

COMENTARIO AL ASOMBROSO CASO RESUELTO POR LA RDGRN DE 3 DE DICIEMBRE DE 2009

I.- CUANTO PEOR, MEJOR...

La Dirección General exige para inscribir una segregación de una parte de una entidad privativa de una división horizontal (que da lugar a dos entidades privativas) licencia municipal de parcelación, pese a que el Ayuntamiento certificó que esa operación no estaba sujeta a licencia y el registrador terminó por inscribir, con base en esa certificación del Ayuntamiento, dictada a la vista de la escritura calificada y la legislación canaria de urbanismo aplicable a la concreta finca.

Es decir, vamos a comentar la doctrina de una Resolución que contradice el asiento practicado que se encuentra bajo la salvaguarda judicial y, a la vez, la decisión de la administración actuante competente en materia de Ordenación del territorio. Con estos antecedentes va de suyo que la Resolución no es un dechado de virtudes. Sin embargo estoy convencido que el lector que conserve su interés por este comentario, se verá sobradamente sorprendido del rosario de irregularidades acontecidas durante el procedimiento y durante la gestación de la decisión del Centro Directivo, que terminan por alumbrar una doctrina *abortiva*, que nada tiene que ver con la calificación, que contradice el contenido del registro y que ignora la decisión firme del órgano municipal competente para decidir de la forma más irregular que pueda proceder en Derecho. Pero, más allá del fondo del asunto, conseguir un objetivo tan ambicioso (dictar una resolución ilegal desde el *hilo* hasta el *pabito*) exige también contaminar el relato fáctico con hechos inveraces y romper la paridad de las partes en contradicción, a cuyo fin, la Dirección General se inventa un inexistente trámite para mejor proveer, inicia un contacto clandestino con el registrador recurrido, a quien pide fotocopias y opiniones, y con estos mimbres y la opinión del recurrido, construye su decisión a favor de éste. Al Notario recurrente, ni agua, ni siquiera una simple notificación de ese trámite extraprocedimental. El Notario recurrente que se entere como todo el mundo: cuando se haga pública la Resolución.

Con ser todo esto suficientemente llamativo, este comentario se refiere no sólo al contenido de la resolución sino al resto del procedimiento registral, que aporta algo más que simples matices a este despropósito, puesto que en ese procedimiento existieron dos calificaciones; una espectral y otra material o corporal, de ahí que estas reflexiones no se detienen sólo en la resolución, sino que se extienden también a todo el calvario registral padecido por el sufrido usuario de un servicio monopolístico que debe costear y –como acontece en este caso– padecer sus disfunciones. Esto explica el título que antecede a este comentario, que se refiere al caso resuelto y no sólo a la resolución administrativa.

Tanta materia nos obliga a una cierta sistematización. Primeramente voy a examinar el espectro de la calificación; posteriormente, acreditaré que el registrador faltó a la verdad en su informe en una cuestión esencial para la correcta resolución del recurso, partiendo de la veracidad del relato de la Resolución del Centro Directivo. A continuación trataré la siempre inquietante ruptura de la paridad procedimental de la Dirección General de los Registros y el Notariado, en beneficio del registrador cuestionado en su calificación, a quien se le confieren toda clase de facilidades para influir en la decisión del recurso interpuesto contra él, mientras se mantiene al recurrente en la ignorancia de las actuaciones y pesquisas conjuntas entre letrado de la Dirección y registrador recurrido. Y para terminar me centraré en el fondo del asunto de la calificación corpórea que, sorprendentemente, pierde su natural protagonismo sacrificado en el *ara* de las irregularidades formales que exponemos seguidamente.

II.- COMENTARIO DE LA CALIFICACIÓN ESPECTRAL.

II.1.- Presentada una copia autorizada electrónica de escritura de segregación en el registro de la propiedad, se emite una calificación verbal indicando que no procede la segregación y que es necesario presentar una división. El registro informa al presentante que debe volver a la notaría porque la escritura es nula y tiene que hacer otra nueva.

