

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

6329 *Resolución de 25 de abril de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Arganda del Rey n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ampliación de obra antigua y división horizontal.*

En el recurso interpuesto por don Luis Fernando Muñoz de Dios Sáez, notario de Villarejo de Salvanes, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Arganda del Rey número 1, doña Camino Magán Ayuso, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ampliación de obra antigua y división horizontal.

Hechos

I

El día 27 de mayo de 2016 se otorgó escritura de ampliación de obra antigua, división horizontal y extinción de comunidad ante el notario de Villarejo de Salvanes, don Luis Fernando Muñoz de Dios, con el número 355 de protocolo. Fue objeto de calificación negativa el día 19 de enero de 2018, no impugnada. El día 24 de enero de 2018 se reintegró esta escritura junto a otra copia parcial de la misma donde consta la descripción del elemento uno de la división horizontal (con esto queda subsanado el defecto 1 de la nota de calificación de fecha 19 de enero de 2018) y junto a otra escritura, de cambio de uso, otorgada en la misma localidad y ante el mismo notario el día 23 de enero de 2018, con el número 54 de protocolo, presentada a efectos de subsanar el defecto 2 de la nota de calificación de fecha 19 de enero de 2018. Los hechos son los siguientes: se amplía una obra ya existente sobre finca urbana en Villarejo de Salvanes, por antigüedad, pasando de ser una edificación única, descrita como vivienda unifamiliar de una sola planta de 101 metros cuadrados, estando el resto del terreno destinado a patio, a ser una edificación de 164 metros cuadrados (amplían por tanto 63 metros cuadrados), siendo el año de construcción según la certificación catastral aportada 1978. Posteriormente, la edificación se dividió horizontalmente (de forma tumbada) y se configuraron dos elementos independientes (departamento uno y dos) a los que se asignaba como anejo inseparable el uso exclusivo de un patio a cada uno. Se hizo constar que subsuelo, suelo y vuelo son elementos comunes. Compareció un técnico arquitecto que declaró que la división horizontal llevaba construida más de cuatro años; el notario, sobre esa base y por no constar en el Registro anotación de incoación de expediente de disciplina urbanística, declaró que procede aplicar la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de octubre de 2014 y 15 de febrero de 2016. En el segundo de los documentos aportados (escritura pública de cambio de uso, protocolo número 54) se manifestaba que, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de noviembre de 2013 y 12 de septiembre de 2016, la constatación del cambio de uso de un inmueble es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, por lo que según lo establecido en el artículo 28.4 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, no es exigible licencia municipal. Además, se incorporó certificación del mismo arquitecto en la que afirmaba que, desde hace más de cuatro años respecto de la escritura calificada –de 27 de mayo de 2016– «el uso de la finca registral antedicha ha pasado de una vivienda unifamiliar a dos viviendas unifamiliares» y se añadía que no existe en el Registro nota de incoación de expediente de disciplina urbanística.

