

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

18456 *Resolución de 21 de noviembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Algete a inscribir una escritura de división de finca en régimen de propiedad horizontal.*

En el recurso interpuesto por don J. V. R., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Hortícola del Centro, S.L.», contra la negativa del registrador de la Propiedad de Algete, don Ernesto Calmarza Cuencas, a inscribir una escritura de división de finca en régimen de propiedad horizontal.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 10 de abril de 2019 por la notaria de Madrid, doña Concepción Pilar Barrio del Olmo, con el número 456 de protocolo, la entidad «Hortícola del Centro, S.L.», constituyó régimen de propiedad horizontal sobre una parcela de su propiedad (finca número 3.650 del Registro de la Propiedad de Algete) en la que existía construida una vivienda, mediante la creación de dos elementos privativos, previa modificación de la descripción registral de la misma.

Dicha finca figuraba en el Registro con la siguiente descripción: «Parcela de terreno en la Urbanización Residencial denominada "(...)". Ocupa una superficie de 9.761 metros cuadrados. Sobre esta parcela existe constituida un chalet destinado a vivienda con una superficie total de 1.409 metros cuadrados, de los que 852,74 metros cuadrados corresponden a la propia vivienda y los restantes 556,26 m² a aparcamiento exterior», manifestándose en la escritura que la finca tenía actualmente una superficie de 904,27 metros cuadrados, de los que actualmente 802,57 metros cuadrados corresponden a la propia vivienda y los restantes 51,70 metros cuadrados a aparcamiento exterior, y añadiéndose que «sobre el resto, es decir, quinientos cuatro metros con cincuenta y seis decímetros cuadrados (504,56 m²), hasta los quinientos cincuenta y seis metros con veintiséis decímetros cuadrados (556,26 m²), que constan en el Registro de la Propiedad, destinados a aparcamiento exterior e instalaciones deportivas, no existe ni ha existido ningún tipo de aparcamiento, edificación o construcción que pueda destinarse a tales fines ni a ningún otro, siendo superficie abierta de la parcela».

En la escritura se expresaba: «Que por estar la finca descrita compuesta por elementos privativos, susceptibles de su aprovechamiento individual, la Compañía Mercantil "Hortícola del Centro, S.L.", por medio de su representante en este acto, y previa la obtención de las licencias municipales correspondientes, constituye sobre la finca anteriormente descrita el régimen de propiedad horizontal, quedando sometido a las disposiciones de la Ley sobre Propiedad Horizontal de 21 de Julio de 1960, teniendo en cuenta la reforma experimentada en ella por la Ley 8/1999, de 6 de abril; y subsidiariamente por las disposiciones del Código Civil, describiendo las partes del mismo con sus cuotas de participación en elementos comunes: 1.–Número uno.–Parcela de terreno denominada A, en la urbanización residencial denominada "(...)", en término municipal de Algete, provincia de Madrid, hoy calle (...) Es del tipo "D" y tiene el número 212 del plano parcelario. Ocupa una superficie de 5.810 m² y linda: al frente, en dos líneas rectas una de 9,48 metros y otra de 32,78 metros, con la calle (...); por la derecha entrando, en línea 76,96 metros, con finca número dos de esta división horizontal; izquierda, en línea recta de 135,74 metros, con parcela D-213; y por el fondo, en dos líneas rectas una de 43,95 metros y otra de 23,33 metros, con parcela número

dos resultante de esta división horizontal. Sobre dicha parcela se ha construido el chalet destinado a vivienda con una superficie construida total de (...) (904,27 m²) [se reitera la descripción inicial] Cuota.—Se le asigna una cuota de participación del 59,52 por ciento.

2.—Número dos.—Parcela de terreno denominada B, en la urbanización residencial denominada “(...)”, en término municipal de Algete, provincia de Madrid, hoy calle (...) Es del tipo “D” y tiene el número 212 del plano parcelario. Ocupa una superficie de 3.951 m² y linda: al frente, en línea recta de 8,54 metros, con la calle (...); por la derecha entrando, en línea recta de 165,40 metros, con parcela D-11; Por la izquierda entrando, en tres líneas una de 76,96 metros, otra de 43,05 metros y otra de 23,33 metros, con finca número uno de esta división horizontal y en línea de 28,26 metros con parcela D-213; y por el fondo, en líneas curvas de 70,00 metros, con límite de la finca matriz de donde procede. Cuota.—Se le asigna una cuota de participación del 40,48 por ciento».

Se acompañaba a dicha escritura certificación catastral descriptiva y gráfica, certificación alternativa de representación gráfica georreferenciada expedida por técnico; y se testimonia en la misma escritura un decreto de la primera teniente de alcalde del Ayuntamiento de Algete, doña Beatriz González de Castejón, número 481/2018, de 12 de septiembre de 2018, por el que se acordaba «conceder a Hortícola del Centro, S.L., autorización municipal interesada para “División Horizontal”, en la C/ (...), de este término municipal, de acuerdo con el informe técnico transcrito».

En este decreto se transcribía el informe de los servicios técnicos del Ayuntamiento, de 18 de julio de 2018, en el que se expresaba lo siguiente: «No existe una licencia específica para la división horizontal, pero si necesita la autorización municipal y puesto que el plan Parcial (...) establece la posibilidad de construir una segunda vivienda en régimen de división horizontal en las parcelas de más de 4000 m², no existe ningún impedimento urbanístico para que se realice, y por tanto se autoriza la división horizontal solicitado con las siguientes características: 1. Al tratarse de una parcela de tipo D en concreto la D-212, se permite la construcción de una segunda vivienda en régimen de división horizontal. Sobre la parcela original de 9.761,00 m² se constituye la siguiente división: parcela A con 5.810,00 m² de suelo y un coeficiente de propiedad de 59,52 % y una parcela B con 3.951,00 m² de suelo y un coeficiente de 40,48 %. (...)».

Y en el mismo decreto se transcribía también el siguiente informe jurídico, de 28 de agosto de 2018, en el cual, después de hacer una referencia al artículo el artículo 10.3.b) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, indicaba «la Disp. Final 1.ª de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que modificó entre otros, el art. 10.3.b) de la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal - LPH-, con el objeto de evitar que los actuales regímenes de mayorías establecidos para la adopción de acuerdos en el seno de la comunidad de propietarios impidan la realización de las actuaciones previstas en la nueva Ley, exige la autorización expresa del Ayuntamiento para la constitución y modificación del complejo inmobiliario cuando provoque un incremento de sus elementos privativos, entendiéndose por tal todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distinguen 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. Así, el mencionado precepto 10.3.b) establece lo siguiente: “3. Requerirán autorización administrativa, en todo caso: (...) b) Cuando así se haya solicitado, previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte; la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética, o de las cosas comunes, cuando concurren los requisitos a que alude 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 el mismo informe jurídico se añadía que en este caso «el régimen de propiedad horizontal mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta, sin que exista división o fraccionamiento del terreno toda vez que no hay alteración de forma -la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia- superficie o linderos. Visto el informe técnico emitido con fecha 18 de julio de 2018, y examinada la legislación aplicable, no existe inconveniente jurídico para autorizar la división horizontal planteada».

II

Presentada el día 22 de mayo de 2019 copia autorizada de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Algete, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario.

El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por J. V. R. que se corresponde a la escritura de división horizontal otorgada el día 10/04/2019, ante el notario de Madrid, doña Concepción Pilar Barrio del Olmo, número 456/2019 de su protocolo, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

I.–Hechos.

Presentada a las 15:37 horas del día 22/05/2019, con el número de entrada 1714 y número de asiento 329/42.

II.–Fundamentos de Derecho.