II.2.- Con estas instrucciones el interesado comparece en la notaría. El Notario reclama nota de calificación al registro para intentar averiguar los pormenores de esa calificación. La nota de calificación –como ocurre con tanta frecuencia- se emite fuera de plazo; además figura fechada seis días antes de que fuera expedida con la firma (electrónica) del registrador. Por lo que hace a su contenido, aprecia un solo defecto -por cierto, distinto del comunicado verbalmente- referente a la falta la licencia municipal de segregación de terrenos para escindir una entidad privativa en una división horizontal en dos subentidades (que siguen integradas en la misma propiedad horizontal)

El interesado -urgido- solicita del notario autorizante asesoramiento sobre el procedimiento más rápido de obtener la publicación registral, y éste le recomienda que se persone en el Ayuntamiento con la escritura de segregación y solicite certificación que exprese que se trata de un acto no sujeto a licencia. También le recomienda que una vez obtenida esa certificación administrativa la presente en el registro de la propiedad para acreditar la impertinencia de la calificación.

II.3.- El interesado se persona en el Ayuntamiento con una copia de la escritura y pide licencia de segregación. El Ayuntamiento certifica que no es un acto sujeto a licencia la segregación de esa entidad privativa en dos, al formar parte de una división horizontal o conjunto inmobiliario.

II.4.- El interesado presenta la certificación en el registro y le indican, nuevamente de forma verbal, que debe irse a *otro* notario para que le confeccione una escritura de división, porque la segregación es nula.

II.5.- El interesado cumple a rajatabla las instrucciones del registro, excepto en lo de acudir a *otro* notario: Comparece ante el mismo notario y otorga un título que comprende la certificación del Ayuntamiento, que acreditaba –a la vista de la escritura- que ese acto jurídico no está sujeto a licencia. También comprendía un apartado destinado a la calificación espectral, a aplicar si registrador consideraba que era necesaria la división. En ese apartado se practicaba la misma, expresando que se hacía con carácter subsidiario y para el solo caso de que el registrador

impusiera la división como único modo de acceso registral de la modificación hipotecaria querida.

Pues bien, ¿saben lo que hizo el registrador?:

1º.- Inscribir la división subsidiaria sin más trámite, explicación, comunicación o notificación; y

2º.- Cobrar más del doble del arancel aplicable a la segregación, por lo que se tuvieron que pagar más del doble de impuestos, al causalizar la modificación hipotecaria como división.

Sin embargo, en lo que concierne a este comentario, el efecto más importante de esa inscripción es darle forma y presentar en sociedad, tarde y mal, dicho sea de paso, la calificación espectral. La inscripción si bien no es constitutiva si que sirve en este peculiar caso para la atribución de ciertos efectos cuasimilagrosos, en la medida que revela, produce la *aparición* del verdadero significado de este curioso procedimiento registral y de todos los defectos apreciados por el funcionario calificador: *los confesables y los inconfesables*.

Conclusiones.

Resumiendo lo dicho hasta ahora, el primer tema que se plantea en la calificación – que se revela con la inscripción- es la exigencia de que la modificación hipotecaria por la que se crean dos subentidades (entidad 1_a y entidad 1_b) ha de realizarse como una división (de la entidad 1 en dos) y no como una segregación (de parte de la entidad 1, que genera la entidad 1-b).

Como esta calificación carece de toda motivación resulta extremadamente difícil saber por qué llega el funcionario calificador a tan insólita conclusión, huérfana de amparo alguno en el ordenamiento jurídico y en la praxis registral.

En términos jurídicos (matemáticos y geométricos) idéntico resultado produce una división en dos o la segregación de una parte de otra; uno y otro están sujetos al mismo régimen normativo. Sólo hay dos diferencias

de naturaleza económica. La división toma como base de tributación en el concepto de Actos Jurídicos Documentados el valor de toda la finca que se divide. Por el contrario en las operaciones de segregación se toma como base el valor de la porción segregada, que era tres veces menor que el de la división en nuestro caso. La escritura omitía describir el resto para evitar la práctica frecuente de cobro arancelario por este concepto. Por esta razón casi la totalidad de las operaciones de modificación hipotecaria para creación de otra finca o subfinca se articulan como segregación y se segrega la finca de menor valor, que es una de las opciones válidas que permite el legislador y la más eficiente para el ciudadano (aunque menos eficiente para el arancel). Normalmente la división se utiliza cuando se crean numerosas fincas o parcelas.

