

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

20520 *Resolución de 10 de junio de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Monforte de Lemos-Quiroga a inscribir una escritura de pacto de mejora con entrega de bienes, agrupación, declaración de obra nueva, división horizontal y extinción de condominio.*

En el recurso interpuesto por doña A. M. L. R. contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Monforte de Lemos-Quiroga, doña Marta Blanco Iglesias, a inscribir una escritura de pacto de mejora con entrega de bienes, agrupación, declaración de obra nueva, división horizontal y extinción de condominio.

Hechos

I

El día 22 de febrero de 2023 se autorizó por el notario de Sarria, don Juan José López Yáñez, con el número 654 de protocolo, una escritura de pacto de mejora con entrega de bienes, agrupación, declaración de obra nueva, división horizontal y extinción de condominio.

Específicamente, y a los efectos que interesan a este expediente, las comparecientes, doña N. R. P. y doña A. M. L. R., agruparon dos fincas registrales, declararon una obra nueva sobre la nueva parcela resultante, consistente en una vivienda familiar integrada por una planta baja con dos locales, uno destinado a vivienda y otro a garaje; una planta primera, destinada a vivienda; una planta bajo cubierta, formada por un local sin uso específico; un cobertizo para almacén y un almacén, y procedieron a su división horizontal formando los siguientes elementos privativos: elemento número uno, vivienda sita en la planta baja de la edificación principal formada por un local destinado a vivienda y un local destinado a almacén, garaje y cuarto de instalaciones, atribuyéndosele como anejo una zona ajardinada de 41,50 metros cuadrados; elemento número dos, vivienda en la planta primera de la edificación principal, con un anejo consistente en el local sin distribuir sito en la planta bajocubierta de la edificación principal; elemento número tres, «derecho de vuelo sobre la siguiente edificación de uso común», consistente en el cobertizo para almacén; elemento número cuatro, parcela de la superficie de 30 áreas y 35 centiáreas identificada como parcela «P2», y elemento número cinco, parcela de la superficie de 30 áreas y 35 centiáreas identificada como parcela «P3». Se incorporaba informe de validación gráfica catastral de las dos parcelas (elementos cuatro y cinco).

Como normas estatutarias se disponía que: «1) Son elementos comunes del edificio todos aquellos que determina la ley, entre ellos, a efectos aclaratorios: el solar sobre el que se ubica el edificio y la parte de solar que rodea al edificio (...) 2) Son elementos privativos de cada una de las viviendas del edificio todo cuanto se encuentre en el interior de las mismas (...) 3) El propietario de cada vivienda podrá desvincular las edificaciones destinadas a almacén anejas privativamente a su vivienda, en toda o parte de su superficie (...), sin necesidad del consentimiento de los titulares de las restantes entidades privativas (...).».

II

Presentada el día 29 de febrero de 2024 la mencionada escritura en el Registro de la Propiedad de Monforte de Lemos-Quiroga, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Hechos

Se presenta en el Registro, con los datos antes reseñados, escritura de pacto de mejora con entrega de bienes, agrupación, declaración de obra nueva, división horizontal y extinción de condominio en la que Doña N. R. P. mejora a su hija A. M. L. R. en una finca no inscrita, las agrupa con la finca 6989 de Puebla de Brollón, declara una obra nueva, dividen horizontalmente y extinguen condominio atribuyendo a Doña N. los elementos uno, dos, tres y cinco de la división horizontal y a Doña A. M. el elemento número 4.

La propiedad horizontal está compuesta de los siguientes elementos: elemento número uno, vivienda sita en la planta baja de la edificación principal y que tiene como anejo una zona ajardinada; elemento número dos, vivienda en la planta primera de la edificación principal y que tiene como anejo un local en la planta bajocubierta; elemento tres, derecho de vuelo sobre una edificación de uso común (cobertizo para almacén); elemento número cuatro, parcela de la superficie de treinta y cinco [sic] áreas y treinta y cinco centiáreas identificada como parcela P2; y elemento número cinco, parcela de la superficie de treinta y cinco [sic] áreas y treinta y cinco centiáreas identificada como parcela P3. Se incorpora informe de validación gráfica catastral de las dos parcelas (elementos cuatro y cinco).

El documento despachado no puede despacharse por adolecer de los siguientes defectos:

1. Las parcelas independientes y el derecho de vuelo descritos en los apartados 3, 4 y 5 no pueden ser elementos privativos en la propiedad horizontal.
2. El derecho de vuelo no reúne los elementos esenciales configuradores del mismo y no puede pertenecer al propietario del suelo.
3. Es necesario aportar licencia de segregación respecto de las dos parcelas señaladas como parcelas P2 y P3.
4. Los estatutos de la división horizontal son incongruentes con la configuración de los distintos elementos privativos.

Fundamentos de Derecho

1. Las parcelas independientes y el derecho de vuelo descritos en los apartados 3, 4 y 5 no pueden ser elementos privativos en la propiedad horizontal porque no son susceptibles de aprovechamiento independiente ni cumplen los requisitos establecidos en los artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal para ser objeto de propiedad separada. Por otra parte, respecto del derecho de vuelo este derecho no puede abrir folio propio en el Registro mediante el recurso de atribuirle número y cuota actuales, independientes de los que le correspondan en él una vez construido. Además, en el caso de que el derecho de vuelo no llegase a ejercitarse, este derecho se extinguiría quedando vacante una cuota de la propiedad horizontal.

2. El derecho de vuelo no reúne los elementos esenciales configuradores del mismo y no puede pertenecer al propietario del suelo.

El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. Se regula en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, que tras la reforma de 4 de septiembre de 1998 (y la anulación de los apartados "b)" y "c)" por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001), dispone: "El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve

el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del artículo 8 de la Ley. En la inscripción se hará constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento. d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción”.

Aunque en la sentencia anteriormente citada se hayan declarados nulo, por razones de jerarquía normativa, el apartado sobre fijación de plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo no debe impedir que se tenga en cuenta la reiterada doctrina que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha mantenido al respecto que aun cuando la exigencia de tal determinación temporal no figure en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario resulta sustancial tanto para una perfecta delimitación del derecho real que se constituye (artículo 9 de la Ley Hipotecaria) como por la necesidad de observar y respetar las normas estructurales del estatuto jurídico de la propiedad (dada su significación económico-política y su trascendencia “erga omnes”), entre ellas, la exclusión de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible - vid. artículos 400, 513, 515, 546, 781, 785, 1608 y 1655 del Código Civil- si no responden a una justa causa que justifiquen esa perpetuidad (Así resulta de diversas resoluciones como las de 6 de noviembre de 1996, 29 de abril de 1999, 26 de septiembre de 2000, 18 de noviembre de 2002, 15 de septiembre de 2009 o más recientemente la de 26 de julio de 2023).

