

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10168 *Resolución de 13 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Lepe, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva terminada y división en régimen de propiedad horizontal.*

En el recurso interpuesto por don Jacobo Savona Romero, Notario de Isla Cristina, contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la Propiedad de Lepe, don Miguel Verger Amengual, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva terminada y división en régimen de propiedad horizontal.

Hechos

I

Por el Notario recurrente se autorizó, en fecha 26 de febrero de 2015, escritura pública por la que se declaraba la obra nueva terminada de un edificio plurifamiliar que se divide horizontalmente en cuatro elementos independientes.

II

Presentada la referida documentación en el Registro de la Propiedad de Lepe, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Don Jacobo Savona Romero/don M. J. Z. Y.: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, le notifico que la escritura otorgada ante el citado Notario de Isla Cristina, don Jacobo Savona Romero, el 26/2/2015, con el número de protocolo 165/2015, que ha tenido entrada en este Registro el día 6/3/2015, habiéndosele asignado el número de entrada 1058 de 2015, causando el asiento de presentación 575 del diario 169, ha sido calificada negativamente bajo la siguiente nota: El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación de la precedente escritura, de conformidad con los artículos 18 y 19 Bis de la Ley Hipotecaria, hace constar: Hechos: I.–En la escritura se declara una obra nueva sobre la finca registral 2.395 de Isla Cristina y La Redondela, acreditándose la descripción de la misma mediante una certificación del arquitecto don F. B. R. C. M. incorporada a la escritura; sin embargo, la descripción que de la obra se hace en la escritura no es totalmente coincidente con la que resulta de tal certificación, en cuanto al cuarto de captadores solares situado en planta cubierta, por lo que no puede entenderse acreditada la descripción de la obra tal como ha sido consignada. Siendo esto así, para que la declaración de obra nueva pueda acceder al registro con la descripción que consta en la escritura será necesario acreditar dicha descripción en términos coincidentes con la que resulta del título. II.–La firma del arquitecto certificador de la descripción de la obra y de la eficiencia energética del edificio, según certificaciones incorporadas a la escritura, no se halla legitimada notarialmente, por lo que dichas certificaciones no pueden considerarse auténticas, ni, en el caso de la certificación acreditativa de la descripción de la obra, resulta suficiente a los efectos de acreditar la descripción de la obra declarada En los términos que establece el artículo 49 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. III.–En la escritura, tras la declaración de obra nueva se constituye el edificio resultante en régimen de propiedad horizontal, dividiéndose horizontalmente la edificación en tres elementos, sin que se haya incorporado a la escritura la pertinente licencia de división horizontal, por lo que, dado que dicho acto en Andalucía se halla sujeto

imperativamente a la concesión de licencia urbanística municipal, no será posible la inscripción del documento hasta que no se testimonie en el mismo dicha licencia. Fundamentos de Derecho: I.- Artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, que establece que: "1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo. Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de esta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos: a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios y b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al use previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente, salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna. 2. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los Registradores de la Propiedad exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior. Asimismo, el artículo 46 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, impone la obligación de acreditar la descripción de la obra y que esta se ajusta al proyecto para el que se concedió la licencia, por parte del técnico competente, y el artículo 49 de dicho Real Decreto exige igualmente la certificación del técnico que acredite la descripción de la obra, imponiendo al registrador el artículo 55 de dicho Real Decreto la obligación de calificar, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de lo establecido en dicho Reglamento para la inscripción de declaraciones de obra nueva, de tal forma que los documentos que no reúnan los requisitos exigidos no serán inscribibles. Por todo ello, no puede entenderse acreditada la descripción de la obra tal como se ha hecho constar en la escritura, pues de la certificación incorporada no resulta dato alguno relativo al cuarto de captadores solares. En dicho sentido se pronuncian las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 2005, 23 de enero de 2006, 4 de diciembre de 2009, 10 de marzo y 12 de noviembre de 2012, o 10 de marzo y 16 de diciembre de 2013, entre otras. II.- El Artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, y el 27 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía exigen la certificación de la descripción de la obra por parte del técnico competente, al igual que el Artículo 49 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, que establece, en cuanto al Certificado del técnico acreditativa de la descripción de la obra, que "La justificación por técnico competente de los extremos a que se refieren los artículos anteriores podrá hacerse: 1. Por comparecencia del técnico en el mismo acto del otorgamiento de la escritura o autorización del acta que, en cada caso, proceda. 2. Por incorporación a la matriz de la escritura o del acta de previa certificación del técnico, con firma legitimada notarialmente, que contenga la descripción de la obra nueva, coincidente con la del propio título en cuanto a los extremos que deben acreditarse. 3. Por la presentación de la certificación del técnico, con el carácter de documento

