

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9216 *Resolución de 20 de julio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Ponteareas, por la que se suspende la inscripción de una escritura de división horizontal.*

En el recurso interpuesto por don Álvaro Lorenzo-Fariña Domínguez, notario de Ponteareas, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Ponteareas, doña Sonia M. Airas Pereira, por la que se suspende la inscripción de una escritura de división horizontal.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por don Álvaro Lorenzo-Fariña Domínguez, notario de Ponteareas, el día 27 de abril de 2018, número 1.086 de su protocolo, los cónyuges don M. A. D. y doña M.-P. P. A. dividen horizontalmente el conjunto de construcciones existentes sobre una finca registral de su propiedad, que son dos viviendas, una piscina, un aparcamiento y otra edificación de planta baja destinada a vivienda, formando dos elementos independientes, una integrada por una de las viviendas y la edificación de planta baja destinada a vivienda y otro integrado por la otra vivienda, la piscina y el aparcamiento, asignando a cada uno de los elementos el uso y disfrute de un determinado terreno unido a los mismos.

A efectos de identificar el terreno asignado en uso y disfrute a cada uno de los elementos se protocoliza en la escritura un plano entregado por los otorgantes. Se establecen asimismo unas normas estatutarias para regular la división horizontal constituida.

En diligencia subsanatoria extendida por el mismo notario autorizante de la escritura el día 21 de abril de 2020 y que fue aportada al Registro, se subsana la misma de conformidad con el artículo 153 del Reglamento Notarial, en cuanto a la superficie de los terrenos cuyo uso y disfrute se asigna a cada uno de los elementos, que se había hecho constar erróneamente en la escritura, y en cuanto a la aclaración de una de las normas estatutarias.

Se acompaña asimismo un certificado de antigüedad expedido por arquitecto técnico el día 14 de diciembre de 2018, firmado digitalmente, en el que el técnico firmante certifica que «las dos parcelas mencionadas [debiendo entenderse por tales los dos elementos independientes de la división horizontal, pues antes se refiere a las mismas como las dos parcelas que integran la parcela catastral con la que se dice que corresponde la total finca registral dividida horizontalmente en la escritura y a continuación incluye la descripción de dichos elementos independientes tal y como aparecen en la escritura, incluida la atribución del uso y disfrute de una porción de terreno] llevan divididas más de seis años».

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Ponteareas, al que después se aportaron las citadas diligencia subsanatoria y certificación, fue objeto de la siguiente nota de calificación, de fecha 25 de mayo de 2020: «Calificada, con arreglo a los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 de su Reglamento, la escritura autorizada el 27 de abril de 2018 por el Notario de Ponteareas, don Álvaro Lorenzo-

