

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12742 *Resolución de 15 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de La Zubia, por la que suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra por antigüedad y rectificación de división horizontal.*

En el recurso interpuesto por don José Ignacio Suárez Pinilla, notario de Armilla, contra la calificación del registrador de la propiedad de La Zubia, don Javier Alberto García Hernández, por la que suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra por antigüedad y rectificación de división horizontal.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 11 de febrero de 2021 por el notario de Armilla, don José Ignacio Suárez Pinilla, los titulares de una finca procedieron a declarar la ampliación de obra por antigüedad de una de las viviendas que se encontraba integrada dentro de un conjunto de edificación en suelo urbano –finca registral número 2.715 de Huétor Vega– compuesto de tres viviendas, y que, en su día, fue dividido horizontalmente dando lugar a tres elementos independientes, fincas registrales número 13139, 13.140 y 13.141 del citado término municipal, incorporándose a dicha escritura una serie de documentos.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de La Zubia, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Datos del documento calificado:

Presentante: M. M., R.

Interesados: doña M. S. B. G.

Naturaleza: Escritura pública.

Objeto: ampliación de obra por antigüedad y rectificación de división horizontal.

Protocolo N.º: 239/2021 de 11/02/2021.

Notario: José Ignacio Suarez Pinilla, Armilla.

En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad del documento presentado, y en relación con la rectificación de la división horizontal formalizada en la escritura, resultan los siguientes:

Hechos:

El día 9 de marzo de 2021, con el asiento de presentación n.º 1238 del Diario 114, fue presentada escritura la escritura calificada.

En dicha escritura doña M. y doña M. S. B. G. proceden declarar la ampliación de obra por antigüedad de una de las viviendas que se encuentra integrada dentro de un conjunto de edificación en suelo urbano –finca 2715 de Huétor Vega– compuesto de tres viviendas, y que, en su día, fue dividido horizontalmente dando lugar a tres elementos independientes, fincas registrales 13139, 13140 y 13141 del citado término

municipal. Con carácter previo se solicita expresamente la inscripción de la base gráfica de la parcela sobre la que se ubica el referido conjunto, ello al amparo del artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

En la parte dispositiva de la escritura se establece expresamente lo siguiente: "Rectificación de la división horizontal.–Como consecuencia de la ampliación de obra realizada, se rectifica la descripción de la vivienda número uno de la división horizontal, en lo relativo a su distribución, superficie construida y linderos, y en cuanto a las viviendas números dos y tres, sólo se rectifican sus linderos, dejando inalterada su distribución y superficie construida, quedando en consecuencia los tres elementos de la división con la siguiente descripción, y de común acuerdo reseñan además la superficie de la parcela sobre la que cada una está ubicada, cuyo uso exclusivo corresponde al propietario de la respectiva vivienda ... Número uno... la parcela sobre la que se enclava tiene una superficie de novecientos noventa y nueve metros cuadrados (999 m2) y linda ... Número dos... la parcela sobre la que se enclava tiene una superficie de doscientos ochenta y tres metros cuadrados (283 m2) y linda... Número tres... la parcela sobre la que se enclava tiene una superficie de doscientos sesenta y ocho metros cuadrados (268 m2) y linda..."

Se expresa ahora que el elemento n.º uno, tiene su entrada por calle (...); el elemento n.º dos tiene su entrada por calle (...) y el elemento n.º tres tiene su entrada por calle (...)

Se incorporan a la escritura, entre otros, los siguientes documentos:

1. Informe de validación gráfica frente a parcelario catastral con resultado positivo de donde resultan las coordenadas georreferenciadas tanto de la parcela donde se ubica el conjunto de edificación, como de cada una de las parcelas cuyo uso exclusivo se atribuye al propietario de la respectiva vivienda.

2. Certificado de superficies y antigüedad elaborado por el arquitecto técnico don D. P. L., al objeto de acreditar la antigüedad de la ampliación de obra realizada, y en el que se relacionan las coordenadas georreferenciadas de cada una de las parcelas cuyo uso exclusivo se atribuye a los propietarios de las correspondientes viviendas, así como las coordenadas georreferenciadas de cada una de las construcciones existentes sobre las mismas.