1. La finca registral número 3.650 del Registro de Algete, se describe en el Registro como: Parcela de terreno en la Urbanización Residencial denominada “(...)”. Ocupa una superficie de 9.761 metros cuadrados. Sobre esta parcela existe constituida un chalet destinado a vivienda con una superficie total de 1.409 metros cuadrados, de los que 852,74 metros cuadrados corresponden a la propia vivienda y los restantes 556,26 m² a aparcamiento exterior.

Por la escritura presentada se modifica la descripción de la obra declarada sobre la finca en el sentido de manifestar que no existe ni ha existido nunca ningún tipo de aparcamiento edificación o construcción que pueda destinarse a tales fines ni a ningún otro, siendo superficie abierta de la parcela.

A continuación, por estar la finca descrita compuesta por elementos privativos susceptibles de aprovechamiento individual, se constituye en régimen de propiedad horizontal quedando sometido las disposiciones de la Ley de Propiedad Horizontal y, subsidiariamente por las disposiciones del Código Civil, formando dos elementos que se describen como:

Número uno.–Parcela de terreno denominada A. Ocupa una superficie de 5.810 m².

Sobre esta parcela se ha construido el chalet destinado a vivienda que se ha descrito más arriba. Se describen los linderos. Cuota: 59,52 por ciento.

Número dos.–Parcela de terreno denominada B. Ocupa una superficie de 3.951 m². Sin construcciones. Se describen los linderos. Cuota: 40,48 por ciento.

Respecto de los elementos comunes se dice que serán elementos comunes los que establece el artículo 396 CC. Y se establecen unas normas de comunidad y estatutos.

Se incorpora a la escritura autorización municipal para “división horizontal” suscrita por el Teniente Alcalde del Ayuntamiento, por delegación de funciones, con el visto bueno del Secretario Municipal; certificación catastral descriptiva y gráfica; y certificado de georreferenciación de segregación de fincas, con las coordenadas de las parcelas resultantes de la parcelación.

2. En relación con la constitución de la finca en régimen de propiedad horizontal se entiende, de acuerdo con lo que se expone a continuación, que las operaciones realizadas no suponen una división horizontal, siquiera de las llamadas “propiedades horizontales tumbadas”, sino una auténtica parcelación o división material del terreno.

Según ha ido perfilando la doctrina DGRN, 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, mantenido la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Se rige por la Ley especial que si bien su artículo 2.º declara de aplicación no sólo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5.º, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 CC 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, sin que ello signifique que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal.

El artículo 24, que integra el nuevo Capítulo III de la Ley especial, extiende la aplicación del régimen, que no la naturaleza, a los complejos inmobiliarios que reúnan, entre otros, el requisito de estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí y cuyo destino principal sea vivienda o locales. Por eso, bajo el calificativo de «tumbada» que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se adjetivan como tumbadas tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal.

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 de complejo inmobiliario 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. Adviértase que el propio informe jurídico que se transcribe en la autorización municipal, reproduce literalmente esta argumentación: “el régimen mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta, sin que exista división o fraccionamiento del terreno toda vez que no hay alteración de forma -la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia-superficie o linderos”.

En el caso que nos ocupa, se considera que, a pesar de la denominación utilizada de “división horizontal”, se está produciendo de facto a una alteración de la forma de la parcela, de la superficie y linderos por las siguientes razones.

- a) La descripción de cada elemento independiente se describe como una parcela independiente, con sus propios linderos y con su superficie privativa.
- b) La suma de las superficies privativas de las parcelas resultantes agota toda la superficie del solar de la finca matriz.
- c) De la descripción de los linderos de los dos elementos independientes resulta que no existe ningún espacio común entre ellos, únicamente la propia valla o muro de separación de ambas parcelas.
- d) Que el informe de georreferenciación que se incorpora, suscrito por técnico competente, resulta la evidencia de una auténtica segregación de fincas o parcelación, como reza en su misma portada.

Por todo ello se debe concluir que el suelo no es elemento común, sino que queda fraccionado. Y tampoco puede considerarse que sea común el vuelo, a pesar de que se manifieste que son elementos comunes todos los que determina el artículo 396 CC, pues en el artículo 7 de los estatutos se autoriza a cada propietario realizar en su parte

privativa las obras e instalaciones que estime oportunas, incluso la construcción completa de una vivienda de nueva planta, lo que implica aprovechar de manera exclusiva para un propietario el vuelo de la finca.

Resultando de la escritura que ni el suelo ni el vuelo pueden considerarse elemento común, no puede admitirse que la configuración jurídica realizada mantenga la unidad jurídica de la finca que es consustancial con el régimen de propiedad horizontal. La configuración realizada, pese a calificarse formalmente como “división horizontal”, implica una parcelación de terrenos que deberá ser previamente autorizada como tal y de manera expresa por el Ayuntamiento, a través de la preceptiva licencia de parcelación.

No desvirtúa esta afirmación el artículo 3 de los Estatutos que configura como de propiedad común la valla o cerramiento de separación entre las dos fincas, antes al contrario, define perfectamente el resultado querido por las partes de realizar un auténtico fraccionamiento del terreno con separación total de ambas propiedades. Por un lado, como se ha dicho, es el único elemento común; y, por otro, su configuración como de propiedad común responde a la naturaleza de la medianería, siendo insuficiente para justificar la aplicación del régimen de división horizontal. Es evidente que los particulares, en uso de la autonomía de la voluntad (Cfr. artículo 1.255 CC), pueden configurar del modo que entienden más adecuado a sus intereses sus relaciones jurídicas, sin que se les pueda imponer uno u otra solución entre las diversas alternativas posibles que ofrece la legislación, pero eso será siempre que se respete las normas imperativas y de orden público, siendo así que la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción y que el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario (artículos 4 y 11 TR Ley del Suelo de 2018).

3. Respecto de la necesaria licencia de parcelación, el artículo 26.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, y que tiene el carácter de disposiciones establecidas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal por el artículo 149.1.4.^a, 8.^a y 14.^a, dispone que:

“2. La división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva.

En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, 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 cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción.”

Esta remisión a la legislación urbanística aplicable nos conduce al artículo 143 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid establece que:

“Actos de parcelación.

1. Tendrán la consideración de actos de parcelación con independencia de su finalidad concreta y de la clase de suelo, cualesquiera que supongan la modificación de la forma, superficie o lindes de una o varias fincas.

2. Cualquier acto de parcelación precisará licencia urbanística previa. No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se documente un acto de parcelación con independencia de su naturaleza, o del que resulte o derive ésta, sin la aportación de la preceptiva licencia urbanística, que los Notarios deberán testimoniar íntegramente en aquélla.”

Y continúa diciendo los artículos 145 y 146:

“Artículo 145. Actos de parcelación urbanística.

1. Tiene la consideración legal de actos de parcelación urbanística, cualquier división o parcelación de terreno que se lleve a cabo en suelo urbano y urbanizable, salvo en el urbanizable no sectorizado en el que no se haya aprobado Plan de Sectorización.

2. Es nula toda parcelación urbanística que sea contraria a la ordenación urbanística o infrinja lo dispuesto en el presente capítulo.

3. No se podrán efectuar actos de parcelación urbanística en el suelo urbano no consolidado, ni en el suelo urbanizable sectorizado, mientras uno y otro no cuenten con la correspondiente ordenación pormenorizada.

Artículo 146. Indivisibilidad de fincas, parcelas y solares.

Serán indivisibles los terrenos siguientes:

I. Los que tengan unas dimensiones inferiores o iguales a las determinadas como mínimas en el planeamiento urbanístico, salvo que se adquieran simultáneamente con la finalidad de agruparlos y formar una nueva finca con las dimensiones mínimas exigibles

II. Los de dimensiones inferiores al doble de las requeridas como mínimas, salvo que el exceso sobre éstas se agrupe en el mismo acto a terrenos colindantes para formar una finca independiente que tenga las dimensiones mínimas exigibles.