II

Presentadas las referidas escrituras en el Registro de la Propiedad de Arganda del Rey número 1, fueron objeto de la siguiente nota de calificación: «Referencia del documento calificado: Número de entrada: 43/2018. Asiento Diario: 1161/49. Autorizante: Don Luis Fernando Muñoz de Dios Sáez, Notario de Villarejo de Salvanes. Objeto: Escritura pública de ampliación de obra antigua y división horizontal. Protocolo 355 del año 2016. Nota de calificación registral: Antecedentes de hecho: Primero: Que con fecha diez de enero de dos mil dieciocho, se presentó en este Registro de la Propiedad el documento de referencia. Fue objeto de nota de calificación negativa con fecha 19 de enero. El día 24 de enero se reintegra la escritura junto a otra copia parcial de la misma donde consta la descripción del elemento uno de la división horizontal y otra escritura otorgada en la misma localidad y ante el mismo Notario de fecha 23 de enero de 2018 (protocolo 54). Segundo: Se trata de una escritura pública por la que se amplía una obra ya existente sobre finca urbana en Villarejo de Salvanes, por antigüedad, pasando de ser una edificación única de 101 metros cuadrados a una edificación de 164 metros cuadrados, siendo el año de construcción según la certificación catastral aportada 1978. Posteriormente la edificación se divide horizontalmente (de forma tumbada) y se configuran dos elementos independientes (departamento uno y dos) a los que se asigna como anejo inseparable el uso exclusivo de un patio a cada uno. Se hace constar que subsuelo, suelo y vuelo son elementos comunes. Comparece un técnico arquitecto que declara que la división horizontal lleva construida más de cuatro años; el Notario sobre esa base y la de no constar en el Registro anotación de incoación de expediente de disciplina urbanística declara que procede aplicar la doctrina de las RRDG de 17 de octubre de 2014 y de 15 de febrero de 2016. En la nota de calificación negativa mencionada se hacen constar dos defectos, el primero de ellos queda subsanado con la copia parcial aportada donde se describe el elemento uno de la división horizontal. En el segundo de los documentos aportados (escritura pública de cambio de uso, protocolo 54 de 2018) se alega por el Notario la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación al cambio de uso, se reitera que el Arquitecto que compareció en la primera escritura declara una antigüedad de más de 4 años de la construcción (2 viviendas unifamiliares) y la inexistencia de nota de incoación de expediente de disciplina urbanística. Tercero: La doctrina alegada se refiere a dos supuestos de cambio de uso de local a vivienda en una división horizontal, una en Asturias y otra en Baleares. No se consideran supuestos análogos al de este caso y además se pone de manifiesto la posible diversidad de legislación aplicable en cada Comunidad Autónoma, en este caso hablamos de Madrid y concretamente de la normativa urbanística de Villarejo de Salvanes. Cuarto: En el día de la fecha el documento reseñado ha sido calificado por el Registrador. Fundamentos jurídicos Primero: La calificación citada ha sido realizada al amparo de los artículos 17, 20 y 51 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo; 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril y 24 de agosto de 2011 y 2 de marzo y 24 de mayo de 2012 17 de octubre de 2014 y de 15 de febrero de 2016. Segundo: De dicha calificación resulta el siguiente defecto, que impide practicar la inscripción solicitada: - Debe aportarse la licencia inicial de obra a efectos de comprobar si se admite para este caso la construcción plurifamiliar o bien nueva licencia o declaración municipal de su innecesariedad que permita el cambio de uso a la plurifamiliaridad. La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo anuló buena parte del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992 por haberse invadido las competencias que, en materia de urbanismo, se hallan transferidas a las Comunidades Autónomas. Esta misma sentencia dejaba a salvo aquellos preceptos que, por regular materias que son competencia exclusiva del Estado, eran perfectamente conformes con la Constitución Española (como las normas que se referían al Registro de la Propiedad). Así pues, corresponde a las Comunidades Autónomas determinar qué clase de actos de

naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que éstas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por éstas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo. En consecuencia, ha de tenerse en cuenta tanto la legislación autonómica de Madrid, como la estatal (imposibilidad de inscribir sin licencia por vía del artículo 53, letra a) del Real Decreto 1093/1997). El artículo 151 letra g) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid exige preceptiva licencia para el cambio de uso de las edificaciones. El concepto de “uso” es esencial en el ámbito de la legislación urbanística y en el planeamiento de desarrollo, teniendo el propietario la obligación de destinar el suelo al uso previsto por la ordenación urbanística. Por ello, es fundamental la definición de los usos, para lo que hay que acudir al planeamiento urbanístico correspondiente a cada Ayuntamiento para ver si la división horizontal de una vivienda unifamiliar altera la clase o categoría de uso que corresponde a una edificación y si, en función de ello, está sujeta o no a la fiscalización municipal que entraña el otorgamiento de una previa licencia urbanística. En el artículo 4 de la Ordenanza reguladora del procedimiento administrativo de concesión de licencias del Ayuntamiento de Villarejo de Salvanés, se contiene un listado de actos sujetos a licencia idéntico al recogido en el artículo 151 de la Ley Urbana de Madrid. Parte dispositiva: Vistos los artículos citados y demás de aplicación, el Registrador que califica acuerda: 1.º Suspender la inscripción solicitada por el defecto subsanable antes indicado. 2.º Proceder a la práctica de las notificaciones previstas en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria. 3.º Hacer constar en el Libro Diario la prórroga del asiento de presentación de este documento conforme al artículo 323 de la citada Ley. 4.ª No se ha tomado anotación de suspensión, por no haberse solicitado expresamente. La anterior nota de calificación negativa podrá (...) Arganda del Rey a 25 de enero de 2018 (firma ilegible) Camino Magán Ayuso Registradora de la Propiedad».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Luis Fernando Muñoz de Dios Sáez, notario de Villarejo de Salvanés, interpuso recurso el día 7 de febrero de 2018 en el que alega los siguientes fundamentos jurídicos: «– El citado artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 dispone que para inscribir un título de división horizontal, no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. Ahora bien, la escritura número 355 es de ampliación antigua de obra, es decir, que no se apoya en una licencia de obra sino en la prescripción, vía artículo 28.4 de la Ley estatal del suelo. Y en la misma escritura se hace la división horizontal sin más elementos (dos) de los que se han hecho constar en el mismo instrumento al declarar la ampliación de la obra. Así que no procede exigir licencia, al no preexistir una propiedad horizontal. No se está modificando un título previo de división horizontal. – La R. de 12-4-2011 DGRN exigió licencia para la división de una vivienda unifamiliar situada también en la Comunidad de Madrid en cuatro viviendas, dado el cambio de uso, sujeto a licencia tanto por el artículo 151.g) de la Ley del suelo de Madrid como por el Plan urbanístico de Pozuelo de Alarcón (municipio de situación de la finca). Ahora bien, como se expuso en la escritura número 54, “es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así en Resoluciones de 13 de noviembre de 2013 y 12 de septiembre de 2016, entre otras muchas, que la constatación registral del cambio de uso de un inmueble es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho, y por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas

por el artículo 28 de la Ley estatal del suelo, entre las que está no sólo la de la licencia sino también la de la prescripción o, mejor dicho, caducidad o antigüedad del párrafo 4.º de dicho artículo, la cual, lejos de amparar situaciones contrarias a la legalidad urbanística, favorece su protección, pues, practicada la inscripción, el registrador ha de comunicar a la Administración su práctica". Tales Resoluciones contemplan el caso de elemento privativo de una propiedad horizontal con cambio de uso de local a vivienda, si bien, a juicio del recurrente, resulta su doctrina aplicable por analogía al caso de cambio de uso de una finca que pasa de una vivienda a dos viviendas, en que más que cambio de uso, lo que hay es una mera intensificación del uso residencial. Es por virtud de estos fundamentos, que solicito la estimación del presente recurso, ordenando la práctica de la inscripción del cambio de uso o más sencillamente, de la división horizontal escriturada».

IV

La registradora de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 12 de febrero de 2018.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria; 26 y 28.4 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; 53, 78 y 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística; 143, 145, 151 y 195 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid; las Sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997, de 20 de marzo, y 143/2017, de 14 de diciembre de 2017; las Sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2000, 25 de enero de 2002 y 28 de junio de 2012; la sentencia número 845/2016, de 12 diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de octubre de 2014, 22 de febrero y 2 de agosto de 2017 y 19 de febrero de 2018.

1. Para la resolución de este recurso son relevantes los siguientes hechos:

Mediante escritura autorizada el día 27 de mayo de 2016, se declara la ampliación - en 63 metros cuadrados- de una obra ya existente sobre finca urbana (una vivienda unifamiliar de una sola planta), haciéndose constar que han transcurrido más de diez años desde aquella ampliación, según resulta del Catastro, en el que figura como año de construcción 1978. En la misma escritura se formaliza «división horizontal tumbada», de modo que resultan, como elementos independientes, dos viviendas unifamiliares, con asignación a las mismas el uso exclusivo de sendos patios como anejo inseparable. Se hace constar que subsuelo, suelo y vuelo son elementos comunes de ambas y que cada una tiene salida propia a una calle distinta. Asimismo, el arquitecto compareciente certifica que dicha división horizontal tumbada lleva construida más de cuatro años.

En escritura otorgada el día 23 de enero de 2018, presentada en unión con la anterior, se incorpora certificación del mismo arquitecto en la que afirma que desde hace más de cuatro años respecto de la escritura calificada -de 27 de mayo de 2016- «el uso de la finca registral antedicha ha pasado de una vivienda unifamiliar a dos viviendas unifamiliares». Y los otorgantes manifiestan que no es exigible licencia municipal, por aplicación de lo establecido en el artículo 28.4 de la Ley estatal de Suelo.

La registradora exige que se aporte la licencia inicial de obra, para comprobar si se admite para este caso la construcción plurifamiliar, o bien nueva licencia o declaración municipal de su innecesariedad que permita el cambio de uso a la plurifamiliaridad.

El notario recurrente alega que la escritura calificada no se apoya en una licencia de obra sino en la prescripción, vía artículo 28.4 de la Ley estatal de Suelo; y en la misma

escritura se hace la división horizontal sin más elementos (dos) de los que se han hecho constar en el mismo instrumento al declarar la ampliación de la obra, por lo que no se está modificando un título previo de división horizontal. Añade que la doctrina de este Centro Directivo sobre el cambio de uso de local a vivienda de un elemento privativo de propiedad horizontal resulta aplicable por analogía al caso de cambio de uso de una finca que pasa de una vivienda a dos viviendas, en que más que cambio de uso, lo que hay es una mera intensificación del uso residencial.

2. Con carácter previo, conviene realizar determinadas consideraciones sobre el régimen competencial en materia de urbanismo.

Es conocido que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (Sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997, de 20 de marzo –fundamento jurídico 5– y 164/2001, de 11 de julio –fundamento jurídico 4–), lo que en el caso de la Comunidad de Madrid se plasma en el ejercicio de su potestad legislativa mediante la Ley 9/2001, de 17 de julio.

