

Poco o muy poco más cabe añadir a lo dicho, ya que el problema que plantea la Resolución de 14 de abril de 1989 sí entra en la esfera plena de la conflictividad, pues hay nudas propiedades, usufructos, mandatarios verbales, etc., que exigen un comentario específico.

J. M.^a CH. Y O.

ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE DIVISION DE UN ELEMENTO EN PROPIEDAD HORIZONTAL POR SU TITULAR, ESTANDO FACULTADO PARA ELLO POR LOS ESTATUTOS, EN LA QUE CONSTITUYE COMO FINCA INDEPENDIENTE UN "PATIO DESTINADO A ZONA VERDE". (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 31 DE MARZO DE 1989).

Hechos.—I. El día 9 de agosto de 1983, en escritura pública de declaración de obra nueva, constitución de propiedad horizontal y adjudicación de partes autorizada por el Notario de Palma de Mallorca, don Salvador Balle Oliver, fue adjudicada a los hermanos don Miguel y don José Morey Serra, la parte determinada número 1 de orden, aparcamiento número del plano, en planta sótano, con acceso por una rampa, del inmueble número 5 de la calle Miguel Villalonga, Escritor, de Palma. Mide el aparcamiento propiamente dicho unos 13 metros cuadrados de superficie útil y unos 160 metros cuadrados de zona verde. Linda el aparcamiento: Frente, con zona de paso; derecha, aparcamiento número 1 del plano; izquierda, subsuelo del patio posterior, destinado a zona verde, y fondo, subsuelo del solar número 17. En dicha escritura se estableció que la propiedad horizontal entre todas y cada una de las partes determinadas que componen el total inmueble se regirá por la Ley 49, de 21 de julio de 1960, con la siguiente especialidad, entre otras: El titular o titulares de todas y cada una de las partes determinadas del total inmueble podrán realizar en ellas, cualesquiera operaciones de división, subdivisión, agregación y segregación, fijando las cuotas de participación en la comunidad, por suma, distribución o redistribución de las que tenían asignadas, con el límite del aprovechamiento normal como partes determinadas independientes, de tal modo que cada una de las nuevas partes así formadas tengan acceso directo desde la calle o tuviere ya acceso abierto a un elemento común antes de tales modificaciones y sin que en ningún caso se altere la estructura externa del edificio ni se disminuya la seguridad del mismo, para lo cual se considerarán investidos de amplios poderes irrevocables de todos los restantes titulares de unidades de la propiedad horizontal, que se entenderán conferidos por el solo hecho de la adquisición de las mismas.

En escritura de 23 de julio de 1986, autorizada por el mismo Notario, don Miguel y don José Morey Serra procedieron a subdividir la referida parte número 1 de orden general del inmueble citado, formando dos nuevas unidades para su inscripción registral: Número uno.—Aparcamiento número 1 del plano, sito en planta sótano, con acceso por una rampa del inmueble número 5 de la calle Miguel Villalonga, Escritor, de Palma. Mide unos 13 metros cuadrados útiles, y linda: De frente, con zona de paso; derecha, aparcamiento número 2 del plano; izquierda, subsuelo del patio posterior, destinado a zona verde, y fondo, subsuelo del solar número 17. Y número uno-A de orden.—Patio destinado a zona verde, situado en la parte posterior del inmueble, en la planta sótano del mismo, con

acceso por una rampa del inmueble número 5 de la calle Miguel Villalonga, Escritor, de Palma. Mide unos 160 metros cuadrados de superficie, aproximadamente, y mirando desde la calle, linda: De frente, con la rampa de acceso, paso común y aparcamiento número 1 de orden; derecha, subsuelo del solar número 17; izquierda, con subsuelo del solar número 20, y fondo, subsuelo de los solares 5, 6 y 7.

II. Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de Palma de Mallorca, fue calificada con la siguiente nota: "Presentado el precedente documento con la referencia de la nota anterior, retirado el día 7 de noviembre de 1986 por su presentante y devuelto con fecha de ayer, se deniega su inscripción por adolecer del defecto insubsanable de que «el patio destinado a zona verde», que constituye la finca número 1-A de orden de las formadas por división, no puede constituir finca independiente con cuota, en régimen de propiedad horizontal, conforme al artículo 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal.—Palma de Mallorca, a 9 de enero de 1987.—El Registrador.—Firmado: Firma ilegible."

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó, entre otras razones: Que la negativa del señor Registrador a realizar la inscripción solicitada parece basarse en que, según su criterio, del Código Civil y de la Ley de Propiedad Horizontal resulta que el suelo es un elemento común del inmueble por su propia naturaleza, y que, por tanto, el «patio destinado a zona verde» ha de ser necesariamente común, en cuyo caso todo lo más que podría hacerse sería ceder el uso exclusivo a uno o varios de los copropietarios, pero sin que en ningún caso pueda constituir por sí solo una parte determinante del inmueble. Que este criterio es cerrado, absurdo y equivocado, por las siguientes razones:

1. Naturaleza jurídica: La propiedad horizontal es una institución jurídica compleja, en la que coexisten una titularidad dominical ordinaria sobre los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente, y un dominio *sui generis* sobre los elementos del inmueble necesarios para su adecuado uso y disfrute; y dentro de los elementos comunes cabe establecer la distinción entre «elementos comunes por naturaleza», que son los enumerados *ad exemplum* en la propia ley, y «elementos comunes por destino», que son los que en concepto de anejos se adscriben especialmente al servicio de todos o de algunos de los elementos singulares. Esta distinción es aceptada unánimemente por la doctrina.

2. Notas características de los elementos comunes: Lo son a) su inseparabilidad, pudiendo ser sólo enajenados, gravados o embargados con la parte determinada privativa de la que son anejos; b) su indivisibilidad, como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de noviembre de 1971. La enumeración de elementos comunes que hace el artículo 396 del Código Civil es puramente *ad exemplum*, de carácter enunciativo y no cerrado, entendiéndose que los elementos mencionados en la relación que hace dicho precepto, sólo serán comunitarios en tanto en cuanto sean necesarios para el adecuado uso y disfrute de las partes determinadas del edificio, y así lo reconocen la doctrina y la jurisprudencia.

3. Carácter comunitario del suelo: El suelo se encuentra mencionado entre los elementos comunes que señala el artículo 396 del Código Civil. Sin embargo, el concepto de suelo no resulta definido por el legislador. Según la doctrina, hay que entender por tal la superficie inferior del edificio o la porción de terreno donde se ha levantado la edificación. El Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de

marzo de 1964, limita la copropiedad del suelo al que sirve de base física al edificio, y no cabe entender, de modo alguno, que se extienda esa copropiedad al terreno no edificado, lo que constituiría un límite impuesto, sin razón, a la libertad contractual sancionada en el artículo 1.255 del Código Civil. La doctrina registral considera que el suelo, como elemento comunitario, podrá también extenderse a lo que no es soporte físico de la construcción, como es el caso de una zona verde o un patio, que serán elementos comunitarios por destino, si lo establecen los Estatutos. El I Simposio de la Propiedad Horizontal de 1972, celebrado en Valencia, confirmó la distinción entre terreno que constituye la base física del edificio y el exceso de cabida del solar respecto de aquella base física, que sólo tendría carácter común accidental, ya que podrá desafectarse de su cualidad comunitaria antes de constituir la finca en propiedad horizontal. Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de mayo de 1974, Audiencia Provincial de Cáceres de 25 de octubre de 1977 y Audiencia Territorial de Barcelona de 7 de mayo de 1979, concuerdan en declarar para los patios que, pese a estar incluidos como elementos comunes en la enumeración del artículo 396 del Código Civil, al no ser tales patios elementos sustentadores físicamente del edificio, sólo serán comunitarios si el título no los ha excluido de dicho carácter. El Tribunal Supremo confirma esta línea interpretativa en Sentencia de 15 de mayo de 1985. De todo ello se desprende que el suelo no sustentador de la base física del edificio puede ser objeto de propiedad separada y privativa, bien porque lo establezca el título constitutivo de la propiedad horizontal, que es el caso del presente recurso, bien porque unánimemente se convenga con posterioridad. Así en el supuesto contemplado, el título de constitución de la propiedad horizontal no sólo no determinó el carácter comunitario de un trozo del terreno destinado a zona verde, sino que lo atribuyó privativamente y con carácter dominical a la parte determinada número 1 de orden formando parte de la misma, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad sin dificultades, y consignándose expresamente en los Estatutos que el titular tenía la facultad de dividir, repartiendo la cuota o coeficiente en los elementos comunes, que es lo que se ha hecho en la escritura cuya inscripción se deniega.