Por otra parte, el derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo. Por tanto, el derecho de vuelo sólo puede nacer por transmisión a un tercero o por su reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él, según la reiterada doctrina de la Dirección General.

3. Es necesario aportar licencia de segregación respecto de las dos parcelas señaladas como parcelas P2 y P3. Siguiendo la doctrina de la DGSJyFP establecida en resoluciones como la de 25 de abril de 2018 o 20 de julio de 2020, en casos como el presente, en los que se constituye una finca en régimen de propiedad horizontal y resultan dos parcelas completamente independientes, es fundamental analizar si la “configuración jurídica adoptada supone constituir realmente dos entidades con autonomía tal que les permita ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí”, ya que bajo la apariencia formal de dicho régimen se pueden esconder “auténticas segregaciones o divisiones de terreno, proscritas por la ley”, y ello con independencia de la denominación y estipulaciones utilizadas por las partes (en este sentido Resolución de 25 de abril de 2018 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013). La Dirección General señaló que 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” Así, en este caso sería necesario aportar la licencia de segregación correspondiente, exigida en el caso de parcelaciones y divisiones de terrenos, como determinan los artículos 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, 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio y 150.6 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia

Además, en este caso, los elementos números cuatro y cinco de la división horizontal son dos parcelas totalmente independientes de los demás elementos de la propiedad horizontal. Por otra parte, se aporta la representación gráfica de las mismas, exigencia establecida en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria para las fincas segregadas.

4. Los estatutos de la división horizontal son incongruentes con la configuración de los distintos elementos privativos.

Según el apartado primero, son elementos comunes del edificio todos aquellos que determina la ley, entre ellos, a efectos aclaratorios; el solar sobre el que se ubica el

edificio y la parte del solar que rodea el edificio (...); según el apartado segundo, son elementos privativos de cada una de las viviendas del edificio (...). Estos dos apartados son incongruentes porque la división horizontal está formada por dos viviendas, un derecho de vuelo y dos parcelas independientes y no solamente por viviendas. Además, no todo el solar sería elemento común, porque el elemento número uno tiene como anejo una zona ajardinada y los elementos cuatro y cinco son dos parcelas independientes y el derecho de vuelo se constituye sobre un cobertizo de uso común que no se especifica en los estatutos.

Por otra parte, según el apartado tercero, el propietario de cada vivienda podrá desvincular las edificaciones destinadas a almacén anejas privativas a vivienda (...) No hay ninguna vivienda que tenga como anejo un almacén: el elemento número uno tiene como anejo una zona ajardinada y el número dos el local en la planta bajocubierta.

Es necesario que los estatutos sean congruentes con el régimen de propiedad horizontal que regulan. El principio de especialidad que debe presidir cualquier actuación registral (artículo 21 de la ley Hipotecaria) exige la perfecta concreción del derecho que se inscribe lo cual implica que del título no resulte ninguna duda acerca de la configuración jurídica de la propiedad horizontal y de los estatutos.

A la vista de los anteriores hechos y fundamentos de derecho, el Registrador que suscribe ha resuelto suspender la inscripción solicitada en base al citado defecto, que se considera subsanable.–

Contra esta calificación podrá (...)

Monforte de Lemos, a la fecha de la firma electrónica.–La registradora.–Doña Marta Blanco Iglesias Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Doña Marta Blanco Iglesias registrador/a de Registro Propiedad de Monforte de Lemos-Quiroga a día veintinueve de febrero del dos mil veinticuatro.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña A. M. L. R. interpuso recurso el día 11 de marzo de 2024 mediante escrito en el que alegaba los siguientes fundamentos de Derecho:

«1.–De la configuración del derecho de vuelo:

Dice la Señora Registradora:

“2. El derecho de vuelo no reúne los elementos esenciales configuradores del mismo y no puede pertenecer al propietario del suelo.

El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. Se regula en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, que tras la reforma de 4 de septiembre de 1998 (y la anulación de los apartados ‘b’) y ‘c’) por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001), dispone: ‘El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del artículo 8 de la Ley. En la inscripción se hará constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento. d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción”.

Aunque en la sentencia anteriormente citada se hayan declarados nulo, por razones de jerarquía normativa, el apartado sobre fijación de plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo no debe impedir que se tenga en cuenta la reiterada doctrina que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha mantenido al respecto que aun

cuando la exigencia de tal determinación temporal no figure en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario resulta sustancial tanto para una perfecta delimitación del derecho real que se 3 constituye (artículo 9 de la Ley Hipotecaria) como por la necesidad de observar y respetar las normas estructurales del estatuto jurídico de la propiedad (dada su significación económico-política y su trascendencia 'erga omnes'), entre ellas, la exclusión de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible - vid. artículos 400, 513, 515, 546, 781, 785, 1608 y 1655 del Código Civil- si no responden a una justa causa que justifiquen esa perpetuidad (Así resulta de diversas resoluciones como las de 6 de noviembre de 1996, 29 de abril de 1999, 26 de septiembre de 2000, 18 de noviembre de 2002, 15 de septiembre de 2009 o más recientemente la de 26 de julio de 2023)".

No deja de ser sorprendente que la Señora Registradora, se refiera como argumento, a una norma declarada nula. El derecho de vuelo constituido, se establece sobre un elemento común del edificio. No vemos la diferencia entre esta constitución, y la que podría operar sobre un tejado de un edificio de viviendas, por ejemplo.

Dice la calificación:

"Por otra parte, el derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo. Por tanto, el derecho de vuelo sólo puede nacer por transmisión a un tercero o por su reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él, según la reiterada doctrina de la Dirección General". No pertenece al dueño del suelo, no se establece sobre ningún suelo, sino sobre un cobertizo destinado a almacén que es un elemento común. No es propiedad del constituyente ni del adjudicatario el inmueble sobre el que se establece.