complementario del título inscribible. En este caso, la firma del certificado debe ser objeto de legitimación notarial, y en su contenido se deberá hacer expresa referencia a la descripción de la obra en construcción o finalizada objeto de la escritura o del acta, así como el nombre del Notario autorizante, fecha del documento y número del protocolo». Asimismo, artículo 20.1b de la Ley del Suelo, en su redacción dada por el RDL 8/2011 y RD 47/2007, de 19 de enero, por el que se aprueba el Procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción que se basa, a su vez, en la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la eficiencia energética de los edificios, establece la obligación de poner a disposición de los compradores o usuarios de los edificios un certificado de eficiencia energética, estableciendo el artículo único del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, que “2. Cuando se construyan, vendan o alquilen edificios o unidades de estos, el certificado de eficiencia energética o una copia de este se deberá mostrar al comprador o nuevo arrendatario potencial y se entregará al comprador o nuevo arrendatario, en los términos que se establecen en el Procedimiento básico.” Además, la imposibilidad de considerar auténtica la certificación del arquitecto, que carece de firma legitimada, la establece los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 y 34 de su Reglamento, dado que debe tenerse en cuenta que según el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para que el documento sea inscribible en el Registro de tener la condición de público o auténtico por estar autorizado por funcionario público competente y hacer fe por sí solo (artículo 1216 del Código Civil y 34 del Reglamento Hipotecario), por lo que no reuniendo la citada certificación los requisitos necesarios para tener la consideración de auténtica y, por tanto, inscribible, no puede tomarse en consideración su contenido, dada la ausencia de legitimación de su firma. III.—La licencia de División horizontal es exigible en Andalucía en base a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que establece que “Se considera parcelación urbanística: a) En terrenos que tengan el régimen propio del suelo urbano y urbanizable, toda división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas, parcelas o solares. b) En terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos. 2. Se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. En tales casos será también de aplicación lo dispuesto en esta Ley para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de la que se trate. 3. Toda parcelación urbanística deberá ajustarse a lo dispuesto en esta Ley y a las condiciones que establece la ordenación urbanística de los instrumentos de planeamiento. 4. Cualquier acto de parcelación urbanística precisará de licencia urbanística o, en su caso, de declaración de su innecesariedad. No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de su innecesariedad, que los Notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente”, y en el artículo 8 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, aprobado por Decreto 60/2010 de 16 de marzo, que establece que “Están sujetos a previa licencia urbanística municipal, sin perjuicio de las demás autorizaciones o informes que sean procedentes de acuerdo con la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, o con la legislación sectorial aplicable, todos los actos de construcción o edificación e instalación y de uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, y, en particular, los siguientes: a) Las parcelaciones urbanísticas a que se refiere la sección sexta del Capítulo II del Título II de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, salvo que estén contenidas en proyectos de reparcelación aprobados o sean objeto de declaración de innecesariedad de la licencia. Conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 7/2002, de