3. Certificaciones catastrales descriptivas y gráficas diferentes para cada una de las parcelas descritas en la escritura, constanding que las mismas tienen el carácter de "parcelas construidas sin división horizontal".

Examinado el Registro, se observa:

Que la finca registral 2715 de Huétor Vega fue formada por segregación en virtud de escritura autorizada en Granada el día 6 de septiembre de 1974 ante el notario don José Guglieri Sierra.

Que según la inscripción 4.ª de la referida finca registral, practicada con fecha 30 de julio de 2005 en virtud de escritura otorgada en Granada el día 23 de septiembre de 1996 ante el notario don Santiago Marín López, fue declarada una obra nueva consistente en un conjunto de tres viviendas, una aislada y dos adosadas, situado en calle (...) y calle (...). Todo ello sobre solar de 1550 m2, de los que están construidos 540 m2, encontrándose el resto destinado a ensanches y jardín.

Que, según la referida inscripción, el citado conjunto cuenta con licencia de obras para acondicionamiento de vivienda, concedida en enero de 1995, constanding que la fecha de construcción de la vivienda aislada data del año 1984 sin que existiera abierto expediente disciplinario de restablecimiento de la legalidad urbanística. En cuanto a las viviendas adosadas, se acompañan cédulas de notificación de licencias de primera ocupación de fechas 22 de junio de 2005.

Que en virtud de la citada escritura de 23 de septiembre de 1996, la expresada finca registral fue dividida horizontalmente en tres elementos independientes (fincas registrales 13139, 13140 y 13141), constanding expresamente en la inscripción del

régimen de propiedad horizontal que son elementos comunes y privativos los que determina el Código Civil y la Ley de Propiedad Horizontal, si bien se señala que son elementos comunes generales del conjunto de edificación el subsuelo, las conducciones generales de agua, electricidad y saneamiento, jardines y, en general, cuantos elementos sean de disfrute común de los inmuebles que se han construido dentro de conjunto de edificación, teniendo igualmente el suelo y vuelo ocupado por cada vivienda el carácter de elemento común. Y son elementos privativos de cada uno de los inmuebles todas cuantas instalaciones se encuentren dentro de los mismos.

Fundamentos de Derecho:

Esta nota se extiende por el Registrador titular de esta oficina competente por razón del territorio donde radica la finca en el ámbito de sus facultades de calificación previstas por el artículo 18 de Ley Hipotecaria y 99 y siguientes de su Reglamento y dentro del plazo legal a que se refiere el precepto legal citado.

En base a lo antes expuesto, se observa el siguiente defecto que impide la inscripción de la escritura calificada en relación con la rectificación de la división horizontal formalizada en la escritura:

Falta acompañar la pertinente licencia municipal de parcelación.

Dada la asignación de uso exclusivo que se atribuye a los propietarios de las respectivas viviendas que integran la división horizontal, en relación con las respectivas parcelas que ahora se describen en la escritura con expresión de superficie y linderos, – y aportándose incluso sus coordenadas georreferenciadas, que resultan tanto del certificado técnico de superficies como del informe de validación gráfica frente a parcelario catastral incorporados a la escritura–, entra en juego la presunción de parcelación a que se refiere el artículo 66.2 de Ley 7/2002 de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía, y el artículo 8 letra a) del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía (Decreto 60/2010 de 16 de marzo), que obliga a obtener la pertinente autorización administrativa.

El citado apartado establece que: “Se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. En tales casos será también de aplicación lo dispuesto en esta Ley para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de la que se trate.”

Y según el apartado 4 del citado artículo: “Cualquier acto de parcelación urbanística precisará de licencia urbanística salvo que esté contenido en un proyecto de reparcelación aprobado. No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, que los notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente”.

