

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**856** *Resolución de 3 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Javier Martínez del Moral, contra la negativa del registrador de la propiedad nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, a la inscripción de una escritura de segregación.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Javier Martínez del Moral, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife número 4, don Jorge Alonso Zugasti, a la inscripción de una escritura de segregación.

##### Hechos

I

Se presenta en el Registro escritura autorizada por el Notario recurrente por la que doña M. P. M. G. declara que es dueña de una finca urbana que forma parte de un conjunto urbanístico. Dicha finca está compuesta por casa y edificio destinado a instalación deportiva cubierta, ocupando la primera una superficie de ciento noventa y seis metros y noventa y dos decímetros cuadrados y el segundo una superficie de cuatrocientos cincuenta y tres metros, treinta y ocho decímetros cuadrados. Se le asigna una cuota en los beneficios y gastos del complejo del cincuenta y cinco por ciento.

Constando en los Estatutos que los propietarios de las fincas podrán, sin autorización de la Junta de Propietarios segregar o dividir sin que afecte a las cuotas de los demás, la titular de la finca segrega la casa, asignándole una cuota en los beneficios y gastos del complejo del 17,52 %.

II

El Registrador suspende la inscripción extendiendo la siguiente nota de calificación:

«Nota de calificación:

El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del mandamiento que más abajo se reseña en los Hechos, de conformidad con los artículos 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, ha dictado la siguiente resolución: Hechos: I.—A las 15:00 se presenta del día 30 de octubre de 2008, bajo el Asiento de Presentación 1451 del Libro Diario 20, copia de la escritura autorizada el día treinta de Octubre del año dos mil ocho, por el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Francisco Javier Martínez del Moral, número de protocolo 2358, remitida vía telemática a las catorce horas y tres minutos del día treinta de octubre del año dos mil ocho, por la que María del Pilar M. G., segrega de la finca número 23355 del término municipal de Candelaria, una casa en la calle José de Anchieta número 8, número urbana UNO-A, que ocupa una superficie de 196,65 m<sup>2</sup>. Aportada materialmente en unión de carta de pago por don Roberto H. E., el día 28 de noviembre de 2008. Fundamentos de Derecho: Con arreglo al párrafo primero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. La calificación registral de los documentos presentados en el Registro de la Propiedad se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del Juez o

Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento. (art. 101 del Reglamento Hipotecario). I.—Se procede a segregar de la finca registral 23.355, compuesta de casa y edificio destinado a instalación deportiva cubierta junto a patio y jardín, la cual es un elemento independiente n.º 1 dentro de la propiedad horizontal tumbada cuya finca matriz es la 5.236 y amparándose en la cláusula estatutaria inscrita que literalmente dice: «2. Modificación de las viviendas. El propietario o propietarios de las fincas podrán, sin el consentimiento de la Junta de Propietarios, realizar en ellas operaciones de segregación, división, agregación o agrupación (incluso con pisos o locales de otros edificios) dividiendo o agrupando, en su caso, entre los resultantes, las cuotas de los de procedencia, así como las obras y construcciones que tengan por conveniente, cumpliendo las normas urbanísticas y sin alteración de las cuotas de participación», la casa de 196,65 m<sup>2</sup> junto con 537,50 m<sup>2</sup> destinado a patio y zonas ajardinadas pasando a denominarse finca UNO-A quedando como finca UNO-B la instalación deportiva cubierta y el resto de patio y jardín, distribuyéndose la cuota inicial del 55% entre los dos elementos correspondiendo al elemento UNO-A 17,52% y al UNO-B 37,48%. En el presente supuesto si bien se trata de una segregación de un elemento independiente de la propiedad horizontal en el fondo se lleva a cabo una segregación del terreno en la medida en que se crea un nuevo elemento susceptible de tráfico jurídico autónomo e independiente. El artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, dispone «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». De conformidad con reiteradísima doctrina de la DGRN asentada entre otras en resoluciones de 15-10-2002, 16-10-2002 y 22-04-2005, tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, corresponde a las CCAA determinar que clase de actos de naturaleza urbanística están sometidas al requisito de la obtención de licencia previa, disponiendo el artículo 166.1.a) del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes de ordenación del territorio de Canarias y de espacios naturales de Canarias que están sujetos a previa licencia urbanística «las parcelaciones, segregaciones, modificaciones o cualquier otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidas en proyectos de compensación o reparcelación». De acuerdo con la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26-02-2007, publicada en el «BOE» con fecha 8 de marzo de 2008, cabe entender que al hablar de parcelaciones, segregaciones, modificaciones o cualquiera otros actos de división de fincas o predios, está incluyendo cualquier fraccionamiento jurídico del terreno, y en nuestro supuesto desde el momento en que se crea una nueva entidad independiente dentro de la propiedad horizontal con su propia cuota de partición en los beneficios y gastos se está produciendo una división del terreno. Por lo tanto, desde el punto de vista civil o sustantivo es válida la segregación efectuada en base a la cláusula estatutaria que figura inscrita en el Registro, pero desde el punto de vista urbanística existen multitud de licencias administrativas que son exigibles, y en el presente caso se entiende necesaria la licencia exigida por el citado artículo 166.1.a) del Decreto 1/2000, de 8 de mayo, o bien la declaración municipal de su innecesariedad. II.—Que es necesario licencia para el caso planteado se advierte también atendiendo al artículo 166.1.e) del citado Decreto que exige licencia para «las obras que modifiquen la disposición interior de las edificaciones, cualquiera que sea su uso. Asimismo, la modificación del número de sus unidades funcionales susceptibles de uso independiente». En el presente supuesto resulta evidente que se modifica el número de entidades susceptibles de uso independiente, en la medida que en el Registro figuran como entidades susceptibles de uso independiente la UNO (registral 23.355 que es ahora objeto de segregación), la DOS (registral 23.357) y de la TRES a la OCHO (registrales 14.244 a 14.250 y 16.012 y 16.014). Ahora de una sola entidad la UNO pasamos a tener dos entidades UNO-A (casa de patio y jardín) y UNO-B (instalación deportiva con patio y jardín), por lo tanto atendiendo a la definición que de entidades susceptibles de uso independiente da el artículo 3.a) de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, es evidente que encaja en el supuesto del artículo 166.Le) citado por lo que al modificarse en este caso el número de entidades se

cree necesaria licencia o declaración de innecesariedad, entendiéndose implícita la del artículo 166.1.e) en la del apartado 166.1.a) o viceversa. Parte dispositiva.—Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación don Jorge Alonso Zugasti, Registradora titular del Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife Número Cuatro, Acuerda: 1.º Calificar el referido documento presentado, en los términos que resultan de los Fundamentos Jurídicos antes expresados. 2.º Suspender la inscripción del documento sobre la finca perteneciente a esta demarcación registral. 3.º Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y al Notario autorizante, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta nota de calificación negativa, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, lleva consigo la prórroga automática del asiento de presentación expresado, por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el párrafo precedente. Contra esta calificación negativa (...) Santa Cruz de Tenerife, a dieciocho de diciembre de dos mil ocho. El Registrador.»

## III

El antedicho Notario impugnó la calificación alegando: que la tesis del Registrador es que la Ley exige licencia para la segregación de terrenos, que la creación de un elemento nuevo en una propiedad horizontal es una segregación de terrenos, pues se crea un elemento susceptible de tráfico independiente; entiende, por el contrario, que la Dirección ha entendido de otra forma en Resoluciones como la de 10 de Diciembre de 2003; que la normativa sustantiva viene constituida por el Decreto Legislativo de Canarias 1/2000, el cual sujeta a licencia «las parcelaciones, segregaciones, modificaciones o cualquier otro acto de división de fincas o predios» salvo que proceda de una reparcelación o de una junta de compensación; que se trata de una propiedad horizontal en que uno de los elementos, además de estar destinado a vivienda, cuenta con un local para actividades deportivas; y que si algo caracteriza a la propiedad horizontal es el mantenimiento del terreno como unidad, por lo que el acto calificado está fuera de los actos regulados en el artículo 166.1.a) del Decreto Legislativo 1/2000, de Canarias.

## IV

El Registrador se mantuvo en su calificación, remitiendo las actuaciones a esta Dirección general, con el correspondiente informe, con fecha 30 de enero de 2009. En dicho escrito informó que, habiéndose subsanado la falta de licencia con posterioridad, se había inscrito el documento objeto del recurso. No obstante, al no comunicarse nada por el Notario, se entendió mantenido el recurso a efectos doctrinales.

