

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13373 *Resolución de 10 de septiembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Torrelavega n.º 1 a inscribir una escritura de constitución de edificio en régimen de propiedad horizontal.*

En el recurso interpuesto por don Alberto García Alija, notario de Torrelavega, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Torrelavega número 1, don Antonio García-Pumarino Ramos, a inscribir una escritura de constitución de edificio en régimen de propiedad horizontal.

Hechos

I

El día 17 de enero de 2018, bajo el número 95 de protocolo, se autorizó por el notario de Torrelavega, don Alberto García Alija, una escritura de constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en virtud de la cual la titular de la finca registral número 65.498 de Torrelavega la dividía en dos elementos susceptibles de aprovechamiento independiente.

El inmueble objeto de división horizontal fue inscrito en el año 2012, habiéndose declarado la obra nueva por la vía de la antigüedad prevista por el entonces vigente artículo 20.4 la Ley de suelo, figurando con la siguiente descripción: «Casa en Viénoles (...) construida sobre una parcela con una superficie según el Registro de ciento diecinueve metros sesenta decímetros cuadrados, y según el título ahora presentado de ciento cuarenta y un metros cuadrados. Consta de: Planta baja, con una superficie construida de ciento veintiséis metros cuadrados, de los que cincuenta y dos metros cuadrados se destinan a vivienda, treinta tres metros cuadrados a almacén y cuarenta y un metros cuadrados a garaje. Y planta primera, con una superficie construida de ciento veintisiete metros cuadrados, de los que noventa y cuatro metros cuadrados se destinan a vivienda y treinta y tres metros cuadrados a almacén».

En virtud de la escritura antes aludida se dividía dicho edificio en dos elementos descritos de la siguiente forma: «Uno: Urbana, vivienda en Viénoles, en el término municipal de Torrelavega (...) Consta de:—Planta baja, con una superficie construida de noventa y tres metros cuadrados, de los que cincuenta y dos metros cuadrados se destinan a vivienda y cuarenta y un metros cuadrados a garaje.—Y planta primera, con una superficie construida de noventa y cuatro metros cuadrados que se destinan a vivienda. Linda: (...). Dos.—Urbana: Local o almacén en Viénoles, término municipal de Torrelavega (...) Consta de planta baja y planta primera, con una superficie construida de treinta y tres metros cuadrados en cada nivel. Linda (...).».

II

Presentada el día 23 de mayo de 2018 dicha escritura (por segunda vez) en el Registro de la Propiedad de Torrelavega número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Hechos

Primero.—Con fecha veintitrés de mayo de dos mil dieciocho, bajo el asiento número 250 del diario 139, se presentó nuevamente el documento autorizado el día

diecisiete de enero del mismo año, por el notario de Torrelavega don Alberto García Alija, número 95 de protocolo, de constitución en régimen de propiedad horizontal.

Segundo.—En dicho documento doña M. C. C. titular de la finca registral 65498 del municipio de Torrelavega; descrita en el Registro como casa en Viérnoles, Ayuntamiento de Torrelavega, construida sobre una parcela de ciento cuarenta y un metros cuadrados, que consta de: planta baja, con una superficie construida de ciento veintiséis metros cuadrados, de los que cincuenta y dos metros cuadrados se destinan a vivienda, treinta tres metros cuadrados a almacén y cuarenta y un metros cuadrados a garaje, y planta primera, con una superficie construida de ciento veintisiete metros cuadrados, de los que noventa y cuatro metros cuadrados se destinan a vivienda y treinta y tres metros cuadrados a almacén; constituye el edificio descrito en régimen de propiedad horizontal, dividiéndolo en dos departamentos: el número uno, descrito como vivienda que consta de planta baja, con una superficie construida de noventa y tres metros cuadrados, de los que cincuenta y dos metros cuadrados se destinan a vivienda y cuarenta y un metros cuadrados a garaje, y planta primera, con una superficie construida de noventa y cuatro metros cuadrados que se destinan a vivienda; el número dos descrito como local o almacén, que consta de planta baja y primera, con una superficie construida de treinta y tres metros cuadrados en cada nivel.