Como señaló la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en Resolución de 25 de mayo de 2005 para un supuesto en que se pretendía la inscripción de una división horizontal sobre una finca situada en suelo no urbanizable –en la que previamente se había declarado la obra nueva de sendas viviendas, y se configuraba el suelo como elemento común de conformidad con el artículo 396 del Código Civil–, la exigencia de licencia para inscribir divisiones contenida en el artículo 53 del Real decreto 1093/1997 de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario relativas a la inscripción de actos de naturaleza urbanística no puede entenderse de manera absoluta, sino que dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto el acto de división.

Y esa normativa sustantiva aplicable es la contenida en el artículo 66 de Ley 7/2002 de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía, en el cual se establece,

como ha quedado expresado, una presunción legal de parcelación urbanística que únicamente podrá ser desvirtuada en el correspondiente procedimiento administrativo o jurisdiccional.

Por su parte, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de julio de 2020, dictada en el ámbito de otra legislación autonómica para un supuesto de obra nueva que se divide horizontalmente en dos viviendas, con asignación del uso del terreno circundante a cada una y agotando la totalidad de la parcela –supuesto también similar al caso de la escritura calificada– establece que 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. Así, si la configuración jurídica adoptada supone –como ocurre en el caso de la escritura calificada– constituir 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, queda desvirtuado el concepto de elemento común esencial, indivisible e inseparable al que se refiere el artículo 396 del Código Civil. En efecto, 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.

Acuerdo:

Suspender, en relación con la rectificación de la división horizontal formalizada en la escritura, la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en los Hechos de la presente nota de calificación, por la concurrencia de los defectos que igualmente se indican en los Fundamentos de Derecho de la misma nota. Quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que tenga lugar la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Pudiendo no obstante el interesado o el funcionario autorizante del título, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de sesenta días anteriormente referido, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria.

Contra la anterior calificación (...)

La Zubia, a treinta de marzo de dos mil veintiuno. El registrador (firma ilegible)
Firmado: Javier Alberto García Hernández.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don José Ignacio Suárez Pinilla, notario de Armilla, interpuso recurso el día 24 de abril de 2021 alegando lo siguiente:

«Hechos

I. La escritura citada, de declaración de obra antigua y rectificación de división horizontal, fue presentada en el Registro de la Propiedad citado con fecha 09-03-2021, asiento de presentación 1238 del Diario 114, y fue calificada negativamente en los términos que se reflejan en la copia de la calificación (...)

II. Dicha calificación me fue notificada, vía fax, el día 07-04-2021, por lo que, dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 326.2 de la Ley Hipotecaria, recurro la nota denegatoria, con base en los siguientes,

Fundamentos de Derecho

Califica el Sr. Registrador, como necesario, aportar “Licencia de parcelación” pues hay en la escritura calificada un pacto de asignación de uso exclusivo de terreno entre los diferentes elementos de una división horizontal “tumbada”, que ya figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad.

Nada dice el Sr. Registrador sobre si ha quedado acreditada la prescripción de la acción administrativa de la presunta “parcelación” sin licencia.

No compartimos el criterio de la calificación, por lo siguiente:

Primero. La escritura se limita a recoger un “acuerdo”, por unanimidad de todos los miembros de la comunidad, de distribuir el uso de un elemento común (el terreno no ocupado por las edificaciones) entre los respectivos propietarios, cuestión, entendemos, que hay que diferenciarla de la atribución de un trozo de terreno como “anejo inseparable” de un elemento independiente.

En este último caso, de “anejo inseparable” del terreno, este se convierte en un elemento privativo junto a la edificación, formando el todo una finca independiente objeto de propiedad separada de los demás elementos independientes que conforman la división horizontal y, en el que priman las decisiones individuales de su propietario, todo lo cual sí “podría” suponer un acto revelador de parcelación urbanística, que necesitaría la correspondiente licencia conforme al art. 66 de la Ley del Suelo de Andalucía, pues al crearse esas propiedades, física y jurídicamente separadas, si podríamos entender un supuesto “equivalente o asimilable a la división en fincas independientes” que prevé la normativa andaluza.