No creemos necesario aclarar aquí cuanto de enajenación tiene la división horizontal, sobre todo cuando en el mismo título se realiza una disolución de comunidad.

La Resolución de 26 de julio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, establece que es posible inscribir la transmisión de un derecho de vuelo tal como está en el Registro (por tanto, sin determinación del plazo para su ejercicio,) pero ya anticipa cómo se deberá actuar en el futuro: para poder ejercitarlo será necesaria la determinación del plazo para su ejercicio y ello conlleva la necesidad de acuerdo de la junta de propietarios del edificio o, en su defecto, la correspondiente resolución judicial.

Debemos considerar, que si se permitió su acceso al Registro, se permite su transmisión y 4 se determina cómo debe interpretarse, es porque se considera válidamente establecido. No hay ninguna norma actualmente, que limite la duración temporal de ese derecho.

II.-De la exigencia de la licencia urbanística de parcelación:

La Señora Registradora hace constar "...Así, en este caso sería necesario aportar la licencia de segregación correspondiente, exigida en el caso de parcelaciones y divisiones de terrenos, como determinan los artículos 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, 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio y 150.6 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia..."

Efectivamente toda división horizontal tumbada conlleva un resultado jurídico ciertamente similar a la división material, pero jurídica y conceptualmente deben entenderse distintos.

Sigue habiendo una finca matriz que envuelve todo lo practicado.

La Señora Registradora cita el artículo 150.6 de la Ley del suelo de Galicia, pero este debe ser interpretado en este caso, conforme a la Circular interpretativa sobre viabilidad de las viviendas colectivas en el suelo rústico y actuaciones en parcelas afectadas por distinta clasificación en el marco de normativa urbanística estatal vigente" de 22 de septiembre del año 2022, donde en su disposición:

"Tercera.-Por su parte, la legislación básica estatal prevé en el artículo 16.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por lo que se aprueba el Texto Refundido

de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, que nos suelos en situación rural no sometidos al régimen de una actuación de urbanización quedan prohibidos los parcelamientos urbanísticos, sin que puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra del dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza.

Pero la división horizontal en ningún caso implica la división material de la hinca, al mantenerse la unidad tanto del suelo como del inmueble, sin perjuicio de que partes del mismo puedan ser objeto de propiedades separadas: la hinca seguirá manteniendo su unidad a efectos urbanísticos y no dejará de ser una parcela única para cualquier acto de nueva construcción o modificación de la construcción existente, lo que tiene perfecto encaje en la normativa urbanística vigente.

Cuarta.—No que alcanza a la necesidad de título habilitante para la constitución del régimen de división horizontal, hace falta señalar que es la legislación urbanística la que establece que actos están sometidos la licencia urbanística u otro título habilitante municipal de naturaleza urbanística.

La división o segregación de parcelas sí constituye un acto jurídico y no so material, del que se deriva una transformación física de evidente trascendencia urbanística, que condicionan la construcción, y está sometido la licencia urbanística, de conformidad con el previsto en el artículo 142.2.f) de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia.

Pero no ocurre lo mismo con la división horizontal, por lo que este acto jurídico regulador del régimen del derecho de propiedad no está sometido a la obtención de ningún título habilitante urbanístico, sin perjuicio del señalado en el artículo 53.la) del Reglamento de ejecución de la Ley Hipotecaria, sobre Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística aprobado por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que establece que “no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente mas de los que se habían hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida conforme a las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación el dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, excepto que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o plazas de garaje constituye condición especial de su concesión”.

Esta norma no contempla que para el otorgamiento de la división horizontal sea necesario obtener una licencia específica para el número de viviendas, sino que claramente se limita a establecer una cautela especial para que los controles legales que se establecen para que la declaración de obra nueva se ajuste al autorizado por la licencia no podan luego vulnerarse mediante modificaciones en la propiedad horizontal, por ejemplo, declarando en la división horizontal plantas o volúmenes que no consta en la obra nueva; por su propia naturaleza esta norma so resulta aplicable a las declaraciones de obra nueva que se realicen en base a una licencia y certificados técnicos de ajuste a la misma, pero no a las que se declaran por la antigüedad de una edificación consolidada y, además, requiere que en la declaración de obra nueva se había hecho constar el número de viviendas del inmueble, lo que solo sucederá cuando el referido número sea una condición de la licencia; y, finalmente, exceptúa los locales comerciales que también son objeto de propiedad horizontal, lo que revela también que la finalidad de la norma es proteger el cumplimiento de las condiciones autorizadas en la licencia para la construcción de nuevas viviendas”.

Conforme al artículo 148.1 de la Constitución Española, la competencia sobre suelo y vivienda corresponde a las Comunidades Autónomas, y el texto referido emana de la Xunta de Galicia, habiendo sido refrendado tanto por el Decanato del Colegio de Registradores de Galicia, como por el Colegio Notarial de Galicia.

Debemos considerar que la voluntad del órgano competente y de los agentes jurídicos encargados de aplicarlo es contraria a lo que la Señora Registradora expone en su escrito de calificación.

En cuanto a la aseveración de la Señora Registradora “Además, en este caso, los elementos números cuatro y cinco de la división horizontal son dos parcelas totalmente

independientes de los demás elementos de la propiedad horizontal”, nos remitimos a lo ya expuesto. Es una división horizontal tumbada que en ningún caso implica la división material de la finca. ¿Diría los mismo la Señora Registradora si el objeto de la división fuese una urbanización, con parcelas de suelo independientes para establecimiento de piscinas, canchas de deportes o incluso para construir en diferentes fases?

En cuanto a la incorporación de bases gráficas de esas dos parcelas que integran la división horizontal, debe entenderse que desde el punto de vista de concreción del derecho que se inscribe, al que se refiere el artículo 21 de la Ley Hipotecaria, y la propia Registradora 7 menciona en su extensa calificación, tiene efectos clarificadores. No debe atribuirse nunca al catastro un efecto que no tiene. Es el título formal, y no el catastro, el configurador de los negocios jurídicos a los que se refiere.

Debería plantearse la Señora Registradora por qué no se necesita licencia para agrupar, y ello no es caprichoso, la razón es la misma la división horizontal así como la agrupación no son uno de los actos recogidos entre los nueve actos sujetos a licencia que recoge el artículo 351 del Decreto 143/2016 - RLS.