Tercero.—Se comprueba que esta edificación que ahora se pretende constituir en régimen de propiedad horizontal, se inscribe en el Registro de la Propiedad el día veintiséis de junio de dos mil dieciocho [sic, 2012 según la inscripción], en su inscripción 1.ª, con la descripción antes dicha, formada por agrupación, por el título de obra nueva terminada, con la limitación urbanística de notificación al Ayuntamiento por tratarse de una obra nueva antigua sin licencia declarada, por lo que la inscripción se practica conforme a lo dispuesto en el artículo 20-4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo; sin prejuzgar el carácter de fuera de ordenación de todo o parte de los edificado, al no haberse aportado el acto administrativo que lo acredite.

Y toda vez que no se acompaña licencia o autorización administrativa alguna para la inscripción de la constitución del régimen de propiedad horizontal que resulta del artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal; se estima necesaria su aportación en este caso, debido a que independientemente de la controversia suscitada entre la calificación de complejo inmobiliario y propiedad horizontal propiamente dicha, o propiedad horizontal tumbada, la licencia se requiere como garantía de que no se producen urbanizaciones ilegales, y aún tratándose de un edificio ya existente, tal y como se cita anteriormente, se inscribe sin licencia declarada y sin prejuzgar el carácter de fuera de ordenación.

En el mismo sentido, se estima la necesidad de aportación de la licencia, de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 2014, 28 de mayo de 2014 y 17 de octubre de 2014; toda vez que de manera reiterada, se hace referencia a la licencia de edificación de la obra nueva para establecer la necesidad de la previa autorización administrativa de la propiedad horizontal: en los conjuntos inmobiliarios privados, «está justificada la exigencia de licencia como instrumento de control de la legalidad urbanística por parte de la administración»; y, en el caso de 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 la 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.»

Asimismo se aporta, en unión de la escritura presentada, una instancia por la que la interesada solicita al Ayuntamiento de Torrelavega la autorización administrativa para constituir la finca en propiedad horizontal, con fecha uno de marzo de dos mil dieciocho, que fue denegada por los Servicios Técnicos Municipales de la Gerencia de Urbanismo en fecha ocho de mayo de dos mil dieciocho, alegando lo siguiente: «Examinada la

solicitud por este Técnico se informa que para otorgar la autorización administrativa solicitada deberá aportar licencia municipal de obra o documento que acredite su concesión acorde con el estado actual de la edificación.» Por lo tanto, y ante la falta de licencia municipal, deberán aportar a dicha administración la escritura de obra nueva en virtud de la cual se inscribió la edificación en el Registro tal y como está descrita, coincidente con la certificación catastral, para obtener la autorización para constituir la finca en régimen de propiedad horizontal.

Fundamentos de Derecho

Artículo 10.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

Artículo 17.6 de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2006, de 20 de junio.

Artículo 183 de la Ley de Cantabria 2/2001 de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria. Título IV, intervención administrativa en la edificación y uso del suelo.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 2014, 28 de mayo de 2014 y 17 de octubre de 2014.

Acuerdo: En consecuencia, acuerdo suspender la inscripción solicitada por el defecto subsanable expresado.

Contra el presente acuerdo de calificación (...)

Torrelavega a 4 de junio de 2018.–El Registrador (firma ilegible). Fdo.: Antonio García-Pumarino Ramos».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Alberto García Alija, notario de Torrelavega, interpuso recurso el día 11 de junio de 2018 en el que alegaba lo siguiente:

«(...) Consideraciones

El suelo que queda libre de edificación, elemento común (obviamente) mide quince metros cuadrados y queda para el uso común de los dos departamentos resultantes. No se ha pedido autorización administrativa para esta operación porque se ha estimado innecesaria a la vista de la interpretación llevada a cabo por esa Dirección General, en resolución de 17 de octubre de 2014, así se parte de una sola finca registral y no se divide el suelo, entendiéndose su uso.

Se refiere el señor registrador a que el interesado ha solicitado autorización municipal para la constitución en régimen de propiedad horizontal y le ha sido denegada (al parecer la solicita el día primero de marzo, cuando había otorgado la escritura sin ella el 17 de enero anterior) y lo que hace el Ayuntamiento no es denegar una solicitud que se le hace, sino pedir más documentación para examinar lo que se le pide.

