

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR011308

RESOLUCIÓN de 12 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Paterna n.º 2, por la que suspende la inscripción de una escritura de división horizontal tumbada y extinción de proindiviso.

(BOE de 2 de agosto de 2022)

SUMARIO:**Registro de la Propiedad. Escritura por la que se formaliza una división horizontal tumbada. Licencia de parcelación. Atribución del uso exclusivo.**

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.

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. 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, 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, 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.**

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 su configuración estatutaria 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.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 149.1. 8.ª.

Código Civil, art. 396.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 9 y 18.

Ley 49/1960 (LPH), arts. 1, 2, 5, 10.3 y 24.

RDLeg. 7/2015 (TRLRSU), art. 26.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), arts. 51 y 99.

RD 1093/1997 (Rgto. sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística), arts. 45 y ss.

Decreto Legislativo Valencia 1/2021 (TR de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje), arts. 232.a) y 247 y ss.

En el recurso interpuesto por doña C. R. M., en nombre propio y en el de J. M. H. H., don J. R. P. S. y doña M. J. R. M., contra la calificación del registrador de la Propiedad de Paterna número 2, don Gabriel Gragera Ibáñez, por la que suspende la inscripción de una escritura de división horizontal tumbada y extinción de proindiviso.

Hechos

I

Mediante escritura pública, otorgada el día 10 de diciembre de 2021 ante el notario de Valencia, don Salvador Moratal Margarit, con el número 2.366 de protocolo, se formalizaba una división horizontal tumbada y extinción de proindiviso, acompañando escritura de rectificación autorizada por dicho notario el 2 de marzo de 2022, protocolo 578.

En virtud de dicho título se constituía un régimen de propiedad horizontal sobre la finca registral número 8.144 de Paterna, descrita como casa-chalet de 1.144 metros cuadrados y 1.153,25 metros cuadrados según reciente medición.

Se formaban dos departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente: el departamento número 1 se describía como «vivienda unifamiliar adosada identificada con el número (...) de policía de la calle (...), sobre una parcela de 576,625 metros cuadrados» y 78,75 metros cuadrados construidos. Por su parte, el número 2 se describía como «vivienda unifamiliar adosada identificada con el número (...) de policía de la calle (...), sobre una parcela de 576,625 metros cuadrados» y 78,75 metros cuadrados construidos; en ambos casos, la porción de parcela ocupada por la edificación era la misma citada y el resto de terreno de la parcela que rodeaba la edificación se destinaba a accesos y jardín.

Se aprobaban los estatutos de la propiedad horizontal en los que se establecía que son elementos comunes el elemento de separación entre ambos departamentos y determinadas instalaciones de suministro y desagüe (cláusula primera).

Se incorporaba certificado suscrito por técnico competente en el que se describían las superficies construidas y un plano en el que se diferenciaban los dos espacios que pertenecían a cada puerta, así como el elemento común de vallado entre las dos partes resultantes.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Paterna número 2, fue objeto de nota de calificación negativa, de fecha 2 de febrero de 2022, con los siguientes fundamentos de Derecho:

«Se suspende la inscripción por no acreditarse la licencia de parcelación o certificación de su innecesariedad. No se toma anotación de suspensión que no se ha solicitado. El defecto se fundamenta:

Primero. La normativa autonómica exige licencia para actos de parcelación, Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje.

Artículo 232. *Actos sujetos a licencia.*

Están sujetos a licencia urbanística, en los términos de este texto refundido y sin perjuicio de las otras autorizaciones que sean procedentes conforme a la legislación aplicable, los siguientes actos de uso, transformación y edificación del suelo, subsuelo y vuelo:

a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.

Artículo 240. *Plazos para el otorgamiento de licencias.*

1. Las licencias urbanísticas se resolverán en los plazos siguientes:

a) Las de parcelación o división de terrenos, en el plazo de un mes.

Segundo. la normativa registral exige que se acredite el otorgamiento de licencia o su innecesariedad.

Artículo 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.

“..Los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento.

Tercero. Resolución de la DGSJFP de 20 de julio de 2020.

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.

Que, en relación con el problema competencia autonómico, 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.

Que 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.