4. Ambito de la Ley de Propiedad Horizontal: Una vez visto que el patio o zona verde puede ser objeto de propiedad separada, de carácter privativo, se plantea el problema de ver si esta propiedad puede encajar en un régimen de propiedad horizontal o si, por el contrario, debería estar excluida de ella. El artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal emplea la palabra "espacio" y no hay que dar a la misma un sentido absolutamente volumétrico, sino que el criterio es amplísimo, como se desprende de dicha Ley al hablar de las características del espacio y como demuestra el que las inscripciones de pisos y locales se hagan expresando sólo los metros cuadrados y nunca, o casi, los metros cúbicos. Por otro lado, el concepto de espacio a que alude la citada Ley no es incompatible con el concepto de terreno, según una de las acepciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "capacidad de terreno, sitio o lugar". Partiendo del principio general del derecho de que concedido lo más, se entiende implícitamente concedido lo menos, y siendo el "patio destinado a zona verde" susceptible de propiedad separada y privativa, esta propiedad ha de incluirse evidentemente en el régimen de propiedad horizontal del edificio, porque ya está inscrito como formando parte de la número 1 de orden, y es el resultado de la división de la misma; y la posición contraria nos llevaría a consecuencias absurdas, siendo necesario crear servidumbres de luces o vistas, desagües, recogida de aguas, etc., y contraria al espíritu y la letra del artículo 1.255 del Código

Civil. Una interpretación lógica y finalista de la Ley de Propiedad Horizontal, nos debe llevar a la conclusión de que en ella lo privativo es lo preponderante y que la parte comunitaria debe interpretarse restrictivamente."