La segunda diferencia es que el coste registral de la segregación es mucho menor que el de la división. Estoy convencido que éste no habrá sido el argumento manejado por el registrador para orientar su decisión, pero es difícil confiar en la imparcialidad objetiva de un registrador que impone la división verbalmente y sin ninguna motivación, y que en el Informe que remite a la Dirección General falta a la verdad para que no tenga noticia de la existencia de la certificación administrativa. Si añadimos que en el sistema registral español el registrador calcula sus honorarios en función del negocio, en este caso merece un mayor reproche porque impone otro negocio más rentable arancelariamente, y esta decisión la adopta un funcionario monopolista, pese a la prohibición de la DA 2ª de la Ley de Colegios Profesionales, que explota una exclusiva territorial y -por muy contradictorio que parezca- cobra del mercado, en clara violación a la prohibición europea de las rentas de monopolio, de la que, obvio es decirlo, no disfruta ningún otro registrador europeo (todos los registros van por tasa y los registradores y demás funcionarios son asalariados)

Los usuarios de los registros públicos no podemos estar de acuerdo con este modo de proceder. No se puede exigir un cambio causal de un negocio de forma arbitraria, a escondidas y, menos aún, si éste propicia un perjuicio económico al usuario y un enriquecimiento correlativo al funcionario que así lo decide. Y en fin, insistimos, sin la menor motivación o justificación.

III.- EL REGISTRADOR FALTÓ A LA VERDAD EN EL INFORME QUE REMITIÓ A LA DIRECCIÓN GENERAL.

Ahora bien con ser llamativa la existencia de una calificación espectral en el procedimiento de inscripción, aún lo es más el relato de la Dirección General sobre el contenido de ese Informe del registrador en lo referente a la inscripción del título. La Resolución se expresa en los siguientes y literales términos:

El Registrador se mantuvo en su calificación, remitiendo las actuaciones a esta Dirección general, con el correspondiente informe, con fecha 30 de enero de 2009. En dicho escrito informó que, habiéndose subsanado la falta de licencia con posterioridad, se había inscrito el documento objeto del recurso. No obstante, al no comunicarse nada por el Notario, se entendió mantenido el recurso a efectos doctrinales.

Veamos a continuación la escritura que, en palabras del registrador, sirvió para *subsanar la falta de licencia con posterioridad*, cuya difusión en este comentario ha consentido amablemente la otorgante:

EXPOSICIÓN

I.- Que en escritura autorizada... do... llevó a cabo la segregación de una porción de la urbana número UNO (finca registral xxxx) que forma parte de un edificio disciplinado por el régimen de propiedad horizontal (finca registral yyyy).

*Con base en ese instrumento se configuró el siguiente inmueble nuevo e independiente integrado en el régimen de horizontalidad: **NÚMERO UNO-A... CUOTA:...** xx. Como consecuencia de dicha segregación la finca restante quedó designada como **UNO-B**, reduciéndose sus metros en la superficie segregada y con el lindero además en parte, de la casa segregada, quedando con el resto de la CUOTA de participación... xx*

II.- Presentada en el registro de la propiedad, transcurrido el plazo máximo de calificación, el registro comunicó que la escritura era nula y que debía procederse a otorgar otra de división.

III.- Yo, el Notario, informado por la otorgante, interesé del registro de la propiedad el cumplimiento de las reglas esenciales de procedimiento, a fin de que se emitiera y remitiera en forma la calificación clandestina.

La calificación fue remitida electrónicamente y firmada por el registrador el día 24 de diciembre de 2008, aunque se

predata en el texto de la misma a fecha 18 de diciembre de 2008.

IV.- La compareciente declara que le urge la publicidad del título porque está pendiente de una operación financiera, necesaria para atender un descubierto que, en la actualidad, está devengando intereses moratorios...

VI.- Que la compareciente, en virtud de las facultades contenidas en la normas del régimen de comunidad del edificio, transcritas en la escritura que por ésta se rectifica, ha decidido:

1º.- Requerirme a mi, el Notario, para incorporar al título de segregación certificación administrativa relativa a la innecesariedad de obtener licencia para crear fincas registrales independientes...