Que 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, lo que también resulta 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”.

Que 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.

Cuarto. Aplicación al caso concreto analizado.

Que en el presente caso, que la división horizontal tumbada comporta una parcelación resulta de:

A) Tanto en la descripción individualizada como en los estatutos se refieren a parcelas y concretamente en los estatutos se autoriza a los propietarios a la realización de obras «en su respectiva parcela».

B) También resulta del certificado del arquitecto que se acompaña en el que se indica: “...tras la visita de inspección y comprobación de medidas, se decide dividir horizontalmente la parcela por la mitad para hacer dos partes lo más similares posible y poder hacer usos independientes una de la otra, poniendo como elemento común a compartir el vallado medianero”.

Se autorizó el día 2 de marzo de 2022 por el notario de Valencia, don Salvador Moratal Margarit, una escritura de rectificación de la anterior. En esta escritura de rectificación se introducían algunas modificaciones respecto de la anteriormente presentada como:

a) Ya no se decía que las viviendas unifamiliares adosadas estaban asentadas, cada una de ellas, sobre una parcela de 576,625 metros cuadrados, sino que, cada una, tenía como anejo el uso y disfrute exclusivo de la parcela elemento común de superficie 497,875 metros cuadrados que rodeaba la edificación por todos sus lados, excepto en la parte en la que la vivienda lindaba con el otro departamento.

b) La superficie inicial atribuida a cada vivienda unifamiliar adosada de 576,625 metros cuadrados se había descompuesto en 78,75 metros cuadrados de superficie construida y el resto de parcela de 497,875 metros cuadrados.

c) Se especificaba expresamente en los estatutos (cláusula primera) que las parcelas, cuyo uso y disfrute se atribuían con carácter privativo de cada elemento, era un anejo elemento común.

Los restantes apartados de la escritura rectificada se mantenían inalterados.

II

Presentadas dichas escrituras en el Registro de la Propiedad de Paterna número 2, fueron objeto de la siguiente nota de calificación:

«En relación a la escritura pública otorgada ante el notario Valencia, don Salvador Moratal Margarit, con el número de protocolo 2366, rectificda [sic] por escritura autorizada por dicho notario el 2 de marzo de 2022, protocolo 578, con el número de entrada 152, asiento de presentación 2019 del diario 30, ha procedido, conforme al artículo

18 de la Ley Hipotecaria, a su calificación en el plazo previsto en el mismo, observando los siguientes defectos subsanables:

Hechos:

1.º Presentada la citada escritura en unión de escritura de rectificación, se constituye un régimen de propiedad horizontal sobre la finca registral 8.144 de Paterna, formado por dos departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente, (uno y dos).

2.º En la escritura de rectificación se han introducido algunas modificaciones respecto de la anteriormente presentada como: (I) ya no se dice que las viviendas unifamiliares adosadas están asentadas, cada una de ellas, sobre una parcela de 576,625 m² sino que, cada una, tiene como anejo el uso y disfrute exclusivo de la parcela elemento común de superficie 497,875 m²; (II) la superficie inicial atribuida a cada vivienda unifamiliar adosada de 576,625 m² se ha descompuesto en 76,75 m² de superficie construida y el resto de parcela de 497,875 m²; (III) se especifica expresamente que las parcelas, cuyo uso y disfrute se atribuyen con carácter privativo de cada elemento, es un anejo elemento común; (IV) y se refuerza la idea en los estatutos de que las parcelas son elementos comunes.

3.º Se mantiene incorporado a la escritura el certificado de propiedad horizontal tumbada suscrito por los arquitectos D I. I C. R. y D A. H. M., de los cuales resulta la realidad física de la representación gráfica de la división de la finca registral en dos parcelas o unidades diferentes.

4.º La zona en la que está situada la finca registral es un conjunto de urbanizaciones, muy extenso, de viviendas unifamiliares.

