularidad con la respectiva propiedad del elemento o departamento privativo de la que sería así inseparable».

En el supuesto del expediente no resulta de los títulos la adquisición pro indiviso por los titulares de los elementos privativos, efectuando la correspondiente vinculación *ob rem* en proporción a sus cuotas con cada uno de los elementos privativos, y no bastando para ello una mera afirmación al efecto realizada en la escritura de aclaración. Esto nos lleva a analizar el siguiente defecto.

5. En cuanto al último defecto, exige el registrador el consentimiento a las modificaciones efectuadas de todos los titulares de dominio y cargas existentes sobre las fincas que proceden de la matriz.

Con carácter general, para que puedan acceder al Registro modificaciones consistentes en alteraciones de los elementos comunes, que afectan al título constitutivo, se requiere acreditar el consentimiento de la junta de propietarios. En el presente caso se aporta certificación de un acuerdo adoptado, cuya correspondencia con las operaciones efectuadas en los títulos no entra a valorar esta Dirección General, al no haberse planteado en la nota de calificación (cfr. artículo 326 Ley Hipotecaria).

Pero además, si se afecta al derecho de dominio de cada uno de los propietarios, como sucede al establecer una vinculación *ob rem* que supone la adquisición pro-indiviso por todos los propietarios de los elementos privativos de la división horizontal, se requiere el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, 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 (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. Cuestión distinta es que en caso de que la modificación no afecte a todos los elementos privativos fuera necesario además, junto con ese acto esencial individual, un acto colectivo como es la conformidad de la junta con las correspondientes descripciones, toda vez que dicha modificación afectaría a elementos comunes (cfr. Resoluciones de 12 de diciembre de 2002 y 18 de septiembre de 2015).

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, 22 de febrero de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.