Precisamente por ello, en el supuesto de la escritura calificada no se acuerda atribuir el terreno como “anejo inseparable” de la vivienda; simplemente se trata recoger un “pacto” sobre el uso de un elemento común, que continúa siéndolo y, que no se convierte por tal pacto, ni física ni jurídicamente en finca independiente. Sólo se trata de reflejar la realidad de este tipo de construcciones dispuestas en división horizontal, que es la de distribuir el uso de las zonas de acceso y de patio/jardín que están al servicio de cada vivienda, sin que ello suponga ningún fraccionamiento de terreno ni conlleve un perjuicio o menoscabo de los restantes elementos independientes, todos los cuales siguen participando con su cuota, en la copropiedad de los elementos comunes (suelo, vuelo y subsuelo) de la totalidad de la finca registral. Si se omitiera toda referencia al uso del terreno no ocupado por las edificaciones, a cada propietario le correspondería disfrutar de su patio y también del patio del vecino, lo que no parece tener mucho sentido.

Esta diferenciación, entre la simple atribución de uso de un elemento común por acuerdo de la comunidad, de la atribución de uso como “anejo inseparable” a cada elemento independiente, da sentido a las [sic] sanción establecida en las legislaciones contra las parcelaciones ilegales, esto es la reagrupación de los terrenos fraccionados, lo que no es posible cuando se trata de un elemento común y, si es posible cuando es anejo inseparable, pues se puede provocar la separación del anejo.

El terreno, cuyo uso se atribuye en exclusiva, sigue siendo elemento común, que requiere del consentimiento de todos para cualquier acto que no sea su uso conforme a su destino.

La DGRN, en resoluciones de 10-12-2003 y 14-06-2004, entendía que la división horizontal con asignación de uso privativo de zonas diferenciadas del terreno destinado a jardín, no suponía ninguna parcelación. Así, nos decía:

“...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 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. 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...”

Es cierto, que en la resolución que cita el Sr. Registrador de 20 de Julio del 2020, la DG exige la licencia urbanística en un caso de división horizontal tumbada con asignación de terreno de uso privativo; pero aclara la DG que eso se debe al ámbito de la Ley del Suelo de Galicia aplicable al caso, que exige licencia a “otros actos de división de terrenos en cualquier clase de suelo” y, que su doctrina contenida en las resoluciones citadas de 10-12-2003 y 14-06-2004 fueron revocadas por sendas resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid (sentencia número 431/2008, de 3 octubre, sección 9.^a, que revoca la Resolución de esta Dirección General de 14 de junio de 2004 y, la sentencia de la Sección Vigésimoquinta, número 107/2007, de 26 de febrero, que revocó la Resolución de 10 de diciembre de 2003).

Sin embargo, habría que aclarar, que en los dos casos de las resoluciones de la DG revocadas por la Audiencia de Madrid, se referían a supuestos de división horizontal tumbada con atribución de terreno a la vivienda como “anejo inseparable”. Esa adjudicación como anejo inseparable es lo que motiva la decisión de la Audiencia para considerar que estamos ante una parcelación:

“...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’...”

Insistimos, en el caso de este expediente, no se formaliza ninguna división horizontal tumbada, pues ésta ya estaba formalizada e inscrita en el Registro de la Propiedad desde año 1998; se trata como reseñamos al principio de un “acuerdo de la comunidad de propietarios” sobre el uso de un elemento común.

Dichos acuerdos están reiteradamente reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, n.º de Recurso: 1354/2008 de 28 de Mayo del 2012, nos dice que la reserva concerniente al uso privativo de elementos comunes es válida y no atenta contra precepto alguno de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que “las normas de la repetida Ley, aunque imperativas, han de respetar el contenido del artículo 1255 del Código Civil”; concluye la sentencia ratificando la doctrina jurisprudencial que admite la posibilidad dar un uso privativo a un elemento común, “pues si bien las normas reguladoras de la Propiedad Horizontal tienen un carácter general de ‘ius cogens’, no obstante la libertad de contratación y la obligatoriedad de los pactos, con todas las consecuencias que de ellos se deriven según su naturaleza y sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, tienen plena aplicación en esta esfera jurídica”.