Fundamentos de Derecho:

A la vista de la escritura de rectificación y teniendo en cuenta las circunstancias señaladas reitero la nota de calificación de fecha 2 de febrero de 2022, en el sentido de considerar necesaria la aportación de la oportuna licencia de parcelación del Ayuntamiento de Paterna o de la certificación de su innecesariedad, teniendo en cuenta:

En primer lugar, que lo que resulta trascendental en este caso es la atribución del uso exclusivo de la parcela que rodea la edificación a pesar de que se la califique de elemento común; que dicho uso exclusivo comprende toda la superficie de la finca no edificada; que la división física de la finca registral resulta patente del plano incorporado al certificado de los arquitectos antes indicados; que constando en el Registro que es una vivienda unifamiliar, el registrador no conoce ni es competente para decidir si la operación realizada se ajusta a la legalidad urbanística; y que de procederse a la inscripción pueden aparecer terceros sobre las nuevas fincas generadas, siendo muy difícil entonces el restablecimiento de la legalidad urbanística, en el caso de que finalmente resulte infringida.

Teniendo en cuenta, en segundo lugar, los mismos fundamentos de derecho expuestos en mi anterior nota de calificación de 2 de febrero de 2022, a los que me remito para evitar reiteraciones. Además puede verse la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 21 de noviembre de 2019.

El defecto se considera subsanable mediante la aportación de la licencia de parcelación o certificación de su innecesariedad expedida por el Ayuntamiento de Paterna y no se toma anotación que no se ha solicitado. Considerando la presentación de la nueva escritura de rectificación, el asiento de presentación se prórroga por un plazo de sesenta días a contar desde la fecha de la última notificación de la presente calificación, conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria.

A los efectos oportunos se le notifica que contra esta calificación negativa podrá: (...)

Paterna, 29 de marzo de 2022 El registrador (firma ilegible) Fd. Gabriel Gragera Ibáñez.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña C. R. M., en nombre propio y en el de don J. M. H. H., don J. R. P. S. y doña M. J. R. M., interpuso recurso el día 19 de abril de 2022 mediante escrito con las siguientes argumentaciones:

«Primera. Con carácter previo a la formalización de la citada escritura de división horizontal tumbada y extinción de proindiviso, realizamos la correspondiente consulta a los Arquitectos, para que se cercioraran ante el Ayuntamiento de Paterna, sobre la viabilidad de solicitar permiso para formalizar escritura de parcelación o segregación de nuestra parcela, cuya superficie es de 1.153,25 metros cuadrados.

Segunda. La consulta realizada por los Arquitectos, fue negativa, ya que, el Ayuntamiento de Paterna, no concedería un permiso o autorización para segregar dicha parcela, al estar parcialmente unidas ambas casas.

Con tal motivo, es por lo que se nos aconsejó y decidimos formalizar la citada escritura de división horizontal en dos departamentos o viviendas y la adjudicación respectiva de las mismas.

Tercera. En su origen, -corre el año 1981-, adquirimos dos viviendas mediante contrato privado, -nada tiene que ver con la descripción que consta en la escritura pública de compraventa, formalizada el 26 de mayo de 1.983-.

Años más tarde, concretamente el día 24 de marzo de 2003, por el Ayuntamiento de Paterna, se concede a J. M. H. H. y a C. R. M., permiso o licencia de obras, para construir una vivienda nueva, previo derribo de la antigua.

Posteriormente, el día 6 de octubre de 2008, por el Ayuntamiento de Paterna, se concede a J. R. P. S. y a M. J. R. M., permiso o licencia de obras, para construir una vivienda nueva, previo derribo de la antigua.

Cuarta. Han transcurrido más de 40 años, desde la adquisición de las viviendas, -conviviendo entre ambas familias- pero dada la edad que ostentamos, cuya media es de 68 años y teniendo en cuenta que, la continuidad en la proindivisión entre nuestros respectivos descendientes, no es lo más conveniente, es por lo que se tomó la decisión de cesar en la proindivisión y que cada sociedad conyugal se adjudicase su propia vivienda para poder disponer libremente de ella.»

IV

Notificada la interposición del recurso al notario de Valencia, don Salvador Moratal Margarit, como autorizante de los títulos calificados, presentó, el día 3 de mayo de 2022, el siguiente escrito de alegaciones:

«Primero. Si bien es cierto que el artículo 53 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, establece que «No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número...», en la escritura y su modificación objeto de recurso existen no una sola vivienda, sino en realidad una sola edificación adosada en la que se incardinan dos viviendas, ambas construidas con sujeción a la correspondiente licencia municipal y en ambos casos tras haber transcurrido el plazo de caducidad de cualquier infracción urbanística, aunque dicha circunstancia no se hizo constar en las escrituras citadas.

