

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5506 *Resolución de 14 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Madrid n.º 43, por la que se suspende la inscripción de nota al margen de obras ilegales por infracción prescrita.*

En el recurso interpuesto por don A. A. I., en representación de la entidad «Todo Carne, S.L.», contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Madrid número 43, doña Irene Montolío Juárez, por la que se suspende la inscripción de nota al margen de obras ilegales por infracción prescrita.

Hechos

I

Con fecha 7 de noviembre de 2014, se presenta instancia suscrita por don A. A. I. con firma legitimada notarialmente, en representación de «Todo Carne, S.L.», acompañada de certificación expedida el 21 de marzo de 2012 por la subdirectora general de Gestión de Procedimiento de Licencias del Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid, en la que se declaran en situación de fuera de ordenación determinadas obras ilegales con infracción prescrita, al objeto de que se inscriba mediante nota al margen, dicha declaración de fuera de ordenación respecto de las obras realizadas en la planta tercera de la calle (...).

II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Madrid número 43 asiento 940 del diario 105 fue objeto de nota calificación negativa en los siguientes términos: «(...) II.–La entidad Todo Carne, S.L., es titular registral de un local en planta tercera del referido edificio, cuya descripción por lo que aquí interesa según el Registro es la siguiente: «Urbana. Número cinco.–Local situado en la planta tercera de la casa en Madrid, calle (...) Ocupa la totalidad de esta planta, con excepción de las zonas comunes...». Igualmente es titular de una plaza de garaje en el sótano del referido edificio. III.–La obra ilegal que se declara prescrita y en situación de fuera de ordenación consiste en: «Una edificación mediante construcción estable cubierta en la superficie retranqueada de planta tercera que formaba parte de la zona designada como patio (actualmente destinada a azotea) en la licencia de nueva planta del edificio, la cual se encuentra anexada al local de planta». No resulta identificada la finca registral a la que se refiere. IV.–En la instancia referida, después de describir el local y la plaza de garaje, se solicita la inscripción de la ampliación realizada en la planta tercera del edificio. Fundamento de Derecho (...) II.–En cuanto al fondo de la cuestión, no puede practicarse la nota marginal solicitada por cuanto del cotejo entre la documentación aportada y la descripción registral resulta que la obra ilegal prescrita cuya constancia de fuera de ordenación se solicita puede estar realizada en los elementos comunes del inmueble, y por tanto el titular registral de un solo elemento no puede ni exigir su reflejo en el folio de la finca de la que es titular ni ostentar ningún derecho sobre la referida edificación (arts. 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal). Según la descripción registral el local ocupaba toda la planta tercera salvo las zonas comunes y de la certificación resulta que la obra en fuera de ordenación se ubica sobre un patio o azotea, por lo que se deduce que dicho patio es una zona común, y por tanto no pertenece al titular del local de la tercera planta sino a todo el edificio, y el reflejo en su caso debería constar en el folio abierto al edificio en su conjunto. De la instancia presentada resulta además que lo

pretendido por el titular de la finca 48.399 es la ampliación de la obra realizada en dicha planta tercera, lo que en ningún caso podría realizarse en virtud de dicha instancia pues no reúne los requisitos de fondo y de forma exigidos por la normativa urbanística (art 3 de la Ley Hipotecaria -escritura pública- y art. 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 20 de junio de 2008) y porque además como ha quedado señalado con anterioridad no queda claro que la obra esté construida sobre suelo privativo de este local sino que todos los indicios parecen concluir que lo está sobre un elemento común. El/los defecto/s calificado/s tiene/n el carácter de subsanable/s. Por todo lo cual, y en base a los anteriores hechos y fundamentos de derecho, he resuelto suspender la inscripción, en los términos expuestos. El asiento de presentación queda prorrogado conforme a lo prevenido en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Contra esta note de calificación (...) Madrid, a uno de diciembre de dos mil catorce.–La Registradora (firma ilegible). Fdo.: Irene Montolio Juárez».