2º.- Interesar del registro, ante tal evidencia, que practique sin más dilación la inscripción interesada.

3º.- Subsidiariamente, para el caso que el registrador siga imponiendo como medio de parcelación de la finca 1, la división de la misma y no la segregación de una parte, a fin de evitar más dilaciones en el despacho del título, que le está causando un grave perjuicio económico, accede en convertir la SEGREGACIÓN reseñada en el expositivo anterior en una DIVISIÓN MATERIAL, creándose en su caso y como consecuencia de dicha modificación hipotecaria, el inmueble descrito en el expositivo I anterior, y la siguiente:

URBANA: NÚMERO UNO-B: EDIFICIO...

Para el funcionario calificador, un instrumento público complementario que comprende una Certificación de los Servicios Urbanísticos del Ayuntamiento, a la vista de la escritura calificada y de todos los datos referentes al inmueble concreto, que acredita el error de la calificación registral (en la medida que concluye de forma taxativa que esa segregación no es un acto sujeto a licencia municipal) es una forma de “subsana con posterioridad la falta de licencia” de la escritura calificada.

La conducta del registrador trasvasa en este ámbito cualquier patrón hiperlaxo de tolerabilidad. No sólo falta a la verdad por acción sino también por omisión, porque debía haber informado a la Dirección

General que había una certificación administrativa que corregía su criterio y confirmaba el del notario al decidir que la segregación practicada era un acto no sujeto a licencia. También debería haber informado -por su relevancia en el caso- que había practicado la inscripción definitiva como división y no como segregación. En esto también falta a la verdad por acción, porque lo que dice es que se había inscrito el documento objeto del recurso, y lo que se inscribió fue la escritura otorgada con posterioridad que contenía una división para el caso de que el registrador no admitiera la segregación como forma de modificación hipotecaria.

Toda esta información hubiera sido de bastante utilidad a la Dirección General para evitarle el sonrojo de dictar una resolución incompatible con el estado de derecho causado por el título cognoscible (que se encuentra bajo la salvaguarda judicial) y contradictoria con la Certificación de la Administración competente (firme en el ámbito administrativo) De ahí que la Resolución tienen el *dudoso honor* de resolver en contra de todo el mundo: contra el criterio del notario y de la Administración Urbanística competente, pero también decide contra la actuación del registrador que terminó inscribiendo sin licencia, y de la Ley Hipotecaria que deja los asientos bajo la salvaguarda judicial. Una carambola a cuatro bandas.

IV.- LA MARGINACIÓN DEL NOTARIO EN LAS ACTUACIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL: VÍAS DE HECHO, INDEFENSIÓN Y OPACIDAD PROCEDIMENTAL.

EL HECHO V de la Resolución es muy ilustrativo sobre el tema que ahora se debate. Se expresa en los siguiente términos:

“Este Centro Directivo, para mejor proveer, solicitó del Registrador remitiera fotocopia de los Estatutos de la Propiedad Horizontal y, en concreto, especificara si en la presente el suelo tiene el carácter de elemento común. De dicha fotocopia y de la contestación del Registrador resulta que el único elemento común es el camino de acceso a los distintos elementos”.

IV.1.- El trámite para mejor proveer.

Nadie discute el carácter de derecho cogente que tienen las normas del procedimiento administrativo y, en especial, las concretas del recurso contra la calificación que tienen por objeto mantener la paridad de las partes en contradicción. El notario recurre y espera. El registrador remite el recurso, la calificación y el informe sobre los trámites del recurso. Y La Dirección resuelve. Punto. No existe un trámite de prueba ni más documentos que aportar. La calificación dice lo que dice y eso acota el debate. El Centro Directivo no puede realizar indagaciones *extramuros* del procedimiento para ilustrarse de elementos que ni siquiera son soporte de los argumentos manejados en la calificación. De haberse abierto el debate a los mismos, habrían tenido su oportuna respuesta en el escrito de interposición del recurso y su adecuada prueba o acreditación en tiempo y forma.

Este defecto procedimental propicia la nulidad de la Resolución.

IV.2.- La ruptura de la paridad de las partes en contradicción.