Segundo. Las superficies no ocupadas por las viviendas, como se hizo constar en la escritura de rectificación precisamente como consecuencia de la primera calificación registral, no pierden su condición de elemento común y únicamente se atribuye al propietario de cada vivienda el uso de la zona con la que linda. No se declara pues privativo el derecho de vuelo sobre dicha zona. En consecuencia, no hay verdadera división o parcelación encubierta sin que la mera circunstancia de la existencia de una valla de separación entre ambas parcelas altere la condición de elemento común.

Tercero. No se está efectuando, conforme al contenido de la escritura de rectificación, una división o segregación que exija, conforme al art. 26.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana autorización o licencia administrativa, dado que en el supuesto sometido a recurso si existen elementos comunes y en especial la zona elemento común de uso exclusivo pero no de propiedad privativa, y es esa circunstancia la que diferencia la división horizontal tumbada de la división o segregación material, como ya antes se ha indicado. Precisamente para dejar claro dicho extremo, se otorgó la escritura de rectificación dando nueva redacción a la descripción de los departamentos y a determinados artículos de las normas de comunidad.

Cuarto. De conformidad con la doctrina reiterada de la hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y en especial de la Resolución de 20 de julio de 2020, es la alteración de la unidad jurídica de la finca la que determina una división o fraccionamiento jurídico del terreno y dicha alteración no se debe entender producida por el simple hecho de atribuir el uso exclusivo de una determinada zona común o por la construcción de una valla de separación, si ello no atribuye la propiedad privativa y exclusiva de dicha zona.

Por todo lo expuesto, sin perjuicio de reconocer la necesidad de acreditar para ello la existencia de dos viviendas y su construcción conforme a licencia municipal y el transcurso del plazo de prescripción de cualquier posible infracción urbanística, el infrascripto considera innecesaria la licencia administrativa o la declaración de innecesariedad de la misma para la citada división horizontal tumbada objeto de recurso, so pena de considerar que toda propiedad horizontal tumbada la exigiría.»

V

El registrador de la Propiedad formó expediente y lo elevó, junto con su informe manteniendo la calificación recurrida, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 149.1. 8.^a de la Constitución; 396 del Código Civil; 1, 2, 5, 10.3 y 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; 9 y 18 de la Ley Hipotecaria; 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; artículos 232.a) y 247 y siguientes del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje; 45 y siguientes 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; 51 y 99 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Constitucional número 61/1997, de 20 de marzo, y 164/2001, de 11 de julio; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de diciembre de 2003, 25 de abril de 2018 y 21 de noviembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 y 28 de julio, 12 de noviembre de 2020 y 27 de enero y 15 de julio de 2021.

1. Se plantea en el presente expediente la inscripción de una escritura por la que se formaliza una división horizontal tumbada en la que concurren las siguientes circunstancias:

– Se trata de una finca registral descrita como casa-chalet de 1.144 metros cuadrados y 1.153,25 metros cuadrados según reciente medición.

– Se forman dos departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente: el departamento número uno se describe como «vivienda unifamiliar adosada identificada con el número (...) de policía de la calle (...), sobre una parcela de 576,625 metros cuadrados» y 78,75 metros cuadrados construidos. Por su parte, el número dos se describe como «vivienda unifamiliar adosada identificada con el número (...) de policía de la calle (...), sobre una parcela de 576,625 metros cuadrados» y 78,75 metros cuadrados construidos, en ambos casos la porción de parcela ocupada por la edificación es la misma citada y el resto de terreno de la parcela que rodea la edificación se destina a accesos y jardín.

– Asimismo, se aprueban los estatutos de la propiedad horizontal en los que se establece que son elementos comunes el elemento de separación entre ambos departamentos y determinadas instalaciones de suministro y desagüe (cláusula primera).

– Se incorpora certificado suscrito por técnico competente en el que se describen las superficies construidas y un plano en el que se diferencian los dos espacios que pertenecen a cada puerta, así como el elemento común de vallado entre las dos partes resultantes.

