

3. URBANISMO

LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS Y LA LICENCIA DE PARCELACIÓN.

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESOLUCIÓN de 27 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en virtud de recurso gubernativo interpuesto contra la negativa a inscribir una escritura de declaración de obra nueva y constitución de régimen de propiedad horizontal.

I. HECHOS

I. Por escritura autorizada el día 18 de noviembre de 2004, los tres matrimonios copropietarios de una finca rústica de una hectárea, nueve áreas y veintinueve centiáreas de superficie, procedieron a declarar la obra nueva de una vivienda unifamiliar cada uno de los dos primeros matrimonios y una caseta el tercero, compareciendo en el otorgamiento de la escritura el Arquitecto don F. B. M. (de quien únicamente se especifica su número de Colegiado), que certifica que «las obras nuevas declaradas se corresponden con la realidad y que fueron terminadas en el año mil novecientos noventa y tres».

A continuación, en la misma escritura, establecen el régimen de propiedad horizontal sobre tales edificaciones, resultando tres elementos independientes (de 3.641 metros cuadrados cada uno de ellos y compuestos por la respectiva edificación y el resto de la superficie sin edificar), con su correspondiente cuota de participación, que se adjudican respectivamente. Y se pactan las siguientes normas de comunidad:

«Las viviendas unifamiliares anteriormente descritas se regirán por lo dispuesto en las leyes sobre Comunidad de Bienes, Ley de Propiedad Horizontal y como normas especiales las siguientes:

1. El titular de cada una de las edificaciones que componen la edificación —*sic*—, tiene el derecho singular exclusivo de la propiedad de la misma, sin más limitaciones que las servidumbres derivadas de aquellos elementos constructivos que por tratarse de un conjunto de edificaciones son necesarios para los servicios de teléfonos, electricidad, agua, red de saneamiento, gas natural y todos aquellos que para la conservación, reparación y mantenimiento de las viviendas y de sus servicios hubieran de construirse bien de forma temporal o permanente.

Cada propietario, actual o futuro, estará obligado a permitir el paso y la realización de las obras necesarias para el mantenimiento y, en su caso, reparación de dichas conducciones y elementos, especialmente al pozo-perforación de suministro de agua a las tres fincas resultantes de la división horizontal, existente sobre la finca número dos de orden en la división horizontal.

2. El titular de la Finca número Dos de orden en la División Horizontal tendrá derecho a construir sobre la misma, conforme a la normativa urbanística que venga en aplicación y hacer suyas las edificaciones resultantes».

II. Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad, causó el asiento de presentación correspondiente, y mediante calificación de 12 de enero de 2005 fue suspendida la inscripción por atribuirle el Registrador los siguientes defectos:

«Primero.—Deberá acreditarse con certificación o visado del colegio profesional correspondiente, que don F. B. M. tiene facultades suficientes como arquitecto a los efectos de lo dispuesto en los artículos 50, 52 y 55 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Segundo.—No se aporta la licencia municipal correspondiente para la división de la finca, de conformidad con el artículo 97 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, artículo 309 del Reglamento Urbanístico de Castilla y León aprobado por Decreto de 22/2004, de 29 de enero, artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, y RDGRN de 26 de junio de 1999, la cual establece la sujeción a licencia o la declaración de su innecesariedad, de toda parcelación urbanística, así como la prohibición de realizar ésta en suelo rústico. Estableciendo que cuando resulten de la misma objetos jurídicos nuevos e independientes entre sí, nos hallaremos ante una auténtica división de terrenos cualquiera que sea la denominación elegida por las partes o el mecanismo jurídico bajo el que pretenda cubrirse, en el caso que nos ocupa bajo el régimen de la propiedad horizontal».

III. El presentador del documento instó el día 1 de febrero de 2005 la designación de Registrador sustituto, al amparo del Real Decreto 1039/2003. Designado el mismo, éste el 9 de febrero de 2005 desestimó la pretensión solicitada y se ratificó en la calificación del Registrador sustituido.