Fariña Domínguez número 1086 de protocolo, que fue presentada a las 13:45 del día 21 de febrero de 2020, bajo el asiento número 1025 del Diario 82, no se ha practicado inscripción alguna en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho. Hechos.— Por la escritura presentada, los cónyuges don M. A. D. y doña M. P. P. Á., como titulares de la finca registral número 30.927 correspondiente al municipio de Salvaterra de Miño, la dividen horizontalmente en dos elementos independientes: el departamento número uno, integrado por: una vivienda unifamiliar de tres plantas, otra edificación de planta baja a vivienda y la asignación del uso y disfrute de una parte del terreno de la finca cuya superficie y linderos se detallan en la escritura; y el departamento número dos, integrado por: otra vivienda unifamiliar de tres plantas, una piscina, un aparcamiento, y se le asigna el uso y disfrute de la otra parte del terreno no ocupada por las edificaciones, agotando con ello la superficie total de la finca. Se consideran elementos comunes el resto de finca sin edificar, cuyo uso se atribuye en exclusiva a los elementos privativos, y los cierres del terreno y canalizaciones de agua y saneamiento de las viviendas. Se acompaña certificado firmado digitalmente el 14 de diciembre de 2018 por don C. M. R., Arquitecto técnico colegiado, por el que certifica que las dos parcelas «llevan divididas más de seis años». Se acompaña además diligencia de subsanación autorizada por igual notario de fecha 21 de abril de 2020.—Las construcciones se inscribieron en el Registro por antigüedad (año de construcción según Catastro 2009), con fecha 11 de marzo de 2020. Fundamentos de Derecho. En casos como el presente, en los que se constituye una finca en régimen de propiedad horizontal —tumbada— es fundamental analizar si la «configuración jurídica adoptada supone constituir realmente dos entidades con autonomía tal que les permita ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí», ya que bajo la apariencia formal de dicho régimen se pueden esconder «auténticas segregaciones o divisiones de terreno, proscritas por la ley», y ello con independencia de la denominación y estipulaciones utilizadas por las partes (en este sentido Resolución de 25 de abril de 2018 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013). En el caso particular que nos ocupa debemos partir de los siguientes extremos. Así, en primer lugar, a cada vivienda que integra cada uno de los dos elementos de la división se le adjudica el uso y disfrute exclusivo de una parte del terreno, agotando con ello la superficie de la finca, por lo que si bien dicho terreno se constituye formalmente como elemento común, su precisa configuración, detallada con superficie y linderos y con salida en ambos casos al camino público, única salida a la vía pública en el caso de uno de los dos elementos, hace que en cierta manera su carácter de «elemento común esencial, indivisible e inseparable» a que se refiere el artículo 396 del Código Civil quede desvirtuado (Resolución de 25 de abril de 2018). Esta afirmación se refuerza por la norma estatutaria b, por la que los propietarios de cada finca independiente podrán realizar en el terreno unido asignado en uso y disfrute, «las construcciones anexas y complementarias, que tengan por conveniente» sin necesidad de consentimiento del resto de propietarios, otorgando por tanto una gran autonomía sobre el terreno que a cada uno le corresponden a pesar de su pretendido carácter de elemento común. Por otra parte, respecto de los dos elementos independientes que como tales abrirán folio registral, los mismos se encuentran ya divididos físicamente, pues así resulta de la cláusula estatutaria d, que establece respecto del «cierre entre ambas parcelas», que «tiene carácter medianero, por lo que serán aplicables las disposiciones del Código Civil sobre la medianería» siendo así que además, la pared medianera implica por definición la barrera física entre dos edificaciones o predios contiguos que se encuentran separados por dicha división. Dicha separación física también parece resultar del plano incorporado a la escritura (que divide la finca en dos parcelas, la «parcela 1» y la «parcela 2», estableciendo una medición independiente para cada una), y del certificado de antigüedad que se acompaña, en el que el técnico se refiere a la antigüedad de la «división» de la finca. Como estableció la Dirección General en la repetida Resolución de 25 de abril de 2018, 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», por lo que en el caso presente se hace necesario, en virtud de lo dicho anteriormente, acompañar la autorización administrativa correspondiente, que el registrador ha de exigir en el caso de parcelaciones y divisiones de terrenos, como determinan los artículos 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, 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio y 150.6 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia. En relación a ello si bien el certificado técnico que se acompaña certifica «que las dos parcelas antes mencionadas llevan divididas más de seis años», ello no excluye la necesidad de aportar la correspondiente autorización administrativa, pues en el caso de división de terrenos no resulta aplicable el régimen establecido por el artículo 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015. Así, «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» (Resolución de 25 de abril de 2018). Y todo ello teniendo en cuenta que la licencia podría ser sustituida por la declaración municipal de innecesariedad, pues según el artículo 150.6 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, «toda parcelación urbanística, segregación o división de terrenos quedará sujeta a licencia municipal, salvo que el ayuntamiento declarase su innecesariedad», añadiendo el apartado 7 del mismo, que «los notarios y registradores de la propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos resolución administrativa en que se acredite el otorgamiento de la licencia municipal o declaración de su innecesariedad». En el caso que nos ocupa, por tanto, de practicarse la inscripción en los términos que resultan de la escritura, se abriría en los libros del Registros un folio independiente a cada uno de los dos elementos, el cual estaría en consecuencia integrado por una vivienda unifamiliar y resto de construcciones, sobre las que su propietario podría efectuar las modificaciones y reformas que tenga por conveniente sin más consentimientos (norma estatutaria c), junto con el derecho de uso y disfrute exclusivo de una parte bien delimitada del terreno de la finca que da salida a la vía pública, sobre la que el titular registral podría efectuar las construcciones, obras o instalaciones que quisiera sin necesidad de consentimiento de ningún otro propietario (norma estatutaria b), y cuya separación física respecto del otro elemento independiente, contiguo al mismo, estaría representado por un cierre medianero (norma estatutaria d), por lo que al existir dudas fundadas sobre si nos hallamos o no ante una parcelación de terreno, y teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídicas a que sirve la institución registral, se hace necesaria la intervención de la autoridad municipal en los términos expuestos. Se suspende la práctica del asiento, siendo el defecto subsanable, sin que se haya practicado anotación de suspensión por no haberse solicitado. Queda prorrogado el asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación. Se hace constar, sin embargo, a los efectos anteriores lo dispuesto por el legislador en relación a la situación creada por la declaración del estado de alarma vigente (...). Contra la presente nota de calificación cabe (...). Pontearreas, a 25 de mayo de 2020. La registradora (firma ilegible). Fdo.: Sonia María Airas Pereira».