No procede la petición de licencia para la división horizontal, por cuanto no lo exige ningún precepto legal de la legislación aplicable.

III.–De la incongruencia de los estatutos con la configuración de los distintos elementos privativos:

Dice la resolución “Según el apartado primero, son elementos comunes del edificio todos aquellos que determina la ley, entre ellos, a efectos aclaratorios; el solar sobre el que se ubica el edificio y la parte del solar que rodea el edificio (...);”

Y ello es cierto, son elementos comunes todos aquellos que no tienen atribuida la condición de privativos en la división horizontal. Lógicamente los edificios se asientan sobre la propia finca, que es común y las partes de solar, que no son objeto de propiedad individualizada han de ser comunes.

Sigue diciendo: “Además, no todo el solar sería elemento común, porque el elemento número uno tiene como anejo una zona ajardinada y los elementos cuatro y cinco son dos parcelas independientes y el derecho de vuelo se constituye sobre un cobertizo de uso común que no se especifica en los estatutos”

Es cierto lo que dice la funcionaria, no todo el solar es elemento común, por cuanto se ha constituido y especificado en la División Horizontal, las partes que quedan sujetas a aprovechamiento independiente. Por eso no se refiere el cobertizo, pero sí el derecho de vuelo. El anejo tampoco es elemento común, aunque sea solar, por cuanto se especifica en la División Horizontal.

Dice también la calificación:

“Por otra parte, según el apartado tercero, el propietario de cada vivienda podrá desvincular las edificaciones destinadas a almacén anejas privativas a vivienda (...) No hay ninguna vivienda que tenga como anejo un almacén: el elemento número uno tiene como anejo una zona ajardinada y el número dos el local en la planta bajocubierta.”

Sí la hay. El local sin distribuir sito en la planta bajo cubierta. En la descripción de la finca número dos de la división horizontal, se describe “Vivienda sita en la Planta Primera...” mientras que en el anejo se refiere “Local sin distribuir”.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en la acepción 6 de la palabra local, nos dice “6.–m.–Sitio cercado, cerrado o cubierto. Sinónimos.–recinto, establecimiento, nave, almacén, sitio, espacio, localidad”.

Creemos que no es necesaria más explicación con respecto al término local. El lenguaje español es rico en sinónimos, el conocimiento del léxico de una lengua, de su dominio, se prueba en la utilización, entre otros, de sinónimos.»

IV

Trasladado el recurso interpuesto al notario de Sarria, don Juan José López Yánez, como autorizante del título calificado, éste emitió informe el día 7 de abril de 2024 en el que expresaba las siguientes alegaciones:

- «1. (...)
2. Del derecho de Vuelo:

Parte la Señora Registradora de considerar que el derecho de vuelo corresponde al propietario del suelo, lo que en el propio recurso queda suficientemente aclarado.

El derecho de vuelo recae sobre un elemento común, por lo que es inexacta la afirmación de la Registradora. (Si bien ella misma se contradice en la calificación).

No es precisa, como ella, dice la transmisión o reserva para que nazca el derecho de vuelo. No creemos conveniente, explicar aquí las teorías sobre la naturaleza jurídica de la división horizontal, pero cuando además va concatenada con una disolución de comunidad, creemos que no resulta justificada la aseveración contenida en la calificación.

No parece razonable, como dice la recurrente, que se acuda a una norma derogada para intentar limitar temporalmente ese derecho de vuelo.

No hay actualmente ninguna norma que limite la duración del derecho de vuelo. ¿Debemos ver el derecho de vuelo como un derecho dañino para el comunero?

Entiendo que no. Que en el caso en cuestión poco distaría el establecimiento de este derecho de vuelo, de la constitución de una servidumbre.

Se ejercitará o no, hoy y cuando se ejercite, si las normas administrativas lo permiten, deberán tenerse en cuenta la normativa regulatoria de la edificación para determinar sus volúmenes, y las normas que intracomunitariamente se establezcan para su desarrollo, por cuanto el acceso de ese nuevo elemento independiente, requiere la modificación del título constitutivo y la unanimidad de la propiedad, por lo que nadie puede ser perjudicado para su ejercicio por su ejercicio. Todos los propietarios deben estar de acuerdo, creo que ello es lo fundamental en este caso. Que nadie puede ser perjudicado o afectado sin su consentimiento.

El derecho a civil, como derecho dispositivo y configurable, debe permitir, a falta de norma restrictiva, la libertad de pacto y este caso es muy claro.

La incongruencia de la Señora Registradora resulta palpable cuando en la propia calificación, en otro apartado dice "...y el derecho de vuelo se constituye sobre un cobertizo de uso común que no se especifica en los estatutos".

O es elemento común, o pertenece al propietario del suelo, las dos a la vez no puede ser. No parece lógico que se le dé distinto tratamiento jurídico en una misma calificación registral.

2. [sic].—De la exigencia de la licencia urbanística de parcelación:

La Circular Interpretativa sobre la viabilidad de las viviendas colectivas en suelo rústico y parcelas afectadas por distinta calificación, en el marco de la normativa urbanística, estatal y autonómica vigente, de 22 de septiembre de 2022, elaborada por la Xunta de Galicia, habiendo sido refrendado tanto por el Decanato del Colegio de Registradores de Galicia, como por el Colegio Notarial de Galicia, viene a solucionar un problema irresoluble entre terreno rústico, que era la solicitud de licencia de parcelación.

La circular llega a concluir, con toda lógica, que en la división horizontal no se produce segregación, por cuanto la finca registral externamente sigue siendo una. Lo que se produce es una regulación de los usos por sus propietarios, una especificación jurídica de los derechos antes colectivos e indeterminados.

Creemos conveniente repetir aquí, por su importancia lo ya reflejado en el recurso:

“Tercera.—(...)
In claris non fit interpretatio.

No procede la solicitud de licencia, por cuanto el supuesto en cuestión no es uno de los actos recogidos entre los actos sujetos a licencia que recoge el artículo 351 del Decreto 143/2016 - RLS.

No lo exige ningún precepto legal de la legislación aplicable.

Pretender lo contrario implicaría posicionar a los administrados en una situación irresoluble, por cuanto nunca podrían obtener licencia para la división horizontal si no se produce un cambio legislativo en tal sentido.