## V

Este Centro Directivo, para mejor proveer, solicitó del Registrador remitiera fotocopia de los Estatutos de la Propiedad Horizontal y, en concreto, especificara si en la presente el suelo tiene el carácter de elemento común. De dicha fotocopia y de la contestación del Registrador resulta que el único elemento común es el camino de acceso a los distintos elementos.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 5 y 24 de la Ley de Propiedad Horizontal; 17 del Real Decreto Legislativo 2/2008; Texto refundido de la Ley del Suelo; 166.1.a) del Decreto Legislativo 1/2000, de Canarias; 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio; la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, y las Resoluciones de 18 de julio de 1996, 16 de junio y 10 de noviembre de 1999 y 16 de enero de 2002.

1. En el presente supuesto, el único problema a dilucidar es el de si en una «propiedad horizontal tumbada» en la que el suelo no es elemento común y uno de los elementos privativos compuesto de una vivienda de una sola planta y una zona deportiva, puede segregarse la vivienda sin necesidad de licencia municipal, o bien es necesario obtener ésta.

2. Como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones citadas en el «Vistos»), tradicionalmente el legislador, desde la Ley del Suelo de 1956, ha sujetado a licencia las parcelaciones urbanísticas, aunque dejando impreciso qué hubiera de entenderse por tal, con referencias a la posibilidad de formar un núcleo de población en la forma que reglamentariamente se estableciera, tarea que, por cierto, los reglamentos no cumplieron y remitieron, a su vez, a los instrumentos de ordenación. El artículo 259.3 del texto refundido que aprobara el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, impuso a Notarios y Registradores de la Propiedad la obligación de exigir que se les acreditase la obtención de licencia o una declaración de innecesariedad para autorizar e inscribir escrituras de división de terrenos, sin referencia a que implicase una parcelación urbanística y con independencia de cual fuera su clase. Esta norma es uno de los pocos preceptos de dicho cuerpo normativo que quedó vigente tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, que vino a delimitar las competencias normativas en materia de urbanismo.

Por ello, cuando se aprueban por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, las normas complementarias al Reglamento Hipotecario relativas a la inscripción de actos de naturaleza urbanística, si bien tienen el amparo legal que le daba el apartado 4.6 de la disposición adicional décima de la Ley de reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990, lo cierto es que deben mantener un contenido ambiguo, haciendo continuas remisiones a la normativa urbanística que en cada caso sea aplicable, generalmente la autonómica dictada en el ejercicio de las competencias que reconocía aquella Sentencia tan próxima en el tiempo.

Si, por tanto, hemos de acudir a la normativa sustantiva que resulte aplicable habremos de estar al Texto refundido de la Ley del Suelo de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, en la que se incluye un elenco de actos sujetos a licencia, que aparecen enumerados en su artículo 166.1, incluyendo «las parcelaciones, segregaciones, modificaciones o cualquier otro acto de división de fincas o predios», salvo que proceda de una reparcelación o de una junta de compensación.

3. 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. Se rige por la Ley especial que si bien su artículo 2 declara de aplicación no sólo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código Civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también, a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley, no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal.

El artículo 24, que integra el nuevo Capítulo III de la Ley especial, extiende la aplicación del régimen, que no la naturaleza, a los complejos inmobiliarios que reúnan, entre otros, el requisito de estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre si y cuyo destino principal sea vivienda o locales. Y la única especialidad es que sus titulares participen, como derecho objetivamente vinculado a la respectiva finca independiente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, sean viales, instalaciones o tan solo servicios. Es decir, que lo común son esos elementos accesorios, no la finca a la que se vincula la cuota o participación en ellos que han de ser fincas independientes.

Por eso, 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 atribuye dicho adjetivo tan sólo 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. La formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito (cfr. art. 17.3.º del texto refundido de la Ley del Suelo).

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.

4. En consecuencia, no siendo el suelo elemento común, sino privativo, la segregación que se produce requiere licencia municipal, de acuerdo con lo que establece la legislación canaria.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

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, 3 de diciembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.ª Ángeles Alcalá Díaz.