Ahora bien, una cosa es sacar de la *chistera* un trámite e invitar a todos los actores a la función, y otra, es desarrollar una función paralela en la que sólo tienen cabida el letrado que redactará el Informe y el registrador deseoso de sepultar este engorroso debate. El primero, aunque formalmente nulo, puede calificarse de “trámite para mejor proveer”. Al segundo le queda mejor la etiqueta de “trámite para mejor discriminar”.

En este momento estelar del procedimiento, mejor no decirle nada al notario, no vaya ser que se le ocurra exponer sus razones, motivos o críticas o a aportar alguna prueba que complique la resolución a favor del recurrido.

Lo cierto es que el Centro Directivo muestra en este Hecho un interés elocuente sobre el fondo de la resolución y lo pergeña a espaldas del recurrente causándole una total indefensión. Considera que debe cuestionarse si el suelo no es elemento común para resolver sobre la necesidad de licencia. Y para ello abre una comunicación interna y opaca con el registrador al que le pide fotocopias y opinión. No se relacionan con el notario para pedirle títulos públicos de estatutos y contrato constitutivo, ni siquiera para informarle de las pesquisas *extravagantes* del letrado de la Dirección, tampoco necesita la opinión de los copropietarios. Como decimos, le bastan esos dos elementos de cognición. Y termina resolviendo que ***De dicha fotocopia y de la contestación del Registrador resulta que el único elemento común es el camino de acceso a los distintos elementos***". Esta declaración del relato fáctico es el soporte para acabar con una pacífica propiedad horizontal de vecinos, que se convierten en unos meros cotitulares *ob rem*, por obra y gracia de una decisión que, anticipamos desde ahora, podemos calificar de absurda e incierta. Absurda porque si hay propiedad horizontal el suelo es común y si no la hay existe un complejo organizado con suelos privativos y cotitularidades *ob rem* sobre fincas independientes. E incierta, porque existen otros elementos comunes y algunos procomunales como garajes y azoteas con escaleras y éstas exigen, por su verticalidad respecto al plano de suelo y su superposición respecto a la entidad inferior, el suelo como elemento común.

Pero lo cierto es que, además, la Dirección General no se molesta siquiera en exponer los hechos que son fundamento de su decisión, se remite a una fotocopia y a una desconocida contestación del registrador.

Respecto del primero de los elementos de cognición, la "fotocopia", nada se nos dice. No sabemos si procede del texto de los estatutos, del acto de constitución o de alguna decisión ulterior del propietario único o de los copropietarios; no sabemos si está alterada, manipulada, modificada, sesgadamente presentada o, en el mejor de los casos, erróneamente interpretada. Es decir, la Dirección General construye un "hecho nuevo" tomando como base una fotocopia y ni siquiera se molesta en identificarla. No sólo resulta sorprendente que no nos diga en qué elementos escritos o plasmados en esa fotocopia se basa su conclusión,

es que ni siquiera hace una referencia a su contenido que permita identificarla para proceder a su cotejo.

Con ello, la Dirección General sube un nuevo peldaño en su arbitrariedad procedimental. Hasta ahora hemos justificado que no existe un trámite para mejor proveer, que éste se desarrolló a espaldas del recurrente, a quien nada se dijo; que en ese trámite se manejó una fotocopia aportada por el recurrido y que esa fotocopia es esencial para la resolución. El nuevo peldaño consiste en no identificar esa fotocopia ni tampoco lo que dice.

Se nos presenta la cognición de la Dirección General como un *dogma de fe*. La fotocopia de contenido inédito acredita que no es una propiedad horizontal y para sorpresa de los copropietarios, se les reconoce la propiedad exclusiva de porciones de suelo, y una cotitularidad *ob rem* de otras fincas comunes que, dicho sea de paso, no están configuradas en el título constitutivo, en los estatutos, en la realidad ni en la mente de los copropietarios, porque la Dirección General ha dictado una resolución artificial, totalmente alejada del supuesto fáctico que la motiva, fundada en un juicio que excede de sus competencias sobre hechos no controvertidos y, en todo caso, cuya controversia está reservada a jueces y tribunales.

El segundo elemento de cognición de la Resolución es la contestación del registrador. Tampoco puedo comentar esa contestación porque no ha sido trasladado al recurrente-comentarista y no existe en el texto de la resolución referencia alguna a su contenido.