III

Contra la anterior nota de calificación don Álvaro Lorenzo-Fariña Domínguez, notario autorizante de la escritura calificada, interpuso recurso el día 29 de mayo de 2020 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente: «Relación de hechos: Para la

consideración del presente recurso, resultan los siguientes elementos relevantes y documentos públicos en el iter cronológico de lo acontecido: 1. El 21 de febrero de 2020 se presentan conjuntamente en el Registro de la Propiedad de Ponteareas dos protocolos, los números 1085 y 1086 del año 2018, de fecha 27 de abril, autorizados por mí, notario recurrente, en los cuales, respectivamente, se declaran en el primero diferentes construcciones en régimen de antigüedad (2 viviendas unifamiliares de tres plantas cada una de ellas, otra vivienda unifamiliar de planta baja, una piscina y un construcción destinada a garaje, en total 954 metros cuadrados de superficie construida, y todo ello sobre una parcela de 1873 metros cuadrados) y en el segundo protocolo, se formaliza la división horizontal «tumbada» de tales construcciones declaradas previamente, con asignación del uso exclusivo de zonas delimitadas del terreno único declarado como elemento común. 2. El 11 de marzo de 2020, la Registradora de Ponteareas procede a la inscripción íntegra del primero de los protocolos indicados, el 1085, quedando inscritas todas las construcciones declaradas en el mismo sobre una parcela única de terreno, que da lugar a la finca registral número 30.927 del Ayuntamiento de Salvatierra del Miño; el 15 de abril del 2020 se comunican los honorarios registrales correspondientes al protocolo 1085 por importe de 1.063,09 euros y en fecha 20 de abril procedo al abono de la factura correspondiente al protocolo 1085 de declaración de obras por antigüedad. 3. Con relación al protocolo 1086, de división horizontal de los elementos constructivos previamente declarados, no recibo comunicación alguna del Registro de Ponteareas hasta el día 21 de abril, en el que, a requerimiento mío y tras preguntar por qué no se me había notificado nada del segundo de los protocolos presentado conjuntamente con el sí despachado, se me informa, sin constancia documental al respecto, que, para la inscripción del mismo se hace preciso delimitar cuáles son los elementos comunes del régimen jurídico configurado en dicho protocolo así como la superficie de parcela asignada en régimen de uso y disfrute exclusivo a cada departamento creado; tras lo cual, suscribo diligencia aclaratoria en el mismo día 21 de abril en la cual detallo los extremos indicados, a pesar de que los mismos ya constaban tanto en la escritura (los elementos comunes, en la letra A) del régimen jurídico) como en certificado de antigüedad de fecha 14 de noviembre de 2018, suscrito con firma electrónica y visado por el técnico Don C. M. R., que acompaña al protocolo indicado, en el que se definen tantos los metros de parcela asignados al uso exclusivo de cada departamento así como también la cuota de participación que le corresponden en el conjunto de la unida jurídica creada en dicho protocolo. 4. El día 25 de mayo de 2020 se emite por la Registradora de Ponteareas nota de calificación, denegando la inscripción del protocolo 1086, y exigiendo autorización administrativa o declaración municipal de innecesariad para proceder a su inscripción. Nota calificación: La nota de calificación de la Sra. Registradora, suscita la siguiente cuestión: Si el protocolo 1086 autorizado por mí, plantea o no una auténtica parcelación urbanística que suponga «constituir realmente dos entidades con autonomía tal que les permita ser consideradas como objetos jurídicos nuevos e independientes entre sí ya que la apariencia de dicho régimen puede esconder segregaciones o divisiones de terreno proscritas por ley». (nota de calificación literal). Y a fin de denegar la inscripción de dicho protocolo, cita, hasta en cuatro ocasiones, como única doctrina de este Centro Directivo, la contenida en Resolución de fecha 25 de abril de 2018, que trata un caso muy particular, como veremos a continuación, en nada extrapolable al que es objeto de discusión en el presente, obviando la variada y numerosa doctrina que a este respecto se contiene en un sinfín de Resoluciones de este Órgano directivo, las cuales, sin perjuicio de establecer una serie de principios comunes sobre esta materia jurídica de la división horizontal tumbada, no es menos cierto que la admisibilidad de su acceso a los libros registrales ha sido tamizada y filtrada en función de cada caso particular pues no en todos los supuestos puede formularse el silogismo de que división horizontal tumbada equivale a parcelación y por tanto se requiere autorización municipal en todos y cada uno de los supuestos, lo cual conduciría a una visión simplista del derecho y a imponer un auténtico muro de cierre a toda la casuística derivada de la realidad física y jurídica