III. Los que tengan asignada una edificabilidad en función de la superficie, cuando se materialice toda la correspondiente a ésta.

IV. Los vinculados o afectados legalmente a las construcciones o edificaciones autorizadas sobre ellos.”

De lo expuesto resulta que, realizada en la escritura presentada, con independencia de la finalidad concreta, una modificación de la forma, superficie y lindes de una finca, es exigible la preceptiva licencia urbanística según la legislación sustantiva del Suelo tanto estatal como autonómica. Y no puede obviarse tal exigencia por el hecho de que el compareciente manifieste en el documento público presentado a inscripción que es una división horizontal, pues la denominación utilizada no puede alterar la verdadera naturaleza de la operación realizada.

Si es posible el otorgamiento de la licencia de parcelación, ésta es la que deberá acreditarse para poder inscribir la escritura pues responde a la auténtica operación que se ha realizado. Y si no fuera posible su obtención, por no ajustarse a las exigencias del planeamiento, parece claro que no puede admitirse que se consiga por otra vía, no pensada para ello, el mismo resultado fáctico con sólo cambiar la denominación del negocio (Cfr. artículo 6.4 CC). Procede en este punto traer a colación sendas sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 26 de febrero de 2007 y 3 de octubre de 2008, que anulan la Resolución DGRN de 10 de diciembre de 2003, y otra de 14 de junio de 2004, respectivamente, en las que la cuestión que se ventilaba era la necesidad o no de la licencia de segregación en una pretendida propiedad horizontal tumbada. El Tribunal estima, a diferencia de la D.G.R.N., que tal licencia es necesaria ya que, al asignar espacios libres de terreno de uso privativo, tal asignación hace que en modo alguna pueda considerarse el suelo como elemento común esencial, de tal forma que tal atribución implica una verdadera división de suelo, de manera análoga a las participaciones indivisas de finca con atribución de uso exclusivo de terreno.

Como ha venido señalando la DGRN (vid por todas RDGRN de 12 de julio de 2010 B.O.E. 18 de septiembre de 2010), el concepto de parcelación urbanística ha trascendido de la estricta división material de fincas -la tradicional segregación, división o parcelación- para alcanzar la división ideal del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de

propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos; y, en segundo lugar, que la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria a aquella asignación, pues el elemento decisorio es la posible aparición de tales asentamientos como cuestión de hecho, con independencia de que el amparo formal y legal de la titularidad individual esté más o menos garantizado, se realice en documento público o privado o se haga de forma expresa o incluso tácita.

4. Con relación a la parcelación realizada, tras la reforma de la Ley Hipotecaria, operada tras la Ley 13/2015, el artículo 9.b) señala que: "Siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos", la inscripción contendrá: "la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices (...) Para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa."

En el caso que nos ocupa, tratándose de la inscripción de una parcelación, es obligatoria la aportación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas resultantes.

Para ello debe aclararse en primer lugar cuál es la superficie que los interesados estiman que coincide con la realidad física de las fincas resultantes de la parcelación; si la que figura en la descripción literaria o las que resultan del informe de georreferenciación que se incorpora, pues en el Registro no pueden figurar dos superficies diferentes, máxime cuando se trata de un supuesto de obligatoria inscripción de la base gráfica. Téngase en cuenta que, después de la descripción de la finca, las partes no solicitan la coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad.

Si se estimara que lo correcto son las superficies que figuran en el informe incorporado, deberá procederse a la rectificación de la descripción literaria y que los interesados manifiesten expresamente que la realidad física de la finca es la que resulta del repetido informe incorporado, en cuyo caso, la representación gráfica georreferenciada se obtendrá directamente del mismo.

Si, por el contrario, la realidad física de las fincas se correspondiera con la superficie dada en la descripción literaria deberá aportarse una representación gráfica alternativa, que deberá cumplir con los requisitos establecidos en la legislación hipotecaria, y en la resolución de 29 de octubre de 2015 de la Subsecretaría de la Presidencia, por la que se publica la Resolución conjunta DGRN y de la DG Catastro (BOE de 30 de octubre de 2015).

5. Finalmente para que tenga acceso al Registro la modificación de la descripción de la edificación existente sobre la finca, deberá acreditarse por certificado técnico la inexistencia de las construcciones declaradas, puesto que en el Catastro sí figura dado de alta como construcción una superficie de uso deportivo.

Por lo expuesto, y por considerarlo defecto subsanable acuerdo suspender la inscripción solicitada.

Contra el presente acuerdo de calificación del Registrador (...)

Algete Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Ernesto Calmarza Cuencas registrador/a de Registro Propiedad de Algete a día once de Junio del año dos mil diecinueve».

III

Solicitada calificación sustitutoria al amparo de lo previsto por el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, la misma, en aplicación del cuadro de sustituciones del artículo 274 de la Ley Hipotecaria, correspondió al registrador Mercantil IV de Madrid, don Alfonso Ventoso Escribano, quien confirmó la calificación del registrador sustituido mediante la siguiente calificación de fecha 4 de julio de 2019:

«Hechos (...)

Fundamentos de Derecho:

Primero.–(...)

Tercero.–La cuestión se centra en determinar si la escritura de la que se ha solicitado calificación sustitutoria es inscribible o es correcta la calificación de la citada registradora [sic].

Con la documentación presentada considero que no puedo revocar la calificación y practicar la inscripción solicitada con todo respeto a cualquier opinión en contra.

Conforme al art. 19 bis de la LH bastaría esta conformidad para concluir la calificación. Sin embargo, parece más adecuado en atención al solicitante un mayor desarrollo.

Cuarto.–Hay que reconocer que la escritura está bien articulada, así como la nota de calificación está fundamentada de modo extenso.

Reconociendo este, a mi juicio, notable desarrollo jurídico por ambos, la notaria y el registrador, creo que los documentos incorporados presentan suficientes dudas como para poder revocar la calificación.

Con todo respeto, creo que el Decreto municipal concediendo autorización municipal para la división horizontal y los fundamentos empleados no tienen suficiente claridad aludiéndose a división horizontal, complejo inmobiliario, dos viviendas unifamiliares en régimen de comunidad de bienes que no son situaciones iguales.

Pero parece claro que el certificado de georreferenciación está enfocado como un supuesto de división material y los planos adjuntos van en esa línea. Ya la hoja de presentación (y en el interior), al aludir a segregación y entre paréntesis “parcelación por división horizontal tumbada”, no parece vaya a ser claro y que estemos ante un certificado preciso desde el punto de vista jurídico. Como es sabido el calificativo “tumbada” abarca diversas hipótesis, tanto una parcelación como una división horizontal.

Parece, pues, que el supuesto se acerca más a una división material que a una propiedad horizontal.

Sabido es que elementos relevantes de una propiedad horizontal son el vuelo y el suelo y aunque se podría entender que lo son con la referencia al art. 396 del Código Civil parece que realmente el único elemento común es una valla de cerramiento. Así parece que puede entenderse al dividir la parcela en dos parcelas y sobre una hay un chalet y sobre la otra se puede construir con notable libertad sin que se articulen normas sobre ello pues no hay que olvidar que se estaría construyendo sobre un suelo no privativo sino común de estar en propiedad horizontal.

Por otro lado, del examen del historial registral aparece la construcción de un chalet dentro de una escritura de herencia, al parecer (se trata de una inscripción, la 3.^a, concisa). En la inscripción 5.^a aparece como vivienda unifamiliar y en la 13.^a de rectificación de obra nueva aparece como “indivisible y se destina a vivienda unifamiliar”.