III

La anterior nota de calificación fue recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por don A. A. I., en nombre y representación de «Todo Carne, S.L.», mediante escrito fechado el día 13 de diciembre de 2014 y presentado ante el Registro General de documentos del Ministerio de Justicia con fecha de 26 de diciembre de 2014, teniendo entrada en el Registro de la Propiedad de Madrid número 43 el día 16 de enero del 2015, con las siguientes alegaciones: «(...) II.–Fundamentos de hechos 2.1.–A solicitud de una licencia de funcionamiento para el local de almacenamiento y oficinas situado en el número (...) de Madrid, la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, en su informe de 21 de marzo de 2012, expte. 220/2011/1881, notifica el procedimiento a seguir para la concesión de licencia de funcionamiento solicitada. 2.2.–En el mismo informe la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades certifica que en virtud del art. 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el art. 12.18.1 del Código Civil y a la Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, ha sido aportada prueba válida en derecho (fotografía aérea oficial del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda del Excmo. Ayuntamiento de Madrid de 31 de junio de 2007 donde aparece la construcción de referencia), para acreditar el transcurso de más de cuatro años desde la fecha de la total terminación de las obras realizadas sin licencia u orden de ejecución y exigidas por el Ordenamiento Jurídico vigente (art. 195.1 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid) para entender caducadas las potestades urbanísticas de restauración de la legalidad vigente, conculcada por la realización de obras no amparadas en licencia, situadas en la calle (...) de Madrid. 2.3 En el mismo escrito, de la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades, se advierte que la posible concesión de la licencia, deberá describir la situación de la infracción prescrita y la aplicación a las obras del régimen jurídico para la situación de fuera de ordenación establecido en el art. 64 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, el cap. 2.3 de las NN.UU. del Plan General de Ordenación Urbana y el art. 25 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, de 23 de diciembre de 2004. 2.4.–Presentada la documentación pertinente en el Registro de la Propiedad núm. 43 de los de Madrid, se recibe nota de calificación extendida por el Registrador de la Propiedad de dicha oficina, competente en razón del territorio donde radica la finca en el ámbito de sus facultades calificativas, en la que se informa que no se puede practicar la nota marginal practicada, por cuanto del cotejo entre la documentación aportada y la descripción registral resulta que la obra ilegal prescrita, puede estar realizada en los elementos comunes del inmueble. III.–Fundamentos de derechos 3.1.–La nota de calificación del Registrador titular del Registro de la Propiedad núm. 43 de los de Madrid, se fundamenta en que el titular registral de un solo elemento no puede ni exigir su reflejo en el folio de la finca de la que es titular, ni ostentar ningún derecho sobre la referida edificación (arts. 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal), por lo que resuelve suspender la

inscripción. 3.2.–(...)» pero no fundamenta la suspensión en los preceptos antes reseñados. Reproduce el artículo 196 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid. «3.4.–Con relación a los fundamentos de derecho aplicables a este supuesto que nos ocupa, nos remitimos al informe de la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades que trascribimos a continuación: - De conformidad con la interpretación jurisprudencial, el régimen jurídico aplicable a las obras ilegales con infracción prescrita es, actualmente, el contenido en el artículo 60.2 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976, esto es, el correspondiente al de la situación de fuera de ordenación. - Siguiendo ese criterio y teniendo en cuenta la graduación de la situación de fuera de ordenación hecha por el artículo 64 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, el capítulo 2.3 de las NN.UU. y el artículo 25 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas, de 23 de diciembre de 2004 (...). c) En el mismo sentido, el acuerdo núm. 109, de fecha 14 de marzo de 1995, del Grupo Técnico de Asesoramiento para la aplicación del anterior PGOUM dispone que, en estos espacios podrá concederse licencia de instalación de actividades para aquellas que pertenezcan a usos, clases, categorías y tipos que sean admitidos por el planeamiento vigente en ese emplazamiento y situación, siempre que las obras para la adecuación de la actividad prevista estén dentro de las indicadas en el anterior apartado y se cumplan las condiciones de seguridad, salubridad y medioambientales que estén establecidas reglamentariamente, exigidas en las NN.UU. o en normativas sectoriales aplicables, condicionando la concesión de la licencia a la renuncia expresa del incremento del valor del justiprecio expropiatorio por dichas obras. d) Las licencias que se concedan en infracciones urbanísticas prescritas describirán la situación de fuera de ordenación o la infracción prescrita, otorgándose bajo la condición de su inscripción en el Registro de la Propiedad (Art. 25.3 de la OTL). (...) f) Además para el funcionamiento de la actividad será necesario acreditar la inscripción de la prescripción de las obras objeto del presente expediente en el Registro de la Propiedad, mediante nota al margen de la inscripción de dominio de la finca correspondiente. (Art. 1.4, 74 y 76 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 los actos de naturaleza urbanística) IV.–Consideraciones (...) 4.2.–La obligación de inscripción en el registro de la propiedad de la infracción urbanística cometida en su día y prescrita actualmente, es independiente de la titulación de propiedad que el registrador de la propiedad fundamenta no poder inscribirla por estar realizada en elementos comunes del edificio, en donde no especifica que dichos elementos comunes son de uso privativo al estar situados en la azotea del inmueble, a donde solo puede tener acceso el titular de la planta tercera, es decir en donde se han realizado las obras ilegales con infracción prescrita (...)». Finaliza reiterando el recurrente que la inscripción registral marginal solicitada no supone incremento del valor del inmueble toda vez que así debe quedar reflejada en la misma inscripción y que las obras prescritas están realizadas en la última planta del edificio en la zona de terraza, que si bien es una zona común, es de uso privativo del titular registral de la planta tercera ya que el acceso sólo se puede realizar a través de las oficinas y del almacén de dicha planta, solicitando la revocación de la nota de calificación.