Lo que pasa es que lo que se pide, al señor registrador y ahora a esa Dirección General, es que la escritura se inscriba, como está, porque la autorización municipal no es exigible.

Expuesto lo que antecede, solicito la admisión a trámite del presente recurso gubernativo, acompañando testimonio de la escritura a la que se contrae la calificación recurrida y de la notificación de ésta».

IV

El registrador de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 14 de junio de 2018.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 18 de la Ley Hipotecaria; 10.3 y 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo; 26, 28 y 65.3 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; 1 y 2.5.1 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; 183.1 y 208 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria; 53, 78 y 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística; las Sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997, de 20 de marzo, 164/2001, de 11 de julio, y 143/2017, de 14 de diciembre; las Sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2000, 25 de enero de 2002, 28 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2000, 27 de enero de 2006, 14 de abril y 4 de mayo de 2011, 17 de enero, 1 de marzo, 8 de mayo, 17 y 29 de octubre y 3 de diciembre de 2012, 23 de enero y 15 de abril de 2013, 21 de enero, 4 y 11 de marzo, 22 de abril, 28 de mayo, 3, 7 y 17 de octubre y 24 de noviembre de 2014, 12 de enero, 14 de abril y 11 y 13 de julio de 2015, 19 de abril y 12 de julio de 2016, 22 de febrero y 2 de agosto de 2017 y 15 de febrero y 25 de abril de 2018.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no exigible autorización administrativa para practicar la inscripción de la constitución del régimen de propiedad horizontal con la subsiguiente división en dos elementos independientes de una casa de dos plantas sita en Cantabria y cuya inscripción se practicó en el año 2012 por la vía de la declaración de obra nueva por «antigüedad» (cfr. artículo 20.4 del, entonces vigente, texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

El registrador entiende que, precisamente por haber sido inscrita la obra por antigüedad sin licencia alguna que ampare la legalidad de la misma, es necesaria la obtención de previa autorización administrativa de la división horizontal, sin entrar a valorar si se trata de un conjunto inmobiliario, una –propiedad horizontal propiamente dicha o una propiedad horizontal tumbada.

El notario recurrente, por el contrario, defiende la innecesariedad de dicha autorización administrativa.

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

Es conocido que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (Sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997, de 20 de marzo –fundamento jurídico 5– y 164/2001, de 11 de julio –fundamento jurídico 4–), lo que en el caso de la Comunidad de Cantabria se plasma en el ejercicio de su potestad legislativa mediante la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

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

Como ha tenido ocasión de afirmar este Centro Directivo en las Resoluciones de 29 de octubre (2.ª) y 3 de diciembre (1.ª) de 2012, 15 de abril de 2013 (2.ª) y 4 y 11 (1.ª) de marzo, 22 de abril (2.ª) y 24 de noviembre de 2014, entre otras, «procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a

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

Por tanto, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo. Y en el contexto de esta competencia hay que situar el artículo 53, letra a), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, relativo a la calificación de los títulos de constitución de régimen de propiedad horizontal, y de modificación del régimen ya inscrito, según el cual «No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número».

3. El artículo 26 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, impone a notarios y registradores, en la autorización e inscripción de escrituras de segregación o división de fincas, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El artículo 28 de la misma ley, por su parte, hace lo propio respecto a las escrituras de declaración de obra nueva, con la salvedad de permitir, en su apartado 4, un procedimiento especial de inscripción, sin acreditación de autorización administrativa previa, respecto a las «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes».

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

La norma sustantiva aplicable, en este caso, es el artículo 183.1 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, según el cual «están sujetas a previa licencia las parcelaciones urbanísticas y todos los actos de edificación y uso del suelo o el subsuelo tales como movimientos de tierra, obras de nueva planta, modificación de la estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, modificación del uso de las mismas, demolición de construcciones, colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública, cierre de vallados y fincas, colocación de construcciones prefabricadas e instalaciones móviles, y los demás que señalen los planes u otras normas legales o reglamentarias».

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

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

4. Sentado lo anterior, hay que partir de lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal y en el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, preceptos ambos invocados por el registrador en su nota.