Sabido es que se ha cuestionado si cabe una división horizontal sobre una vivienda unifamiliar, que fue admitida por resolución DGRN de 18 de julio de 1996, reiterada en alguna posterior como la de 16 de enero de 2002, que no fueran ajenas a una importante crítica por un sector doctrinal.

La cuestión tiene su importancia y ha sido objeto de análisis en alguna resolución. Cabe citar a tal fin la resolución de la DGRN de 1 de junio de 2018 con cita de varios precedentes. De estos creo tiene especial relevancia la de 12 de abril de 2011 o la de 25

de abril de 2018; en esta última en la que se plantea una división horizontal de una vivienda unifamiliar recuerda el supuesto planteado pues es una finca en el Registro de Algete y se formaliza una división horizontal tumbada.

Por lo expuesto considero que procede la siguiente

Conclusión:

Se confirma la calificación negativa con la documentación presentada por los fundamentos expuestos.

De conformidad con los arts. 19 bis y 324 LH, art. 8 RD 1039/2003, de 1 de agosto, concordantes le notifico la presente calificación sustitutoria a los efectos que estimen procedentes».

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don J. V. R., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Hortícola del Centro, S.L.», interpuso recurso el día 22 de agosto de 2019 en el que alegaba los siguientes fundamentos jurídicos:

«Fundamentos de Derecho

Llama la atención en la calificación del registrador que prescinda de la verdadera voluntad de las partes amparada por la correspondiente autorización municipal, y tras unas consideraciones sobre la propiedad horizontal, la propiedad horizontal tumbada y los complejos inmobiliarios, decida que la operación formalizada en la escritura no es una división horizontal “siquiera de las llamadas ‘propiedades horizontales tumbadas’” sino una auténtica parcelación, y ello aunque a la escritura está unido el Decreto 481/2018 de la Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Algete en que se concede autorización municipal para “división horizontal” de acuerdo con el informe de los Servicios Técnicos Municipales cuyo tenor literal es el siguiente:

“No existe una licencia específica para la división horizontal, pero si necesita la autorización municipal y puesto que el plan Parcial de (...) establece la posibilidad de construir una segunda vivienda en régimen de división horizontal en las parcelas de más de 4000 m², no existe ningún impedimento urbanístico para que se realice, y por tanto se autoriza la división horizontal solicitado con las siguientes características:

Al tratarse de una parcela de tipo D en concreto la D-212, se permite la construcción de una segunda vivienda en régimen de división horizontal. Sobre la parcela original de 9.761,00 m² se constituye la siguiente división: parcela A con 5.810,00 m² de suelo y un coeficiente de propiedad de 59,52 % y una parcela B con 3.951,00 m² de suelo y un coeficiente de 40,48 %.

Con la aplicación de la ordenanza se obtiene los siguientes parámetros urbanísticos:

Parcela original (D 212) con una superficie de 9.729 m², con una ocupación de superficie fundamental de 1.072,90 m² (superficie de parcela por el 10% + 100 m²) y una secundaria de 214,58 m² correspondiente al 20 % de superficie fundamental.

Parcela A con un coeficiente del 59,52% al que le corresponde una superficie de suelo de 5.810 m² con una superficie fundamental de 638,59 m² y una secundaria de 127,72 m², teniendo consumido en la actualidad 372 m² de superficie fundamental y 00,00 m² de secundaria.

Parcela B con un coeficiente del 40,48% al que le corresponde una superficie de suelo de 3.951 m² con una superficie fundamental de 434,31 m² y una secundaria de 86,86 m² y teniendo consumida en la actualidad 0,00 m² de superficie fundamental y 0,00 m² de secundaria”.

De lo transcrito resulta que el Decreto del Ayuntamiento autoriza que la finca 3650 del Registro de la Propiedad de Algete sea dividida horizontalmente en dos fincas con la misma superficie y la misma cuota de participación, esto es, con los mismos efectos sustantivos y formales que los contenidos en la escritura autorizada por la notario de Madrid doña Concepción Pilar Barrio Del Olmo, el día 10 de abril de dos mil diecinueve, número 456 de protocolo.

Y el informe jurídico tenido en cuenta por el Ayuntamiento para la concesión de la autorización señala que Establece el PGOU de Algete, en la ficha que regula la Urbanización (...), lo siguiente:

“En las parcelas >4000 m² sin alterar el parcelario se puede plantear la construcción de dos viviendas unifamiliares independientes en régimen de comunidad de propietarios”.

Sin embargo, parece como si la calificación prescindiera de la autorización municipal o que el registrador no reconociera al Decreto 481/2018 de la Primer Teniente de Alcalde de Algete la ejecutividad y las presunciones de validez y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos y que establecen los artículos 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que señalan: [se reproducen]

El apartado 1 del artículo 39 LPAC recoge la tradicional presunción de validez de los actos administrativos. Esta presunción tiene carácter *iuris tantum*, pero para destruirla es preciso impugnar el acto y obtener su anulación administrativa o judicial, y mientras no se produce esa anulación, el acto despliega todos sus efectos, a no ser que se obtenga la medida cautelar de suspensión de la eficacia del mismo.

Como consecuencia de la presunción de validez, los actos administrativos en principio producen efectos desde la fecha en que se dicten. La eficacia inmediata tiene una excepción de carácter general que se recoge en este mismo apartado, y que consiste en que el propio acto disponga otra cosa, es decir, posponga o anticipe sus efectos.

Estas prevenciones son idénticas a las que se contienen en el ámbito local, pues los artículos 4.1 y 51 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local disponen lo siguiente: el artículo 4.1 e) que “en su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas: la presunción de legitimidad y la ejecutividad de sus actos”, y el artículo 51 que “los actos de las entidades locales son inmediatamente ejecutivos, salvo en aquellos casos en que una disposición legal establezca lo contrario o cuando se suspenda de acuerdo con la Ley”.

El Tribunal Supremo ha reconocido reiteradamente las presunciones de validez y eficacia de que gozan los actos administrativos. Basta con citar STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, Sentencia 165/2019, de 12 de febrero de 2019, Rec. 665/2017; STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 19 de mayo de 2008, Rec. 826/2007 que declara que “nuestro ordenamiento parte del principio de eficacia de la actividad administrativa, art. 103.1 CE, y del principio de presunción de validez de la actuación administrativa, art. 57 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAPAC”; y STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 31 enero de 2012, Rec. 27/2011.

En el mismo sentido se ha manifestado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones estableciendo los límites de la calificación registral. Véase por todas la RDGRN de 11 de abril de 2019 que declara que “el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de éste, así como la relación del mismo con el título registral y a los obstáculos que surjan con el Registro (cfr. entre otras, las Resoluciones de 27 de abril

de 1995, 27 de enero de 1998, 27 de marzo de 1999, 31 de julio de 2001, 31 de marzo de 2005, 31 de octubre de 2011 y 1 de junio de 2012, o las más recientes de 13 de febrero y 13 de marzo de 2019). De acuerdo con esta doctrina, corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadoras de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal, y en este sentido -como una garantía más del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva- debe ser entendido el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, en congruencia con los artículos 1, 20 y 40 de la Ley Hipotecaria. Y como señaló la Resolución de 7 de septiembre de 1992, no ha de importar, para negar en su caso la inscripción, que los defectos puedan ser causa de anulabilidad, y no de nulidad de pleno derecho, pues al Registro sólo deben llegar actos plenamente válidos, máxime si la posible anulabilidad está establecida en interés y garantía del titular registral para evitar su indefensión (cfr. Resoluciones de 19 de julio, 10 de octubre de 2018 y 13 de febrero de 2019, entre otras).