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó, entre otras razones: Que la doctrina y la jurisprudencia parece que lo que se pretende es segregar una parte no edificada, el patio destinado a zona verde, del total solar de una finca en régimen de propiedad horizontal, para lo que no existirían inconvenientes, si se cumpliera la normativa urbanística, y se produjera una verdadera segregación, formándose una nueva finca registral, con el consentimiento unánime de los titulares de partes determinadas en la propiedad horizontal. Que la operación que se realiza en la escritura calificada no es una verdadera segregación, sino la constitución como parte determinada independiente, con atribución de cuota en el valor total del inmueble, de una parte del solar, el "patio destinado a zona verde". Que dicho criterio se considera inadmisibles por las siguientes razones: a) Porque, aunque sobrante de la edificación, siendo el suelo por naturaleza y expresamente los patios, un elemento común de todas las partes determinadas privativas de la propiedad horizontal, según el artículo 396 del Código Civil, su facultad dispositiva ha de corresponder a todos los copartícipes de ésta, y lo más que se puede atribuir al titular de una parte determinada es un derecho de uso y disfrute exclusivo de tal sobrante de edificación, opinión fundada en numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de marzo de 1964, 28 de enero y 11 de octubre de 1967, 2 de junio de 1970, etc., y en la Resolución de 28 de febrero de 1968); b) Porque la práctica de la operación de constitución en parte determinada independiente del "patio destinado a zona verde", conlleva las siguientes situaciones: 1.º Se atribuye a su titular una superficie determinada, pero con una cuota de participación en los elementos comunes de la propiedad horizontal y entre ellos el solar de que esa misma superficie forma parte, con lo que viene en propietario exclusivo de su parte que se dice segregada y, al mismo tiempo, titular de una cuota indivisa de ella, como consecuencia de formar parte del total solar incólume de la propiedad horizontal; 2.º Los demás partícipes de la propiedad horizontal no son dueños de la superficie segregada, por pertenecer en exclusiva al titular que la segrega, pero al mismo tiempo, tienen en ella la titularidad de la cuota correspondiente a su parte determinada, al formar parte el patio del total solar común, que no ha sufrido disminución alguna, y 3.º La situación confusa de titularidades excluyentes, pero compartidas, tendrían también su reflejo con tanta o mayor incompreensión en el supuesto de demolición del edificio. Que mantiene el recurrente la tesis de que la parte de superficie no edificada es susceptible de ser inscrita como parte determinada privativa en régimen de propiedad horizontal, dentro de los términos amplios de "espacio suficientemente delimitado" a que se refiere el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, postura que no se considera acertada, por las siguientes razones: a) Porque el concepto de "espacio" se contrapone al de "superficie", tanto gramatical como física y jurídicamente hablando, ya que aquél presupone un volumen, y b) Porque la Ley de Propiedad Horizontal es una ley de "volúmenes" y sólo éstos, contruidos o en construcción, son susceptibles de inscripción independiente, al amparo del número 5 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, lo que resulta no sólo de las normas citadas, sino también de la letra b) del fundamento de Derecho quinto de la Resolución de 12 de diciembre de 1986. Que la Resolución de 11 de junio de 1986 no contradice la tesis de la nota de calificación, pues contempla un supuesto distinto, la desvinculación de un

volumen edificado, que nada tiene que ver con la segregación de suelo para formar finca independiente.

V. El Presidente de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca revocó la nota del Registrador, fundándose en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, en las Sentencias de 2 de mayo de 1964, 28 de enero de 1967, 7 y 24 de octubre de 1978 y 14 de noviembre y 6 de junio de 1979, en el Título Constitutivo de la Propiedad Horizontal, de fecha 9 de agosto de 1983, en el que el "patio destinado a zona verde" se atribuyó en propiedad exclusiva, consignándose en los Estatutos la facultad de dividir, entendiéndose que dicha propiedad forma parte del régimen de propiedad horizontal del inmueble, por cuanto: a) El contenido del referido derecho singular y exclusivo es el aprovechamiento independiente, pero en conjunción con los elementos comunes del edificio y con la existencia de una serie de factores que, sin serlo, interesan a todos (Sentencia de 29 de mayo de 1984) y la tesis contraria, es decir, la absoluta independencia del terreno y, consecuentemente, su extensión al vuelo y al subsuelo, provocarían una serie de limitaciones a los demás propietarios; b) Se cumplen las condiciones pactadas por quien o quienes ostentaban la íntegra titularidad dominical del edificio, sin infracción de los preceptos de la Ley y con acceso a los libros registrales; c) Sobre la base imprescindible del dominio exclusivo sobre el terreno, se produce la copropiedad sobre los elementos comunes, dada la inherencia, como dice la Sentencia de 18 de octubre de 1984, que se produce entre ambos aspectos de la conjunta situación, y d) La interpretación contraria estaría en contradicción con el principio de la libre circulación de bienes y de las facultades dispositivas del propietario.