3. De la incongruencia de los estatutos con la configuración de los distintos elementos privativos.

Tal y como expresa la recurrente, creemos que meridianamente claro [sic].

Son elementos comunes todos los que no tienen la condición de privativos en la división horizontal. Es una consecuencia lógica del artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal. No puede decirse que ello sea incongruente, salvo que la incongruencia resulte de la propia norma.

Compartimos también en su integridad con la recurrente lo referente a:

“Además, no todo el solar sería elemento común, porque el elemento número uno tiene como anejo una zona ajardinada y los elementos cuatro y cinco son dos parcelas independientes y el derecho de vuelo se constituye sobre un cobertizo de uso común que no se especifica en los estatutos”.

Por ello no es común. Remitimos nuevamente al artículo 3 de la LPH, que en su apartado a) establece que corresponde a cada piso o local:

a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hayan situado fuera del espacio delimitado”.

Como bien [sic] la Señora Registradora, ni los anejos ni las parcelas son elemento común. Ello manifiesta una escrupulosa coherencia con lo manifestado en los estatutos.

Con respecto a la última objeción registral a los estatutos:

“Por otra parte, según el apartado tercero, el propietario de cada vivienda podrá desvincular las edificaciones destinadas a almacén privativas a vivienda (...). No hay ninguna vivienda que tenga como anejo un almacén: el elemento número uno tiene como anejo una zona ajardinada y el número dos el local en la planta bajocubierta”.

La exposición formulada por la recurrente, que traigo aquí por su claridad, me parece de una rotundidad total:

“Sí la hay. El local sin distribuir sito en la planta bajo cubierta. En la descripción de la finca número dos de la división horizontal, se describe ‘Vivienda sita en la Planta Primera...’ mientras que en el anejo se refiere ‘Local sin distribuir’.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en la acepción 6 de la palabra local, nos dice ‘6.-m.-Sitio cercado, cerrado o cubierto. Sinónimos.-recinto, establecimiento, nave, almacén, sitio, espacio, localidad’.

Creemos que no es necesaria más explicación con respecto al término local. El lenguaje español es rico en sinónimos, el conocimiento del léxico de una lengua, de su dominio, se prueba en la utilización, entre otros, de sinónimos.

Poco más se puede añadir por este Notario. No parece lógico que la calificación registral deba entrar en lo que son meramente cuestiones lingüísticas de utilización léxica. Sobre todo cuando las puntualizaciones formuladas son absolutamente incongruentes y contrarias a las normas de la lengua española y a su diccionario.»

V

La registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 1, 5, 17 y 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; 1, 2, 8, 9, 11, 20, 23, 32, 37, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria; 26 y 28 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; 142, 148 y 150 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia; 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; 7, 16 y 51 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Constitucional número 61/1997, de 20 de marzo; las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, y, Sala Primera, de 24 de mayo de 1943, 28 de abril de 1972, 28 de diciembre de 2001, 14 de abril de 2005 y 27 de mayo de 2009; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo, 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo y 18 y 25 de junio de 1993, 9 de abril y 16 de diciembre de 1994, 20 de julio de 1998, 8 y 29 de abril de 1999, 26 de noviembre de 2000, 15 de junio de 2001, 9 de enero de 2004, 13 de abril de 2005, 28 de marzo de 2008, 15 de septiembre de 2009, 13 de enero de 2010, 25 de agosto de 2011, 15 de febrero, 26 de noviembre y 19 de diciembre de 2012, 6 de mayo y 17 de octubre de 2014, 11 de febrero y 29 de noviembre de 2015, 18 de abril y 7 de junio de 2016, 3 y 10 de abril, 19 de julio, 2 de agosto y 10 de octubre de 2017, 17 de enero, 15 y 19 de febrero, 19 de abril, 9 de mayo, 1 de junio y 19 de octubre de 2018 y 11 de abril, 26 de junio, 3 y 25 de septiembre y 8, 22 y 26 de noviembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de marzo de 2020, 12 de abril, 26 de junio, 26 de julio y 29 de agosto de 2023 y 20 de marzo y 24 de abril de 2024.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura por la que, entre otros extremos, se agrupan dos fincas, se declara una obra nueva sobre éstas y se procede a su división horizontal en cinco elementos consistentes en: una vivienda en la planta baja de la edificación principal; una vivienda en la planta primera de la edificación principal; un derecho de vuelo sobre una «edificación de uso común», consistente en el cobertizo para almacén, y dos parcelas denominadas P2 y P3, con una superficie de 30 y 35 centiáreas cada una.

La registradora suspende la inscripción porque aprecia los siguientes defectos: a) los elementos números 3, 4 y 5 (el derecho de vuelo y las dos parcelas P2 y P3) no reúnen los requisitos para que puedan ser configurados como elementos privativos de la propiedad horizontal; b) el derecho de vuelo no reúne los elementos esenciales configuradores del mismo y no puede pertenecer al propietario del suelo; c) es necesario aportar licencia de segregación respecto de las dos parcelas señaladas como parcelas P2 y P3, y d) los estatutos de la división horizontal son incongruentes con la configuración de los distintos elementos privativos, puesto que, por un lado se declara como elemento común «el solar sobre el que se ubica el edificio y la parte del solar que rodea el edificio», cuando parte del mismo ha sido configurado como elemento independiente y, por otro, se faculta a los propietarios para desvincular las «edificaciones destinadas a almacén anejas privativas a vivienda», siendo así que no hay ninguna vivienda que tenga como anejo un almacén.

Tanto la recurrente como el notario autorizante defienden la inscripción del título pues entienden: a) que el derecho de vuelo recae sobre un elemento común y que no se pueden imponer exigencias en su determinación anuladas por el Tribunal Supremo; b) que la licencia de segregación no es necesaria al tratarse de un supuesto de propiedad

horizontal tumbada, y c) que no hay tal incongruencia en los estatutos puesto que, por un lado, será común únicamente la parte de solar que no haya sido configurada como privativa en el título, y, por otro, la vivienda sita en la planta primera si tiene como anejo un local sin distribuir, empleándose el término «almacén» como sinónimo de «local».

2. Respecto del primer defecto, debe diferenciarse entre lo relativo al derecho de vuelo y lo referente a las parcelas denominadas P2 y P3.

En relación con la posibilidad de configurar un derecho de vuelo como elemento independiente de una propiedad horizontal, el defecto debe confirmarse.