Segundo. De no considerarse acertada la anterior argumentación y, entenderse que fuese preciso también en estos casos, acreditar la licencia administrativa de parcelación –o su prescripción–, entendemos, al menos en el ámbito de la CCAA de Andalucía, que en la escritura ha quedado acreditada la prescripción de la acción administrativa no solo respecto de la edificación, sino también de la presunta “parcelación”.

Así resulta del artículo 183.3 de Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, tras la novedad introducida por la disposición final 1.8 del Decreto-Ley 3/2019 de 24 de septiembre:

acreditada la prescripción sobre la edificación, esta comprende la parcela “sobre la que se ubica, cuya superficie, en el supuesto de dos o más edificaciones en una misma parcela registral coincidirá con las lindes existentes”, y ello, aunque se trate de suelo no urbanizable.

En la escritura se incorpora el certificado técnico mediante el cual se acredita la antigüedad (1998) de las edificaciones con las coordenadas de las respectivas parcelas sobre la que se ubican y sus linderos.

Recordar por último, que en estos casos de prescripción, la Administración siempre queda protegida con la inscripción, aunque no se aporte la licencia, pues el Registrador le comunica la inscripción realizada a fin que pueda dictar la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario (Artículo 28.4 de la Ley 7/2015 de Suelo Estatal)

Por lo expuesto, entendemos que el defecto debe ser revocado. Y por cuanto antecede,

Solicito se tenga por recurrida la nota a la que el presente recurso se contrae y, con revocación de la misma, se mande la inscripción de la escritura por mí autorizada y reseñada en el encabezamiento de este escrito.»

IV

El registrador de la Propiedad emitió informe y formó expediente que elevó a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 26 y 28 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; 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; 66 y 169.1 a) y b) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; 8.a) del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Sentencia del Tribunal Constitucional número 61/1997, de 20 de marzo; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de octubre de 2014, 2 de agosto de 2017, 19 de febrero, 25 de abril y 1 de junio de 2018 y 21 de noviembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 20 de julio de 2020 y 29 de enero de 2021.

1. En el presente expediente se plantea la inscripción de una escritura pública por la que los titulares de una finca proceden a declarar la ampliación de obra por antigüedad de una de las viviendas, que se encuentra integrada dentro de un conjunto de edificación en suelo urbano, compuesto de tres viviendas, y que, en su día, fue dividido horizontalmente dando lugar a tres elementos independientes.

Como consecuencia de la ampliación de la obra realizada, se rectifica la descripción de la vivienda número uno de la división horizontal, en lo relativo a su distribución, superficie construida y linderos, y en cuanto a las viviendas números dos y tres, sólo se rectifican sus linderos, dejando inalterada su distribución y superficie construida, y de común acuerdo reseñan además la superficie de la parcela sobre la que cada una está ubicada, estipulando que su uso exclusivo corresponderá al propietario de la respectiva

vivienda. Así la parcela sobre la que se enclava el elemento uno tiene una superficie de 999 metros cuadrados, la parcela sobre la que se enclava el elemento dos tiene una superficie de 283 metros cuadrados y la parcela sobre la que se enclava el elemento tres tiene una superficie de 268 metros cuadrados. Se expresa además que cada elemento, tiene su entrada por calle y número diferenciados.

El registrador considera que dada la asignación de uso exclusivo que se atribuye a los propietarios de las respectivas viviendas que integran la división horizontal, en relación con las respectivas parcelas que ahora se describen en la escritura con expresión de superficie y linderos –y aportándose incluso sus coordenadas georreferenciadas, que resultan tanto del certificado técnico de superficies como del informe de validación gráfica frente a parcelario catastral incorporados a la escritura–, entra en juego la presunción de parcelación a que se refiere el artículo 66.2 de Ley 7/2002 de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía, que obliga a obtener la pertinente autorización administrativa.