con potencial trascendencia registral. Pues bien, el Notario presentante de los documentos relacionados, 1085 y 1086, discrepa totalmente de la nota de calificación emitida para el protocolo 1086, sobre la base que hace la Sra. Registradora de una aplicación analógica de la doctrina contenida en la Resolución de 25 de abril de 2018, que es la que vertebra casi en su totalidad, sus razonamientos conducentes a la denegación de la inscripción, en base a los siguientes, Fundamentos jurídicos Primero. casuística de la hipótesis contenida en Resolución 25-4-18 y sus diferencias con el caso que nos ocupa.—En el supuesto tratado en la resolución de 25-4-2018, nos encontrábamos ante una única vivienda unifamiliar, que, a costa de la unidad parcelaria e instrumentando la figura de la división horizontal, pasaba a convertirse en una vivienda colectiva o plurifamiliar de uso independiente; asimismo, la vivienda estaba situada en el ámbito geográfico de la Comunidad de Madrid y se tenía en cuenta la normativa urbanística de dicha Comunidad, por lo que el Centro Directivo dispuso entonces que «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»; en el mismo caso, además se le asignaba a cada departamento nuevo creado de la única vivienda unifamiliar el uso exclusivo de un patio a cada uno. La realidad fáctica de la que partimos para decidir la posible inscripción del régimen de comunidad creado en el protocolo 1086 es frontalmente distinta: Tenemos tres viviendas unifamiliares, un garaje y una piscina, las cuales han sido declaradas en el protocolo 1085 y cuya inscripción se ha practicado por la Sra. Registradora al amparo de lo dispuesto en el art. 28.4 del RDL 7/2015 y las mismas se ubican sobre una parcela de 1873 metros cuadrados que no ha sufrido fraccionamiento jurídico alguno, ya que la misma se mantiene como unidad jurídica al haber sido considerado todo el terreno como elemento común, lo cual impedirá la consideración en el tráfico jurídico, y por tanto, también en el registral, de cada zona de parcela asignada para el disfrute exclusivo de cada departamento creado, como un ente independiente sobre el que quepan actos dispositivos de cualquier tipo que puedan desvirtuar la normativa urbanística que impide la parcelación de terrenos sin la preceptiva autorización municipal, ya que la hipotética disposición sobre cualquiera de los departamentos creados, no conllevará, de forma inexcusable, la vinculación de una porción de terreno anejo, ya que el mismo es un elemento común y sometido al régimen de propiedad horizontal, lo cual requería, en su caso su desvinculación como elemento común y subsiguiente vinculación al departamento en cuestión, como anejo en propiedad, en cuyo caso, sí sería preceptiva la licencia municipal de división de terreno. Cabe añadir asimismo que el caso concreto objeto de análisis, se ha creado un departamento uno integrado por dos viviendas unifamiliares que se mantienen como tales sin alteración alguna de uso o subdivisión para crear viviendas colectivas o más de las ya permitidas, y un departamento dos integrado por otra vivienda unifamiliar que no se ha alterado, así como la piscina y el garaje declarado. Y el hecho de que en la escritura se cite el muro de cierre como medianero, que no necesariamente tiene que ser un muro de hormigón o esa barrera física en la que parece pensar la Registradora cuando lo cita en su nota como «esa barrera física entre dos edificaciones o predios contiguos que se encuentran separados por dicha división», lo cual pudiera hacernos pensar en un auténtico fraccionamiento físico-jurídico de la parcela vetado por la ley, ya que los setos o cualquier otro elemento decorativo tales como tuyas de cierre, pueden ser considerados como elemento medianero y la servidumbre de medianería regulada por el Código civil es perfectamente compatible con el régimen de propiedad horizontal y no conlleva necesariamente la parcelación jurídica de la finca registral ni obsta a que el terreno en su conjunto pueda ser considerado como una única unidad jurídica, lo cual tiene lugar en el supuesto que nos ocupa. Segundo. La división horizontal tumbada, su viabilidad jurídica, exégesis doctrinal y jurisprudencial y su anclaje concreto en la hipótesis recurrida. La figura de la propiedad horizontal «tumbada» ha sido objeto de análisis en numerosas ocasiones por