IV. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación el 12 de marzo de 2005, en que alegó: 1.º Que ni en el artículo 97 de la Ley de Urbanismo de Castilla y León —pese a lo prolijo de su detalle—, ni en el artículo 309 de su Reglamento, ni en la Resolución de 29 de junio de 1999 se cita ni se alude a la división horizontal; 2.º Que la construcción data de 1993, por lo que la declaración de obra nueva resulta urbanísticamente consolidada (la Registradora sólo exige que se le acrediten las facultades del arquitecto certificador, cuyo número de colegiación consta en la escritura), y se ha cerrado el plazo que tiene la Administración urbanística para actuar; 3.º Que la transformación urbanística se produce en este caso por la previa construcción, no por la división; y no planteando problemas la edificación, no cabe atribuirlos a la división posterior, que no es sino un modo de organizarse los condóminos; y 4.º Que no es admisible la presunción de fraude, ni la aplicación analógica de normas restrictivas de derechos, como parece hacer la Registradora.

V. El Registrador de la Propiedad elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo mediante escritos de 15 de marzo de 2005.

En este expediente no consta el modo y la fecha en que la calificación negativa fue notificada a los interesados y al Notario autorizante conforme al artículo 19.bis de la Ley Hipotecaria.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 5 y 24 de la Ley de Propiedad Horizontal; 259.3 del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 6 de

junio; 27, 24.2 y 104 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León; 326 de la Ley Hipotecaria; 48 a 55 y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; 287, 288 y 309 del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León; la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, por la que se declararon inconstitucionales determinados preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; y las Resoluciones de 9 de febrero de 1994, 4 de marzo y 18 de julio de 1996, 26 de junio y 7 de octubre de 1999, 23 de septiembre y 5 de octubre de 2000, 16 de enero, 13 de junio y 21 de noviembre de 2002, 10 de diciembre de 2003, 14 de junio de 2004, 28 de enero, 28 de febrero, 7 y 8 de abril, 25, 30 y 31 de mayo y 16 de julio de 2005, entre otras.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso se presenta en el Registro de la Propiedad copia autorizada de una escritura por la que los propietarios de una finca rústica, previa declaración de obra nueva de dos viviendas y una caseta, construidas en 1993, proceden a su división en tres elementos independientes (en los que se incluyen sendos espacios sin edificar de más de tres mil metros cuadrados cada uno) en régimen de propiedad horizontal, con asignación de la correspondiente cuota de participación. En el apartado de la escritura, relativo a las normas reguladoras de la comunidad, expresamente se indica que las «viviendas unifamiliares anteriormente descritas se regirán por lo dispuesto en las leyes sobre Comunidad de Bienes, Ley de Propiedad Horizontal» y por determinadas normas especiales transcritas en el apartado I de los antecedentes de hecho de la presente resolución.

Limitado el recurso a las cuestiones que estén directa e inmediatamente relacionadas con la calificación (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria), sólo debe decidirse en este expediente sobre los dos defectos invocados en aquélla.

2. El primero de los defectos objeto de impugnación, relativo a la exigencia de acreditación de las facultades del arquitecto que comparece en el otorgamiento para certificar sobre la fecha de la terminación de la edificación —sobre el que, por cierto, nada alega el recurrente en su impugnación, si bien concluye solicitando la revocación de la calificación en su integridad— debe ser confirmado. Si la certificación técnica sobre la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título es un documento que, conforme al artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sirve para —unido a otros requisitos— suplir, con el alcance que la norma reglamentaria determina, la certificación acreditativa de que la obra se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia, dicha «certificación técnica» sustitutiva habrá de ser expedida por cualquiera de los técnicos a que se refiere el artículo 50 del mencionado Real Decreto, aun cuando su contenido sea diverso. Por ello, salvo que se trate de uno de los demás supuestos establecidos en esta norma —lo que en este caso no ha quedado justificado—, será necesario que se acredite la suficiencia de las facultades del técnico certificador en la forma prevenida en el apartado 3 del citado artículo 50 de dicho Real Decreto.