El notario recurrente, por su parte, alega que en el supuesto de la escritura calificada no se acuerda atribuir el terreno como «anejo inseparable» de la vivienda, simplemente se trata recoger un «pacto» sobre el uso de un elemento común, que continúa siéndolo y, que no se convierte por tal pacto, ni física ni jurídicamente en finca independiente. Sólo se trata de reflejar la realidad de este tipo de construcciones dispuestas en división horizontal, que es la de distribuir el uso de las zonas de acceso y de patio/jardín que están al servicio de cada vivienda, sin que ello suponga ningún fraccionamiento de terreno ni conlleve un perjuicio o menoscabo de los restantes elementos independientes, todos los cuales siguen participando con su cuota, en la copropiedad de los elementos comunes (suelo, vuelo y subsuelo) de la totalidad de la finca registral.

De no considerarse acertada la anterior argumentación y, entenderse que fuese preciso también en estos casos, acreditar la licencia administrativa de parcelación –o su prescripción–, entiende el notario recurrente que en la escritura ha quedado acreditada la prescripción de la acción administrativa no solo respecto de la edificación, sino también de la presunta «parcelación» citando como fundamento el artículo 183.3 de Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, tras la novedad introducida por la disposición final primera, apartado ocho, del Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre.

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 Andalucía se plasma en el ejercicio de su potestad legislativa mediante la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

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 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.

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 169.1a) y b) de la Ley 7/2002 de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía, dispone que están sujetos a licencia municipal los siguientes actos: «a) Las parcelaciones urbanísticas a que se refiere la sección sexta del capítulo II del título II de la presente ley, salvo que estén contenidas en proyectos de reparcelación aprobados. b) Las divisiones y segregaciones en cualquier clase de suelo».

El artículo 66, por su parte, establece que: «1. Se considera parcelación urbanística: a) En terrenos que tengan el régimen propio del suelo urbano y urbanizable, toda división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas, parcelas o solares. b) En terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos. 2. Se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas,

parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. En tales casos será también de aplicación lo dispuesto en esta Ley para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de la que se trate. 3. Toda parcelación urbanística deberá ajustarse a lo dispuesto en esta Ley y a las condiciones que establece la ordenación urbanística de los instrumentos de planeamiento. 4. Cualquier acto de parcelación urbanística precisará de licencia urbanística salvo que esté contenido en un proyecto de reparcelación aprobado. No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, que los notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente».

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 o aquellos que puedan considerarse legalmente equiparados que pretendan acceder al Registro de la Propiedad.

4. 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 ni tampoco de segregación u otros actos de división de terrenos, 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 citadas –cfr. Resolución de 20 de julio de 2020–, 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.

Criterio que se encuentra contemplado expresamente en la propia legislación aplicable en este caso en su artículo 66 cuando señala que «se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante (...) divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble

equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. En tales casos será también de aplicación lo dispuesto en esta Ley para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de la que se trate».

5. En el presente expediente, como señala el registrador, concurren circunstancias que pueden considerarse reveladoras de la existencia de una parcelación.

En primer lugar, la asignación de uso exclusivo que se atribuye a los propietarios de las respectivas viviendas que integran la división horizontal, en relación con las respectivas parcelas que ahora se describen en la escritura con expresión de superficie y linderos, aportándose incluso sus coordenadas georreferenciadas, que resultan tanto del certificado técnico de superficies como del informe de validación gráfica frente a parcelario catastral incorporados a la escritura.

En segundo lugar, se expresa que cada elemento tiene su entrada independiente definida por su calle y número respectivo.

En tercer lugar, la configuración parcelaria independiente de los elementos privativos en la cartografía catastral constando que las mismas tienen el carácter de «parcelas construidas sin división horizontal».

En cuarto lugar, la distribución del uso del suelo común agota la totalidad de la parcela, pues la parcela cuyo uso se asigna al elemento uno tiene una superficie de 999 metros cuadrados, la correspondiente al elemento dos tiene una superficie de 283 metros cuadrados y la asignada al tres tiene una superficie de 268 metros cuadrados, que completan la total superficie de la finca (1.550 metros cuadrados).