Con este proceder creo que hemos coronado la cima de la arbitrariedad administrativa.

Es evidente que en nuestro Estado de Derecho estas arbitrariedades están proscritas al más alto rango normativo por el artículo 24 de la CE y su desarrollo en la LRJAE y PAC. Tampoco la Ley Hipotecaria, tras las reformas 24/2001 y 24/2005, dejan cabida para ello; ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo -muy completa sobre esta materia- permite albergar duda alguna, sobre la aplicación de estas garantías generales al procedimiento administrativo especial para hacer efectivo el derecho a la inscripción del título.

Esa discriminación se lleva a cabo también en la redacción de la Resolución. Los cinco folios de fundamentación jurídica del recurso se encuentran suplantados por un párrafo escueto, indirecto, inexacto y desprovisto de referencia alguna al régimen normativo invocado (totalmente eliminado) y de los argumentos manejados (desaparecidos) Tan es así que puede afirmarse -sin ambages- que la resolución no recoge fielmente esa argumentación, hurtando al lector o destinatario doctrinal los medios con que ilustrarse sobre los razones en que se basa el recurso. Contrasta este cicatero trato a los fundamentos jurídicos del notario con la transcripción literal y total la calificación registral...

Sobran comentarios porque los hechos son suficientemente elocuentes.

V.- SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO: LA CONVERSIÓN JURÍDICA DE UNA PROPIEDAD HORIZONTAL EN UNA COTITULARIDAD OB REM A TRAVÉS DE UNA RESOLUCIÓN DEL CENTRO DIRECTIVO.

Ya hemos visto (HECHO V de la Resolución) que durante el recurso se añadieron dos escritos al procedimiento: una fotocopia y una contestación del registrador. Ambos escritos se añadieron a iniciativa del letrado de la Dirección.

También hemos transcrito que a la vista de esos dos escritos concluye la Dirección General que el *“único elemento común es el camino de acceso a los distintos elementos”*.

Resulta obligado –para no ser un iluso- desconfiar de la corrección técnica y de la opinión del registrador recurrido. De la fotocopia no se puede ni desconfiar porque desconocemos de dónde ha salido y qué dice.

Esto nos ha llevado a escrutar uno a uno todos los títulos referentes a esta edificación, su estatuto jurídico y los asientos causados por esos títulos, en una infructuosa búsqueda de alguna evidencia clara y objetiva

primero, indirecta luego y presunta finalmente, que pudiera llevarnos a pensar que el suelo es elemento privativo. Ni rastro.

Por el contrario de tales títulos resulta lo siguiente:

- 1) La propiedad horizontal se constituye por primera vez en 2001 y se ordenan cinco elementos separados. Se podían haber ordenado tres, cuatro, cinco, seis, siete u ocho entidades privativas, porque la descripción de la obra permitía esa configuración. Obvio es señalar que la inscripción de esta división horizontal se practicó sin necesidad de licencia de parcelación, lo que revela que el suelo era desde su origen elemento común. En otro caso, la organización de comunidad ob rem hubiera precisado licencia.
- 2) En 2002, se modifica la propiedad horizontal. Se crean otras dos entidades privativas y se modifica el título constitutivo. Entre las modificaciones destaca el siguiente párrafo: *Que como normas de la división horizontal, hacen constar, que la zona de aparcamiento de 80 metros cuadrados, es elemento común de las fincas DOS, SIETE y OCHO, y que la zona de acceso de 21 metros cuadrados y la escalera de acceso a la azotea de las fincas DOS, SIETE y OCHO, que se reseñan al expositivo II, son elemento común de estas tres fincas*” Tampoco se aportó licencia de segregación para practicar la inscripción de esas dos nuevas entidades privativas.
- 3) En suma, el título de constitución de 2001 se remite para su ordenación al artículo 396 del Código Civil, cuyo listado de elementos comunes lo encabeza el suelo, el más genuino elemento comunes por naturaleza. Además el artículo 17.3 de la del Texto Refundido de la Ley del Suelo (D. Leg 2/2008, de 20 de junio) dispone que:

“La constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de ésta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal [de equidistribución de

cargas] a que se refiere la letra a del apartado 1 del artículo anterior”.