3. Según el segundo de los defectos expresados en la calificación, el Registrador de la Propiedad suspende la inscripción del título por entender que es necesaria la licencia municipal de parcelación urbanística o la declaración de su innecesariedad por parte del correspondiente Ayuntamiento.

Por el contrario, el Notario recurrente entiende que la división horizontal no constituye un acto de parcelación a los efectos de la aplicación de las normas citadas en la calificación impugnada sino únicamente una forma de configurar la propiedad y organizarse los condóminos, sin que suponga transformación urbanística alguna, que se habría producido, en su caso, por la edificación (ya consolidada) pero no por dicha división horizontal.

4. Sobre la cuestión básica que se plantea respecto de dicho defecto, este Centro Directivo ha tenido ya la ocasión de manifestar, con carácter general, que la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, anuló buena parte del Texto Refundido de la Ley sobre 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; no obstante, 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 sucedió con aquellas normas que se referían al Registro de la Propiedad (cfr. art. 149.1.8.^a de la Constitución), de lo que se sigue que corresponde a las Comunidades Autónomas (en este caso, a la de Castilla y León) 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. Sin embargo, 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.

5. Por ello, la Resolución de 10 de diciembre de 2003 (según criterio reiterado en otras posteriores citadas en los «Vistos» de la presente) señaló que la exigencia de licencia para inscribir divisiones de terrenos contenida en el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (y lo mismo puede entenderse respecto del art. 78 del mismo) no puede considerarse absoluta o genérica, pues dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto el acto de división.

Por tanto, debe acudirse a la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, en la que se incluye un elenco de actos sujetos a licencia que aparecen enumerados en su artículo 97, entre los que el único que pudiera tener relación con el supuesto planteado es el señalado en el apartado 1, letra f): «Segregaciones, divisiones y parcelaciones de terrenos». Si los conceptos de segregación y división están acuñados en el Derecho privado y tienen evidente solera en la legislación hipotecaria, el de parcelación es más propio de la legislación urbanística, al punto de que la misma Ley se ocupa de definirla en su artículo 24.2, en relación con el suelo rústico, «como división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes, o cuotas indivisas de los mismos, con el fin manifiesto o implícito de urbanizarlos o edificarlos total o parcialmente, salvo que se deriven de la aplicación de la normativa sectorial o del planeamiento urbanístico».

Conforme a la doctrina de esta Dirección General, la constitución de un régimen de propiedad horizontal no encaja, en vía de principio, en el concepto de parcelación urbanística, a falta de una norma que establezca lo contrario [como, por ejemplo, el art. 66.1.b), párrafo segundo, de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía].

En efecto, 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. Aunque la Ley especial por la que se rige es de aplicación no sólo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código Civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley (cfr. el art. 2 de la misma), ello no significa 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 su 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 la vivienda o locales. Y la única especialidad es que sus titulares participen, como derecho objetivamente vinculado a la respectiva finca independiente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, sean viales, instalaciones o tan sólo servicios. Es decir, que lo común son esos elementos accesorios, no la finca a la que se vincula la cuota o participación en ellos que han de ser fincas independientes.

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 sólo en razón de la distribución de los elementos que la integran, que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal.

La formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crea nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito.

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 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. Y 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 cons-

trucción perfectamente legal e integrada por distintas unidades explotables o enajenables de forma independiente acudiendo a su división en régimen de propiedad horizontal.

6. En el presente supuesto, y habida cuenta de los términos de la escritura calificada, que no se caracteriza por su claridad y precisión, no resulta fácil dilucidar si lo que se configura es un auténtico régimen de propiedad horizontal «tumbada» o, más bien, un complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes.