En definitiva, por imponerlo así el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, la calificación registral de los documentos administrativos se ha de extender entre otros extremos, a 'la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido', 'a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento' y 'a la relación de éste con el titular registral'".

Sin embargo, más allá como declara la propia DGRN, entre otras la Resolución de 2 de abril de 2018, "sólo los jueces y tribunales pueden controlar la legalidad de la actuación administrativa, y por eso la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece en su artículo 2 que será esta jurisdicción la competente para entender de todas las cuestiones que se susciten en relación con la validez o legalidad de los actos o disposiciones de las corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas -cfr. también el artículo 64 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".

Pese a la regulación expuesta y los términos claros y concluyentes de los pronunciamientos del TS y las Resoluciones de la DGRN, el registrador de Algete pone en duda, al menos, la eficacia, de la autorización municipal del Ayuntamiento para la división horizontal en los mismos términos y con idénticos elementos privativos que se plasman en la escritura, e invocando el artículo 26.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana; y los artículos 143, 145 y 146 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, exige licencia urbanística, obviando la autorización administrativa con que cuenta la división horizontal formalizada en la escritura.

Añade que la denominación utilizada "división horizontal" no puede alterar la verdadera naturaleza, en su opinión, de la operación realizada a lo que cabe oponer que la simple consideración del registrador no puede alterar la realidad extrarregistral, ni destruir la presunción de validez y eficacia de un acto administrativo como es del Decreto de la Primer Teniente de Alcalde autorizando la división horizontal.

En contra de la voluntad de los otorgantes que se remiten a los elementos comunes del artículo 396 del Código Civil el registrador se empeña en considerar que no son elementos comunes ni el suelo ni el vuelo, y, por supuesto, ningún otro como por ejemplo el subsuelo.

Para reafirmarse en su opinión transcribe "parte" del artículo 7 de las normas de comunidad contenidas en la escritura pues al mencionar que el artículo 7 autoriza a cada propietario realizar en su parte privativa las obras e instalaciones que estime oportunas, incluso la construcción completa de una vivienda de nueva planta, se le olvida que el

artículo 7 continúa estableciendo “siempre que nada de ello afecte a los elementos comunes de la finca,”, esto es, al vuelo (ex artículo 396 CC). Omitiendo tal limitación el registrador concluye que cada propietario podrá aprovechar de manera exclusiva el vuelo de la finca, como si tal aprovechamiento no fuera a afectarle.

Sorprende que, pese a contar con un decreto municipal autorizando “la división horizontal” el registrador parezca dar más credibilidad y validez a la hora de calificar y determinar, a su juicio, la verdadera naturaleza del acto formalizado en la escritura, al “certificado de georreferenciación. A) segregación de fincas (parcelación por división horizontal tumbada), B) huella de edificaciones”, y no solo informe de segregación como refiere el registrador, unido a la escritura, y se apoya en ese certificado para afirmar que “resulta la evidencia de una auténtica segregación de fincas o parcelación, como reza en su misma portada”, lo que sucede es que en la misma portada también reza y también lo omite “división horizontal tumbada”.

Parece que el técnico que ha elaborado el certificado no distingue jurídicamente, ni tiene porque hacerlo, entre parcelación, segregación y división horizontal tumbada. Por el contrario, el registrador que no reconoce eficacia alguna al Decreto del Ayuntamiento que previos los correspondientes informes técnicos y jurídicos, autoriza una “división horizontal”, ni a la calificación de la notario autorizante, con base en un certificado expedido por persona no perita en derecho concluye que la operación formalizada es una auténtica parcelación o división material del terreno y no una división horizontal tumbada aunque tal denominación también aparece en “la portada” del certificado de georreferenciación».

V

Notificada de la interposición del recurso a doña Concepción Pilar Barrio del Olmo, notaria de Madrid, como autorizante del título calificado, formuló las siguientes alegaciones el día 29 de agosto de 2019 defendiendo la posibilidad de practicar la inscripción:

«Primera.—Como consta en la referida escritura, al estar compuesta la finca registral 3650 objeto de la misma por elementos privativos susceptibles de aprovechamiento individual, la entidad mercantil “Hortícola del Centro, S.L.”, previa la obtención de la correspondiente autorización municipal, procedió a constituir sobre la misma el régimen de propiedad horizontal, quedando integrado por dos elementos privativos identificados como “número uno” y “número dos”, cuya descripción coincide exactamente con la contenida en la autorización municipal, siendo elementos comunes además de los que se determinan en la escritura los que establece el artículo 396 del Código civil.

Apoya el señor registrador su calificación para concluir que la escritura contiene no una división horizontal tumbada, “sino una auténtica parcelación o división material del terreno” en que “La descripción de cada elemento independiente se describe como una parcela independiente, con sus propios linderos y con su superficie privativa”. Resulta, por tanto, que uno de los argumentos que utiliza el registrador para negar que la escritura calificada contenga una división horizontal y asegurar que se trata de una auténtica “parcelación o división material del terreno” es precisamente el elemento caracterizador de la división horizontal, esto es, la coexistencia, dentro de un mismo régimen jurídico de un derecho de propiedad privada y exclusivo y un derecho de copropiedad, siendo así que el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal señala que “El título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquéllos al que se asignará número correlativo. La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo. La de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano”. Describir los linderos y la superficie de cada elemento privativo en un régimen de propiedad horizontal, como estoy segura conoce el

registrador de la propiedad, no es indiciario de la existencia de una parcelación o división material de fincas, sino que viene exigido por el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, los artículos 8 y 9 de la Ley Hipotecaria y el artículo 51 de su Reglamento.

Añade el señor registrador que “de la descripción de los linderos de los dos elementos independientes resulta que no existe ningún espacio común entre ellos, únicamente la propia valla o muro de separación de ambas parcelas” y olvida que en la escritura se especifica que, además, son elementos comunes los que establece el artículo 396 del Código civil que comienza señalando como tales “el suelo y el vuelo” y que, según resulta de la misma escritura, “estos elementos comunes se mantendrán en común y proindiviso, entre los que en su caso sean dueños de las fincas independientes, correspondiendo a cada finca, una cuota en la proindivisión, igual a la reseñada al final de sus respectivas descripciones”.

También olvida, al citar parcialmente en su calificación el artículo 3 de las normas de comunidad contenidas en la escritura, que dicho artículo no solo señala como de propiedad común la valla o cerramiento de separación entre las dos fincas, sino que añade: “cuantos otros existan, o se instalen en el futuro para el uso y aprovechamiento común de ambas fincas.

Por no ser susceptibles de división dichos elementos comunes, el derecho de copropiedad de cada comunero sobre los mismos, sólo podrá ser enajenado, gravado o embargado conjuntamente con la finca privativa de cada uno de ellos”.

La previsión de futuros elementos de uso o aprovechamiento común de ambos componentes, además de los ya señalados, pone de manifiesto el mantenimiento de la unidad jurídica y funcional de la total finca.

El señor registrador cita genéricamente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando en concreto transcribe el Fundamento de Derecho 4 de la Resolución de 10 de diciembre de 2003, posteriormente recogida en la Resolución de 21 de enero de 2014, que ante la suspensión registral por exigir licencia de parcelación para inscribir una escritura pública configuradora de una propiedad horizontal tumbada, señaló la innecesariedad de tal licencia al señalar que “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 (complejo inmobiliario) pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma -la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas-, superficie o linderos. La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad. Sería lo mismo que exigir licencia para la división horizontal en los frecuentes supuestos de edificaciones integradas por varias viviendas adosadas, construidas con una licencia que así lo autoriza sobre un solar indivisible según la misma ordenación. No puede ésta limitar el derecho del constructor o promotor a explotar o comercializar una construcción perfectamente legal e integrada por distintas unidades explotables o enajenables de forma independiente acudiendo a su división en régimen de propiedad horizontal”.