- 4) En ese mismo título se establece una norma estatutaria que establece que *“El propietario o propietarios de las fincas podrán, sin el consentimiento de la Junta de Propietarios, realizar en ellas operaciones de segregación, división... dividiendo o agrupando, en su caso, entre los resultantes, las cuotas de los de procedencia..., cumpliendo las normas urbanísticas y sin alteración de las cuotas de participación”*, lo que evidencia que el suelo es común, porque si no, ¿a santo de qué van a autorizar *ex ante* los demás propietarios el ejercicio de un derecho ajeno?

Con estos antecedentes resulta difícil negar el carácter común del suelo y hacerlo con base en simples especulaciones desprovistas de soporte fáctico. Si el título constitutivo se remite al artículo 396 del Código Civil y el artículo 17 del Texto Refundido de la Ley del Suelo dispone que la superficie total de una división horizontal o de un complejo inmobiliario se considera como una sola parcela, hace falta algo más que meras referencias abstractas para excepcionar el suelo como elemento común, menos aún cuando se configuran elementos procomunales de pasos, plazas de aparcamiento y azoteas, se habla de división horizontal y se fija una sola cuota de comunidad para la atención de gastos y participación en elementos comunes.

La propiedad horizontal no puede articularse sin que el suelo sea elemento común. Puede articularse su uso privativo a favor de una o varias entidades, o configurar el suelo como finca o prefinca privativa, establecerse servidumbres, fijarse elementos comunes sólo de determinadas fincas, etc. Lo que no puede existir es una propiedad horizontal -tumbada o erguida- donde el suelo sea privativo y donde todo lo común se limite a unos pasos y accesos. Es más, por razones de especialidad registral esos pasos tendrían que configurarse como finca registral independiente y atribuir su dominio por cuotas de forma inseparable a determinadas fincas; asimismo deberían haberse fijado las cuotas de participación en aquellas fincas que únicamente pertenecen a algunas entidades (aparcamientos, escalera, azoteas...), lo que obligaría a entender que tienen que existir fincas con una sola cuota (para fijar la participación en fincas que son comunes de todas las entidades) y otras

fincas (las números dos, siete y ocho) tendrían que tener una segunda cuota sobre las fincas que son procomunales sólo de esas tres (aparcamientos, algunos pasos, escalera y azotea) Nada de eso existe en los títulos examinados ni en la transcripción de los mismos que se publica registralmente.

En suma, negamos la mayor. No existe ninguna evidencia de que estamos ante algo distinto de una propiedad horizontal con suelo común y algunos elementos procomunales. Así lo entiende también los Servicios de Urbanismo municipales. La Dirección General sin explicación alguna sostiene el criterio contrario e ignora el historial de los títulos inscritos, suplantados por una humilde –y a todas luces- insuficiente fotocopia suministrada por el mismo funcionario calificador, cuyo contenido es a día de hoy un misterio.

EPÍLOGO:

Es probable que el lector contumaz que llegue al final de este comentario se plantee hasta qué punto es conveniente recurrir en un escenario objetivamente hostil, como es el recurso gubernativo de la actual Dirección General. Hasta qué punto el esfuerzo por fijar una doctrina uniforme que dote del valor de la predictibilidad al quehacer diario, sirve para algo. Estamos asistiendo a una suerte de huelga de celo, encubierta en una sobrecalificación registral, que se desenvuelve en un marco sin ley y -hasta ahora- en completa impunidad. Un comportamiento colectivo que pretende la derogación por *desuetudo* de elementales garantías administrativas, en todos los niveles en que el procedimiento administrativo registral se desenvuelve: calificación, informe, instrucción del recurso y resolución. Es la misma técnica que utilizaron los controladores aéreos para presionar en beneficio de sus intereses corporativos, sobrecontrolar el espacio competencial para hacerse notar, al coste que esto suponga. Sin embargo, frente a la férrea postura del ministro del ramo con relación a la presión de los controladores aéreos, resulta ciertamente triste observar como el Ministerio de Justicia no es

capaz de mantener -en este escenario- un mínimo de imparcialidad objetiva y de rigor técnico para con los *sobrecontroladores registrales*.