Así, aunque en el régimen de propiedad horizontal se considera que es elemento común todo aquello que no se configura como privativo (vid. Resolución de 5 de octubre de 2000), en este caso se atribuye, según parece, carácter de elemento privativo no sólo cada una de las edificaciones, sino también a la totalidad del suelo, que dividen en tres partes, y aunque se fijan cuotas de participación no se sabe sobre qué objeto recaen, máxime si se tiene en cuenta la referencia al hecho de que no existan más limitaciones que las servidumbres derivadas de aquellos elementos constructivos que por tratarse de un conjunto de edificaciones son necesarios para los servicios comunes. Puede concluirse, por ello, que 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, nos encontramos —al menos a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística— ante una verdadera división de terrenos constitutiva de parcelación, por lo que está justificada la exigencia de licencia o declaración de su innecesariedad como instrumento de control de la legalidad urbanística por parte de la Administración.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación del Registrador.

III. COMENTARIO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Resolución aborda dos cuestiones diversas: por un lado, los requisitos de la certificación técnica a la que se refiere el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, para la inscripción de declaraciones de obras «antiguas» sin licencia y, por otro, la exigibilidad o no de la licencia municipal de parcelación para inscribir la constitución de un conjunto inmobiliario. En estas líneas nos centramos en la segunda.

Los conjuntos o complejos inmobiliarios son objeto de una regulación muy escasa, ya que, desde el punto de vista sustantivo, únicamente son contemplados por el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, introducido por la Ley 8/1999, de 6 de abril, que se limita a establecer las reglas básicas para la adaptación a esta figura de las normas generales de la propiedad horizontal. Como recuerda la Resolución de 16 de junio de 2006, «la realidad práctica nos muestra figuras muy diversas que se apartan de la propiedad horizontal clásica (un solo edificio sobre un solo solar y con un solo portal), entre las que se comprenden supuestos tales como las propiedades horizontales complejas (pluralidad de escaleras o portales sobre unos sótanos y bajos comunes), los centros comerciales con o sin viviendas en sus plantas superiores, los edificios encabalgados, las urbanizaciones privadas con viviendas

unifamiliares, los conjuntos edificatorios en hilera, los conjuntos de viviendas pareadas, etc.».

Ante esta heterogeneidad de formas y las dificultades que plantea el intento de aplicar a las mismas en la práctica los escuetos pronunciamientos del citado artículo 24, puede decirse que existe una auténtica laguna legal en esta materia.

Esta laguna legal ensombrece aún más su tratamiento jurídico cuando su régimen sustantivo ha de acomodarse a las exigencias de otro tipo de normas: las de carácter urbanístico generadas por la actividad legislativa autonómica. Pero si, además, el resultado de esa combinación normativa está llamado a cumplir los requisitos del Derecho Hipotecario para su inscripción registral, el problema se agrava.

Es esto precisamente lo que sucede en el supuesto de hecho contemplado por esta Resolución, en que confluyen normas de diversa naturaleza, como son, de una parte, las escasas normas civiles en la materia, llamadas a regular la pluralidad de manifestaciones que pueden cobijarse bajo el concepto de conjunto inmobiliario y la manera de articular las relaciones entre los distintos elementos inmobiliarios resultantes de la constitución de un conjunto; de otra, las exigencias de las diferentes leyes urbanísticas autonómicas encarnadas aquí por la obtención de la licencia de parcelación o declaración municipal de su innecesariedad y, finalmente, la legislación hipotecaria, que establece los requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad, especialmente en los artículos 78 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, respecto de los actos de parcelación.

La propia Resolución, en su Fundamento de Derecho número 4, parte del principio incuestionable de ser la normativa de cada Comunidad Autónoma la competente para determinar qué actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa. Lógicamente, no vamos a profundizar aquí en los matices o contrastes existentes entre las distintas leyes del suelo, sino que vamos a afrontar el debate en términos generales, partiendo de la hipótesis de ser necesaria la obtención de la licencia o la declaración municipal subsidiaria para la división, segregación o, en general, para la parcelación de terrenos. Desde esta perspectiva, el problema se concreta en si la constitución del conjunto constituye o no un fraccionamiento del suelo que determine la aplicación de la consecuencia jurídica consistente en la exigibilidad de dicho pronunciamiento municipal.