Establece el artículo 396 del Código Civil que «Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como (...)».

Por otra parte, en el artículo 3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, se dispone:

«En el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil corresponde a cada piso o local:

a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado.

b) La copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes (...).»

Por tanto, únicamente pisos, locales o espacios de un edificio suficientemente delimitados y susceptibles de aprovechamiento independiente pueden constituir elementos privativos de una división horizontal, y es indudable que un derecho real, como el derecho, de vuelo en ningún caso cumple con dichas exigencias, aunque se constituya sobre elemento común.

3. El análisis de la posibilidad de configurar las parcelas P2 y P3 como elementos privativos ha de realizarse junto con el tercer defecto expresado por la registradora, relativo a la necesidad de obtener licencia para segregar estas dos fincas, por estar ambas cuestiones estrechamente vinculadas.

En el sistema de propiedad horizontal que reguló el artículo 396 del Código Civil y reformó y desarrolló la Ley sobre propiedad horizontal de 21 de julio de 1960, con sus posteriores modificaciones, en tanto supone la concurrencia de elementos comunes, por un lado, y elementos privativos por otro, pronto se vio la posibilidad, y, en muchos casos, la conveniencia de ser aplicado a supuestos en que la división o delimitación entre unos y otros elementos privativos no se realizaba por planos horizontales, sino verticales. Surgió así el concepto de la llamada «propiedad horizontal tumbada», para expresar que la separación entre los elementos privativos se da, no por planos paralelos al suelo, sino perpendiculares a él.

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

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de diciembre de 2012 afirma lo siguiente:

«La propiedad horizontal tumbada suele englobar dos supuestos distintos: los Complejos Inmobiliarios Privados, que no tienen la naturaleza de propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sí les es de aplicación el régimen de la Ley de Propiedad Horizontal (artículo 24 de la LPH): están integrados por parcelas independientes (el

suelo y el vuelo es privativo), y sólo tienen en común los elementos accesorios (viales, instalaciones, servicios, etc.), vinculados "ob rem"; y la Propiedad Horizontal Tumbada propiamente dicha, que sí que tiene la naturaleza y es una verdadera propiedad horizontal (aunque tumbada, pues los planos de división de las fincas son verticales, y no horizontales), porque todas las fincas mantienen en común el suelo, vuelo y la unidad de la finca.

Por tanto, mientras en los complejos inmobiliarios se produce la formación de fincas, que pasan a ser elementos privativos, en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada, a las que se vincula en comunidad ob rem otros elementos, 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.

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".»

Sin embargo, se reconoce en la sentencia transcrita 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».

Parecidos términos se expresan en la sentencia número 166/2016, de 18 marzo, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, con cita de la anterior sentencia, 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.

4. 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, 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.

Es la propia legislación sustantiva urbanística que resulte aplicable la que ha de 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 –cfr. Resolución de 15 de julio de 2021–.

El artículo 142.2 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, dispone que están sujetos a licencia urbanística, entre otros, los siguientes actos: «f) Las parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de terrenos en cualquier clase de suelo, cuando no formasen parte de un proyecto de reparcelación».

El artículo 150, apartado 6, de la misma ley añade que toda parcelación urbanística, segregación o división de terrenos quedará sujeta a licencia municipal, salvo que el ayuntamiento declarase su innecesariedad y según el apartado 7 del mismo artículo 150 los notarios y registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos resolución administrativa en que se acredite el otorgamiento de la licencia municipal o declaración de su innecesariedad.

De los preceptos citados puede deducirse sin dificultad que, en general, la preceptiva licencia urbanística será exigible, en su caso, a efectos de inscripción, para los actos de parcelación, división o segregación o aquellos que puedan considerarse legalmente equiparados que pretendan acceder al Registro de la Propiedad.

5. Como ha afirmado en otras ocasiones este Centro Directivo –vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»–, la división horizontal de un inmueble no implica por sí misma un acto de parcelación que suponga la división de terrenos en dos o más lotes a fin de su edificación (cfr. artículo 148 de la Ley del suelo de Galicia), ni tampoco de segregación u otros actos de división de terrenos a que se refiere el artículo 142.2.f) 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 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 142.2.f) de la Ley del suelo de Galicia, de acuerdo con el cual, están sujetos a licencia municipal «las parcelaciones,

segregaciones u otros actos de división de terrenos en cualquier clase de suelo, cuando no formasen parte de un proyecto de reparcelación».

6. Lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho constituye una doctrina consolidada de esta Dirección General, sobre la necesidad de diferenciar los conceptos de complejo inmobiliario y el de propiedad horizontal propiamente dicha a los efectos de considerar la existencia de una parcelación sometida a licencia, como ocurre en el presente expediente.

Sin embargo, como recuerdan las Resoluciones de este Centro Directivo de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020, deben tenerse en cuenta otras normas especiales existentes.

En este sentido, debe atenderse al artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, y al artículo 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal. Ambos preceptos tienen la redacción resultante de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

El primero garantiza la igualdad en el ejercicio de los derechos vinculados a la propiedad del suelo, que tiene naturaleza estatutaria, determinando los derechos y deberes urbanísticos del propietario (texto refundido de la Ley de Suelo); mientras que el segundo (Ley sobre propiedad horizontal), tiene un contenido más puramente civil.

Los títulos competenciales en que se amparan dicha modificación resultan de la disposición final decimonovena, número 1, de la citada Ley 8/2013, que establece que «la presente Ley tiene el carácter de legislación básica sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.13.^a de la Constitución». Añadiéndose en el número 2, apartado segundo, en relación con los artículos 17 del texto refundido Ley de Suelo y 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal, que se dictan «al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a y 18.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre legislación civil, procedimiento administrativo común, legislación sobre expropiación forzosa y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas» (cfr. disposición final segunda 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).

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 75/2018 se ha pronunciado específicamente sobre el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo (hoy 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2015), Sentencia que ha declarado constitucional la previsión estatal de la exigencia de una autorización administrativa para los casos que contempla.

Debe partirse de que el citado artículo 26.6 asume un concepto amplio de complejo inmobiliario que permite englobar diversos supuestos amparados en un régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria siempre que permitan distinguir 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, lo que no excluye que el suelo pueda tener la naturaleza de elemento común como ocurre en la propiedad horizontal.