VI. El señor Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que la escritura de división horizontal de 9 de agosto de 1983, se deduce que: 1.º La finca se describe y deslinda como aparcamiento, y sólo después de un punto y seguido, la determinar la superficie, se añade: "y 160 metros cuadrados destinados a zona verde", los cuales, por tanto, no son parte determinada y sólo pueden ser consideradas como mención de uso exclusivo; 2.º El aparcamiento por la izquierda, linda con subsuelo de la parte posterior, destinado a zona verde, con lo que excluye ésta, y 3.º Que los 160 metros cuadrados de patio carecen de determinación por linderos de superficie y altura, lo que evidencia que no reúne los requisitos para inscribirse como parte determinada, por omitir las exigencias del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, todo lo cual abona la consideración de que el mismo sólo es un uso o aprovechamiento, por no constituir "volumen" susceptible de inscripción independiente. Que la Sentencia de 28 de enero de 1967 se refiere no al derecho de propiedad, sino a la retención de la posesión exclusiva y excluyente de todos los patios de la casa. Que las Sentencias de 14 de noviembre y 6 de junio de 1979 no se consideran aplicables al supuesto debatido de superficie común, transformando en propiedad exclusiva con cuota. Que en el auto presidencial se omite toda referencia y consideración jurídica al argumento de que "el patio destinado a zona verde", como superficie no edificada del solar de un edificio en régimen de propiedad horizontal, por no ser un volumen construido o en construcción, en ningún caso podrá ser admitido en la condición de derecho singular y exclusivo de propiedad, con cuota de participación en relación al total valor del inmueble, tal como regula el artículo 3 de la Ley de 21 de julio de 1960, y tal como se deduce de la jurisprudencia registral.

Fundamentos de Derecho. Vistos los artículos 396 del Código Civil; 18 y 38 de la Ley Hipotecaria; 3 de la Ley de Propiedad Horizontal; las Sentencias de 6

de junio de 1979, 2 de enero de 1980, 23 de mayo de 1984 y 31 de enero de 1985, y la Resolución de 2 de abril de 1980.

1. La única razón esgrimida por el Registrador para denegar la inscripción de la división es que una de las nuevas Entidades hipotecarias viene constituida precisamente por el "patio destinado a zona verde", el cual, según el Registrador, "no puede constituir finca independiente con cuota, en régimen de propiedad horizontal, conforme a los artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal".

2. Integran el edificio, a efectos de la Ley de Propiedad Horizontal, no sólo la construcción principal y el solar que le sirve de soporte, sino también los terrenos y construcciones anejos. Los terrenos anejos (patios interiores y exteriores, jardines, etc.), son, como regla, elementos comunes (cfr. 396-1.º del Código Civil). Mas no se trata de elementos que sean esencialmente comunes, como las cimentaciones o los muros, pues cabe que adquieran carácter privativo por disposición especial del título constitutivo, o acordada en modificación del mismo. Así viene sosteniéndolo una reiterada jurisprudencia en relación a los patios y otros elementos comunes (entre otras, Sentencias de 6 de junio de 1979, 23 de mayo de 1984 y 31 de enero de 1985). Cabe, en consecuencia, que alguna de las propiedades separadas del edificio en régimen de propiedad horizontal, tenga por objeto un local o espacio que total o parcialmente no sea uno de los pisos o locales superpuestos en vertical de la edificación, siempre que además de ser susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública, se trate de locales o espacios integrantes del edificio entendido como unidad inmobiliaria económica, arquitectónica y urbanística en la que la edificación constituya el elemento principal.

3. El presente supuesto se plantea en una hipótesis excepcional. Del Registro de la Propiedad (inscripción primera, relativa al local de la planta del sótano, e inscripción segunda, relativa a una división de la planta de la que resulta la finca que ahora es objeto, a su vez, de la división en que el presente recurso se cuestiona), resulta que un patio de 160 metros cuadrados, a pesar de estar "destinado a zona verde", está entre los elementos que integran el local que es objeto de propiedad separada en régimen de propiedad horizontal. El principio de legitimación registral obliga a presumir a todos los efectos legales, que el titular registral tiene, sobre ese patio, las facultades de propietario, siempre que sean compatibles con las limitaciones derivadas de la integración del terreno en el edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal y, en especial, con el destino a zona verde. Entre las facultades del propietario se encuentra la de explotar el terreno; el obligado destino a "zona verde", restringe en grado sumo los aprovechamientos posibles, pero no totalmente, puesto que del Registro resulta que tal terreno es elemento integrante de un local objeto de propiedad privada separada.