Algunas Leyes autonómicas se han ocupado directamente de la cuestión, exigiendo la licencia en los casos de división horizontal, por lo que no cabe duda sobre su aplicación a los conjuntos inmobiliarios en todo caso (1). Pero en otros casos se habla genéricamente de división o segregación, o de parcelación, términos que pueden ser difícilmente aplicables a la constitución de este régimen cuando los distintos elementos resultantes se asientan, por ejemplo, sobre suelo común, sin que pueda hablarse con propiedad de aquellos supuestos de fraccionamiento (2).

(1) Es el caso, por ejemplo, del artículo 66 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que exige licencia para las divisiones horizontales u otros supuestos similares sobre suelo no urbanizable.

(2) La propia Ley andaluza, citada en la nota anterior, no es tan clara cuando se trata de suelo urbano y urbanizable, ya que exige la licencia en «toda división simultánea de terrenos, fincas, parcelas o solares».

2. LA ARGUMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

La norma aplicable al caso que se contempla es la Ley 5/1999, de Urbanismo de Castilla y León, que en su artículo 97 exige la licencia para las «segregaciones, divisiones y parcelaciones de terrenos», expresiones que la propia Resolución desgrana diciendo que «si los conceptos de segregación y división están acuñados en el Derecho privado y tienen evidente solera en la legislación hipotecaria, el de parcelación es más propio de la legislación urbanística» para, a continuación, preguntarse si la constitución del conjunto inmobiliario encaja en alguna de ellas.

El criterio utilizado por la Dirección General en torno a la cuestión planteada parte de distinguir dos grupos dentro de un concepto amplio de conjuntos inmobiliarios o propiedad horizontal «tumbada»: *a)* el del complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, y *b)* el que califica como auténtica propiedad horizontal en que el suelo es elemento común y a la que se adjetiva como tumbada 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.

La regla que sienta la Resolución es la de considerar exigible la licencia sólo en el primero de los casos citados. De este modo, el elemento diferencial y decisivo es si el suelo sobre el que se constituye el conjunto se divide en lotes de propiedad privativa o si, por el contrario, se configura como elemento común, sobre el que se irán construyendo las distintas edificaciones de aprovechamiento independiente que integrarán el conjunto.

Este criterio distintivo es utilizado en otras Resoluciones. Así, la de 10 de diciembre de 2003 se pronuncia sobre un supuesto acaecido en la Comunidad de Madrid, cuya Ley del Suelo, en su artículo 151, somete a la previa obtención de licencia municipal «las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidos en proyectos de reparcelación». La Resolución afirma que «habrá que decidir si encaja en dicho concepto la división horizontal, al menos tal como se estructura la del supuesto de hecho planteado», para concluir lo siguiente: «la formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito. 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, no compartimos la excesiva simplificación de circunscribir la exigencia de licencia a un determinado tipo de conjuntos inmobiliarios, en los que la finca total pasa a formar diversos elementos privativos, con exclusión de aquellos otros en los que el suelo permanece como elemento común.

A continuación nos referiremos separadamente a ambos supuestos.

3. PRIMERA HIPÓTESIS: LA DIVISIÓN DEL SUELO EN ELEMENTOS PRIVATIVOS

Es el supuesto ordinario, y el que constituye el objeto de la Resolución que nos ocupa. En ella se decide confirmar la calificación registral que exigía la licencia o declaración municipal sustitutiva por atribuirse carácter de elemento privativo no sólo a cada una de las edificaciones, sino también a la totalidad del suelo, que se divide en tres partes, concluyendo que «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, nos encontramos —al menos a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística— ante una verdadera división de terrenos constitutiva de parcelación».