17 de diciembre, se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. En estos actos reveladores de parcelación urbanística, se requerirá la correspondiente licencia urbanística o declaración de innecesariedad, debiendo esta última condicionarse resolutoriamente al cumplimiento de las previsiones fijadas en el instrumento de planeamiento urbanístico, o en su caso, aquellas que garanticen la no inducción a la formación de nuevos asentamientos. Los Notarios y Registradores de la Propiedad, para autorizar e inscribir respectivamente las escrituras públicas de estos actos o negocios jurídicos, exigirán el previo otorgamiento de licencia urbanística o declaración de innecesariedad, debiendo los primeros testimoniarlo en las correspondientes escrituras públicas...) d) Las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de toda clase y cualquiera que sea su uso, definitivas o provisionales, sean de nueva planta o de ampliación, así como las de modificación o reforma, cuando afecten a la estructura, la disposición interior o el aspecto exterior, y las de demolición de las existentes, salvo el supuesto de ruina física inminente. e) La ocupación y la utilización de los edificios, o elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, establecimientos e instalaciones en general, así como la modificación de su uso total o parcial". Finalmente tal requisito viene exigido también por los artículos 53 a) y 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. En dicho sentido se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones de 25 de mayo de 2.005, o 12 de septiembre de 2011, entre otras. En su virtud, acuerda, suspender la inscripción interesada en el precedente documento, por los defectos subsanables antes expresados de: I.–No acreditarse la descripción de la obra declarada en términos coincidentes con la realizada en el título. II.–No certificarse por el técnico competente, que la descripción de la obra nueva y la división horizontal, se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia, ni acreditarse le eficiencia energética del edificio, al no poder considerarse auténticas las certificaciones aportadas por no hallarse legitimada notarialmente la firma del arquitecto emisor. III.–No testimoniarse en el título la licencia de división horizontal. No se ha tornado anotación de suspensión por no haberse solicitado expresamente. Contra la nota de calificación negativa (...) Lepe, veintitrés de marzo del año dos mil quince. El registrador (firma ilegible) Fdo.: Miguel Verger Amengual».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Jacobo Savona Romero, como Notario autorizante, interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 25 de abril de 2015, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.–La propiedad horizontal se ha ajustado en cuanto al número y tipología de los elementos independientes a la licencia de obra nueva y primera ocupación por lo que quedan cubiertos por la misma. La exigencia de una licencia adicional sobre la base de los artículos 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía y 8 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía implicaría tramitar un nuevo expediente sobre la base de un proyecto que no puede ser otro que el mismo que sirvió de base para la concesión de la licencia de obra, duplicando un control que la Administración ya ha ejercido; además, la aplicación del artículo 66 implicaría considerar la propiedad horizontal como un acto de parcelación aplicándosele los párrafos 5 y 6 de dicho precepto, sin que el acuerdo del registrador justifique por qué no son de aplicación; el criterio de entender cubiertos los elementos en que se divide la obra nueva con la licencia concedida tiene su cobertura en los artículos 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y 17 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. No hay razón para no entender cubierto el control administrativo por la licencia de obras, y Segundo.–La exigencia de licencia administrativa para un acto concreto debe tener la oportuna cobertura

legal en cuanto limitación al derecho de propiedad. El artículo 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía se ocupa exclusivamente de la propiedad horizontal como instrumento de elusión de la exigencia de licencia para las parcelaciones como demuestra su ubicación sistemática en la Ley. Del artículo 66 cabe deducir que sólo procede la exigencia de licencia para la constitución del régimen de propiedad horizontal cuando mediante su interposición se opere una parcelación urbanística. En consecuencia, no procede la exigencia automática de licencia (Resoluciones de 14 de julio de 2009 y 1 de octubre de 2013), lo que implica desde el punto de vista de la calificación registral una motivación especial y singular que no concurre; la terminología del artículo 66 obliga a distinguir entre la propiedad horizontal ordinaria que no plantea problema de parcelación, y los supuestos de propiedad horizontal tumbada y conjunto inmobiliario que sí pueden plantear problemas de parcelación; que la interpretación del artículo 66 debe hacer en unión con el artículo 17 de la Ley de suelo, que tiene carácter de legislación básica, que exige licencia para la constitución de conjunto inmobiliario respondiendo ambos precepto a la misma razón de evitar la parcelación por medio de figuras intermedias. Que es de aplicación la doctrina de las Resoluciones de 17 de octubre de 2014 y de 21 de enero y 28 de mayo del mismo año, así como la de 14 de enero de 2010 que, aunque anulada, lo fue por su carácter extemporáneo y no por motivos sustantivos.

IV

El registrador, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 12 de mayo de 2015, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 17.6 y 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo; 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal; 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de junio de 1998 y 21 de enero, 28 de mayo y 17 de octubre de 2014.

1. La única cuestión que es objeto de este expediente, por ser la única a que se refiere el escrito de recurso, hace referencia a si es exigible licencia administrativa para proceder a la inscripción, respecto de una edificación que se encuentra en Andalucía, de la constitución del régimen de propiedad horizontal con la subsiguiente división en elementos independientes.

Es especialmente relevante en la resolución del presente expediente que se trata de una escritura de declaración de obra nueva terminada y división en propiedad horizontal a la que se incorporan, entre otros documentos, la licencia municipal de edificación, así como la licencia de primera ocupación, por lo que la cuestión se centra en determinar si en estos supuestos es necesario además aportar licencia de división horizontal, como exige el registrador de la Propiedad.

2. Así planteada la cuestión, hay que partir de lo dispuesto en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que simultáneamente modificó y dio nueva redacción al artículo 10.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, y al artículo 17.6 de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

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 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 su 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 que 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 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. 17.2.º del Texto Refundido de la Ley de Suelo). En la actualidad el artículo 17.6 exige en todo caso una licencia específica para este tipo de situaciones jurídicas». También se afirmaba en la citada Resolución, «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».

3. Cabe señalar finalmente que 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 17.6 del texto refundido de la Ley de suelo, 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 17.6 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 RJ/2013/4458, de 9 de mayo, 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».

4. La legislación específica de Andalucía a que hace referencia el acuerdo del registrador no altera las anteriores conclusiones y no sólo por el carácter básico de la legislación de naturaleza estatal que ha quedado expuesta, sino porque nada hay en aquella que desvirtúe las consideraciones vertidas en párrafos anteriores.

Es cierto que el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, se refiere a que: «Se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquéllos en los que, mediante la interposición de... divisiones horizontales... puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior». Ahora bien es precisamente este último inciso el que resulta relevante pues el apartado anterior se refiere a: «...la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes...», quedando así de manifiesto que la intención de la norma es absolutamente coincidente con la comprendida en el artículo 17.6 de la Ley de suelo por lo que sólo cuando exista una operación jurídica de la que resulte, directa o indirectamente, el fraccionamiento del suelo o de sus usos estará justificada la exigencia de licencia como instrumento de control de la legalidad urbanística por parte de la Administración. Lo confirma la ubicación del citado artículo 66 dentro de la sección denominada «Las parcelaciones».

Este es igualmente el parecer del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sala de lo Contencioso, que en su Sentencia 768/2014, de 12 de septiembre, ante la división de un inmueble de uso exclusivo unifamiliar formando cuatro chalets en régimen de propiedad horizontal estableció lo siguiente: «...se colige sin ningún género de duda, la necesidad de licencia y que la ausencia de la misma determinó una actuación ilegal, en la medida en que la instrumentalización de la división horizontal, supuso la atribución de un uso ilegal, debido a que a través de una parcelación urbanística igualmente ilegal, se formaron cuatro fincas independientes y se atribuyeron usos comunes y exclusivos al margen de la legalidad, sin que pueda servir de amparo jurídico alguno, el resultado individual de cuatro partes y la asignación de un supuesto uso familiar, pues es evidente que el mismo es el resultado de una actuación ilegal, concretamente de una parcelación urbanística encubierta». Como resulta de la recensión, es la utilización del régimen de propiedad horizontal para obtener un resultado parcelatorio el que conllevó la confirmación de la sanción impuesta en instancia y la conclusión de que para un supuesto semejante es preceptiva la licencia administrativa.

Y ésta es igualmente la posición de nuestro Tribunal Supremo que en el fallo a que se ha hecho referencia anteriormente (Sentencia de 9 de mayo de 2013), entiende que sólo existe parcelación urbanística y en consecuencia necesidad de previo control administrativo cuando se «utiliza una norma de cobertura... para conseguir un resultado prohibido por la legislación urbanística y el planeamiento...», como era en el caso de autos «...una parcelación urbanística, realizada de forma encubierta...».

Es evidente, a la luz de las anteriores consideraciones que en el supuesto que da lugar a la presente, no se dan las circunstancias para que sea exigible una licencia de constitución del régimen de propiedad horizontal. Declarada la obra nueva terminada, amparada en una licencia administrativa 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 de la que pueda resultar una parcelación, o el incremento de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente respecto a los autorizados, carece de razón de ser la exigencia de licencia a efectos de inscripción.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

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, 13 de julio de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.