El primer precepto citado dispone, en su nueva redacción, que «requerirán autorización administrativa, en todo caso: a) La constitución y modificación del complejo inmobiliario a que se refiere el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en sus mismos términos».

Y el segundo, que «la constitución y modificación del complejo inmobiliario deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción, que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma. No será necesaria dicha autorización en los supuestos siguientes: a) Cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel. b) Cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos. A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan 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».

Como ya indicó este Centro Directivo en Resolución de 28 de mayo de 2014, «ambos preceptos deben ser interpretados y aplicados de forma coordinada dada la estrecha relación existente entre los mismos, en cuanto expresión de una misma idea: la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división,

agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Por tanto, es la propia normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa, y lo hace simultáneamente en ambos supuestos y en virtud de la reforma introducida por una misma Ley (Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas), que incide coordinadamente en dos normas estatales. La primera, 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 la segunda (Ley sobre Propiedad Horizontal), tiene un contenido más puramente civil. Los títulos competenciales que amparan dicha modificación resultan de la disposición final decimonovena, número 1, 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 2.º, 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»».

La Ley 8/2013, de 26 de junio –artículo 1–, que tiene por objeto el impulso y fomento de las actuaciones que conduzcan a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, introduce modificaciones tendentes a adecuar sus actuales parámetros a la realidad del medio urbano y de las actuaciones que se producen, tanto sobre el patrimonio edificado, como sobre los propios tejidos urbanos, tratando de definir conceptos clave como el de complejo inmobiliario o el de edificio de tipología residencial de vivienda colectiva, modificando, de modo paralelo la normativa de propiedad horizontal, en la línea de una mayor intervención administrativa, dirigida a controlar la efectividad de los fines perseguidos por las actuaciones urbanísticas en el suelo urbano, dada su incidencia en el reparto equitativo de beneficios y cargas urbanísticas.

Este Centro Directivo, ya con anterioridad a la promulgación de la Ley 8/2013, sostuvo, por ejemplo en su Resolución de 23 de enero de 2013, que «en la legislación vigente debe diferenciarse entre dos instituciones distintas: el complejo inmobiliario y la propiedad horizontal, sin perjuicio de las conexiones existentes entre ambas y de la aplicación de algunas normas de la propiedad horizontal a los complejos inmobiliarios».

Con posterioridad a dicha Resolución, la Ley 8/2013 incluyó una definición legal expresa de lo que ha de entenderse por complejo inmobiliario en el artículo 2.5.1 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, sobre rehabilitación, renovación y regeneración urbana: «Complejo inmobiliario privado: aquel complejo inmobiliario sujeto al régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria a que se refiere el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, así como los regímenes especiales de propiedad establecidos por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal».

Ante tal definición legal, la Resolución de este Centro Directivo de 21 de enero de 2014 señaló que tras la entrada en vigor de la Ley 8/2013 «puede verse como con un mayor tecnicismo y en el sentido ya apuntado diferencia entre los complejos inmobiliarios privados en sentido estricto y los Regímenes Especiales de Propiedad Horizontal».

En la argumentación de dicha Resolución de 21 de enero de 2014, se profundizó en la indicada diferencia, en el sentido de afirmar que para que exista un complejo inmobiliario «es esencial que se trate de un régimen de organización unitaria de la propiedad, lo que conlleva que junto a los elementos de propiedad privativa y exclusiva existan otros de uso común, ya sean bienes inmuebles, derechos, instalaciones o

servicios, cuya titularidad se atribuya por cuotas, que han de tener un carácter instrumental, a quienes en cada momento sean dueños de los elementos privativos. Ha de existir por tanto entre ambos elementos una vinculación "ob rem" o si se prefiere expresar en términos más amplios, dado que no siempre se tratará de inmuebles, una subordinación de servicio o utilidad en favor de los elementos privativos que integran el conjunto».

Y que «el hecho diferencial que distinga (el complejo inmobiliario) de la propiedad horizontal tumbada» se encuentra en que «en esta última, se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer el suelo y el vuelo como elementos comunes, sin que haya división o fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse de parcelación, no produciéndose alteración de forma, superficie o linderos. El régimen de la propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo y vuelo como 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 en su artículo 2 declara la 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, lo cual no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal».