La misma argumentación es utilizada frecuentemente por el Centro Directivo. Así, por ejemplo, la Resolución de 16 de julio de 2005 se enfrenta a la presentación en el Registro de una escritura por la que los dueños *pro indiviso* de una finca clasificada como suelo urbano, segregan una porción de la misma para su cesión al Ayuntamiento, la cual se realiza unilateralmente, y el resto lo dividen en «propiedad horizontal tumbada» en ocho parcelas, adjudicándolas a los distintos condueños. Es de hacer notar que la división agota toda la superficie de la finca matriz y que el suelo no se configura como elemento común. Ante esta situación, se concluye lo siguiente: «En cuanto a la necesidad de la licencia respecto a la “propiedad horizontal tumbada” que se constituye, partiendo de que la diferencia entre propiedad horizontal —que no la exige— y conjunto urbanístico —que la exige—, esta Dirección General ha declarado (vid. Resoluciones citadas en el “vistos” y, en especial la de 10 de diciembre de 2003) que, para mantenerse en los límites de una comunidad —y, por tanto, para que exista propiedad horizontal—, es preciso que las porciones atribuidas carezcan de autonomía que les permita ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, dado que, si tienen tal autonomía, como ocurre en el presente caso, nos hallamos ante una verdadera división de terrenos, cualquiera que sea la denominación elegida por las partes o el mecanismo jurídico bajo el que se pretenda encubrir».

Este último argumento es irreprochable. Sin embargo, de la misma Resolución se deduce que en el caso contrario, es decir, cuando el suelo de todo el conjunto se deja como elemento común, no será necesaria la licencia, conclusión que, cuando menos, debe ser matizada.

4. SEGUNDA HIPÓTESIS: EL SUELO COMO ELEMENTO COMÚN

La propia Resolución comentada se refiere a esta hipótesis, como contrapuesta a la anterior, en los siguientes términos: «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 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», por lo que en tales casos concluye que no es exigible la licencia.

La Resolución de 10 de diciembre de 2003, como vimos, da un paso más al aplicar literalmente el mismo razonamiento a un caso también de división horizontal «tumbada», pero en el que además se asigna a cada una de las viviendas resultantes como anejo inseparable el uso y disfrute de un espacio libre ajardinado, agotando con ello toda la superficie de la finca matriz.

La misma línea argumental se sigue en otra Resolución, la de 14 de junio de 2004, en la que no se trata ya de una propiedad horizontal «tumbada», sino de un solo edificio sobre el que se constituye un régimen de propiedad horizontal ordinaria, con asignación de uso exclusivo de una parte del terreno a cada una de las viviendas privativas.

En definitiva, se aplica en todos estos supuestos la solución de acudir al régimen civil del suelo para concluir que, si éste se configura como elemento común, no será necesaria la licencia, y ello aun cuando la superficie no edificada sea físicamente dividida en porciones (por ejemplo, con setos o vallas), para atribuir a cada vivienda o local el uso exclusivo —y excluyente— de una de ellas.

A nuestro entender, el criterio es erróneo, además de peligroso, ya que ampara por partida doble la posibilidad de consumir un evidente fraude de ley en aquellos casos en que la normativa urbanística aplicable se pronuncia en términos generales, sin referirse de manera expresa o implícita a la propiedad horizontal, tumbada o no, o a los conjuntos inmobiliarios.

Por un lado, si de lo que se trata es de constituir un conjunto inmobiliario bajo la forma típica, por ejemplo, de una urbanización privada (sin contar con la licencia de parcelación), en lugar de dividir el suelo en parcelas privativas sobre la que se construirían los distintos chalets o casas (lo que exigiría licencia según el criterio de la Dirección General) bastaría con dejar el suelo como común con asignaciones de uso exclusivo del mismo (para lo que, según se ha visto, no sería necesaria la licencia). En ambos casos el resultado jurídico sería análogo: desde el punto de vista civil, el propietario de cada casa podría disfrutar en exclusiva del jardín respectivo, sobre el que no podrían realizar actos dispositivos al margen de su vivienda, pero que se transmitiría o gravaría conjunta e inseparablemente con ella. Y, desde una perspectiva urbanística, se habría consumado una parcelación encubierta.