el Centro Directivo, no solo en la única Resolución citada de 25-4-18, en unos casos denegando el acceso al Registro como en esta última que encubría un cambio de uso ilegal convirtiendo una vivienda unifamiliar en otra plurifamiliar sin licencia preceptiva, y en otros permitiendo su acceso si en el supuesto de referencia se constataba de modo fehaciente la existencia de unos elementos comunes, al margen del terreno sobre el que se asientan las distintas construcciones, como ocurre en nuestro caso, donde además del terreno se configuran como elementos comunes «todos los cierres del terreno, las canalizaciones de agua y demás para saneamiento de las tres viviendas declaradas», amén de lo ya comentado sobre los elementos medianeros que delimitan los espacios de terreno para uso y disfrute exclusiva de cada departamento, lo cual evidencia un régimen de comunidad del art. 396 del código civil, en el que conviven elementos comunes y privativos en régimen de copropiedad, como lo son los elementos decorativos medianeros de nuestro caso (art. 572. 3 CC), que conforman ese «muro de cierre» medianero a que alude la escritura, sin que deba interpretarse en sentido literal como muro de separación física propiamente dicho. En la propiedad horizontal tumbada contenida en el protocolo 1086/18, desde el momento en que se mantiene la unidad jurídica de la finca, y por el principio de accesión, su 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 total integridad, sin que, ni de la escritura ni del certificado de antigüedad y descriptivo aportado, pueda deducirse lo contrario. Como señala la doctrina sentada por esta Dirección General en Resolución 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 nuestro caso, la división horizontal tumbada no se ha configurado de tal modo que pueda suponer un acto equiparado a parcelación o a «cualesquiera otros actos de división» de parcelas o terrenos, y ello es así puesto que en el protocolo 1085, presentado conjuntamente con el 1086, cuya calificación negativa se discute, se han declarado 3 viviendas unifamiliares, amén de un garaje y una piscina, pero no se han delimitado tres zonas de uso exclusivo de terreno para cada una de las viviendas, sino tan solo dos, lo que evidencia la falta de intencionalidad de fraude de los otorgantes de la normativa urbanística sobre parcelación, que podría entenderse de haberse configurado tres zonas distintas para su introducción en el mercado inmobiliario y lucrarse con el supuesto fraccionamiento pernicioso y tendencioso, sino que aquí estamos ante un grupo familiar en el que los cabezas de familia han creado un régimen de comunidad con el único objetivo de que el hijo común pueda disfrutar de una de las viviendas existentes, la parcela y mantener

cierta privacidad en su entorno de terreno asignado a efectos de su disfrute exclusivo, sin que por ello se rompa la armonía familiar ni mucho menos la armonía de la indivisibilidad jurídica de las parcelas sin autorización administrativa, pues lo único que se pretende es establecer un régimen que regule las relaciones de los comuneros y su contribución al mantenimiento de gastos de los elementos comunes, tanto los del suelo en su totalidad (tanto el ocupado como el no ocupado por las construcciones), así como los muros de cierre y todo tipo de canalizaciones de servicios a todas las construcciones, amén de la medianería indicada para las «tuyas de cierre». El régimen de propiedad horizontal que se configura en el art. 396 del código civil presupone la existencia de una 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, lo que sí ocurría por ejemplo en la Resolución citada como «ratio decidendi» en la nota de calificación de la Registradora, en la que se transmutó la configuración de vivienda unifamiliar a colectiva con el añadido de una ampliación de obra y fraude de la licencia primitiva de obra concedida para una única vivienda; asimismo, así resulta también del artículo 26.4 del RDL 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». En el caso particular de este expediente cabe afirmar que la configuración jurídica adoptada no supone constituir realmente dos entidades con autonomía tal que les permite ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, como lo demuestra la existencia de más elementos comunes, aparte del terreno edificado y el sobrante por lo que no queda desvirtuando el concepto de elemento común esencial, indivisible e inseparable al que se refiere el art. 396 del código civil. En conclusión, en este caso, cabría perfectamente 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. Conforme a la doctrina de esta Dirección General, la constitución de un régimen de propiedad horizontal no encaja, en vía de principio, en el concepto de parcelación urbanística, a falta de una norma que establezca lo contrario; En efecto, 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. La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, en este caso, las zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad orgánica y funcional de la parcela inscrita de 1873 m² bajo el número 30.927 del municipio de Salvaterra de Miño, las cuales en ningún caso, aun teniendo acceso registral, podrán gravarse o transmitirse de forma que pueda desnaturalizarse la configuración del terreno como elemento común; sería lo mismo que exigir licencia para la división horizontal en los frecuentes supuestos de edificaciones integradas por varias viviendas adosadas, construidas con una licencia que así lo autoriza sobre un solar indivisible según la misma ordenación. En el presente supuesto, y habida cuenta de los términos de la escritura calificada, y del supuesto de grupo familiar del que partimos integrado por un cabeza de familia y su hijo resulta fácil dilucidar que lo configurado es un auténtico régimen de propiedad horizontal «tumbada» y no un complejo inmobiliario con parcelas o edificación