4. Las consideraciones antes expuestas, el respeto debido al principio de legitimación registral y la necesidad de que la calificación haya de atenerse a los documentos presentados y al contenido del propio Registro obligan ahora a no rechazar la división operada, por el motivo que lo hace el Registrador (sin que, por no haber sido objeto de calificación, quepa entrar en si en la división se cumplen o no otras exigencias legales).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Comentario.—Dentro de esta Resolución podemos distinguir:

1. Aspecto adjetivo: El principio de legitimación, como respeto al contenido del Registro.

2. Aspecto sustantivo: El solar sobrante de la edificación no es elemento común esencial, entendido el edificio como “unidad inmobiliaria”.

1. En el primer sentido, la presunción de exactitud de los datos jurídicos resultantes de los asientos limita el alcance de la calificación registral. La Doctrina de la Dirección General aparece en el fundamento de derecho tercero: El Registro publica una titularidad dominical y unas facultades estatutarias (dividir sin necesidad de acuerdo de la Junta de Propietarios), de las que el titular hace uso: debiendo centrarse la calificación en lo que resulte del título y del contenido de los asientos, no cabe denegar la inscripción.

No quiere, sin embargo, el Centro Directivo quedarse en resolver sólo este aspecto, y entra a sentar doctrina en el nudo del obstáculo opuesto por la nota calificatoria recurrida: ¿cabe que una porción de solar constituya parte determinada privativa en propiedad horizontal?

2. En el aspecto sustantivo, la Resolución establece que el solar sobrante de la edificación no es elemento común esencial, pudiendo adquirir carácter privativo por disposición del título constitutivo del régimen de Propiedad Horizontal, o acordarse en modificación del mismo, y cita en su apoyo reiterada jurisprudencia (fundamento de derecho segundo).

El edificio debe ser entendido como “unidad inmobiliaria”, en la que la edificación constituya el elemento principal y, dentro de aquélla, podrá ser objeto de propiedad separada cualquier ESPACIO susceptible de aprovechamiento independiente, aunque ni total ni parcialmente sea uno de los pisos o locales superpuestos en vertical en la edificación.

Por último, el fundamento de Derecho cuarto añade un paréntesis (“sin que, por no haber sido objeto de calificación, quepa entrar en si en la división se cumplen o no otras exigencias legales”), que nos hace preguntarnos el por qué nos recuerda el Centro Directivo expresamente el principio de congruencia, y a qué otras exigencias legales pueda referirse.

Crítica.—El apoyo en reiterada jurisprudencia que destaca la Resolución estudiada no puede hacernos olvidar que, por primera vez, nuestro Centro Directivo tiene ocasión de abordar un tema cada vez más frecuente e importante en la práctica profesional: la parte de solar no ocupada por la edificación como objeto de propiedad separada en división horizontal, cuyo ejemplo más extendido son los llamados aparcamientos o estacionamientos de superficie.

La doctrina sentada por la Resolución es claramente permisiva: sólo es elemento común esencial la parte de solar ocupada por la edificación, pudiendo ser objeto de propiedad separada partes no integradas en la edificación, siempre que lo estén en la “unidad inmobiliaria” que el edificio supone, económica, arquitectónica y urbanísticamente.