En segundo lugar, ese criterio viene a contradecir frontalmente todo el razonamiento que de manera constante viene manteniendo el Centro Directivo en torno a los supuestos de compraventa de cuotas de una finca con asignación a las mismas del derecho de uso exclusivo de una parte determinada de terreno (3). Cabe citar, por todas, la Resolución de 19 de junio de 2000, que declara que «habida cuenta de los requisitos legales que determinan la consideración de una cosa como objeto jurídico independiente (cfr. art. 333 del Código

(3) Es el caso de la Resolución de 26 de junio de 1999, las de 20, 26, 27, 28 y 29 de junio de 2000, las de 19 y 20 de octubre de 2000 y la de 12 de febrero de 2001, entre otras muchas.

Civil), del propio concepto legal de propiedad (cfr. art. 348 del Código Civil), de la sujeción al régimen de mayorías en lo relativo al uso de la cosa común (art. 398 del Código Civil), y de la prohibición del pacto de indivisión por más de diez años (art. 400 del Código Civil), la compatibilidad entre la persistencia de una comunidad sobre el todo y la atribución a cada propietario de un derecho permanente de uso exclusivo sobre una parte suficientemente determinada de aquél, exige que estas partes carezcan de la autonomía física y económica que les impida ser reputados como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, pues, en otro caso (como es el ahora debatido, en que las porciones de uso exclusivo delimitadas por sus linderos y superficie —cfr. art. 9 de la Ley Hipotecaria—, son en principio susceptibles de constituir físicamente fincas absolutamente independientes entre sí, si se satisfacen las exigencias legales de índole urbanística o agraria), aquélla atribución implicará una verdadera división, cualquiera que sea la denominación elegida o el mecanismo jurídico bajo el que pretende encubrirse».

Creemos que no existe razón alguna para no aplicar exactamente el mismo razonamiento a la constitución de un conjunto inmobiliario o división horizontal de un edificio en que, sin división material del suelo (que queda por tanto como elemento común), se atribuya a cada una de las viviendas análogo derecho de uso exclusivo sobre una parte del jardín, supuesto en que, como vimos, la propia Dirección General adopta la posición contraria, al no exigir licencia. La finalidad de la operación en ambos casos sería la misma: realizar una parcelación «de hecho», al atribuir un derecho de uso exclusivo sobre una parcela, derecho que sería transmisible junto con la cuota indivisa en el primero y con el elemento privativo en el segundo. La analogía entre ambos casos es evidente, de manera que, aunque no se pueda llegar a esa asignación de uso exclusivo por un camino (la venta de cuotas indivisas), sí puede lograrse por el otro (la constitución de un conjunto inmobiliario, cuya inscripción avala la Dirección General).

5. CONCLUSIONES

Para decidir si en un determinado supuesto de hecho es necesaria o no la licencia de parcelación resulta inapropiado acudir a la configuración civil que se dé al suelo dentro del régimen de propiedad horizontal o del conjunto inmobiliario. Es la propia legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma la que debe determinar los casos en que dicha licencia es exigible o no y, en caso afirmativo, la legislación hipotecaria impone acreditar su obtención en el Registro.

En algunos casos, la norma urbanística aplicable se refiere específicamente a la cuestión. Sucede así, como vimos, con el artículo 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, que exige licencia para las divisiones horizontales u otros supuestos similares sobre suelo no urbanizable. El problema surge cuando la norma urbanística resulta inexpresiva ante la cuestión que nos ocupa, como ocurre, por ejemplo, en Castilla y León, en cuyo ámbito territorial se desenvuelve la Resolución comentada.

Por las razones esgrimidas más arriba, estimamos que debe prescindirse de la configuración jurídico-civil que se dé al suelo, para atender a las instituciones propiamente urbanísticas. Las normas de esta naturaleza serán las que aclaren en qué casos es preceptiva la licencia. Si no se contempla expre-

samente su exigencia para el caso de constitución de un conjunto inmobiliario o régimen de propiedad horizontal, habrá de acudir a la definición de parcelación que tales normas suelen establecer y, en último término, habrá que atender al régimen supletorio que en cada caso esté vigente y a los pronunciamientos jurisprudenciales que resulten de aplicación.