s jurídica y físicamente independientes, que pretenden introducirse como tales en el negocio inmobiliario para su especulación y explotación económica, ya que el destino de todas las construcciones es el de uso propio, como resulta del protocolo 1085 de obra nueva inscrito en su totalidad. Resulta también llamativo que se proceda a inscribir un total de 954 metros cuadrados de superficie construida distribuidos en diferentes y variadas construcciones –hasta 3 viviendas– sobre una parcela de 1873 m2 con el mero certificado catastral de antigüedad de las construcciones, y no pueda tener acceso la configuración de un régimen jurídico de propiedad horizontal que solo pretende regular las relaciones de gastos y uso de los distintos copartícipes en el mismo, integrantes del grupo familiar, que está debidamente amparado por el art. 396 del código civil, la normativa urbanística al respecto, la doctrina de la DGRN para casos idénticos al presente (no el de la de 25-4-2018), jurisprudencia del TS y TC, y que en ningún modo ha perturbado en su plasmación documental definitiva, la normativa sobre fraccionamiento de terrenos sin licencia municipal, ya que existen numerosos elementos comunes, aparte del terreno asignado en uso y disfrute, como son el vuelo, el subsuelo con todas sus canalizaciones y demás instalaciones de suministro general a las construcciones, amén de los muros de cierre de todo el perímetro de la parcela global, no existiendo ese muro de cierre atravesando la parcela y sí únicamente un elemento de medianería decorativo de tipo ornamental para respetar la privacidad de ambas zonas de disfrute. En ningún momento se dice en la escritura que el terreno se configure como elemento privativo vinculado a los distintos departamentos sino más bien todo lo contrario, se reafirma su carácter de elemento común junto con otros, por lo que no hay motivos para dudar, como hace la Sra. Registradora en su nota de calificación «in fine» si nos encontramos o no ante una parcelación de terreno. Lo importante en nuestro caso es que el terreno en su globalidad permanece como «elemento común» lo cual resulta ineluctable al régimen de propiedad horizontal tumbada. También es relevante traer a colación del principio de autonomía de la voluntad; como ya dictaminó este Centro Directivo (26 julio 1987 y 23 octubre 1998) la multiplicidad de situaciones fácticas posible en esta materia de división horizontal tumbada determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino, al contrario, de reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico, que, entre los varios que proporciona el ordenamiento, resulte más adecuado al caso concreto en función de sus características peculiares y de los fines o intereses (art. 149 CE); y en este supuesto de autorregulación de relaciones de comunidad familiares, la división tumbada se presenta como el cauce adecuado pues carece de fines especulativos e intención fraudulenta que pretenda el fraccionamiento de parcelas para su tratamiento independiente y posterior enajenación, en cuyo caso sí resultaría más adecuado la división del terreno propiamente dicha con el visto bueno municipal. Como dice la Resolución de 27 de julio de 2017, «si se pretende el acceso registral por la vía de la prescripción de las facultades de restablecimiento de la legalidad urbanística, es preciso igualmente un acto administrativo que así lo declare expresamente, o una prueba documental fehaciente al respecto, y en todo caso, identificando claramente la ubicación y delimitación de cada una de las parcelas, ya sean privativas o comunes, resultantes de tal acto de parcelación supuestamente prescrito»; se colige que aún en el hipotético supuesto de verdadera parcelación, que no es el caso, bastaría con un «documento fehaciente al respecto» que acreditase la prescripción de las facultades de restablecimiento de legalidad urbanística, del tipo del certificado de antigüedad obrante en este expediente en el que el técnico asevera que las distintas zonas llevan separadas físicamente desde hace más de seis años; pero lo cierto, y como he repetido en este recurso, no estamos ni siquiera en ese supuesto, en el que se plantee un auténtico fraccionamiento jurídico de la unidad del terreno alegando la prescripción de la posible infracción urbanística, donde da a entender el Centro Directivo que cabría la posibilidad asimismo de acceso registral por prescripción. A modo de conclusión, solo me resta por solicitar a la Registradora de la Propiedad que vuelva a considerar el planteamiento contenido en su nota de calificación tras proceder a una nueva lectura sosegada de la Resolución de 25 de abril de 2018,

para verificar que el caso que se resolvía en aquélla es diametralmente opuesto al que le fue presentado en el protocolo 1086 y si tiene a bien, proceder a la inscripción del mismo, o en caso de insistir en su calificación, elevar el presente recurso ante el órgano competente para su resolución, a fin de que se proceda a revocar la calificación impugnada estimando el presente recurso a fin de practicar la inscripción pretendida. En Pontearreas, a veintinueve de mayo de 2020».