Por otra parte, el fundamento de la exigencia de autorización administrativa para la constitución o modificación del complejo inmobiliario siempre que se produzca un incremento de los elementos privativos respecto a los autorizados en la licencia de obras concurre también cuando se trata de división horizontal de elementos independientes que se asientan sobre una parcela de naturaleza común.

No se trata únicamente de controlar el fraccionamiento del suelo para garantizar el respeto a la parcela mínima, sino además otro parámetro urbanístico esencial como es la densidad y población máxima en el uso residencial de la zona.

Desde la perspectiva del artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, aplicable por ser legislación del Estado, debe entenderse, que proporciona plena cobertura legal al artículo 53 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, al disponer: «Para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas: a) No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número (...)».

El precepto es claro al exigir para inscribir los títulos de división que no pueden constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite mediante nueva licencia. Si la constitución de la propiedad horizontal es posterior a la declaración de obra nueva inscrita, el registrador habrá de tener en cuenta si en la inscripción de obra nueva aparecen un número determinado de viviendas, y en este caso existirá ese límite respecto a la propiedad horizontal (sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción de las acciones derivadas de las infracciones urbanísticas y de las relativas a la restauración de la legalidad urbanística infringida, cuando resulten aplicables).

Cuestión distinta es que la propia legislación urbanística aplicable imponga expresamente la exigencia de licencia para el mismo acto de constitución de un edificio en propiedad horizontal –cfr. artículo 187.1.k) del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña–, mas no es lo que ocurre en el caso de la legislación gallega.

En definitiva, reiterando el criterio seguido en la Resolución de 3 de junio de 2019, como regla general:

a) no se precisará la aportación de licencia para la propiedad horizontal cuando la misma se ajuste a la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones (cfr. Resolución de 13 de julio de 2015).

b) tampoco se precisa la aportación de licencia de la propiedad horizontal cuando la misma no provoque un incremento de elementos privativos respecto de los que consten en la previa declaración de la obra nueva.

c) este Centro Directivo ha sostenido la aplicación analógica, aunque con matices, del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo a aquellos supuestos en que ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes.

De acuerdo con el cuadro normativo expuesto: en los supuestos de división o segregación de fincas (con el concepto legal visto), de acuerdo con el artículo 26.1 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, la exigencia de licencia o autorización administrativa vendrá determinada por la ley aplicable; tratándose de complejos inmobiliarios del artículo 26.6 del citado texto refundido, así como en los supuestos regulados en el artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, la exigencia de autorización administrativa viene impuesta por la legislación del Estado, como se deduce de la disposición final decimonovena de la Ley 8/2013 y la disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015.

7. En el caso particular de este expediente, en consideración de las anteriores circunstancias, puede concluirse que concurren las notas definitorias de los fraccionamientos de suelo que se realizan bajo la cobertura jurídica del régimen de los complejos inmobiliarios, y, en particular, de los contemplados en el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal.

El artículo 24 establece que «el régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil será aplicable aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos: a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales. b)

Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios».

La solución elegida no debe desconocer las características físicas de la situación contemplada (cfr. Resoluciones de 26 de junio de 1987, 3 de abril de 1989 y 21 de noviembre de 2002). Desde este punto de vista, resulta evidente que las dos parcelas P2 y P3, tal como están descritas en la escritura, no son susceptibles de aprovechamiento independiente ni cumplen los requisitos que los artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley sobre propiedad horizontal exigen para ser objeto de propiedad separada puesto que, como declaró esta Dirección General en Resolución de 21 de noviembre de 2002, «se limita a determinar un espacio dentro del suelo común, que se califica de privativo sin atribuirle función ni finalidad ni interés alguno protegido y con total incongruencia respecto del título de adquisición de la propiedad privativa que se alega».

Sin embargo, sí concurren las notas definitorias del complejo inmobiliario conforme a lo previsto por el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal y la doctrina anteriormente expuesta. Al respecto, conviene tener presente que un complejo inmobiliario es un conjunto de inmuebles, y, éstos a su vez, pueden ser tanto edificaciones, como partes de edificaciones susceptibles de uso independiente, como porciones de suelo, subsuelo o vuelo, e incluso servicios o instalaciones de naturaleza inmobiliaria. De este modo, la regulación vigente admite expresamente se pueda constituir un complejo inmobiliario en el que los elementos privativos sean, no sólo ni necesariamente edificaciones, sino también «parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales».

Puede afirmarse que, en el presente caso, se configuran dos parcelas de suelo como verdaderos elementos privativos, exclusivos y excluyentes, que implican de facto un fraccionamiento jurídico y funcional de la finca matriz. En definitiva, se crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad separada y se dota a los elementos independientes de tal autonomía que ha de entenderse que, no obstante la denominación y configuración jurídica empleadas por las partes (división horizontal tumbada), nos encontramos, al menos a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística, ante una verdadera división de terrenos constitutiva de un fraccionamiento que es una de las notas características de los conjuntos inmobiliarios privados, por lo que está justificada la exigencia de licencia como instrumento de control de la legalidad urbanística por parte de la Administración.

8. Por lo que se refiere a la objeción que opone la registradora porque, a su juicio, no está plenamente configurado el derecho de vuelo y éste no puede pertenecer al propietario del suelo, el defecto debe confirmarse.

El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido.

Debe tenerse en cuenta que el derecho de vuelo es un derecho de carácter siempre urbano que no lleva consigo el deslinde de la propiedad del suelo y la del edificio, al contrario de lo que ocurre en el derecho de superficie. En el derecho de vuelo, la nueva planta construida se integra en un régimen de propiedad horizontal, de modo que el dueño de dicha planta es copropietario del suelo, al considerarse éste un elemento común.

Tiene su regulación en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, que tras la reforma de 4 de septiembre de 1998 (y la anulación de los apartados «b») y «c») por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001), dispone: «El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del artículo 8 de la Ley. En

la inscripción se hará constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento. d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».

Además, como ha puesto de relieve este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos», en especial las de 26 de julio y 29 de agosto de 2023), es necesario establecer un plazo máximo de ejercicio del derecho de vuelo, pues, si bien el plazo no es una exigencia del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, resulta sustancial tanto para una perfecta delimitación del derecho real que se constituye (cfr. artículo 9 de la Ley Hipotecaria) como por la necesidad de observar y respetar las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes.