IV

La registradora emitió informe el 29 de enero 2015, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada, y remitió el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3, 18, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 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; 396 del Código Civil; 3 y 7 de la Ley sobre Propiedad Horizontal; 64 de la Ley

9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid; 1.4, 74 y 76 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; el capítulo 2.3 de las Normas Urbanísticas, el artículo 25 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas de 23 de diciembre 2004, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre de 2000; 4 de febrero de 2002; 20 de abril de 2006, y 9 de enero y 27 de noviembre 2012.

1. Las cuestiones que se plantean en el presente recurso son:

- Si puede hacerse constar a solicitud del titular registral de un elemento privativo de una división horizontal, por nota al margen de la última inscripción de dominio de su finca, la prescripción de una infracción urbanística por obras ejecutadas sobre una zona común del edificio por el titular de dicho elemento privativo.
- Si la ampliación de las obras ejecutadas sobre dicho elemento pueden inscribirse con la citada documentación.

2. En relación a la primera cuestión, debe distinguirse entre los conceptos de elemento común y elemento común de aprovechamiento privativo. Los elementos comunes son aquellas partes integrantes de un edificio sin las cuales no puede subsistir el propio edificio, ni conseguirse la independización física, jurídica y de aprovechamiento de los elementos privativos; los elementos comunes pertenecen a quienes sean titulares de los elementos privativos a través de un sistema de cuotas atribuidas a los diferentes propietarios en el título constitutivo de la propiedad horizontal donde todos los actos de administración y disposición que puedan afectar a los mismos deben ser realizados por los cotitulares en la forma prevista por la Ley de propiedad horizontal, como ya señaló la Dirección General en Resolución de 5 de octubre de 2000 todos los elementos no configurados como privativos deben ser considerados comunes.

Frente a los elementos comunes, los elementos comunes de aprovechamiento privativo no son en modo alguno, una situación o derecho de titularidad dominical plena.

En el presente caso, la consideración de elemento común de aprovechamiento privativo resulta de las manifestaciones realizadas por el recurrente y no del título constitutivo reflejado en el folio de la finca matriz, donde consta: «Y en cada una de las plantas tercera y cuarta, ciento noventa metros ochenta decímetros cuadrados y constan de un local diáfano y dos servicios, uno para señoras y otro para caballeros. Y además en planta de cubierta existe un torreón para caseta del cuarto de máquina de montacargas, y escalera de acceso con una superficie aproximada total construida de veinte metros cuadrados. El resto de la superficie no construida de solar, diez metros cincuenta decímetros cuadrados, se destina a patio de luces y vistas...». Dispone igualmente en su descripción el folio registral del elemento privativo, finca 48.399: «Urbana: número cinco. Local situado en la planta tercera de la casa de Madrid, calle (...) Ocupa la totalidad de esta planta, con excepción de las zonas comunes y consta de local diáfano con dos servicios, uno para señoras y otro para caballeros...».