IV

La registradora de la Propiedad de Pontearreas emitió informe ratificando la calificación en todos sus extremos y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 26 y 28 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre; 78 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; 142, 148 y 150 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia; la Sentencia del Tribunal Constitucional número 61/1997, de 20 de marzo; y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 de octubre de 2014, 2 de agosto de 2017, 19 de febrero, 25 de abril y 1 de junio de 2018.

1. Se plantea en este expediente si para inscribir una escritura de constitución de propiedad horizontal «tumbada» con asignación de uso exclusivo y excluyente de una determinada porción de terreno a cada uno de los dos elementos privativos que la componen, de modo que el terreno cuyo uso se asigna a dichos elementos agota la totalidad de la superficie no ocupada por las edificaciones declaradas sobre las fincas, es necesario o no acreditar la obtención de licencia administrativa de parcelación o división de terrenos o la declaración municipal de que no es necesaria.

Entiende la registradora que ello es necesario, por configurarse en este caso la división horizontal de manera que los dos elementos privativos que la integran constituyen realmente dos entidades con autonomía tal que les permite ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí.

Para el notario recurrente no es necesaria licencia administrativa de parcelación o división o la declaración de que no es necesaria, por considerar que la doctrina de este Centro Directivo contenida en Resolución de fecha 25 de abril de 2018, que cita hasta en cuatro ocasiones la registradora en su nota, trata un caso no extrapolable al ahora planteado, por no existir fraccionamiento jurídico de la finca, ya que la misma se mantiene como unidad jurídica al haber sido considerado todo el terreno como elemento común, porque el hecho de que exista un cierre entre los elementos, que tiene carácter medianero y que el notario en su recurso llama muro, no tiene que suponer necesariamente un auténtico fraccionamiento físico-jurídico de la parcela vetado por la ley, porque además del suelo existen más elementos comunes en la división horizontal, entre ellos el citado cierre entre los elementos, porque sobre la finca existen tres viviendas unifamiliares, además de un garaje y una piscina, pero en cambio no se han delimitado tres zonas de uso exclusivo de terreno para cada una de las viviendas, sino tan solo dos, lo que a su juicio evidencia la falta de intencionalidad de fraude de los otorgantes a la normativa urbanística sobre parcelación, a lo cual se añade que se trata de distintos miembros de una misma unidad familiar, lo cual también evidenciaría para el recurrente la ausencia de intención fraudulenta, y porque aun en el caso de que se considerase que se trata de una parcelación o división, que insiste en que no lo es, habría prescrito la eventual infracción urbanística, al aseverar un técnico en certificado que se ha aportado que las distintas zonas llevan separadas físicamente desde hace más de seis años.

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 Autónoma de Galicia se plasma en el ejercicio de su potestad legislativa mediante la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia.

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. art. 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 Galicia) 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 (art. 149.1.8 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.

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.

Es la propia legislación sustantiva urbanística que resulte aplicable la que ha de 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 142.2 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, dispone que están sujetos a licencia municipal los siguientes actos: (...) f) Las parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de terrenos en cualquier clase de suelo, cuando no formasen parte de un proyecto de reparcelación. El artículo 150.6 de la misma Ley añade que toda parcelación urbanística, segregación o división de terrenos quedará sujeta a licencia municipal, salvo que el ayuntamiento declarase su innecesariedad y según el apartado séptimo del mismo artículo 150 los notarios y registradores de la propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos resolución administrativa en que se acredite el otorgamiento de la licencia municipal o declaración de su innecesariedad.

De los preceptos citados puede deducirse sin dificultad que, en general, la preceptiva licencia urbanística será exigible, en su caso, a efectos de inscripción, para los actos de parcelación, división o segregación que pretendan acceder al Registro de la Propiedad.

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

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Novena), número 166/2016, de 18 marzo, 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 en la sentencia número 431/2008, de 3 octubre (Sección Novena), que revoca la Resolución de esta Dirección General de 14 de junio de 2004 (en igual sentido que en sentencia de la Sección Vigésimoquinta, número 107/2007, de 26 de febrero, que revocó la Resolución de 10 de diciembre de 2003), en un 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, 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, no incluidos en proyectos de reparcelación» y que por tanto es trasladable a este caso planteado en la Comunidad Autónoma de Galicia, ya que el apartado f) «in fine» del artículo 142.2 de la Ley contiene la misma previsión genérica, al hablar de «otros actos de división de terrenos en cualquier clase de suelo, cuando no formasen parte de un proyecto de reparcelación». 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».