De conformidad con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado citada, la escritura por mí autorizada el día 10 de abril de 2019, número 456 de protocolo, no contiene ni una división material de un terreno, ni la configuración de un complejo inmobiliario sino una división horizontal tumbada.

Llama la atención que el señor registrador cite tal doctrina e incluso transcriba partes de la Resolución de 10 de diciembre de 2003 para concluir en sentido contrario.

Como también sorprende que transcriba en su calificación parte del informe jurídico reseñado en el Decreto de la Primer Teniente de Alcalde de Algete incorporado a la escritura, en concreto la referencia a que “El régimen de propiedad horizontal mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca sobre la que se asienta, sin que exista 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-, superficie y linderos”, pero no tenga en cuenta que inmediatamente a continuación tal informe concluye que “Visto el informe técnico emitido con fecha 18 de julio de 2018, y examinada la legislación aplicable, no existe inconveniente jurídico para autorizar la división horizontal planteada”.

De la simple lectura completa de dicho informe resulta que la división horizontal planteada, tal como consta en el informe técnico transcrito en el Decreto municipal que autoriza la división horizontal, con dos elementos privativos uno con una superficie de 5.810 metros cuadrados y otro de 3.951 metros cuadrados de superficie, que coinciden exactamente con los contenidos en la escritura, mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca sobre la que se asienta, sin que exista división o fraccionamiento físico del terreno.

Segunda.—Que la RDGRN de 12 de julio de 2010, citada por el señor registrador, hace referencia a un supuesto de hecho que nada tiene que ver con la escritura de división horizontal tumbada autorizada por mí.

La escritura que dio lugar a tal Resolución contiene una venta de una participación indivisa de una finca rústica en Andalucía sin contar con la preceptiva licencia urbanística o declaración de su innecesariedad, cuando como señaló la propia resolución en su Fundamento de Derecho 5 “El artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, establece en su párrafo 4.º que cualquier acto de parcelación urbanística precisará la licencia urbanística o, en su caso, de declaración de su innecesariedad; y en la línea indicada, por una parte, su párrafo primero considera parcelación urbanística en terrenos que tengan el régimen de suelo no urbanizable, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos, y por otra, desarrolla este último concepto en el párrafo segundo al considerar como actos reveladores de una posible parcelación urbanística, sujetos por tanto a igual trato legal, 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 corresponda el uso individualizado de una parte del inmueble, situaciones que considera equivalentes o asimilables a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso puedan excluir tal aplicación”, y como corolario de tal regulación señala en su Fundamento de Derecho 6 que “el concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones en fraude a su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, ha trascendido la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos”.

Siendo, como es, tal la argumentación de nuestro Centro Directivo, no encuentro el encaje para emplear tal Resolución como fundamento para la suspensión registral de una escritura constitutiva de un régimen de propiedad horizontal que cuenta con autorización del Ayuntamiento correspondiente, más allá de una cita doctrinal.

Tercera.—Como he argumentado anteriormente, la escritura calificada configura una propiedad horizontal tumbada que cuenta con autorización del Ayuntamiento de Algete en Decreto 481/2018 de la Primer Teniente de Alcalde, dictado el 12 de septiembre de 2018, previos los correspondientes informes técnicos y jurídicos del Ayuntamiento.

Corresponde a los Ayuntamientos y en su defecto a las Comunidades Autónomas el control del fraccionamiento del suelo a través de la correspondiente licencia, y a los notarios y registradores el control de la conformidad o autorización administrativa a que está sujeto, en su caso, el acto de división o segregación tal como establece el

artículo 26.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; y el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, pero ningún precepto establece, y no podría establecerlo sin infringir el artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que corresponda a notarios o a registradores el control de legalidad de los actos administrativos investidos de ejecutividad y de las presunciones de validez y eficacia que establecen los artículos 38 y 39 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; los artículos 4.1 y 51 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y que ha reconocido reiteradamente el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado tal como expone don J. V. R. en representación de "Hortícola del Centro, S.L." cuya argumentación comparto en su totalidad añadiendo, por su inmediatez, a las Resoluciones citadas por dicho señor, la recientísima de 21 de junio de 2019, BOE de 17 de julio, cuyo Fundamento de Derecho 3 señala que "partiendo de la presunción de validez y eficacia del acto administrativo -artículo 39 de la Ley 39/2015-, mientras que la licencia concedida no sea declarada expresamente ineficaz, debe ser aceptada como título administrativo habilitante».

VI

El registrador de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 26 de agosto de 2019.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 10, 18, 20, 40, 199, 201, 324 y 326 de la Ley Hipotecaria; 396 del Código Civil; 3, 10 y 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; 26, 28.4 y 64 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; 143, 145, 151 y siguientes y 195 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid; 34, 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; 99 del Reglamento Hipotecario; 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, 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 y 28 de junio de 2012; la sentencia número 845/2016, de 12 diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; las sentencias números 107/2007, de 26 de febrero, 431/2008, de 3 octubre, y 166/2016, de 18 marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de septiembre de 1980, 7 de septiembre de 1992, 27 de abril de 1995, 27 de enero de 1998, 27 de marzo de 1999, 31 de enero de 2001, 14 de junio de 2004, 31 de marzo, 22 de abril y 16 de julio de 2005, 25 de marzo de 2008, 14 de julio y 3 de diciembre de 2009, 12 de julio de 2010, 12 de abril de 2011, 4 de mayo y 24 de agosto de 2011, 15 de enero, 6 de mayo y 10 de diciembre de 2013, 21 de enero, 13 de febrero y 17 de octubre de 2014, 8 de junio y 20 de diciembre de 2016, 22 de febrero, 11, 13 y 27 de julio, 2 de agosto, 27 de septiembre y 12 y 19 de diciembre de 2017, 19 de febrero, 25 de abril, 1 de junio y 19 de julio y 10 de septiembre de 2018 y 3 y 7 de junio de 2019.

1. Para la resolución de este recurso son relevantes los siguientes hechos:

Se pretende la inscripción de una escritura por la cual la sociedad titular de una parcela (con superficie de 9.761 metros cuadrados) sobre la que hay construida una vivienda unifamiliar, dispone que, por estar la finca descrita compuesta por elementos privativos, susceptibles de su aprovechamiento individual, y previa la obtención de las licencias municipales correspondientes, constituye sobre la misma el régimen de propiedad horizontal, sometido a las disposiciones de la Ley sobre propiedad horizontal y subsidiariamente del Código Civil, con formación de dos elementos privativos, cuya descripción consta en el apartado «Hechos» de la presente Resolución (una parcela de terreno con una superficie de 5.810 metros cuadrados, en la que se ha construido un chalet destinado a vivienda de 904,27 metros cuadrados, con una cuota de participación del 59,52%; y otra parcela de terreno de 3.951 metros cuadrados y una cuota de participación del 40,48%).

Se añade en dicha escritura que la división horizontal formalizada ha sido autorizada por el Ayuntamiento de Algete por resolución -decreto- de la primera teniente de alcalde, de 12 de septiembre de 2018, que se testimonia. En este decreto se transcribe el informe de los servicios técnicos del Ayuntamiento, de 18 de julio de 2018, en el que se expresa lo siguiente:

«No existe una licencia específica para la división horizontal, pero si necesita la autorización municipal y puesto que el plan Parcial (...) establece la posibilidad de construir una segunda vivienda en régimen de división horizontal en las parcelas de más de 4000 m², no existe ningún impedimento urbanístico para que se realice, y por tanto se autoriza la división horizontal solicitado con las siguientes características:

1. Al tratarse de una parcela de tipo D en concreto la D-212, se permite la construcción de una segunda vivienda en régimen de división horizontal. Sobre la parcela original de 9.761,00 m² se constituye la siguiente división: parcela A con 5.810,00 m² de suelo y un coeficiente de propiedad de 59,52 % y una parcela B con 3.951,00 m² de suelo y un coeficiente de 40,48 %. (...).

En el mismo decreto se transcribe también un informe jurídico, de 28 de agosto de 2018, en el cual se hace una referencia a la modificación que del artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal (que es transcrito) y se pone de relieve que la nueva ley exige la autorización expresa del Ayuntamiento para la constitución y modificación del complejo inmobiliario cuando provoque un incremento de sus elementos privativos, entendiéndose por tal todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distinguen 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. Y concluye que en este caso «el régimen de propiedad horizontal mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta, sin que exista división o fraccionamiento del terreno toda vez que no hay alteración de forma -la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia- superficie o linderos»; y «visto el informe técnico emitido con fecha 18 de julio de 2018, y examinada la legislación aplicable, no existe inconveniente jurídico para autorizar la división horizontal planteada».

El registrador suspende la inscripción por las siguientes tres razones. En primer lugar, entiende que las operaciones realizadas no suponen una división horizontal, siquiera de las llamadas «propiedades horizontales tumbadas», sino una auténtica parcelación o división material del terreno, siendo en consecuencia exigible la correspondiente licencia de parcelación de conformidad con los artículos 26.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y 143 y siguientes de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid. En segundo lugar, y partiendo de la base de que se trata de una auténtica división de terrenos y no de una división horizontal, al

amparo de lo previsto por el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria, solicita una aclaración sobre la superficie que los interesados estimen coincidente con la realidad física de las fincas resultantes de la parcelación, al no haber coincidencia entre las superficies que figuran en la descripción literaria y las que resultan del informe de georreferenciación que se incorpora, de modo tal que de ser correctas las primeras deberá aportarse una representación gráfica alternativa en los términos previstos por la legislación hipotecaria, mientras que de ser correctas las superficies resultantes del informe de georreferenciación, incorporado, deberá procederse a la rectificación de la descripción literaria contenida en la escritura, debiendo los interesados manifestar expresamente que la realidad física de la finca es la que resulta del repetido informe incorporado. Por último, objeto también el registrador que para que tenga acceso al Registro la modificación de la descripción de la edificación existente sobre la finca, deberá acreditarse por certificado técnico la inexistencia de las construcciones declaradas, puesto que en el Catastro sí figura dado de alta como construcción una superficie de uso deportivo.

El recurrente, por el contrario, defiende la posibilidad de practicar la inscripción pues, a su juicio, no existe parcelación alguna sino verdadera división horizontal, toda vez que entiende que el registrador se ha excedido en su función calificadora contraviniendo lo previsto, entre otros, por el artículo 99 del Reglamento Hipotecario al no reconocer la plena validez y eficacia inmediata de los actos administrativos, en concreto, del decreto 481/2018 expedido por la primer teniente de alcalde de Algete. No hace referencia alguna al tercero de los defectos apreciados por el registrador, con lo que, al amparo de lo previsto por el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ha de entenderse no recurrido, sin que pueda este expediente versar sobre el mismo, quedando, en consecuencia aquel circunscrito al primer defecto, y por derivarse directamente de éste, al segundo defecto apreciado por el registrador.

En análogo sentido, respecto del primer defecto, se manifiesta la notaria autorizante, quien sostiene que la operación jurídica formalizada en la escritura por ella autorizada se trata de una división horizontal tumbada plenamente autorizada por el Ayuntamiento de Algete, sin que, por tanto, sea exigible una especial licencia de parcelación.

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 Madrid se plasma en el ejercicio de su potestad legislativa mediante la Ley 9/2001, de 17 de julio.

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.

3. Sentado lo anterior, debe determinarse si la operación formalizada constituye un supuesto de propiedad horizontal «tumbada», como afirma el recurrente, o, por el contrario, se trata de un auténtico acto de división o parcelación de terrenos, como sostiene el registrador.

La figura de la propiedad horizontal «tumbada» ha sido objeto de análisis en numerosas ocasiones por este Centro Directivo.

La Sentencia número 166/2016, de 18 marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, después de afirmar que, en principio, en la propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca -o derecho de vuelo- que le sirve de soporte, no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno o suelo, ni derecho privativo alguno sobre el mismo, pues el suelo sobre el que se asienta el inmueble es común en su totalidad, cita -con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de diciembre de 2012-, la doctrina sentada por esta Dirección General: «Como razona la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 10 de diciembre de 2003 (BOE 13 enero 2004), "...bajo el calificativo de «tumbada» que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se adjetivan como tumbadas tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal (...) Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca -o derecho de vuelo- que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma -la

que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas-, superficie o linderos. La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad». Reconociendo, sin embargo que «ciertamente, la propiedad horizontal tumbada puede encubrir en algunos casos situaciones de fraude, pues bajo la apariencia formal de una propiedad horizontal tumbada se pueden esconder auténticas segregaciones o divisiones de terreno, proscritas por la ley. En cualquier caso, lo relevante es que, en los regímenes de propiedad horizontal tumbada, el suelo permanece común».

En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, en la sentencia número 431/2008 de 3 octubre, que revoca la Resolución de esta Dirección General de 14 de junio de 2004 (en igual sentido que en sentencia número 107/2007, de 26 de febrero, de la Sección Vigesimoquinta, que revocó la Resolución de 10 de diciembre de 2003), considera que en el caso enjuiciado existe un acto de división contemplado en la previsión genérica «in fine» del apartado a) del artículo 151.1 de la Ley 9/2001, de 17 de julio. Viene a argumentar la sentencia que «(...) el artículo 396 del Código Civil se refiere a un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, “que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como...”, es decir, no cabe la consideración artificial de tales elementos comunes a fin de, con aplicación de la normativa especial, impedir la aplicación de norma imperativa. En el caso de autos, la adjudicación como anejo inseparable a cada una de las viviendas de dos porciones de terreno de uso exclusivo no enerva la consideración de constituirse realmente dos entidades con autonomía tal que les permitiría ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí (en palabras de la R. de 16.7.2005 (RJ 2005, 7018)), pues, en definitiva, tal atribución a las viviendas de las citadas parcelas de terreno como anejos inseparables y con uso exclusivo, choca frontalmente con la consideración del legislador de ser elementos comunes los necesarios para el uso y disfrute del edificio, indivisibles e inseparables, de forma que, como aduce el apelante, en modo alguno cabría considerar que se trate de elemento común “esencial” (término utilizado en R. de la DGRN), de forma que la atribución de su uso exclusivo -recordemos, sobre trozos de terreno destinados a jardín-, es decir, susceptibles de constituirse físicamente fincas independientes, como aduce el Sr. Registrador, tal atribución implica una verdadera división del suelo, compartiendo la Sala que el supuesto es análogo al de las participaciones indivisas con atribución de uso exclusivo de terrenos a cada una pues, con el proceder objeto de autos se forman dos entidades, con atribución de cuota en el conjunto, atribuyendo a cada una el uso exclusivo de una porción de terreno».

4. A la segregación y división de terrenos se refiere el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que 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 cuarto, 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, el artículo 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, dispone que están sujetos a licencia urbanística, «todos los actos de uso del suelo, construcción y edificación para la implantación y el desarrollo de actividades y, en particular, entre otros, los siguientes: a) Las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidos en proyectos de reparcelación. b) Las obras de edificación, así como las de construcción e implantación de instalaciones de toda clase de nueva planta. c) Las obras de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación de edificios, construcciones e instalaciones ya existentes, cualquiera que sea su alcance, finalidad y destino (...) g) El cambio objetivo, total o parcial, del uso de las construcciones, edificaciones e instalaciones (...). t) Los demás actos que señalen los instrumentos de planeamiento urbanístico (...)».