Examinada la situación existente, no puede ser calificada la azotea a efectos de la resolución de este recurso como elemento común de aprovechamiento privativo en tanto que no resulta del título constitutivo tal consideración.

3. Realizada la distinción anterior, procede analizar ahora si el titular de un elemento privativo tiene la legitimación necesaria para declarar la obra nueva y solicitar la constancia registral de la declaración de fuera de ordenación de las obras realizadas sobre elementos comunes.

Las facultades del propietario en el seno de un edificio en régimen de propiedad horizontal para efectuar alteraciones físicas en el edificio se encuentran limitadas incluso cuando estas se realicen en el elemento privativo de que sea titular, en este sentido el artículo 7.1 de la Ley de propiedad horizontal señala que las obras o reformas no pueden menoscabar o alterar la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o

estado exteriores, o perjudicar los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad. En este sentido el segundo inciso del mismo artículo señala: «En el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador».

Por lo tanto, la legitimación para la declaración de la obra realizada correspondería a la comunidad de propietarios, salvo que se procediese a la previa desafectación del elemento común y su posterior transmisión al titular del elemento privativo que ejecutó indebidamente las obras.

Cuestión aparte es la documentación necesaria para proceder a la declaración de la obra nueva que en ningún caso es la mera instancia ni la certificación administrativa presentada, siendo ya doctrina consolidada de esta Dirección General conforme a lo dispuesto por el artículo 20.4 del texto refundido de la Ley del suelo, cuales son los cauces formales que deben observarse para la declaración de las obras nuevas y respecto de las cuales no cabe adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad, cuya antigüedad se acredita mediante certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título, no existiendo entre ellas preferencia jerárquica como ha tenido ocasión de señalar este Centro Directivo.

4. Por último en cuanto a la constancia registral de la declaración de fuera de ordenación de las obras realizadas al amparo de los artículos 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 la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística.

El artículo 74 del citado texto señala expresamente: «1. La nota marginal se tomará en virtud de instancia del titular de la finca a la que se acompañe certificación administrativa en la que conste literalmente el acuerdo adoptado. 2. En la misma se transcribirá literalmente el acuerdo que da lugar a su práctica y se especificará que no produce otro efecto que el previsto en el artículo anterior». El artículo 73: «Tales notas no surtirán otro efecto que el de dar a conocer, a quien consulte el contenido del Registro de la Propiedad, la situación urbanística de la finca en el momento a que se refiera el título que las origine, salvo los casos en que la legislación aplicable prevea un efecto distinto».

Dichos preceptos señalan varios aspectos esenciales, en primer lugar, la necesidad de que la solicitud sea realizada por el titular de la finca, en segundo lugar que quede determinada y por tanto identificada registralmente la finca a la que afecte el acuerdo adoptado y en tercer lugar los efectos de la nota marginal están limitados a generar un asiento que, a salvo de la eficacia que le otorgue la legislación aplicable, dé publicidad de dicha situación.

En el caso que nos ocupa como hemos visto la obra nueva no está declarada por lo que su inscripción en los términos antes señalados es un presupuesto previo a la extensión de la nota marginal, pero además la particularidad de encontrarnos sobre un edificio en propiedad horizontal y recaer la nota marginal sobre un elemento común conlleva necesariamente a que deban también en este caso ser los copropietarios a través del pertinente acuerdo adoptado en junta general quienes soliciten, salvo que se produzca la previa desafectación a que también se ha hecho referencia.

5. Por último, no se cuestiona por la registradora, como señala en su informe, en su calificación, la resolución de declaración de las obras en situación de fuera de ordenación ni que esta situación deba anotarse en el Registro, puesto que se fundamenta no en la infracción de las normas urbanísticas sino en la propia normativa civil e hipotecaria que afecta a su reflejo registral.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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, 14 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.