5. De acuerdo con los fundamentos anteriormente expuestos, en el ámbito de la legislación sustantiva gallega resulta exigible licencia a efectos de inscripción cuando la división horizontal de las edificaciones se configure de tal modo que puede suponer un acto equiparado a parcelación o a «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 división de terrenos en dos o más lotes a fin de su edificación (cfr. artículo 148 de la Ley del suelo de Galicia), ni tampoco de segregación u otros actos de división de terrenos a que se refiere el artículo 142.2.f) 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 142.2.f) de la Ley del suelo de Galicia, que se refiere a «otros actos de división de terrenos 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 porciones de terreno de uso exclusivo de cada elemento privativo respectivo con salida propia e independiente a la vía pública y separados por un elemento de cierre –que pese a que el notario recurrente argumente que los setos o cualquier otro elemento decorativo tales como tuyas de cierre pueden ser considerados como elemento medianero, él mismo señala en el recurso que se trata de un muro de cierre, lo cual evidencia una separación física–, desvirtuando el concepto de elemento común esencial, indivisible e inseparable al que se refiere el artículo 396 del Código Civil.

La atribución a cada uno de los elementos privativos del uso exclusivo de una determinada parcela de terreno, de manera que se agota la superficie de la finca no ocupada por las edificaciones, pugna 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 tal atribución implica una efectiva división del suelo.

Se trata de una configuración que perfectamente puede equipararse a «otros actos de división de terrenos» contemplados en la repetida previsión «in fine» del apartado f) del artículo 142.2 de la Ley del suelo de Galicia 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.

Es más, el hecho de que un arquitecto técnico certifique que «las dos parcelas [entendiendo por tales los dos elementos privativos tal como se describen en la escritura y resultan del plano aportado] llevan divididas más de seis años» no es sino la constatación de que se trata, o al menos puede tratarse, de una parcelación o división de terrenos.

El notario recurrente señala en su escrito que existen más elementos comunes además del suelo, lo cual evidencia una situación de comunidad de las contempladas en el artículo 396 del Código civil. Pero ello es irrelevante a efectos del defecto señalado, pues lo que se discute no es que no se pueda constituir un régimen de división horizontal, sino que a través del mismo se pueda evitar la necesidad de obtener licencia para la parcelación de una finca. Señala también que el hecho de que existan tres

viviendas, pero solo se creen dos elementos privativos y que se trate de la regulación de una situación de comunidad familiar, donde los distintos titulares forman parte de una misma unidad familiar, evidencia que no existe intención fraudulenta por parte de los otorgantes. Sin embargo, estos hechos no excluyen la necesidad de obtener licencia de parcelación o la declaración de que no es necesaria y en cualquier caso los registradores no pueden calificar si existe o no un fraude. Se limitan, como en este caso, a comprobar el cumplimiento de la legalidad urbanística y en caso de existir indicios de parcelación, como ocurre en este supuesto, a exigir en consecuencia la correspondiente licencia o una declaración municipal de que ésta no es necesaria, al margen de que concurra o no una intención fraudulenta.

6. Finalmente, en cuanto a la alegación de las recurrentes sobre la procedencia del acceso registral de la escritura calificada sobre la base de la antigüedad acreditada, cabe citar aquí la 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 de los actos de división afectantes al suelo. A los primeros les 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 Ley del suelo de Galicia exige, como hemos visto, para poder inscribir toda división de terrenos, resolución administrativa en que se acredite el otorgamiento de la licencia municipal o declaración de su innecesariedad, por lo que en caso de que hubiese transcurrido el plazo de prescripción de una eventual infracción administrativa y ya no procediese la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, deberá ser en el caso de Galicia el Ayuntamiento quien aprecie si es o no así y emita la correspondiente declaración de que no es necesaria licencia en caso de que efectivamente haya transcurrido dicho plazo y no proceda la adopción de tales medidas.

En conclusión, no cabe admitir el acceso al Registro bajo el régimen del artículo 28.4 de la Ley de Suelo estatal de la división horizontal tumbada que se formaliza en la escritura calificada, pues no se puede admitir en este caso la configuración registral independiente de los elementos privativos de la división horizontal 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 gallega, donde se requiere que se aporte dicha licencia o en todo caso la declaración municipal de su innecesariedad.

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 dicha declaración de innecesariedad de licencia que a efectos registrales cabría admitir.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, 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, 20 de julio de 2020.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.