La legislación de la Comunidad Autónoma de Madrid, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones autonómicas (vid. «ad exemplum» artículo 66.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y disposición adicional segunda, apartado tercero, de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, del Suelo no Urbanizable, de la Comunidad Valenciana), no sujeta la división horizontal, como operación específica, a licencia de forma expresa. Sin embargo, en el ámbito de la legislación sustantiva madrileña, resulta exigible licencia a efectos de inscripción cuando la división horizontal de las edificaciones se configure de tal modo que pueda suponer un acto equiparado a parcelación o a «cualquiera otros actos de división» de parcelas o terrenos, a tenor del referido artículo 151.

5. 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 (cfr. artículo 143 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid), ni tampoco de segregación o cualesquiera otros actos de división, a que se refiere el artículo 151.1.a) de la misma Ley, pues el régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta, pues no hay división o fraccionamiento físico del terreno toda vez que no hay alteración de forma -la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas-, superficie o linderos.

Así resulta también del artículo 26.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, al afirmar que «la constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de ésta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 18».

No tratándose de supuestos en los que se produzcan asignaciones de uso exclusivo de los elementos comunes de la finca, o de participaciones indivisas que den derecho a la utilización exclusiva de una porción concreta de finca, los cuales se encuentran recogidos en el apartado 2 de este mismo artículo, y que sólo son posibles si reúnen las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística, ni dándose los supuestos de excepción previstos en la misma norma transcrita (superficies de la parcela calificadas de dominio público, adscritas a un uso público, etc.), no cabe, en principio, calificar la operación como acto de división, lo que permite excusar la exigencia de licencia municipal para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, en línea con las resoluciones judiciales 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, al amparo en este caso del artículo 151.1.a) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid que se refiere a «cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo».

Como pusieron de manifiesto las Resoluciones de este Centro Directivo de 14 de julio de 2009, 12 de julio de 2010, 24 de agosto de 2011 y 13 de febrero de 2014, el concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones en fraude de su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, ha trascendido la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos.

Así resulta con claridad del propio artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que como se expresa en la Resolución de 12 de julio de 2010 tiene carácter instrumental, debiendo interpretarse y aplicarse a la luz de la legislación sustantiva a la que sirve y, en el ámbito registral, complementa. Buena prueba de ello es dicho precepto legal, el cual si bien se halla encabezado por el epígrafe «Divisiones y segregaciones», se refiere en su párrafo primero no sólo a los estrictos supuestos de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, sino también a todo supuesto en que, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surge duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, a cuyo efecto y para la definición y desarrollo de este concepto, remite a los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable. Y en este sentido amplio deben interpretarse aquellos términos de división o segregación que también emplea el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, cuando ordena al registrador que para la inscripción de la división o segregación de terrenos ha de exigir que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad.

6. En el presente caso deben analizarse los presupuestos fácticos y jurídicos concurrentes en función de tales criterios, para determinar la naturaleza del régimen conforme al cual se organiza la propiedad de las dos fincas independientes resultantes del régimen de propiedad horizontal que se constituye.

Así, la finca en cuestión se divide en dos elementos independientes, consistentes en dos porciones de terreno, quedando la vivienda integrada únicamente en uno de los dos elementos (si bien, en el artículo 5 de los estatutos se dispone que «el presente inmueble está dividido, física y jurídicamente, en régimen de propiedad horizontal tumbada, en dos viviendas residenciales dentro de las dos parcelas que la integran, susceptibles ambas de aprovechamiento autónomo e independiente y de propiedad separada, que lleva inherente el derecho de copropiedad sobre los demás elementos comunes necesarios para su adecuado uso y disfrute (...)»). Los dos elementos privativos agotan la total superficie de la parcela, de modo tal que los únicos elementos comunes existentes de acuerdo con los estatutos (artículo 3), además de los previstos por el artículo 396 del Código Civil, al que genéricamente se remiten aquéllos, son las vallas o cerramientos divisorios de las dos parcelas o elementos privativos. Además, tales elementos atribuyen a su titular la propiedad exclusiva de los mismos, así como de las obras, elementos y servicios existentes en su interior, y en general, todo lo ubicado dentro de sus límites -artículo 4 de los estatutos en consonancia con el artículo 3.a) de la Ley sobre propiedad horizontal-.

Por fin, resulta también esclarecedor el certificado de georreferenciación expedido por el técnico, en el que, sin perjuicio de que desde el punto de vista jurídico resulta poco preciso al calificar el acto tanto como división horizontal tumbada como de segregación, se identifican y describen dos fincas claramente diferenciadas a instancias y según los límites y linderos proporcionados por el propietario.

Puede concluirse con base en 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, se trata, al menos a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística, de una verdadera división de terrenos constitutiva de un fraccionamiento, de conformidad con el artículo 26, número 2, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, por lo que es necesaria la obtención de la licencia correspondiente. Lo que ocurre es que, en contra de lo que concluye el registrador, en el presente caso -en que existe fraccionamiento de terreno que es una de las notas características de los conjuntos inmobiliarios privados- se ha obtenido autorización por parte de la Administración competente como instrumento de control de la legalidad urbanística; autorización que debe considerarse como título administrativo habilitante, entendido como acto administrativo de naturaleza reglada, mediante el cual el Ayuntamiento lleva a cabo un control preventivo sobre la actividad de los ciudadanos relacionada con los actos y usos de naturaleza urbanística, autorizando a éstos para el ejercicio de un derecho preexistente, una vez comprobado que dicho ejercicio cumple con los requisitos legales o reglamentarios y que es el resultado de un procedimiento regulado por ley (cfr. artículos 151 y siguientes de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, y 34 y siguientes -en especial el artículo 39.1 que establece la presunción de validez y eficacia de los actos administrativos- de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Por ello, debe revocarse el primero de los defectos expresados en la nota de calificación recurrida.

7. En cuanto al segundo defecto apreciado por el registrador, también debe revocarse la calificación impugnada.

La aportación de la representación gráfica georreferenciada de la finca, ya sea a través de la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, ya a través de representación gráfica georreferenciada complementaria o alternativa a la certificación catastral gráfica y descriptiva, como en el caso presente, resulta preceptiva en los casos en que se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, y, por tanto, en casos como el presente en que la operación formalizada, según lo anteriormente expuesto, obedece a un acto equivalente a la parcelación de terrenos -cfr. artículos 9.1.b) y 10.3 de la Ley Hipotecaria-.

De igual modo, de conformidad con el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria. El Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación». Lo mismo resulta de los artículos 199 y 201.1 de la Ley Hipotecaria, cuyo análisis excede del objeto del presente expediente.

Por tanto, cabe rectificar la superficie registral atribuida a las fincas objeto de parcelación para adecuarla a la resultante de la representación gráfica georreferenciada aportada; pero, aun cuando sea deseable, lo cierto es que la Ley Hipotecaria no impone la total coincidencia descriptiva salvo en los supuestos de inmatriculación (cfr. artículos 203 y 205 Ley Hipotecaria), y así lo ha afirmado reiteradamente esta Dirección

General (vid. Resoluciones de 8 de junio y 20 de diciembre de 2016 y 13 y 27 de julio y 19 de diciembre de 2017, entre otras). Por tanto, es suficiente que exista identidad de la finca y que resulte clara la voluntad de inscribir la representación gráfica, de manera que la descripción será, en definitiva, la que resulte de ésta.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la 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, 21 de noviembre de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.