Esta tesis se aleja, a mi juicio, de la Ley de Propiedad Horizontal vigente, a impulsos de realidad social, de forma arriesgada, si no peligrosa, como trataré de argumentar:

1. El solar es elemento común esencial. No distingue la ley entre solar edificado y solar sobrante: si el solar se integra en propiedad horizontal, debe de ser todo común; el solar sobrante, si lo hay, puede ser segregado o desvinculado como elemento común, para formar una finca nueva, fuera del edificio en propiedad horizontal, pero no un elemento privativo de ésta.

Dice POVEDA: *Los Elementos Procomunales en la Propiedad Horizontal*, que “no cabe olvidar que, si bien la enumeración de elementos comunes que hace el artículo 396 —del Código Civil— es por vía de ejemplo (se dice “tales como”), sin embargo, todos los elementos comunes que se enumeran son elementos comunes por naturaleza”, y añade: “cabe sostener perfectamente que a lo que se refiere el artículo 396 es exclusivamente a los elementos comunes esenciales, sobre los que forzosamente recae un derecho de copropiedad”. Y es que, de la letra y del espíritu de la ley, resulta que sólo pueden ser privativos “los pisos o locales” o “partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente” (art. 396 CC y 3 LPH). Los demás son elementos comunes. Extender el concepto de elemento privativo a “espacios suficientemente delimitados”, sin conexión alguna con elementos arquitectónicos comprendidos dentro de sus límites, es, cuando menos, una solución extralegal.

No nos parece que el régimen de propiedad horizontal pueda ser extendido a supuestos distintos de los contemplados por el legislador, aunque el resultado pueda ser práctico. La Ley de 21 de julio de 1960 es fundamentalmente interpretativa, y el régimen de propiedad que regula se impone obligatoriamente cuando se dan los siguientes requisitos: 1) varios pisos o locales en un edificio; 2) diferentes propietarios, y 3) elementos comunes necesarios para poder utilizar los pisos o locales. Dados estos requisitos, NECESARIAMENTE hay que establecer un régimen de propiedad horizontal.

En lo que ahora nos interesa, destaquemos que los elementos privativos *necesitan* de los elementos comunes para su adecuado uso y disfrute de tal manera que, si pudieran ser utilizados sin necesidad de elementos comunes, no habría propiedad horizontal. La propiedad horizontal es un régimen que no se puede establecer voluntariamente cuando no se dan los requisitos legales de su existencia (salvo, en origen, la pluralidad de propietarios).

Es así que, al constituir como elemento privativo una porción de solar no edificada, que pueda ser utilizada independientemente por tener salida propia a una vía pública, podríamos concebir esta parte determinada sin necesidad de elemento común alguno, luego no hay OBLIGATORIEDAD de imponerle el régimen de propiedad horizontal y, si no hay obligatoriedad, no hay POSIBILIDAD, porque este régimen legal sólo se puede imponer (obligatoriamente) cuando existe el tipo especial de propiedad NECESITADA DE ELEMENTOS COMUNES que regula.

Que la Ley de Propiedad Horizontal piensa en el solar como un TODO COMUN se demuestra además en caso de extinción del régimen, por destrucción del edificio u otro supuesto, el que todo el solar corresponde en *pro indiviso* romano a todos los propietarios. Y, anecdóticamente, ¿cómo pagaría la “plusvalía” —Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos—? ¿Por la cuota en copropiedad de elementos comunes —como todo piso o local— o por los metros que le corresponden en “pleno dominio”?

La jurisprudencia citada en su apoyo por la Resolución poco nos ayuda, ya que se refiere a supuestos bien distintos: parte, al uso privativo de patios o jardines por titulares de una parte determinada, piso o local; parte, a la posibilidad, admisible sin duda, de desvinculación y segregación de la porción de solar no edificada.

2. Unidad inmobiliaria y complejo inmobiliario.

Edificio es, para la Resolución, una unidad inmobiliaria económica, arquitectónica y urbanística, en que la edificación constituye el elemento PRINCIPAL.