Con carácter general, cabe afirmar que lo que preocupa a las Leyes del suelo al regular las licencias de parcelación no es sino evitar que se constituya un núcleo de población allí donde no lo hubiere o que aumente la densidad de población en los núcleos preexistentes, siendo ajeno a todo ello el régimen de propiedad de los distintos elementos inmobiliarios resultantes, así como los conceptos civiles de división y segregación. Así lo entiende el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de junio de 1988 (*RJ* 1988/4596), cuando dice que «al vender porciones indivisas se pactaba la permanencia en la indivisión y el no ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, y se hacía corresponder el disfrute de aquéllas con una superficie concreta señalada en un plano, con lo que la división ideal era en realidad física o material y con vocación de permanencia, necesariamente ha de concluirse en la existencia de una parcelación urbanística ilegal», añadiendo que con esa operación «se ha abierto paso a la posibilidad del establecimiento de un asentamiento residencial urbano, generador de futuros requerimientos o necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos, es decir, de un núcleo de población» y este peligro no varía cuando lo que atribuye el uso exclusivo de una porción de finca no es una cuota sino la constitución de un conjunto inmobiliario o del régimen de propiedad horizontal.

Como reconoce la propia Dirección General en su Resolución de 16 de junio de 2006, «no es la diferente configuración jurídica adoptada (propiedad horizontal o complejo inmobiliario) lo decisivo, sino el hecho de la vía elegida por la legislación urbanística aplicable, mediante el mecanismo de la licencia, para controlar el surgimiento de parcelaciones ilegales».

Y, a falta de disposición específica, esta regla se impone en todo caso en que se fraccione el suelo en varias porciones funcionalmente independientes, bien se atribuyan éstas en régimen de propiedad separada, o bien en régimen de uso y disfrute exclusivo.

Como toda regla general, la enunciada no está exenta de excepciones, como la derivada del artículo 82 del Real Decreto 1093/1997, según el cual: «cuando sobre las parcelas resultantes del expediente de equidistribución se construyan, conforme al planeamiento, diferentes edificios, éstos podrán constituir fincas registrales independientes sin necesidad de licencia de parcelación. Si la parcela fuere indivisible, sólo podrán crearse fincas registrales independientes si los distintos edificios se asientan sobre suelo común y se les somete a un mismo régimen de propiedad horizontal o conjunto inmobiliario».

Otra posible excepción estaría constituida por la aprobación administrativa de los proyectos de urbanización, respecto de la cual el Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 5 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989/9107) que lleva inmerso el proyecto de parcelación, por lo que, aprobados aquéllos, resulta superfluo pedir la licencia de parcelación. Dando un paso más, cabría discutir si debe considerarse exigible la obtención de la licencia para realizar una parcelación que resulta directamente de un instrumento de planeamiento, pero se trata de una cuestión que excede de los límites naturales de este comentario.

RESUMEN

CONJUNTOS Y LICENCIAS

La amplia variedad de manifestaciones que presentan en la práctica los conjuntos inmobiliarios, unida a su escasa regulación legal, hace que en ocasiones las normas urbanísticas resulten poco expresivas ante determinados supuestos de hecho. Así ocurre con la exigibilidad o no de licencias de parcelación o división con ocasión de la constitución de un conjunto inmobiliario, tema que ha generado varias Resoluciones de la Dirección General, como la que aquí se comenta.

ABSTRACT

ESTATES AND PERMITS

Because of the huge variety of different embodiments housing estates take in practice, plus the scantiness of laws regulating housing estates, sometimes city planning rules are overwhelmed by particular cases that arise in fact. So it happens with the question of whether or not parcel-splitting or division permits are required when a housing estate is created. This issue has led to a number of decisions from the Directorate-General, such as the decision discussed here.