Tras una primera calificación la citada escritura se rectifica por otra posterior en la que se introducen algunas modificaciones respecto de la anteriormente presentada como:

– Ya no se dice que las viviendas unifamiliares adosadas están asentadas, cada una de ellas, sobre una parcela de 576,625 metros cuadrados, sino que, cada una, tiene como anejo el uso y disfrute exclusivo de la parcela elemento común de superficie 497,875 metros cuadrados que rodea la edificación por todos sus lados, excepto en la parte en la que la vivienda linda con el otro departamento.

– La superficie inicial atribuida a cada vivienda unifamiliar adosada de 576,625 metros cuadrados se ha descompuesto en 78,75 metros cuadrados de superficie construida y el resto de parcela de 497,875 metros cuadrados.

– Se especifica expresamente en los estatutos (cláusula primera) que las parcelas, cuyo uso y disfrute se atribuyen con carácter privativo de cada elemento, es un anejo elemento común.

El registrador considera necesaria la aportación de la oportuna licencia de parcelación del Ayuntamiento de Paterna o de la certificación de su innecesariedad, pues, a su juicio, lo que resulta trascendental en este caso es la atribución del uso exclusivo de la parcela que rodea la edificación a pesar de que se la califique de elemento común; que dicho uso exclusivo comprende toda la superficie de la finca no edificada; que la división física de la finca registral resulta patente del plano incorporado al certificado de los arquitectos antes indicados; que constando en el Registro que es una vivienda unifamiliar, el registrador no conoce ni es competente para decidir si la operación realizada se ajusta a la legalidad urbanística; y que de procederse a la inscripción pueden aparecer terceros sobre las nuevas fincas generadas, siendo muy difícil entonces el restablecimiento de la legalidad urbanística, en el caso de que finalmente resulte infringida.

2. 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 -cfr. Resolución de 15 de julio de 2021-.

El artículo 232 del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, que constituye la legislación aplicable en la Comunidad Valenciana, dispone que están sujetos a licencia urbanística, entre otros, las «a) (...) parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación».

Por su parte, el artículo 247, establece que: «1. Toda parcelación, segregación o división de terrenos, quedará sujeta a licencia municipal, salvo que el ayuntamiento declare su innecesariedad. Será innecesario el otorgamiento de licencia cuando: a) La división o segregación sea consecuencia de una reparcelación, expropiación, programas de actuación, declaraciones de interés comunitario, obras o servicios públicos o cesión, ya sea forzosa o voluntaria, gratuita u onerosa, a la administración, para que destine el terreno resultante de la división al uso o servicio público al que se encuentre afecto. b) La división o segregación haya sido autorizada expresamente por el municipio con motivo del otorgamiento de otra licencia urbanística. 2. De conformidad con lo dispuesto por la legislación estatal, las notarías y los registros de la propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, resolución administrativa en la que se acredite el otorgamiento de la licencia o su innecesariedad, que las primeras deberán testimoniar en el documento. Asimismo, las notarías y los registros de la propiedad harán constar en la descripción de las fincas su cualidad de indivisibles, cuando así les conste».

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.

3. Como ha señalado en otras ocasiones este Centro Directivo -vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»-, 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.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de diciembre de 2012 señala «la propiedad horizontal tumbada suele englobar dos supuestos distintos: los Complejos Inmobiliarios Privados, que no tienen la naturaleza de propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sí les es de aplicación el régimen de la Ley de Propiedad Horizontal (artículo 24 de la LPH): están integrados por parcelas independientes (el suelo y el vuelo es privativo), y sólo tienen en común los elementos accesorios (viales, instalaciones, servicios, etc.), vinculados «ob rem»; y la Propiedad Horizontal Tumbada propiamente dicha, que sí que tiene la naturaleza y es una verdadera propiedad horizontal (aunque tumbada, pues los planos de división de las fincas son verticales, y no horizontales), porque todas las fincas mantienen en común el suelo, vuelo y la unidad de la finca. Por tanto, mientras en los complejos inmobiliarios se produce la formación de fincas, que pasan a ser elementos privativos, en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada, a las que se vincula en comunidad ob rem otros elementos, 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. 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». 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».

4. 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, pues se dice que cada una tiene como anejo el uso y disfrute exclusivo de la parcela elemento común de superficie 497,875 metros cuadrados que rodea la edificación por todos sus lados.

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

En tercer lugar, la distribución del uso del suelo común agota la totalidad de la parcela, pues ambas se describen con 78,75 metros cuadrados de superficie construida y el resto de parcela de 497,875 metros cuadrados; sumando en conjunto los 1.153,25 metros cuadrados que resultan de la reciente medición de la finca.

En cuarto lugar, se incorpora certificado suscrito por técnico competente en el que consta un plano en el que se diferencian los dos espacios que corresponden a cada puerta, así como el elemento común de vallado entre las dos partes resultantes.

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 su configuración estatutaria 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 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.

5. Lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho constituye una doctrina consolidada de esta Dirección General, sobre la necesidad de diferenciar el concepto de complejo inmobiliario del de la propiedad horizontal propiamente dicha a los efectos de considerar la existencia de una parcelación sometida a licencia, como ocurre en el presente expediente.

Sin embargo, como recuerdan las Resoluciones de este Centro Directivo de 3 de junio de 2019 (relativa también a la Comunidad Valenciana) y 28 de julio de 2020, deben tenerse en cuenta otras normas especiales existentes.

En este sentido, son de destacar los artículos 26.6 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, y 10.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

Ambos preceptos tienen su redacción en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

El primero, garantiza la igualdad en el ejercicio de los derechos vinculados a la propiedad del suelo, que tiene naturaleza estatutaria, determinando los derechos y deberes urbanísticos del propietario (texto refundido de la Ley de Suelo); mientras que el segundo (Ley sobre propiedad horizontal), tiene un contenido más puramente civil.

Los títulos competenciales en que se amparan dicha modificación resultan de la disposición final decimonovena, número 1, de la citada ley, que establece que «la presente Ley tiene el carácter de legislación básica sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.13.^a de la Constitución». Añadiéndose en el número 2, apartado segundo, en relación con los artículos 17 del texto refundido Ley de Suelo y 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal, que se redactan «al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a y 18.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre legislación civil, procedimiento administrativo común, legislación sobre expropiación forzosa y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas» (cfr. disposición final segunda 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).

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 75/2018 se ha pronunciado específicamente sobre el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo (hoy 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2015), Sentencia que ha declarado constitucional la previsión estatal de la exigencia de una autorización administrativa para los casos que contempla.

Debe partirse de que el citado artículo 26.6 asume un concepto amplio de complejo inmobiliario que permite englobar diversos supuestos amparados en un régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria siempre que permitan distinguir elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos, lo que no excluye que el suelo pueda tener la naturaleza de elemento común como ocurre en la propiedad horizontal.

Por otra parte, el fundamento de la exigencia de autorización administrativa para la constitución o modificación del complejo inmobiliario siempre que se produzca un incremento de los elementos privativos respecto a los autorizados en la licencia de obras concurre también cuando se trata de división horizontal de elementos independientes que se asientan sobre una parcela de naturaleza común.

Pues no se trata únicamente de controlar el fraccionamiento del suelo para garantizar el respeto a la parcela mínima, sino además otro parámetro urbanístico esencial como son la densidad y población máxima en el uso residencial de la zona -cfr. artículo 27 del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio-.

Desde la perspectiva del artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, aplicable por ser legislación del Estado, debe entenderse, que proporciona plena cobertura legal al artículo 53 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, al disponer: «Para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas: a) No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número (...)».

El precepto es claro al exigir para inscribir los títulos de división horizontal (como es el presente caso) que no pueden constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite mediante nueva licencia. Si la constitución de la propiedad horizontal es posterior a la declaración de obra nueva inscrita, el registrador habrá de tener en cuenta si en la inscripción de obra nueva aparecen un número determinado de viviendas, y en este caso existirá ese límite respecto a la propiedad horizontal (sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción de las acciones derivadas de las infracciones urbanísticas y de las relativas a la restauración de la legalidad urbanística infringida, cuando resulten aplicables).

Cuestión distinta es que la propia legislación urbanística aplicable imponga expresamente la exigencia de licencia para el mismo acto de constitución de un edificio en propiedad horizontal -cfr. artículo 187.1.k) del Decreto

Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, mas no es lo que ocurre en el caso de la legislación valenciana.

En definitiva, reiterando el criterio seguido en la Resolución de 3 de junio de 2019, como regla general:

- a) no se precisará la aportación de licencia para la propiedad horizontal, cuando la misma se ajuste a la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones (Resolución de 13 de julio de 2015).
- b) tampoco se precisa la aportación de licencia de la propiedad horizontal cuando la misma no provoque un incremento de elementos privativos respecto de los que consten en la previa declaración de la obra nueva.
- c) este Centro Directivo ha sostenido la aplicación analógica, aunque con matices, del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, a aquellos supuestos en que ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes.

De acuerdo con el cuadro normativo expuesto: en los supuestos de división o segregación de fincas (con el concepto legal visto), de acuerdo con el artículo 26.1 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, la exigencia de licencia o autorización administrativa vendrá determinada por la ley aplicable; tratándose de complejos inmobiliarios del artículo 26.6 del citado Real Decreto Legislativo 7/2015, así como en los supuestos regulados en el artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, la exigencia de autorización administrativa viene impuesta por la legislación del Estado, como se deduce de la disposición final decimonovena de la Ley 8/2013 y la disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015.

6. En el presente expediente, según resulta del historial registral, la finca registral 8.144 de Paterna, se describe como casa-chalet de 1.144 metros cuadrados y 157,50 metros cuadrados ocupados por la construcción, compuesta sólo de planta baja, con la distribución propia para habitar.

En la escritura calificada se dice que la parcela tiene 1.153,25 metros cuadrados según reciente medición y se divide horizontalmente de forma «tumbada» en dos departamentos de uso y acceso independiente, ambos con 78,75 metros cuadrados de superficie construida y el resto de parcela que la rodea de 497,875 metros cuadrados, superficie que se configura respectivamente como anejo mediante la asignación de su uso y disfrute exclusivo, ya que la total parcela se configura como elemento común.

De la certificación catastral incorporada a la escritura se advierte que tiene una única referencia catastral, con una superficie de solar de 1.148 metros cuadrados y una superficie total construida de 345 metros cuadrados de los cuales 165 metros cuadrados corresponden a una vivienda.

El registrador entiende exigible la intervención administrativa por concurrir un acto de parcelación siquiera de modo indirecto, no obstante, en su nota de calificación también alude al hecho de que constando en el Registro que se trata de una vivienda unifamiliar, el registrador no conoce ni es competente para decidir si la operación realizada se ajusta a la legalidad urbanística.

Como se ha argumentado en los fundamentos anteriores, la concurrencia o no de un supuesto de parcelación, no obsta a que resulte exigible la exigencia de intervención administrativa en los términos previstos por los artículos 26.6 de la Ley de Suelo y 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal.

Por tanto, la división horizontal tumbada de una finca con elementos independientes no amparados en una licencia de obras, con asignación o no de uso exclusivo de parte del suelo, se encuentra asimismo sometida a la exigencia de intervención administrativa por imperativo de los citados preceptos.

Por lo que, en el presente caso, resulta exigible intervención administrativa a efectos de inscripción de la división horizontal para pasar de una casa sin división a otra dividida horizontalmente de forma tumbada con dos viviendas sin poder ampararse en ninguna de las excepciones antes examinadas al no quedar acreditados los requisitos señalados respecto de las mismas, al margen de concurrir también un supuesto de parcelación como se ha argumentado en el fundamento cuarto.

De acuerdo con los fundamentos anteriores, en el presente expediente, tratándose de una división horizontal no amparada en licencia de obras y concurrir además un supuesto de parcelación, debe confirmarse el defecto en cuanto a la exigencia de intervención administrativa del Ayuntamiento de Paterna.

Por lo que procede confirmar el defecto expresado en la nota de calificación en cuanto a la exigencia de la licencia de parcelación o certificación de su innecesidad expedida por el Ayuntamiento de Paterna.

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, 12 de julio de 2022. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.