En segundo lugar, debe afirmarse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, el requisito de la previa intervención administrativa.

Como ha tenido ocasión de afirmar este Centro Directivo en las Resoluciones de 29 de octubre (2.^a) y 3 de diciembre (1.^a) de 2012, 15 de abril de 2013 (2.^a) y 4 y 11 (1.^a) de marzo, 22 de abril (2.^a) y 24 de noviembre de 2014, entre otras, «procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa, ya que, si bien, con carácter general, la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, anuló buena parte del texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992, fundándose en que se habían invadido las competencias que, en materia de urbanismo, se hallan transferidas a las Comunidades Autónomas, esta misma sentencia dejaba a salvo aquellos preceptos que, por regular materias que son competencia exclusiva del Estado, eran perfectamente conformes con la Constitución Española. Así ocurrió con aquellas normas que se referían al Registro de la Propiedad (cfr. artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española), de lo que se sigue que corresponde a las Comunidades Autónomas (en este caso, a la de Cantabria) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que éstas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por éstas impuestos, así como la fijación de los plazos de prescripción de las acciones de disciplina urbanística o su imprescriptibilidad. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia (o los requisitos para poder acceder al Registro de la Propiedad las declaraciones de obras referentes a edificaciones consolidadas por su antigüedad), para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro (cfr. Resoluciones de 22 de abril de 2005; 4 de mayo de 2011; 8 de mayo de 2012, y 6 de mayo de 2013). Según se establece en la disposición final primera del Texto Refundido de la Ley de Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, el artículo 20 tiene el carácter de disposición establecida en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal; y más específicamente, puede decirse que dicho precepto se dicta en atención a la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los Registros (artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española), siendo doctrina constitucional que en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de

la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos (Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo).

Por tanto, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo. Y en el contexto de esta competencia hay que situar el artículo 53, letra a), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, relativo a la calificación de los títulos de constitución de régimen de propiedad horizontal, y de modificación del régimen ya inscrito, según el cual «no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número», regla cuya aplicación al presente caso constituye el objeto de debate en este recurso, para cuya resolución es necesario determinar previamente si los actos contenidos en el documento calificado están sometidos o no al requisito de previa licencia municipal, a la vista de lo que al respecto disponga la legislación autonómica sobre el suelo de Madrid y el planeamiento urbanístico existente en el concreto municipio en que se ubica la finca.

3. El artículo 26 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, impone a notarios y registradores, en la autorización e inscripción de escrituras de segregación o división de fincas, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El artículo 28 de la misma ley, por su parte, hace lo propio respecto a las escrituras de declaración de obra nueva, con la salvedad de permitir, en su apartado cuarto, un procedimiento especial de inscripción, sin acreditación de autorización administrativa previa, respecto a las «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes».

Es la propia legislación sustantiva urbanística que resulte aplicable la que ha establecer qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a ésta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o «prius» respecto de su exigencia en sede registral.

La norma sustantiva aplicable, en este caso, el artículo 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, dispone que están sujetos a licencia urbanística, «todos los actos de uso del suelo, construcción y edificación para la implantación y el desarrollo de actividades y, en particular, los siguientes: a) Las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidos en proyectos de reparcelación. b) Las obras de edificación, así como las de construcción e implantación de instalaciones de toda clase de nueva planta. c) Las obras de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación de edificios, construcciones e instalaciones ya existentes, cualquiera que sea su alcance, finalidad y destino (...) g) El cambio objetivo, total o parcial, del uso de las construcciones, edificaciones e instalaciones (...) t) Los demás actos que señalen los instrumentos de planeamiento urbanístico (...)».

Por su parte, en el artículo 4 de la Ordenanza reguladora del procedimiento administrativo de concesión de licencias del Ayuntamiento de Villarejo de Salvanes, se contiene un listado de actos sujetos a licencia similar al recogido en el artículo 151 de la Ley del Suelo de Madrid, al que se añaden algunos otros.

De los preceptos citados, puede deducirse sin dificultad que, en general, la preceptiva licencia urbanística será exigible, en su caso, a efectos de inscripción,

separadamente, tanto para los actos de parcelación, división o segregación, como para las obras de edificación y su ampliación, reforma, modificación o rehabilitación o cambio de uso, que así se declaren y pretendan acceder al Registro de la Propiedad. De modo paralelo, cada una de las edificaciones que se declaren y pretendan su acceso a la publicidad registral deberá estar amparada en la preceptiva licencia, máxime cuando puedan llegar a motivar la apertura de folio propio en los libros del Registro.