9. El derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo. De lo contrario, se trataría de una simple facultad del dominio. Por tanto, el derecho de vuelo sólo puede nacer por transmisión a un tercero o por su reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones en los «Vistos»).

En una primera fase, el titular tiene derecho a construir una o más plantas dentro de las limitaciones urbanísticas. En la segunda fase, el titular adquiere la propiedad de lo construido y no hay duda de que es éste es un derecho perpetuo.

Si el edificio no estaba constituido en régimen de propiedad horizontal, deberá constituirse. Si lo estaba, se fijarán las nuevas cuotas por unanimidad al ser una modificación del título constitutivo, aunque este Centro Directivo ha permitido la cláusula estatutaria por la que el propietario, antes de la enajenación de los diferentes pisos o locales, se reservase el derecho a elevar plantas en un tiempo determinado, expresando que las cuotas serían proporcionales a su extensión y fijadas por el titular del derecho en su día, pudiendo alterar las de las demás.

Todo ello es consecuencia inmediata de que, a diferencia de la construcción que se lleve a cabo sobre fincas de propiedad completamente separada, que accederán al dominio de conformidad con las reglas generales de la accesión del Código Civil (cfr. artículo 353), en el caso del régimen de propiedad horizontal la especialidad de su regulación excepciona la aplicación del principio de accesión, según se desprende del artículo 396 del mismo Código, que incluye entre «los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute», el vuelo y las cubiertas.

10. Asimismo, del ya transcrito artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, resultan los requisitos para que el derecho de vuelo quede plena y perfectamente configurado.

Como declaró la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la Sentencia número 389/2009, de 27 de mayo, «lo esencial de este derecho radica en los requisitos que impone su especial naturaleza para que produzca el efecto jurídico real pues una cosa es que la voluntad del Promotor o propietario único sirva para organizar el régimen jurídico propio de un inmueble sujeto al régimen de la Propiedad Horizontal, y otra distinta la creación de un derecho real de características propias, como es el que resulta de la reserva, que trasciende a quienes, con la compra posterior, van a ser a ser sus nuevos propietarios. La naturaleza misma del derecho, limitativo del dominio, consistente en la facultad de levantar nuevas construcciones en el edificio, excluye que pueda configurarse con absoluta generalidad. La actuación unilateral del Promotor o del propietario único o los pactos acerca del modo de construir, duración y demás requisitos que impone el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario forman el contenido real del derecho, por lo que tienen eficacia frente a terceros, que deben tener conocimiento de la exacta determinación de su naturaleza y extensión que, por otra parte, se inscribe en el Registro de la Propiedad, cumplidos los requisitos dimanantes de los principios de especialidad, cuya eficacia resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales. Y es evidente que la incorporación de la reserva al Título y su posterior inscripción no han conformado de manera adecuada un derecho que no ha llegado en términos tales de poder identificar hasta que extremo se extiende en lo que hace al número de construcciones y al tiempo de su ejercicio, lo que no solo ha impedido a los

futuros adquirentes tomar conocimiento preciso de las condiciones en que se va a llevar a cabo la obra y disponer en su vista lo que a su derecho pudiera convenir en orden a la adquisición de la casa, sino que ha dejado a la comunidad en una situación de absoluta provisionalidad en cuanto a la futura configuración del inmueble, o en aspectos tan sustanciales para quienes la integran como son las cuotas de participación, el mantenimiento de los servicios o el ejercicio de sus derechos dominicales; todo lo cual la hace incompatible con el régimen jurídico de la propiedad horizontal».

En consecuencia, para la constitución del derecho de vuelo, ha de determinarse el número de plantas, plazo de ejercicio, cuotas de nuevos elementos, y demás requisitos exigidos como se ha mencionado, y ninguno de estos se determina en la escritura cuya inscripción se pretende.

Lo que ocurre en el caso debatido, dadas sus peculiaridades es que tras esa aparente falta de determinación lo que subyace no es un derecho real de los configurados en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, imperfectamente definido, sino la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es la de materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística (vid artículos 5, 8, 23, 26 y 31 de la Ley de Suelo); se trataría, pues, de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso habría de integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales en los casos de los artículos 368 y sentencias del Código Civil) lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real (ni, por tanto, ser susceptible de inscripción, conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria) pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro ordenamiento jurídico (vid artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico política y su trascendencia «erga omnes») que excluyen la constitución derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (vid artículos 513, 526, 546, 1608 y 1655 del Código Civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad.

11. Como último defecto, entiende la registradora que existe incongruencia de los estatutos de la división horizontal específicamente en dos puntos. Por un lado, se configura como elemento común «el solar sobre el que se ubica el edificio y la parte del solar que rodea el edificio», cuando parte del mismo ha sido configurado como elemento independiente, y, por otro, se faculta a los propietarios para desvincular las «edificaciones destinadas a almacén anejas privativas a su vivienda», siendo así que no hay ninguna vivienda que tenga como anejo un almacén.

Aunque en la redacción de las normas que integran los estatutos de la propiedad horizontal es deseable la mayor claridad y precisión posible, en la medida en que aquéllas, una vez inscritas, tienen alcance real y resultan oponibles frente a terceros (cfr. artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal), no puede mantenerse el defecto invocado por la registradora.

Las normas 1 y 2, transcritas en el apartado «Hechos», se refieren únicamente a las viviendas. Por ello, cuando la regla número 1 califica como elemento común «el solar sobre el que se ubica el edificio y la parte de solar que rodea al edificio», se está refiriendo a la parte de parcela en el que se ubica la calificada en la escritura como «edificación principal», que da lugar a los elementos independientes uno y dos de la división horizontal, quedando excluidas aquellas que han sido configuradas como elementos independientes.

Asimismo, si se tiene en cuenta que el elemento privativo número uno de la división horizontal, tiene atribuido como anejo una zona ajardinada, y el elemento número dos tiene atribuido como anejo «el local sin distribuir sito en la planta bajocubierta de la

edificación principal», debe entenderse que la posibilidad de desvinculación ha de referirse a este segundo elemento.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, en cuanto a la posibilidad de configurar como elementos privativos de la propiedad horizontal las parcelas P2 y P3 y en cuanto a la inexistencia de incongruencia en los estatutos, y desestimarlos en los restantes extremos, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 10 de junio de 2024.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.