Y concluye la citada Resolución afirmando, que «bajo el calificativo de «tumbada» que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse –indebidamente–, situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con fincas o edificaciones jurídica y físicamente independientes, pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en las 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 cómo 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. 17.2.º del Texto Refundido de la Ley de Suelo). En la actualidad el artículo 17.6 (actual artículo 26.6) exige en todo caso una licencia específica para este tipo de situaciones jurídicas».

También se afirmaba en la citada Resolución que «puede concluirse en base a las anteriores consideraciones, que se crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad separada y se dota a los elementos independientes de tal autonomía (apreciación confirmada por las normas estatutarias previstas), que ha de entenderse que, no obstante la denominación y configuración jurídica empleadas por las partes, nos encontramos, al menos a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística, ante una verdadera división de terrenos constitutiva de un fraccionamiento que es una de las notas características de los conjuntos inmobiliarios privados, por lo que está justificada la exigencia de licencia como instrumento de control de la legalidad urbanística por parte de la Administración (...) 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».

5. La preocupación que siempre ha subyacido en materia de complejos inmobiliarios es que a través de los mismos se produzcan actos de parcelación de suelo o del derecho objeto de la propiedad y de ahí que la exigencia de licencia se haya

insertado en el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, destinado a la regulación del proceso de formación de fincas y parcelas y la relación entre ellas. Pero junto a ello se han introducido en dicho precepto algunos matices en relación con los complejos inmobiliarios que exceden este tradicional marco regulatorio, debido a la complejidad de su régimen jurídico urbanístico, que afecta desde a los actos de modificación hipotecaria, como a las complejas relaciones jurídicas para una mejor explotación del suelo, vuelo y subsuelo, pasando por los usos y destino de las instalaciones comunes y su incardinación en el planeamiento y en los actos dispositivos de las Administraciones Públicas sobre bienes integrantes de su patrimonio.

En este sentido es necesario pactar expresamente su constitución y definir perfectamente tanto los elementos comunes como el resto de servicios propios asociados al conjunto y creados por decisión de los dueños de los elementos privativos – comunicaciones, seguridad, ornamentación y destino, instalaciones deportivas, acceso, elementos procomunales y demás servicios comunes, desempeño de actividades lucrativas y empresariales por la propia junta, etc.–. No se trata de ser sólo titular pasivo de los elementos comunes por naturaleza, sino de implementar voluntariamente nuevos servicios y dotaciones para mejorar el uso, funcionalidades y explotación de los elementos privativos, creando una vinculación «ob rem» a modo de subcomunidad de destino o funcional, en la que el titular no sólo soporta una relación pasiva o estática sino que incluso puede verse sometido a obligaciones sujetas a las relaciones contractuales derivadas del marco regulatorio del complejo inmobiliario y que vinculan a todos sus titulares, presentes y futuros. Este es el plus que exige el artículo 26.6 del texto refundido y que excluye la interpretación extensiva del requisito de la licencia a todos los supuestos de propiedad horizontal.

Esta interpretación del precepto es compartida por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, que en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, afirma lo siguiente en relación a un supuesto en el que considera probada la utilización del régimen de propiedad horizontal para eludir las limitaciones que resultarían de aplicar el régimen de los complejos inmobiliarios y de las parcelaciones: «(...) desde una perspectiva más amplia, en la que es obligado tomar en consideración la finalidad que persiguen las prohibiciones y limitaciones que la normativa urbanística establece para el suelo rústico –aquí se trata de suelo rústico de protección de la costa– no puede ignorarse que, aunque se mantenga formalmente la unidad del inmueble, se produce la división ideal del derecho o del aprovechamiento finca, dando con ello lugar a un resultado del todo equivalente al del complejo inmobiliario mediante un artificioso juego combinado de la división horizontal y las participaciones societarias de la sociedad civil creada al efecto (Sociedad Civil C.T.R). Esta concepción amplia y finalista de la parcelación urbanística ha quedado plasmada en el artículo 17 del Texto Refundido de la ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (RCL 2008, 1260), que no hace sino reproducir lo establecido en el artículo 17 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo (RCL 2007, 1020), del Suelo (...) es oportuno señalar que el citado artículo 17 de la Ley 8/2007, luego reproducido en el Texto Refundido de 2008, revela la voluntad del legislador de considerar como parcelaciones urbanísticas, en aras del principio de certeza del derecho y seguridad jurídica, aquellas actuaciones que, aunque no comportan división material del terreno, atribuyen el derecho de utilización exclusiva de una porción determinada de suelo, así como la constitución de sociedades o asociaciones en las que la cualidad de socio incorpore ese derecho de utilización exclusiva».