Esta innovación conceptual no resulta muy clara: la edificación puede no ser

lo principal económicamente —el solar puede valer más—; no lo es jurídicamente —principio de accesión—, y desde luego, no es unidad, ya que puede negociarse por partes, pisos o locales. Arquitectónicamente, tampoco tiene que haber unidad, ni física ni jurídica. Y urbanísticamente, no parece que sea el edificio la unidad urbanística por excelencia.

La única Resolución citada en los vistos de esta que comentamos es la de 2 de abril de 1980, relativa a los complejos inmobiliarios, pero se aparta totalmente de su solución, entendiendo que la propiedad horizontal tumbada no debe aplicarse a “unidades inmobiliarias”.

Pero, si entendemos que una parte de solar puede ser elemento privativo, unidad inmobiliaria-complejo inmobiliario son realidades que pueden confluir y requerir similar tratamiento.

Una Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1989, en la línea de la Resolución que comentamos, establece que el solar sobrante no es elemento común esencial y que, al determinarse en el título constitutivo de propiedad horizontal su pertenencia a una parte determinada, su propietario tiene todas las facultades de dueño, entre ellas el derecho de edificar, haciendo suyo lo edificado. Y, podemos añadir nosotros, constituir este edificio en régimen de propiedad horizontal, con lo que tendremos dos propiedades horizontales independientes en un solar único, no establecido en “propiedad horizontal tumbada”, régimen que la Resolución de 2 de abril de 1980 quería como necesario, por exigirlo el principio de especialidad. Mas, ¿cómo saber *a priori* si nos encontramos ante una unidad inmobiliaria o ante un complejo inmobiliario?

3. El destino a “zona verde”: Llama la atención la referencia que hace el fundamento de Derecho tercero sobre el destino de la porción de solar, al decir que el titular registral tiene sobre el patio “las facultades del propietario, siempre que sean compatibles con las limitaciones derivadas de la integración del terreno en el edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal, y en especial, con el destino zona verde”. Puede ser éste un primer paso para un cambio de criterio jurisprudencial en cuanto al alcance de la determinación del destino de las partes privativas, pues hasta ahora, el reiterado criterio doctrinal de nuestro Centro Directivo entendía que la simple expresión en el título constitutivo del destino de un piso o local no implicaba, sin más, la prohibición de dedicarlo a cualquier otra actividad que no estuviera expresamente prohibida en el propio título constitutivo o en las leyes.

En algunos supuestos, puede ser especialmente importante atribuir plena eficacia a la determinación del destino, para los jardines o zonas verdes, por ejemplo. Y por otra parte, podrían establecerse cautelas para impedir que la zona verde de un edificio pueda atribuirse en propiedad exclusiva al titular de una parte determinada, o que se pueda negociar con el jardín de un edificio, “parcelándolo” en partes determinadas que se puedan transmitir, incluso, a personas “ajenas” a la comunidad.

4. Los estacionamientos de superficie y supuestos análogos: La postura hasta ahora defendida, implicaría la imposibilidad de admitir en propiedad horizontal los aparcamientos de superficie y otros supuestos similares, generalizados en la realidad. Hay que buscar una solución, pero adelante que no me parece lícita ni legal la de constituir estos estacionamientos en partes determinadas en propiedad horizontal. Aparte las dificultades teóricas expuestas, pienso en las dificultades prácticas derivadas del régimen de comunidad (¿cómo convencer a los titulares de espacios de superficie para acometer gastos extraordinarios de me-

jora del edificio, cuando sus votos sean necesarios para alcanzar mayoría? Dificultad insalvable en muchos supuestos en los que la ley impone la unanimidad).

Las respuestas tienen que venir dadas a través de la propiedad horizontal tumbada; del más clásico del "uso exclusivo" de estos espacios por titulares de pisos o locales, o a través de una reforma legislativa, todavía en borrador de anteproyecto, que deseo próxima. Muchas gracias.

L. A. S. A.