Ello se entiende sin perjuicio de la posibilidad de invocar el régimen particular del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, para la inexigibilidad de licencia a efectos registrales, si se dan sus presupuestos y siempre respecto de cada una de las edificaciones o elementos integrantes de edificaciones de que se trate, consideradas individualmente.

4. La Resolución de esta Dirección General de 12 de abril de 2011, para un caso similar en la Comunidad de Madrid, afirmó que la división horizontal de la única vivienda existente en la finca en cuatro susceptibles de aprovechamiento independiente implica un cambio objetivo del uso de la edificación que necesita licencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 151.1, por lo que su inscripción registral requiere la acreditación de su previa obtención conforme a lo dispuesto por el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. En el caso de ese recurso constaba en el Registro el carácter de vivienda unifamiliar de la que es objeto de división horizontal, división que al entrañar un incremento del número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (cfr. artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997), supone también una alteración del uso de la edificación, que de unifamiliar pasa a tener la consideración de comunitaria o colectiva de acuerdo con las determinaciones del Plan General, lo que justifica la exigencia de licencia.

Dicha doctrina se basa en una fundada argumentación que parte de la base del hecho de que la división horizontal por sí misma no se encuentra sujeta a licencia de forma expresa por el artículo 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones autonómicas, y además no entraña dicha división horizontal, en el caso estudiado, un supuesto de parcelación, segregación o cualquier otro acto división de fincas o terrenos [apartado 1, letra a), del artículo 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid], por no incluir la asignación de derechos de uso exclusivo sobre porciones concretas de la parcela en que se asienta la edificación, ni comprender en su superficie porciones que tengan la condición de dominio público, sean de uso público o sirvan de soporte a las obras de urbanización, o puedan computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal de cesión obligatoria de suelo a la Administración.

En el caso del presente expediente los actos que se formalizan son la ampliación de obra nueva en dos viviendas y su división horizontal -«tumbada»- en elementos susceptibles de aprovechamiento independiente.

También se trata de un supuesto similar al resuelto por la sentencia número 845/2016, de 12 diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que se distingue el concepto de vivienda unifamiliar y el de vivienda colectiva en relación con la unidad parcelaria del inmueble, recordando que, ordinariamente, el número máximo de viviendas edificables viene determinado por el número entero resultado de dividir la superficie de parcela edificable objeto de parcelación, por la superficie de parcela mínima establecida en la norma zonal que resulte de aplicación. Se afirma en esta sentencia lo siguiente: «(...) es evidente que las dos viviendas actualmente existentes en la parcela cuestionada (...), no resultan amparadas en la licencia n.º (...) que autorizaba la construcción de una única vivienda unifamiliar. De conformidad con la terminología utilizada en el artículo (...) de las NN.UU., estamos ante un supuesto de “Vivienda colectiva”, que se corresponde con el supuesto de que en una unidad parcelaria se edifica más de una vivienda, por contraposición a “Vivienda unifamiliar”, que se corresponde con el supuesto de edificación de una sola vivienda en la unidad parcelaria correspondiente. Por tanto, las viviendas (...) han sido ejecutadas contraviniendo la normativa urbanística al realizarse al margen de la correspondiente licencia urbanística que las amparase, cuya ineludible exigencia deriva

inequívocamente del artículo 151 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, que sujeta a licencia urbanística «todos los actos de uso del suelo, construcción y edificación para la implantación y el desarrollo de actividades» y, en particular, en lo que aquí nos interesa: Cualesquiera actos de división de fincas [letra a)], las obras de edificación [letra b)], así como las obras de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación de edificios de edificios, construcciones e instalaciones ya existentes, cualquiera que sea su alcance, finalidad o destino [letra c)]».

Ello no obstante, la propia sentencia reconoce la posibilidad de que las viviendas construidas ilegalmente pasen a una situación equiparada al régimen de fuera de ordenación: «Por tanto, de cuanto queda dicho se desprende que la vivienda (...) en la medida en que ha sido construida sin amparo de licencia urbanística, contraviniendo además lo expresamente autorizado en la licencia n.º (...), y habiendo transcurrido un plazo superior al de cuatro años desde su total terminación al instante de la solicitud de licencia que nos ocupa (artículo 195.1 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid), debe considerarse, en aplicación de la doctrina legal y jurisprudencial señalada en el fundamento jurídico precedente, en situación «asimilable» a la de fuera de ordenación. Dicho ello, en aplicación de la referida doctrina legal y jurisprudencial, necesariamente habrá de concluirse: (i) En primer lugar, que la caducidad de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística como consecuencia del transcurso del plazo de cuatro años desde la total terminación de las obras ilegales de construcción de la vivienda no supone legalización alguna de la misma; y (ii) En segundo lugar, que las obras que puedan acometerse en dicha vivienda serán únicamente aquellas que la doctrina jurisprudencial viene permitiendo para las situaciones «asimilables» a la de fuera de ordenación (...).».

A ello habrá que añadir que, a efectos registrales, y en aplicación del artículo 28.4 de la Ley estatal de Suelo, será posible su inscripción por antigüedad, sin intervención administrativa previa pero con comunicación posterior a la Administración urbanística municipal y autonómica –artículo 65.3 de la misma ley–.

En el caso de este expediente resulta acreditada la antigüedad de las construcciones por certificación técnica, por lo que se cumple el plazo mínimo de cuatro años que resultaría exigible para la aplicación del artículo 28.4 de la Ley estatal de Suelo en la Comunidad de Madrid –cfr. artículo 195 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo–. Sin embargo, no sólo se pretende la declaración de nuevas construcciones o la ampliación de las mismas, lo que estaría amparado en el régimen del artículo 28.4 citado, sino la división horizontal «tumbada» de los elementos constructivos resultantes. Ello plantea la cuestión relativa a la incidencia de dicha configuración sobre la unidad de parcela, con independencia del régimen de asimilado a fuera de ordenación en que puedan encontrarse las edificaciones realizadas.

Como afirma la Resolución de este Centro Directivo de 22 de febrero de 2017, no existe registralmente ningún problema en que sobre una misma finca registral puedan declararse las obras nuevas correspondientes a diversas edificaciones existentes sobre la misma, sin que ello implique la existencia de una parcelación o división, pues la finca debe ser transmitida en su conjunto como una unidad. Cuestión diferente es si se trata de configurar cada una de las edificaciones como entidades registrales independientes, lo que plantea la exigencia, en su caso, de licencia de parcelación o división, como ocurre en el presente expediente.

La registradora, en su nota de calificación, entiende que debe aportarse «la licencia inicial de obra a efectos de comprobar si se admite para este caso la construcción plurifamiliar o bien nueva licencia o declaración municipal de su innecesariedad que permita el cambio de uso a la plurifamiliaridad», aludiendo también a la «imposibilidad de inscribir sin licencia por vía del artículo 53, letra a) del Real Decreto 1093/1997», planteando, en definitiva, la exigencia de licencia urbanística a la división horizontal «tumbada» de una vivienda unifamiliar que «altera la clase o categoría de uso que corresponde a una edificación».

5. La figura de la propiedad horizontal «tumbada» ha sido objeto de análisis en numerosas ocasiones por este Centro Directivo.

La sentencia número 166/2016, de 18 marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, después de afirmar que, en principio, en la propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca –o derecho de vuelo– que le sirve de soporte, no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno o suelo, ni derecho privativo alguno sobre el mismo, pues el suelo sobre el que se asienta el inmueble es común en su totalidad, cita -con la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de diciembre de 2012-, la doctrina sentada por esta Dirección General: «Como razona la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 10 de diciembre de 2003 (BOE 13 enero 2004), “... bajo el calificativo de ‘tumbada’ que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se adjetivan como tumbadas tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal (...) Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca –o derecho de vuelo– que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma – la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas–, superficie o linderos. La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad”. Reconociendo, sin embargo que “ciertamente, la propiedad horizontal tumbada puede encubrir en algunos casos situaciones de fraude, pues bajo la apariencia formal de una propiedad horizontal tumbada se pueden esconder auténticas segregaciones o divisiones de terreno, proscritas por la ley. En cualquier caso, lo relevante es que, en los regímenes de propiedad horizontal tumbada, el suelo permanece común”».

En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, en sentencia número 431/2008, de 3 octubre, que revoca la Resolución de esta Dirección General de 14 de junio de 2004 (en igual sentido que en sentencia número 107/2007, de 26 de febrero, de la Sección Vigésimoquinta, que revocó la Resolución de 10 de diciembre de 2003), en caso análogo al presente, considera que existe un acto de división contemplado en la previsión genérica «in fine» del apartado a) del artículo 151.1 de la Ley 9/2001, de 17 de julio. Viene a argumentar la sentencia que «(...) el artículo 396 del Código Civil se refiere a un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, “que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como...”, es decir, no cabe la consideración artificial de tales elementos comunes a fin de, con aplicación de la normativa especial, impedir la aplicación de norma imperativa. En el caso de autos, la adjudicación como anejo inseparable a cada una de las viviendas de dos porciones de terreno de uso exclusivo no enerva la consideración de constituirse realmente dos entidades con autonomía tal que les permitiría ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí (en palabras de la R. de 16.7.2005), pues, en definitiva, tal atribución a las viviendas de las citadas parcelas de terreno como anejos inseparables y con uso exclusivo, choca frontalmente con la consideración del legislador de ser elementos comunes los necesarios para el uso y disfrute del edificio, indivisibles e inseparables, de forma que, como aduce el apelante, en modo alguno cabría considerar que se trate de elemento común “esencial” (término utilizado en R. de la DGRN), de forma que la atribución de su uso exclusivo – recordemos, sobre trozos de terreno destinados a jardín–, es decir, susceptibles de constituirse físicamente fincas independientes, como aduce el Sr. Registrador, tal

atribución implica una verdadera división del suelo, compartiendo la Sala que el supuesto es análogo al de las participaciones indivisas con atribución de uso exclusivo de terrenos a cada una pues, con el proceder objeto de autos se forman dos entidades, con atribución de cuota en el conjunto, atribuyendo a cada una el uso exclusivo de una porción de terreno».

6. De acuerdo con los fundamentos anteriormente expuestos, en el ámbito de la legislación sustantiva madrileña, resulta exigible licencia a efectos de inscripción tanto para la declaración de nuevas construcciones, como para su división horizontal en la medida que suponga una alteración del uso de la edificación para pasar de una vivienda unifamiliar a otra de tipo colectivo, sea en la misma planta o en nuevas plantas.

Adicionalmente, también será exigible, como se deduce de la propia Resolución de 12 de abril de 2011, antes citada, cuando la división horizontal de las edificaciones se configure de tal modo que puede suponer un acto equiparado a parcelación o a «cualesquiera otros actos de división» de parcelas o terrenos.

Ciertamente, como ha señalado en otras ocasiones este Centro Directivo, la división horizontal de un inmueble no implica por sí misma un acto de parcelación que suponga la modificación de la forma, superficie o linderos de una o varias fincas (cfr. artículo 143 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid), ni tampoco de segregación o cualesquiera otros actos de división, a que se refiere el artículo 151.1.a) de la misma ley, pues el régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta, pues no hay división o fraccionamiento físico del terreno toda vez que no hay alteración de forma –la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas–, superficie o linderos.

Así resulta también del artículo 26.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, al afirmar 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 a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 18».

No tratándose de supuestos en los que se produzcan asignaciones de uso exclusivo de los elementos comunes de la finca, o de participaciones indivisas que den derecho a la utilización exclusiva de una porción concreta de finca, los cuales se encuentran recogidos en el apartado 2 de este mismo artículo, y que sólo son posibles si reúnen las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística, ni dándose los supuestos de excepción previstos en la misma norma transcrita (superficies de la parcela calificadas de dominio público, adscritas a un uso público, etc.), no cabe, en principio, calificar la operación como acto de división, lo que permite excusar la exigencia de licencia municipal para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, en línea con las resoluciones judiciales antes citadas, si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística, al amparo en este caso del artículo 151.1.a) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid que se refiere a «cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo».

En el caso particular de este expediente cabe afirmar que la configuración jurídica adoptada supone constituir realmente dos entidades con autonomía tal que les permite ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre

sí, como demuestra la perfecta delimitación de patios de uso exclusivo de cada elemento privativo respectivo con salida propia e independiente a la vía pública, desvirtuando el concepto de elemento común esencial, indivisible e inseparable al que se refiere el artículo 396 del Código Civil.

Se trata de una configuración que perfectamente puede equipararse a «cualesquiera otros actos de división de fincas» contemplados en la repetida previsión «in fine» del apartado a) del artículo 151.1 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid en relación con el artículo 26.2 de la Ley estatal, y, por lo tanto, sujeta a la exigencia de licencia urbanística a efectos de inscripción o, en su caso, declaración de innecesariedad de la misma, por considerar el órgano competente que no se trate de un acto de parcelación o división sujeto legamente a licencia.

En este sentido, la Resolución de 17 de octubre de 2014, en el ámbito de la legislación urbanística madrileña, respecto de los actos de división o segregación en sentido estricto, no considera admisible aportar una simple declaración municipal de innecesariedad de licencia, pues según la concreta legislación urbanística de la comunidad autónoma donde se ubica la finca, la licencia es siempre necesaria, y una hipotética declaración de innecesariedad de licencia encerraría en sí misma una contradicción y vulneración legal - artículo 143-.

7. Finalmente, en cuanto a la alegación del recurrente sobre la procedencia del acceso registral de la escritura calificada sobre la base de la antigüedad acreditada, cabe citar aquí la reciente Resolución de 19 de febrero de 2018, al reconocer el diferente tratamiento entre las edificaciones o elementos integrantes de las mismas y las parcelaciones o divisiones de cierta antigüedad, pues éstas, según se razona, si bien presentan semejanzas con la situación jurídica en que se encuentran las edificaciones que acceden registralmente por la vía del artículo 28.4 de la actual Ley de Suelo que, como prevé el propio precepto no requiere previa declaración municipal, sin embargo, no pueden equipararse completamente, dada la realidad fáctica que presenta la edificación existente, acreditada por certificación técnica, municipal o acta notarial, que por sí demuestra la no ejecución de medidas de restablecimiento de legalidad urbanística y el carácter eminentemente jurídico de la división o segregación, carente en principio de tal apariencia, y que pudo motivar ya un pronunciamiento expreso de la Administración descartando la incidencia de los plazos de restablecimiento de legalidad, sin que pueda constatarse a efectos registrales.

No cabe invocar la doctrina de la Resolución de 17 de octubre de 2014, seguida por las de 5 y 26 de mayo de 2015, 5 de mayo de 2016 y 7 de marzo y 2 de agosto de 2017, pues por un lado, todas estas Resoluciones siguen partiendo de la exigencia de un título administrativo habilitante de la inscripción, en lo que se refiere a los actos de división de suelo, a diferencia de los edificatorios. Sin perjuicio de que tal título habilitante pueda ser la declaración administrativa del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación, procediendo entonces la aplicación analógica del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

Deben diferenciarse, por tanto, los actos edificatorios, sean en la misma planta o en nuevas plantas, aun cuando supongan el cambio de vivienda unifamiliar a colectiva o el aumento de elementos de uso independiente, de los actos de división afectantes al suelo. A los primeros le es aplicable el régimen del artículo 28.4 para justificar en su caso la no exigencia de licencia a efectos de inscripción; mas a los segundos, en cuanto supuesto parcelatorio distinto al comprendido en dicho precepto, le resulta aplicable el régimen del artículo 26 de la misma Ley estatal en cuanto a la exigencia en todo caso de título administrativo habilitante de la inscripción.

Por otra parte, la doctrina de la Resolución de 17 de octubre de 2014 y posteriores, tiene por presupuesto la falta de una norma que declare expresamente la nulidad radical del acto jurídico de división sin licencia –cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 26 de enero de 2006– o un pronunciamiento judicial en tal sentido -vid. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2010-, y en el

presente supuesto el artículo 145.2 de la norma sustantiva, la Ley 9/2001, vigente desde el 27 de agosto de 2001, declara la nulidad de toda parcelación urbanística que sea contraria a la ordenación urbanística o infrinja lo dispuesto en la misma, teniendo la consideración legal de actos de parcelación urbanística, cualquier división o parcelación de terreno que se lleve a cabo en suelo urbano y urbanizable.

La Resolución de 17 de octubre de 2014, también para un caso de Madrid, constituyó un supuesto particular en el que el propio Ayuntamiento certificaba que la parcela cuya constancia registral se solicitaba ahora por vía de segregación de su matriz registral «consta segregada con su configuración actual desde el catastro de 1986, no se ha podido localizar en los archivos municipales la Resolución de licencia, no obstante por el tiempo transcurrido la posible infracción estaría prescrita», esto es, bajo el régimen normativo anterior de la Ley del Suelo de 2001.

En conclusión, en este caso, cabe admitir el acceso al folio abierto a la finca registral de las construcciones declaradas bajo el régimen del artículo 28.4 de la Ley de Suelo estatal, cuya antigüedad suficiente resulta acreditada tanto por el técnico competente interviniente como por la certificación catastral, no constando la incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general. Debiendo el registrador actuar como previene el precepto, es decir, comunicar al Ayuntamiento y a la Comunidad Autónoma –artículo 65.3– las inscripciones realizadas y hacer constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expida, la práctica de dicha notificación, en cumplimiento de su función colaboradora de la Administración.

Pero no cabe afirmar lo mismo respecto a la división horizontal tumbada que se formaliza en dichas edificaciones, pues no cabe admitir en este caso, la configuración registral independiente de las mismas sin la oportuna licencia por suponer una división de suelo y no resultar aplicable tal régimen de acceso registral a los actos afectantes al suelo, particularmente en el ámbito de la legislación urbanística madrileña.

Las alegaciones que puedan realizarse en cuanto a la ausencia de división material de la finca sujeta legalmente a preceptiva licencia, habrán de ventilarse ante el órgano administrativo competente en orden a la obtención en su caso de declaración de innecesariedad de licencia que a efectos registrales cabría admitir.

En estos términos debe confirmarse la calificación registral en lo que se refiere a la exigencia de licencia para la división horizontal que se formaliza, dado que la configuración jurídica de la vivienda unifamiliar para pasar a colectiva o plurifamiliar de uso independiente, en este caso, se hace a costa, efectivamente, de la unidad parcelaria, lo que podrá ser desvirtuado mediante declaración municipal de innecesariedad.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

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, 25 de abril de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.