6. Ciertamente, como ha señalado en otras ocasiones este Centro Directivo, la división horizontal de un inmueble no implica por sí misma un acto de parcelación que suponga la modificación de la forma, superficie o linderos de una o varias fincas, ni tampoco de segregación o cualesquiera otros actos de división, 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 texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, 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 antes citadas, si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística. Por ello, el artículo 26.6 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana así como el artículo 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal exigen en todo caso una licencia específica para este tipo de situaciones jurídicas.

7. En el presente supuesto la edificación, sita en una parcela con una superficie de 141 metros cuadrados y formada por dos plantas, se divide horizontalmente en dos elementos privativos: el primero compuesto por parte de la planta baja (52 metros cuadrados destinados a vivienda y 40 metros cuadrados destinados a garaje) y parte de la planta alta (94 metros cuadrados destinados a vivienda); y el segundo compuesto por la parte restante edificada de la planta baja (33 metros cuadrados destinados a almacén) y de la planta alta (otros 33 metros cuadrados destinados también a almacén). Tanto el suelo sobre el que se asienta la edificación, el vuelo de la misma así como la superficie que resta hasta completar los 141 metros cuadrados de parcela quedan sin ser objeto de división ni atribución específica a ninguno de los elementos privativos creados, y, si bien es cierto que no se hace referencia alguna tales elementos en la escritura, habiendo sido deseable en este punto una mayor precisión, lo cierto es que no ofrece duda el hecho de que aquellos, y en especial la superficie restante de parcela, constituyen elemento común pues hay que recordar, como viene haciendo este Centro Directivo de forma reiterada (cfr. Resoluciones de 5 de octubre de 2000, 17 de octubre de 2012, 21 de enero de 2014 ó 14 de abril de 2015), que todos aquellos elementos existentes en el edificio y no configurados como privativos deben ser considerados comunes, de modo que tales elementos comunes no requieren una descripción individualizada o específica (cfr. artículo 396 del Código Civil).

En efecto, la configuración jurídica adoptada en modo alguno supone constituir realmente dos entidades con autonomía tal que les permita ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, como ocurriría en el caso de que, por ejemplo, en el patio o en la parte de parcela sin edificar se hubiera delimitado el uso exclusivo de cada elemento privativo respectivo con salida propia e independiente a la vía pública, mediante la atribución a los elementos privativos de tales parcelas de terreno como anejos inseparables y con uso exclusivo, desvirtuando el

concepto de elemento común esencial, indivisible e inseparable al que se refiere el artículo 396 del Código Civil, y sin que, adicionalmente, exista algún otro elemento de juicio que pueda llevar a la conclusión de la existencia de división o parcelación (vid., por todas, Resoluciones de 12 de enero de 2015 ó 12 de julio de 2016).

En consecuencia, resulta evidente que no se dan las circunstancias para que sea exigible licencia de constitución del régimen de propiedad horizontal. Declarada e inscrita la obra nueva terminada y dividida la edificación resultante en régimen de propiedad horizontal sin que de dicha división resulte, directa o indirectamente, la constitución de un complejo inmobiliario u operación jurídica alguna de la que pueda resultar una parcelación o fraccionamiento del suelo, en los términos expuestos en los fundamentos anteriores, carece de razón de ser la exigencia de licencia a efectos de inscripción.

8. Por su parte, la legislación específica de Cantabria no altera las anteriores conclusiones pues nada hay en aquélla que desvirtúe las consideraciones vertidas en los párrafos anteriores.