En el presente caso puede concluirse que a pesar de que el suelo tiene formalmente la condición de elemento común de la propiedad horizontal según el título constitutivo inscrito y que en principio únicamente se asigna el uso exclusivo de una concreta superficie de parcela en que se ubica cada vivienda, superficie superior a la ocupada por cada edificación, 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 sujeto a licencia urbanística, salvo que el órgano competente estime su innecesariedad lo que deberá acreditarse debidamente.

Es cierto, como señala el recurrente, que la realidad de este tipo de edificaciones en forma de división horizontal puede requerir de la existencia de pactos que permitan diferenciar zonas de uso exclusivo de las respectivas viviendas de modo que permitan una explotación racional del suelo coherente con esa tipología constructiva, sin que por ello se vea afectada la unidad de la finca. Por ejemplo, cuando se configuran zonas comunes destinadas a accesos, jardín e instalaciones comunes y elementos privativos compuestos por edificación que tienen asignado el uso de concretas porciones de suelo adyacentes a los mismos, bien porque se estipule así en los estatutos comunitarios bien porque se configure como anejo del elemento privativo.

No obstante, la variedad de situaciones que pueden plantearse impone su examen específico particularmente cuando no resulta acreditada la autorización administrativa en la que pueda estar amparada dicha configuración jurídica en la medida que pueda suponer un acto de parcelación ilegal siquiera de modo indirecto, en los términos antes expuestos y contemplados expresamente por el legislador –artículo 26 de la Ley de Suelo–.

Es lo que ocurre en el presente caso donde la distribución del uso del suelo común que se estipula agota la totalidad de la parcela sin que quede ningún espacio considerado de utilización comunitaria, lo que sumado a la existencia de puntos de salida a la vía pública de carácter independiente permiten afirmar que de modo indirecto se está dividiendo la finca de forma incompatible con la naturaleza común del suelo y la propiedad horizontal. Lo que queda contrastado además en la propia cartografía catastral, como se ha señalado.

No puede alegarse en contra el hecho de que la división horizontal se encuentre inscrita pues es en la escritura calificada cuando se introduce la estipulación relativa a la distribución del uso exclusivo, no resultando del asiento que la Administración autorizase la configuración independiente, pues únicamente se alude a las licencias de ocupación de las viviendas adosadas y la licencia de acondicionamiento de la vivienda aislada.

Tampoco puede acogerse el argumento del recurrente relativo a la prescripción administrativa pues si bien es cierto que esta Dirección General ha reconocido en diversas Resoluciones (17 de octubre de 2014 y 29 de enero de 2021) la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no sólo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento.

En el caso de parcelaciones de cierta antigüedad presenta 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, mas 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.

Por ello, la aplicación analógica del artículo 28.4 de la Ley de Suelo a los actos de división o segregación debe ser matizada diferenciando entre los actos relativos a edificaciones o elementos integrantes de edificaciones y los actos afectantes al suelo, esto es, la parcelación propiamente dicha.

Respecto de estos últimos, esta Dirección General ha estimado suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción, la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad urbanística, asimilado a fuera de ordenación o similar.

De ningún modo puede entenderse que se defienda la inscripción de divisiones o segregaciones ilegales o sin licencia, pues se exige en todo caso un título administrativo habilitante que permita deducir el reconocimiento expreso por parte de la Administración de la parcelación ya existente, o, en términos del artículo 26 de la Ley de Suelo estatal 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».

Dicho título habilitante, en el caso de la legislación andaluza, podría ser una declaración de asimilación al régimen de fuera de ordenación a que se refiere el artículo 183.3 de Ley 7/2002, de 17 de diciembre, siempre que fuera referida a la parcela y no sólo a la edificación, pero no resulta acreditada en el presente expediente, sin que puedan valorarse documentos aportados con posterioridad y que el registrador no pudo tener en cuenta en su calificación.

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

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, 15 de julio de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.