De acuerdo con el ya aludido artículo 183.1 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, «están sujetas a previa licencia las parcelaciones urbanísticas y todos los actos de edificación y uso del suelo o el subsuelo tales como movimientos de tierra, obras de nueva planta, modificación de la estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, modificación del uso de las mismas, demolición de construcciones, colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública, cierre de vallados y fincas, colocación de construcciones prefabricadas e instalaciones móviles, y los demás que señalen los planes u otras normas legales o reglamentarias (...)».

No resulta de dicha normativa, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones autonómicas, la necesidad de obtener licencia administrativa previa para la división horizontal de un inmueble, sin que se trate de un posible caso de parcelación urbanística ilegal realizado bajo la cobertura jurídica del régimen de una división horizontal, pues tal y como ha quedado expuesto la operación configurada es la de una propiedad horizontal ordinaria, lo que, en última instancia, no constituye sino una forma de configurar el régimen jurídico de un edificio.

9. Por otra parte, no puede admitirse el argumento sostenido por el registrador consistente en la necesidad de obtener licencia para inscribir la división horizontal por haber sido la obra nueva inscrita por «antigüedad», y, por ende, sin que haya existido control alguno por parte de la autoridad administrativa de su adecuación a la legalidad urbanística a través de la correspondiente licencia.

Cierto es que en absoluto es indiferente la vía jurídica, de entre las ofrecidas en el artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, por la que se solicite y obtenga eventualmente la inscripción registral de una edificación terminada. Para que el otorgante esté suficientemente informado y valore adecuadamente las ventajas e inconvenientes de optar por la del número 1 o por la del número 4 de dicho artículo, no debería atender simplemente a la aparente ventaja o facilidad que ofrece al artículo 28.4 en cuanto a la reducción de requisitos documentales exigibles en comparación con los del artículo 28.1, sino considerar también otras consecuencias jurídicas que ello supone.

Ahora bien, han de tomarse en consideración las siguientes circunstancias. En primer lugar, es doctrina de este Centro Directivo que cuando resulta de la documentación presentada que la finalización de la obra se ha producido en fecha determinada y esta es anterior al plazo establecido para que la Administración ejerza su acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, no procede exigir aquellas otras licencias o autorizaciones exigidas por la legislación sectorial considerando aplicable, por identidad de razón, lo previsto en el apartado 4 del artículo 28 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (Resoluciones de 14 de abril y 4 de mayo de 2011 y 17 de enero y 1 de marzo de 2012). En efecto, resultaría desproporcionado y carente de justificación

la exigencia ahora de una licencia que legal y jurisprudencialmente es exigible en casos y circunstancias que, a tenor de lo arriba expuesto, no concurren en el presente.

En segundo lugar, la inscripción de la obra por la vía del apartado 4 del artículo 28 en nada merma las posibilidades de actuación del Ayuntamiento para, si fuera procedente, revisar su propia actuación anterior e incoar el expediente que en su caso proceda, dado, por un lado, que el Registro no sana las infracciones urbanísticas que hayan podido ser cometidas y, por otro, la posibilidad de que el Ayuntamiento, al que habrá de ser notificada la inscripción que se practique en los términos previstos por el artículo 28.4.b) y.c) de la Ley de Suelo, interese la práctica de anotación preventiva a través de la cual acceda al Registro el expediente que, en su caso, pueda incoar. De hecho, la inscripción de la obra nueva reforzará la posibilidad de control de su adecuación a la legalidad urbanística, en la medida en que, de conformidad con lo previsto en el artículo 65.3 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aquella habrá de ser notificada por el registrador a la Consejería competente, la cual, en ejercicio de las competencias que en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria le reconoce el artículo 208 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, podrá iniciar actuaciones de revisión de la actuación municipal.

Adicionalmente, el referido artículo 65.3 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana también impone al registrador la obligación de notificar a la Comunidad Autónoma competente la inscripción de la constitución de regímenes de propiedad horizontal con los datos resultantes del Registro.

Por último, una vez inscrita la obra nueva terminada resulta irrelevante el procedimiento utilizado para ello a la hora de configurar el régimen jurídico al que va a estar sometido en adelante, el cual será necesariamente el mismo cualquiera que sea la vía elegida para su inscripción, sin que de la legislación resulte diferencia alguna en este sentido.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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, 10 de septiembre de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro