

3. URBANISMO

La procedente revisión del régimen tradicional de inscripción de la propiedad horizontal tumbada como diferenciado del aplicable al complejo inmobiliario y a la propiedad horizontal ordinaria

The need to change the traditional registration regime for laying-down horizontal property as different from that applicable to the building complex and the ordinary horizontal property

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESUMEN: Análisis de la posible unificación del régimen de inscripción de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria en relación con la exigibilidad de licencia o autorización administrativa.

ABSTRACT: Analysis of the possible unification of the registration regime of building complexes, lying-down horizontal property and ordinary horizontal property in relation to the enforceability of a license or administrative authorization.

PALABRAS CLAVE: Complejo inmobiliario. Propiedad horizontal. Propiedad horizontal tumbada. Autorización administrativa. Licencia de parcelación.

KEY WORDS: Building complex. Lying-down horizontal property. Regular horizontal property. Administrative authorization. Parceling license.

Resolución de 27 de enero de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CRITERIO TRADICIONAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA»: A) Planteamiento general. B) Supuestos de asimilación al complejo inmobiliario en sentido estricto. C) Supuestos de asimilación a la pro-

propiedad horizontal ordinaria. D) Análisis crítico desde la perspectiva actual. 3. EL MARCO NORMATIVO ACTUAL: A) Evolución. B) Contenido. 4. LA NUEVA ORIENTACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE LOS REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «ORDINARIA» EN EL MARCO NORMATIVO ACTUAL: A) El criterio inicial en relación con la «modificación» del régimen de propiedad horizontal ordinaria. B) La posterior extensión del criterio anterior a la «constitución» de la propiedad horizontal ordinaria. C) Análisis crítico de la moderna orientación. 5. CONSIDERACIONES SOBRE LA POSIBLE EXTENSIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA A LA INSCRIPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN O MODIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA»: A) Planteamiento. B) El elemento literal. C) El elemento teleológico. D) El elemento lógico. E) El elemento sistemático. F) Conclusión final.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Mediante escritura de declaración de obra nueva en construcción, división en régimen de propiedad horizontal y constitución de complejo inmobiliario, se declara estar construyendo sobre una finca registral determinada un conjunto de siete viviendas unifamiliares aisladas (descritas en el citado título), constituyéndose además un complejo inmobiliario formado por esa misma finca registral y otras dos más, integrado por un total de veintisiete viviendas unifamiliares aisladas. Se acompaña licencia urbanística para la construcción de las siete viviendas objeto de la declaración de obra nueva y división horizontal.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad, tan solo se inscribió la declaración de obra nueva y la división horizontal, con la consiguiente apertura de folio registral a las siete viviendas unifamiliares resultantes, pero se suspendió la inscripción de la constitución de complejo inmobiliario o conjunto residencial, en esencia, por considerar insuficiente a estos efectos la licencia de obras aportada, limitada a las siete viviendas en construcción sobre una de las tres fincas afectadas y sin extenderse, por tanto, a la totalidad de los elementos privativos previstos para el complejo en su totalidad. Se invocan a tal fin en la nota de calificación los artículos 10.3.a) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal y 26.6 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.

II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

La controversia suscitada entre el registrador y el recurrente fue dirimida por la Resolución de 27 de enero de 2021 desestimando el recurso y confirmando la calificación del registrador. De conformidad con la calificación negativa, la desestimación se basó en la insuficiencia de la licencia de obras incorporada a la escritura, que solo amparaba siete de las veintisiete viviendas unifamiliares que se proyectaban sobre el complejo inmobiliario y, por lo tanto, se daba el supuesto de hecho previsto en el artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que exige autorización administrativa para la constitución de los complejos inmobiliarios privados, sin que fuera de aplicación la excepción prevista en su letra a).

Así se pone de manifiesto en la siguiente argumentación contenida en los fundamentos de derecho 5 y 6:

«Ahora bien, el recurrente en el mismo documento y pese a indicar que no considera necesaria “una autorización administrativa específica” para lo segundo, autoriza la formalización de una “división horizontal” y, al mismo tiempo, un “complejo inmobiliario” al que se afectan tres parcelas registrales —una de ellas la que contiene la división horizontal amparada en la licencia de obras y que se inscribe—; con la consiguiente atribución de cuotas a los distintos elementos independientes: de una parte, en la división horizontal y, de otra, en el complejo. Pero se mire por donde se mire, lo cierto es que la licencia incorporada a la escritura tiene un concreto y limitado alcance, que se desborda en lo tocante a la constitución del complejo pues la misma se limita a: “Conceder licencia urbanística al proyecto básico de 7 viviendas unifamiliares aisladas a ejecutar en parcela A-3. R3 del sector (...) de este Término, con referencia Catastral 0862020CS3006S0000YD, promovido por la Entidad (...)”. Para nada más, por tanto. Y, por ello, carece de todo amparo el intento de dar forma jurídica a la pretensión de constituir el complejo urbanístico proyectado; y sin que tampoco lo tenga la pretensión de estimar comprendido el supuesto que motiva este recurso en la excepción de la letra a) del artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015 (“cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel”), por la sencilla razón de que la licencia concedida habilita solo para la construcción de determinadas viviendas en una parcela concreta y determinada, sin alusión alguna a un complejo urbanístico, constituido o por constituir; ni tampoco por razones obvias, y a la vista del tenor de la escritura, en su letra b) (“cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos”).

Tampoco habilita esa constitución del complejo urbanístico la alusión que realiza el recurrente en su escrito en el sentido de que “la razón de ser del complejo es la previsión de un cuarto de telecomunicaciones que será común a las tres fases y que se ubica en la primera”, puesto que hay otros mecanismos legales que permitirían satisfacer tal finalidad, como podrían ser las servidumbres constituidas en forma.

6. Por todo ello, y para concluir, puede afirmarse que en el supuesto analizado concurren las notas definitorias de los fraccionamientos de suelo susceptibles de ser realizados 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, resultando de aplicación el artículo 26.6 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, tantas veces citado, que establece que “la constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como regímenes especiales de propiedad, por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción, que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma”.

Entender lo contrario y admitir la pretensión del recurrente supondría eludir el control administrativo, cuya finalidad no es otra que dar respuesta a la preocupación esencial del legislador urbanístico: evitar que se constituya un núcleo de población allí donde antes no lo hubiera, contra las previsiones del planeamiento.

Y todo ello, en aras a procurar un desarrollo urbanístico sostenible, que, como ha enfatizado la mejor doctrina, procure un adecuado equilibrio entre un eventual

aumento de la densidad de viviendas y de población y las dotaciones, suministros, servicios, infraestructuras y redes públicas necesarias para el mantenimiento de una digna y adecuada calidad de vida de los ciudadanos. Preocupaciones, estas últimas, que ciertamente han sido siempre muy tenidas en cuenta por esta Dirección General, pues al fin y a la postre lo que se pretende (cfr. Resolución de 6 de junio de 1988) es impedir el establecimiento, en contra del planeamiento, de un asentamiento residencial humano generador de futuros requerimientos o de necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos.

Se trata por tanto de una autorización, por parte de la Administración competente, como instrumento de control de la legalidad urbanística y título administrativo habilitante, entendido como acto administrativo de naturaleza reglada, mediante el cual dicha Administración lleva a cabo un control preventivo sobre la actividad de los ciudadanos relacionada con los actos y usos de naturaleza urbanística, autorizando a estos para el ejercicio de un derecho preexistente, una vez comprobado que dicho ejercicio cumple con los requisitos legales o reglamentarios y que es el resultado de un procedimiento regulado por ley.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación del registrador».

III. COMENTARIOS

1. INTRODUCCIÓN

Con independencia de la anterior argumentación empleada por la resolución como *ratio decidendi* del caso concreto por ella analizado, que compartimos plenamente, interesan a los efectos de este comentario otras consideraciones vertidas por ella, que se hacen eco de la doctrina tradicional seguida en relación con la propiedad horizontal tumbada:

«Debe añadirse que el hecho diferencial que distingue el complejo inmobiliario de la propiedad horizontal tumbada se encuentra en que en esta última se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer el suelo y el vuelo como elementos comunes, sin que haya división o fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse de parcelación, no produciéndose alteración de forma, superficie o linderos. El régimen de la propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo y vuelo como elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Se rige por la Ley especial, que en su artículo 2 declara la aplicación no solo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley, lo cual no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal (cfr., por todas, las Resoluciones de 21 de enero de 2014 y 10 de septiembre de 2018).

Precisamente, esa inexistencia de fragmentación de terreno es lo que inspira el sentido (rectamente entendido, en tanto el complejo haya sido legalmente constituido) 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 esta 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”.

5. El notario recurrente, en defensa de su postura, distingue entre complejo inmobiliario y división horizontal tumbada, debiendo recordarse lo ya expresado al respecto: se diferencian entre sí, básicamente, en que en el primero, la formación de las fincas que componen el complejo pasan a crear espacios totalmente separados entre sí, equiparándose a una parcelación urbanística, por lo que hay unanimidad en la doctrina para exigir en estos casos la preceptiva licencia. En cambio, en la propiedad horizontal, aunque sea tumbada, entienden los autores que se mantiene la unidad jurídica de la finca que le sirve de soporte, porque no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación, pues no hay alteración de forma en cuanto a su superficie y linderos, y por ello que en estos casos no sería necesaria más licencia que la de la propia obra nueva. Con todo, cabe recordar que, tal y como afirmó este Centro Directivo en Resolución de 21 de noviembre de 2019, la constitución de un régimen de propiedad horizontal tumbada en la que se crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad separada, dotados de plena autonomía, se debe considerar, a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística, como una verdadera división de terrenos constitutiva de un fraccionamiento, de conformidad con el artículo 26.2 del texto refundido de la Ley de Suelo, y para lo cual sería necesaria la obtención de la licencia correspondiente».

Como puede comprobarse, el texto transcrito reitera la doctrina sentada por la Dirección General en múltiples resoluciones en torno a la inscripción de la propiedad horizontal tumbada y que parte de la distinción entre este concepto y el de complejo inmobiliario.

2. EL CRITERIO TRADICIONAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA»

A) *Planteamiento general*

Partiendo de un concepto amplio y heterogéneo de los conjuntos o complejos inmobiliarios¹, la Dirección General ha distinguido tradicionalmente dos categorías bien diferenciadas a la hora de determinar los requisitos urbanísticos exigibles para su inscripción registral. La primera de estas categorías es la del complejo inmobiliario en sentido estricto, caracterizada por implicar un fraccionamiento del suelo del conjunto en dos o más parcelas a las que se atribuye la condición de elementos privativos. La segunda modalidad es la denominada propiedad horizontal tumbada, en que se mantiene la unidad del suelo elemento común del conjunto.

En esta construcción, que es la reflejada en la Resolución de 27 de enero de 2021 según acabamos de ver, el elemento diferencial entre ambas figuras sería, pues, la calificación que se atribuyera al suelo dentro del régimen definido, de tal modo que, si tal calificación implicara su fraccionamiento, nos encontraríamos ante un complejo inmobiliario en sentido estricto y para su inscripción registral sería exigible la correspondiente licencia de parcelación. En cambio, no

existiendo fraccionamiento del suelo del conjunto, material o ideal, este quedaría configurado como elemento común, respondiendo a la modalidad de propiedad horizontal tumbada, y su tratamiento registral sería, al menos en principio y por asimilación a la figura de la propiedad horizontal ordinaria, el de la inexigibilidad de la licencia, si bien más tarde se matizó esta última afirmación en el sentido que veremos en la letra B) de este apartado.

El concepto de propiedad horizontal tumbada surge en un contexto normativo en que la legislación aplicable no exigía la licencia de parcelación ni para la constitución de los complejos inmobiliarios ni para la propiedad horizontal, lo que sin duda posibilitaba la consagración registral de negocios jurídicos que, de forma abusiva o incluso fraudulenta, implicaban una vulneración de la ordenación urbanística. Muestra de ello son las numerosas parcelaciones y urbanizaciones ilegales que proliferaron en las últimas décadas del siglo XX.

Para combatir esta anómala situación propiciada por una manifiesta insuficiencia legislativa, la Dirección General equiparó el régimen registral de los complejos inmobiliarios al de la segregación o división de fincas, requiriendo para la constitución de aquellos la correspondiente licencia de parcelación y sin que tal exigencia resultara extensible a la novedosa figura de la propiedad horizontal tumbada al no existir en ella fraccionamiento alguno. Así lo refleja la Resolución de 10 de diciembre de 2003: «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».

En el mismo sentido, la Resolución de 27 de enero de 2006 afirma que «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 solo 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. (...) Por eso, bajo el calificativo de “tumbada” que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades

horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se adjetivan como tumbadas tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran, que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal».

Sin detenernos aquí en el análisis de la evolución de la doctrina de la Dirección General en esta materia², puede decirse que en la pasada década se produjo un cambio de rumbo al distinguir dos categorías dentro del concepto de propiedad horizontal tumbada a la hora de enjuiciar la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad: aunque en ambas modalidades se mantendría la tradicional configuración del suelo del conjunto como elemento común, una de ellas quedaría asimilada a los complejos inmobiliarios y la otra a la propiedad horizontal, con la consecuencia de que la primera estaría sujeta a licencia o autorización administrativa y la segunda no.

Veamos de forma separada cada una de estas modalidades.

B) Supuestos de asimilación al complejo inmobiliario en sentido estricto

Dentro de esta primera categoría se encuadran aquellas situaciones en que, aun manteniéndose la totalidad del suelo del inmueble en su conjunto como elemento común, se asigna a los elementos privativos el derecho de uso y disfrute exclusivo de determinadas porciones de dicho suelo y aquellas que incorporan otro signo de parcelación.

En estos supuestos, aun no habiendo división «material» de la finca como ocurre en el caso del complejo inmobiliario, se rompe la unidad esencial del suelo, considerándose que sufre una división «ideal» equiparable a la que se produce en el complejo inmobiliario, por lo que se considera igualmente exigible la correspondiente licencia de parcelación o autorización administrativa. Así lo entiende el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 9 de mayo de 2013.

La Resolución de 5 de noviembre de 2012, en relación con un supuesto de propiedad horizontal tumbada, recoge las siguientes afirmaciones: «Asimismo, como pusieron de manifiesto las Resoluciones de este Centro Directivo de 14 de julio de 2009, 12 de julio de 2010, 24 de agosto de 2011 y 3 de abril de 2012, el concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones en fraude a su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, ha trascendido la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos. Así resulta con claridad del propio artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio el cual, si bien se halla encabezado por el epígrafe “Divisiones y segregaciones”, se refiere en su párrafo primero no solo a los estrictos supuestos de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, sino también a todo supuesto en que, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surge duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, a cuyo efecto y para la definición y desarrollo de este concepto, remite a los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable. Y en este sentido amplio deben

interpretarse aquellos términos de división o segregación que también emplea el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, cuando ordena al registrador que para la inscripción de la división o segregación de terrenos ha de exigir que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad. (...) En el supuesto debatido, las entidades privativas resultantes de la división horizontal no participan en otras fincas registrales ni las dividen o segregan en participaciones. Por lo tanto, no existen porciones de otras fincas registrales o terrenos de uso exclusivo que constituyan físicamente fincas absolutamente independientes entre sí en el caso de satisfacerse las exigencias de la legislación urbanística (...). En consecuencia, no existe un complejo inmobiliario privado, ni puede presumirse de la descripción hecha en la escritura calificada. Además, el suelo sobre el que se ubican los elementos privativos independientes es común, por lo que en este caso no se puede sostener la nota de calificación», que en aquel caso concreto consideraba necesaria la aportación de la correspondiente licencia de parcelación.

C) Supuestos de asimilación a la propiedad horizontal ordinaria

En esta modalidad se enmarcan los restantes supuestos de propiedad horizontal tumbada, en que no hay asignación de espacios de uso exclusivo ni otro indicio de parcelación. En estos casos, la Dirección General, siguiendo la misma argumentación antes expuesta aunque en sentido contrario, concluye que no hay división del suelo, ni siquiera ideal, por lo que no considera exigible licencia de parcelación o autorización alguna. Este tratamiento obedece a que estas situaciones se consideran «auténticas propiedades horizontales» como señala la Resolución de 27 de enero de 2006.

Así lo entiende la citada Resolución de 5 de noviembre de 2012 cuando concluye que «en el supuesto debatido, las entidades privativas resultantes de la división horizontal no participan en otras fincas registrales ni las dividen o segregan en participaciones. Por lo tanto, no existen porciones de otras fincas registrales o terrenos de uso exclusivo que constituyan físicamente fincas absolutamente independientes entre sí en el caso de satisfacerse las exigencias de la legislación urbanística (...). En consecuencia, no existe un complejo inmobiliario privado, ni puede presumirse de la descripción hecha en la escritura calificada. Además, el suelo sobre el que se ubican los elementos privativos independientes es común, por lo que en este caso no se puede sostener la nota de calificación».

Con ello, el criterio de la Dirección General era el de asimilar la propiedad horizontal tumbada a la propiedad horizontal ordinaria, para la que inicialmente no se preveía sujeción a licencia alguna.

La irrupción del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio y, con él, de su artículo 53.a), no alteró inicialmente este criterio. Esta nueva norma, que exige licencia para la inscripción de la propiedad horizontal bajo determinadas condiciones que veremos en el apartado 3, recibió una fría acogida por parte de la Dirección General al considerar inicialmente que, dado su carácter puramente reglamentario y que en el momento de su entrada en vigor no contaba con cobertura legal suficiente en la legislación estatal, la exigencia de licencia para inscribir las operaciones a que se refiere «no puede considerarse absoluta o genérica pues dependerá de la norma sustantiva a que esté sujeto el concreto acto jurídico, por lo que debe estarse a lo dispuesto en la Ley». Así lo afirman las Resoluciones de 12 de abril de 2011, 12 de septiembre de 2011 y 5 de noviembre de 2012, entre

otras muchas. Conforme a ello, la aplicación del artículo 53.a) se hacía depender de la previsión por la correspondiente legislación autonómica de la aludida licencia para la inscripción del acto concreto de que se tratara, de tal modo que solo en las comunidades en las que se contemplaba tal previsión se consideraba aplicable aquella norma.

En este sentido se manifiesta la Resolución de 12 de septiembre de 2011 (en aplicación de la legislación andaluza), que determinó la aplicabilidad de dicha norma en relación con la solicitud de inscripción de una propiedad horizontal ordinaria sobre una vivienda unifamiliar: «4. El artículo 66.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía establece que (...), lo que supone la exigencia de licencia municipal para el presente caso. En definitiva, siendo exigible licencia municipal en los términos descritos, procede confirmar la nota de calificación del registrador».

En cambio, en los casos en que la legislación autonómica no contuviera tal previsión de forma expresa, como sucede por ejemplo en la Comunidad de Madrid, el criterio tradicional de la Dirección General era el de no considerar aplicable la regla del artículo 53.a) del Real Decreto de 1997. Así sucede en el caso contemplado por la Resolución de 12 de abril de 2011, según la cual: «En efecto, la exigencia de licencia para inscribir las operaciones a que se refiere 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 concreto acto jurídico, por lo que debe estarse a lo dispuesto en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en la que se incluye un elenco de actos sujetos a licencia, que aparecen enumerados en su artículo 151, entre los que podemos destacar, a los efectos que ahora nos interesan, los siguientes (...). No estando la división horizontal sujeta a licencia de forma expresa por el artículo 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones autonómicas (*Vid. «ad exemplum»* artículo 66.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; disposición adicional 2.ª apartado 3.º de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de la Generalitat, del Suelo no Urbanizable de la Comunidad Valenciana), y no entrañando dicha división horizontal un supuesto de parcelación, segregación o cualquier otro acto división de fincas o terrenos (apartado 1.º a) del artículo 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid), no cabe su aplicación al presente supuesto».

Posteriormente se sucedieron ciertas modificaciones legislativas estatales que, a juicio de la Dirección General, pasaron a dar cobertura a la norma del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, según veremos.

D) Análisis crítico desde la perspectiva actual

En nuestra opinión, con el planteamiento que se acaba de exponer la Dirección General encontró una fórmula eficaz de combatir la regulación insuficiente que de la materia ofrecía el marco legal vigente en aquel momento, paralizando así la proliferación de urbanizaciones ilegales que había tenido lugar años atrás.

Además, esta fórmula resultaba tan ingeniosa como respetuosa con aquel marco legal ya que se basaba en una interpretación amplia, aunque no extensiva, de las normas reguladoras de los actos de fraccionamiento del suelo para incluir entre ellos no solo el clásico concepto urbanístico de parcelación o los hipotecarios de segregación y división material de fincas sino también cualquier

otro acto jurídico que, por su particular contenido, pudiera desembocar en un fraccionamiento ideal.

Sin embargo, entendemos que no cabe mantener la misma construcción en el contexto normativo actual, en el que, según interpreta el propio Centro Directivo, resulta exigible la autorización administrativa no ya solo en relación con los complejos inmobiliarios en sentido estricto sino también respecto de la propiedad horizontal ordinaria. Por ello, en nuestra opinión la propiedad horizontal tumbada debe considerarse sujeta a autorización administrativa (como regla general y sin perjuicio de las excepciones que veremos) también en los casos en que, por su concreta configuración, resulte asimilable a la propiedad horizontal ordinaria.

Para llegar a esa conclusión es conveniente partir del esquema normativo vigente en la actualidad, al que dedicamos el apartado siguiente.

3. EL MARCO NORMATIVO ACTUAL

A) *Evolución*

Hasta bien avanzada la década de los años noventa, la legislación estatal en materia urbanística, hipotecaria y de propiedad horizontal no incluía ningún precepto que sometiera inequívocamente a licencia o control administrativo la constitución o modificación del régimen de propiedad horizontal ni de los complejos inmobiliarios como tampoco, por tanto, su inscripción registral. La primera iniciativa en este sentido fue la del citado artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, cuyo contenido expondremos enseguida.

Durante la década pasada se sucedieron varias modificaciones en la legislación estatal que afectaron profundamente al régimen de inscripción de la propiedad horizontal y de los complejos inmobiliarios. Por un lado, el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, modificó el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 introduciendo la exigencia de autorización administrativa para la constitución y modificación del complejo inmobiliario. Por otro, la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas estableció dos excepciones a la regla anterior y dio su actual redacción al artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal, reiterando dicha regla general y extendiendo la necesidad de autorización administrativa, por vez primera, a determinados actos de modificación de la propiedad horizontal. Finalmente, el vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 reprodujo en esencia en su artículo 26.6 el contenido del citado artículo 17.6 del texto refundido de 2008.

B) *Contenido*

De la actividad legislativa descrita resulta el marco normativo actual en esta materia, contenido principalmente en tres preceptos: el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal.

El artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 dispone que «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. No será

de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión».

Por su parte, el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana establece lo siguiente: «La constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como regímenes especiales de propiedad, por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción, que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma. No será necesaria dicha autorización en los supuestos siguientes: a) Cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel. b) Cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos». El último párrafo concluye diciendo que «A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos».

Finalmente, el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que «Requerirán autorización administrativa, en todo caso: a) La constitución y modificación del complejo inmobiliario a que se refiere el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en sus mismos términos. b) Cuando así se haya solicitado, previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte; la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética, o de las cosas comunes, cuando concurren los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio». Lógicamente, las referencias a este último precepto han de entenderse hechas en la actualidad al artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Del régimen expuesto resultan dos excepciones a la regla de la exigibilidad de la autorización administrativa: cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del título constitutivo o modificativo del régimen de que se trate sean los mismos que resulten de la licencia de obras correspondiente y cuando la modificación de dicho régimen no implique un incremento del número de los elementos privativos preexistentes. A ellas cabe añadir una tercera excepción: la posibilidad de su inscripción por antigüedad bajo determinadas condiciones, admitida por la Dirección General a partir de la Resolución de 17 de octubre de 2014 y confirmada por otras muchas, mediante la aplicación analógica de la norma contenida para las declaraciones de obra nueva en el actual artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

4. LA NUEVA ORIENTACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE LOS REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «ORDINARIA» EN EL MARCO NORMATIVO ACTUAL

A) *El criterio inicial en relación con la «modificación» del régimen de propiedad horizontal ordinaria*

La evolución normativa descrita tuvo una influencia decisiva en la doctrina de la Dirección General, que dio por superada la anterior objeción a la aplicación generalizada del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, al entender que este había quedado amparado de forma sobrevenida bajo la habilitación legal que le brinda el juego de los artículos 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal y 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, sustituido luego por el 26.6 del vigente texto refundido de 2015. Por tanto, la aplicación del precepto reglamentario ya no se considera condicionada a que la licencia que contempla esté prevista expresamente por la legislación autonómica aplicable en cada caso, al entender que se trata del reflejo reglamentario de una norma legal estatal que le dota de cobertura.

En este sentido se pronuncian numerosas resoluciones posteriores a la Ley 8/2013, como las de 16 de septiembre de 2014, 15 de febrero de 2016 y 25 de septiembre y 26 de octubre de 2017, en relación con la propiedad horizontal. Todas ellas coinciden en que el criterio del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 «ha quedado ahora confirmado y elevado a rango legal (con lo que han de darse por superados los reparos doctrinales a su aplicación generalizada), pues la exigencia de autorización administrativa para la creación de un nuevo elemento privativo por vía de segregación, agregación o división de otro preexistente, no solo se impone en el citado artículo 10.3.b) de la Ley sobre Propiedad Horizontal, sino que encuentra también reflejo en el artículo 17.6 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo (hoy, artículo 26.6 del texto refundido de 2015), referido a los actos de constitución o modificación de conjuntos inmobiliarios, habiendo sido redactados ambos preceptos por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que entró en vigor el día 28 de junio de 2013. Normativa que según la disposición final decimonovena tiene el carácter de legislación básica, debiendo ser interpretados y aplicados ambos preceptos de forma coordinada dada la estrecha relación existente entre los mismos, en cuanto expresión de una misma idea: la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Por tanto, es la normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa en los casos señalados».

B) *La posterior extensión del criterio anterior a la «constitución» de la propiedad horizontal ordinaria*

Las cuatro resoluciones antes citadas consideran que el criterio contenido en el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 «ha quedado ahora confirmado y elevado a rango legal» por la legislación estatal sobre suelo y propiedad horizontal con el carácter de legislación básica, y todas ellas propugnan la aplicación coordinada

de los preceptos legales para llegar a la misma conclusión: «los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Por tanto, es la normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa en los casos señalados».

Sin embargo, todas ellas contemplan supuestos de «modificación» de elementos privativos de un edificio previamente dividido horizontalmente, pero en ninguna se hace referencia explícita a la extensión de la exigencia de la autorización administrativa a la «constitución» de la propiedad horizontal. Tampoco contienen tal referencia los citados preceptos legales, a diferencia de lo que sucede con el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997.

Recientemente, la Dirección General ha dado un decidido paso adelante para considerar que también la «constitución» del régimen de propiedad horizontal se encuentra sujeta a la necesidad de acreditar el otorgamiento de la correspondiente autorización administrativa. Así lo han hecho, en relación con la propiedad horizontal ordinaria, las Resoluciones de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020, sobre cuyo contenido nos vamos a detener en este apartado.

Ambas resoluciones se enfrentan a supuestos de constitución del régimen de propiedad horizontal ordinaria de una vivienda que inicialmente era unifamiliar, considerando exigible la autorización administrativa por imperativo de la legislación estatal y sin que la autonómica de aplicación contuviera tal previsión en ninguno de los dos casos³.

La única diferencia destacable ambas resoluciones es que en la segunda el título presentado pretendía la inscripción de la división horizontal por antigüedad, la cual se consideró injustificada, lo que a su vez remitía a la exigibilidad de la autorización administrativa, que era justamente lo que se trataba de dilucidar. Por lo tanto, en las dos resoluciones se emplea de manera literal la misma argumentación en apoyo de tal exigibilidad y que pasamos a exponer.

Comienzan las dos resoluciones por exponer el reparto competencial existente en la materia, distinguiendo dos clases de normas: de un lado, las relativas a los actos de «división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes» y a la declaración de obra nueva (arts. 26.2 y 28 del texto refundido de 2015) y, de otro, las normas específicas de los complejos inmobiliarios y la propiedad horizontal (arts. 26.6 del texto refundido y 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal).

En relación con el primer grupo de normas, y de conformidad con la remisión que el citado artículo 26.2 hace a «la legislación aplicable», en clara referencia a la autonómica en materia de suelo, se sienta la siguiente conclusión: «En estos casos 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 esta, 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».

En cambio, en relación con las normas relativas a los complejos inmobiliarios y a la propiedad horizontal, las dos resoluciones a las que nos referimos se apartan de la regla general anterior para reconocer la competencia estatal en orden al establecimiento de la autorización administrativa en estos términos⁴:

«4. Lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho constituye la regla general en materia de licencia en la división y segregación de fincas, pero junto a ella deben tenerse en cuenta las normas especiales existentes. En este sentido, son de destacar los artículos 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y el artículo 10.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

Ambos preceptos tienen su redacción en 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, que establece que “la presente Ley tiene el carácter de legislación básica sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.13.^a de la Constitución”. Añadiéndose en el número 2, apartado 2.º, en relación con los artículos 17 del texto refundido Ley de Suelo y 10.3 de la Ley sobre Propiedad Horizontal, que se redactan «al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a y 18.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre legislación civil, procedimiento administrativo común, legislación sobre expropiación forzosa y el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas (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.

5. 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 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 exigencia de licencia o autorización administrativa vendrá determinada por la Ley aplicable; tratándose de complejos inmobiliarios del artículo 26.6 del citado Real Decreto Legislativo 7/2015, 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».

Seguidamente, las dos resoluciones hacen referencia a las leyes autonómicas aplicables en cada caso (en el primero, la valenciana y en el segundo, la madrileña, como vimos), en ninguna de las cuales se somete expresamente a licencia ni la constitución ni la modificación de los regímenes de complejo inmobiliario y de propiedad horizontal, para sentar la siguiente doctrina:

«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 horizontal (como es el presente caso) 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).

En definitiva: 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 (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; y 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».

Sobre la base de la misma argumentación, la Resolución de 3 de junio de 2019 concluye que «De acuerdo con los fundamentos anteriores expuestos, resulta exigible licencia a efectos de inscripción de su división horizontal para pasar de una casa sin división a otra dividida horizontalmente con dos viviendas sin poder ampararse en ninguna de las excepciones antes examinadas al no quedar acreditados los requisitos señalados respecto de las mismas. En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora».

Por su parte, la Resolución de 28 de julio de 2020 confirma la calificación registral por entender que, a falta de una suficiente acreditación de la antigüedad de la división horizontal, «resulta aplicable el régimen del artículo 26 de la misma Ley estatal en cuanto a la exigencia en todo caso de título administrativo habilitante de la inscripción».

Como se observa, las dos resoluciones citadas extienden a la constitución del régimen de propiedad horizontal ordinaria la exigencia de la autorización administrativa que antes solo se contemplaba para determinados actos de modificación del mismo.

C) Análisis crítico de la moderna orientación

Consideramos plausible el esfuerzo de la Dirección General para salvar, mediante una interpretación integradora, las deficiencias de una técnica legislativa manifiestamente mejorable. Además, compartimos el criterio de considerar sometidos a control urbanístico, como regla general, no solo los actos de constitución y modificación del régimen de complejo inmobiliario y los de modificación del régimen de propiedad horizontal, como establecen expresamente los preceptos legales analizados, sino también la constitución de la propiedad horizontal, como hacen las dos Resoluciones analizadas en la letra B) de este apartado en relación con la propiedad horizontal ordinaria.

Sin embargo, esta interpretación integradora puede parecer algo forzada en algunos extremos. Centrándonos en el régimen de propiedad horizontal, es indudable que la sujeción de su constitución a autorización administrativa no aparece recogida de modo explícito en ningún precepto de rango legal. En efecto, el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y el 10.3.a) de la Ley de Propiedad Horizontal se refieren a la «constitución y modificación» de los complejos inmobiliarios exclusivamente, pero no se extienden al régimen ordinario de la propiedad horizontal. Sí se refiere a este régimen el artículo 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal, pero su ámbito de aplicación no incluye su constitución, sino que se limita a ciertos actos de modificación de la propiedad horizontal previamente constituida, como son los consistentes en la «división material», la «agregación» y la «segregación» de los pisos o locales y sus anejos.

Por lo tanto, no parece merecedora de reproche alguno la conclusión a la que se llega en las resoluciones citadas en la letra A) precedente (de 16 de septiembre de 2014, 15 de febrero de 2016 y 25 de septiembre y 26 de octubre de 2017), relativas todas ellas a actos de división material de pisos o locales de un edificio previamente dividido horizontalmente. Dichas resoluciones parten de considerar que el criterio contenido en el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 «ha quedado ahora confirmado y elevado a rango legal» por la legislación estatal sobre suelo y propiedad horizontal con el carácter de legislación básica, y todas ellas propugnan la aplicación coordinada de los preceptos legales para llegar a la misma conclusión: «la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Por tanto, es la normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa en los casos señalados».

Lo que no queda tan claro es si la regla del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, en cuanto se refiere a la constitución de la propiedad horizontal, se encuentra también amparada por la cobertura legal de los artículos 26.6 del texto refundido y 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal. Las respuestas a este interrogante por parte de la Dirección General han resultado dispares. Por un lado, la Resolución de 10 de septiembre de 2018 negó tal circunstancia, al señalar que «En el presente supuesto la edificación, sita en una parcela con una superficie de 141 metros cuadrados y formada por dos plantas, se divide horizontalmente en dos elementos privativos: el primero compuesto por parte de la planta baja (52 metros cuadrados destinados a vivienda y 40 metros cuadrados destinados a garaje) y parte de la planta alta (94 metros cuadrados destinados

a vivienda); y el segundo compuesto por la parte restante edificada de la planta baja (33 metros cuadrados destinados a almacén) y de la planta alta (otros 33 metros cuadrados destinados también a almacén). Tanto el suelo sobre el que se asienta la edificación, el vuelo de la misma así como la superficie que resta hasta completar los 141 metros cuadrados de parcela quedan sin ser objeto de división ni atribución específica a ninguno de los elementos privativos creados, y, si bien es cierto que no se hace referencia alguna a tales elementos en la escritura, habiendo sido deseable en este punto una mayor precisión, lo cierto es que no ofrece duda el hecho de que aquellos, y en especial la superficie restante de parcela, constituyen elemento común (...). En consecuencia, resulta evidente que no se dan las circunstancias para que sea exigible licencia de constitución del régimen de propiedad horizontal. Declarada e inscrita la obra nueva terminada y dividida la edificación resultante en régimen de propiedad horizontal sin que de dicha división resulte, directa o indirectamente, la constitución de un complejo inmobiliario u operación jurídica alguna de la que pueda resultar una parcelación o fraccionamiento del suelo, en los términos expuestos en los fundamentos anteriores, carece de razón de ser la exigencia de licencia a efectos de inscripción».

En cambio, las dos resoluciones citadas en la letra B) anterior (de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020), como hemos visto, adoptan el criterio contrario al afirmar que «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 (...). El precepto es claro al exigir para inscribir los títulos de división horizontal (como es el presente caso) 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». Partiendo de esta argumentación, ambas resoluciones determinan la exigibilidad de la licencia a efectos de la inscripción de la división horizontal de una casa que originariamente era unifamiliar sin que fuera aplicable ninguna de las excepciones previstas legalmente y a las que ya hemos aludido.

En definitiva, entendemos que la cobertura que proporcionan los dos preceptos legales a los que nos venimos refiriendo al artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 es meramente parcial, al menos en apariencia, pues no contemplan de forma expresa la constitución del régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, esta circunstancia no implica que no pueda encontrarse una cobertura suficiente en otras disposiciones legales, como hemos afirmado en alguna otra ocasión⁵, por lo que no nos extenderemos aquí más sobre esta cuestión.

5. CONSIDERACIONES SOBRE LA POSIBLE EXTENSIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA A LA INSCRIPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN O MODIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA»

A) *Planteamiento*

Como se ha visto, el novedoso criterio empleado por las Resoluciones de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020, consiste en la exigibilidad de la

autorización administrativa para la constitución del régimen de propiedad horizontal ordinaria sobre un edificio unifamiliar con total abstracción de si concurre o no en ellos asignación de superficies de uso exclusivo u otro signo de parcelación.

En realidad, lo que hace este nuevo criterio no es sino unificar el régimen de inscripción de los complejos inmobiliarios y el de la propiedad horizontal ordinaria sobre el juego de los artículos 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana, 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 53 del Real Decreto 1093/1997.

El siguiente interrogante que inmediatamente se plantea es si la moderna interpretación de tales preceptos ha de extenderse igualmente a la propiedad horizontal tumbada o si, por el contrario, debe mantenerse respecto de esta última la doctrina tradicional de negar la exigibilidad de la autorización administrativa a menos que exista asignación de espacios de uso exclusivo.

Tras aquel cambio de orientación se han dictado, al menos, dos resoluciones reproduciendo dicha doctrina tradicional en relación con la propiedad horizontal tumbada. Por un lado, la Resolución de 21 de noviembre de 2019 consideró exigible la autorización administrativa para la inscripción de un título constitutivo de propiedad horizontal tumbada basándose en que en él existía aquella asignación de espacios de uso exclusivo, aunque hay que reconocer que de ella no se desprende que sin tal asignación se habría adoptado el criterio contrario. La segunda es la Resolución de 27 de enero de 2021, objeto de este comentario, que se hace igualmente eco de dicha doctrina tradicional, si bien es cierto que lo hace con un carácter meramente incidental y descriptivo pero no como fundamento decisorio, como se expuso al principio.

A nuestro juicio, no parece haber obstáculo en considerar aplicable a la propiedad horizontal tumbada el mismo criterio que unifica el régimen de inscripción de los complejos inmobiliarios y de la propiedad horizontal ordinaria, sin necesidad de exigir para esta última la concurrencia de requisitos adicionales como es el de la definición de espacios de uso exclusivo, con las excepciones legales ya referidas. En los apartados que siguen se recogen argumentos a favor de la indicada unificación de criterios.

B) El elemento literal

El primer argumento se obtiene si se atiende al concepto de complejo inmobiliario que ofrece el último párrafo del artículo 26.6 del texto refundido de 2015 en relación con la exigencia de la autorización administrativa: «A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos».

Como puede comprobarse, esta definición se pronuncia en términos tan amplios que no cabe entender excluidos de ella aquellos supuestos en que el suelo en su totalidad se configura como elemento común, como sucede en la propiedad horizontal tumbada según la concepción tradicional que de ella hace la Dirección General. Cuando el precepto alude a los elementos privativos, no incorpora indicio alguno que permita considerar limitado este concepto a las fracciones de suelo resultantes de su división material.

Por tanto, el concepto amplio de complejo inmobiliario que ofrece la norma a los efectos de considerar exigible la autorización administrativa es aplicable tanto a aquellas situaciones en que hay unidad de parcela como a aquellas otras en que hay fraccionamiento del terreno, lo cual, recordemos, constituye el elemento diferencial entre la propiedad horizontal tumbada y el complejo inmobiliario en sentido estricto en la concepción de la Dirección General. Así lo reconoce la propia Resolución de 27 de enero de 2021, objeto de este comentario, cuando señala lo siguiente en su fundamento 2: «En lo que atañe a los complejos inmobiliarios (...), tras la reforma de la Ley de Suelo de 2008 por la Ley 8/2013, de 26 de junio, en el último párrafo del artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2015, se define legalmente lo que debe entenderse por tales, al indicar que (...). Esta definición legal, basada en la coexistencia de elementos privativos y elementos comunes, y en la particular vinculación entre ellos, es en realidad, y esencia, la misma que se ya se formulaba en el artículo 396 del Código civil, el cual, con otras palabras, también alude a la existencia de elementos privativos “susceptibles de aprovechamiento independiente” y “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”. Ahora bien, dentro de la categoría general del complejo inmobiliario resultan encuadrables muy diversos supuestos concretos, en función de cuál sea la configuración física o incluso arquitectónica de esos concretos inmuebles privativos y de los inmuebles o elementos comunes (...). En conclusión, pues, un complejo inmobiliario, es un conjunto de inmuebles, y estos 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».

En consecuencia, dada la heterogeneidad de situaciones encuadrables dentro del concepto amplio de complejo inmobiliario y que, por tanto, conforman el supuesto de hecho del citado artículo 26.6, que en ningún caso excluye que el suelo se configure como elemento común (como sucede en la llamada propiedad horizontal tumbada), se impone la aplicación a todas ellas de la consecuencia jurídica prevista en el mismo artículo, esto es, la exigibilidad de la autorización administrativa como regla general y con las excepciones que recoge.

C) El elemento teleológico

Como señala la Resolución de 27 de enero de 2021, la finalidad de la exigibilidad de la autorización administrativa en relación con los complejos inmobiliarios definidos en el citado artículo 26.6 del texto refundido «no es otra que dar respuesta a la preocupación esencial del legislador urbanístico: evitar que se constituya un núcleo de población allí donde antes no lo hubiera, contra las previsiones del planeamiento. Y todo ello, en aras a procurar un desarrollo urbanístico sostenible, que, como ha enfatizado la mejor doctrina, procure un adecuado equilibrio entre un eventual aumento de la densidad de viviendas y de población y las dotaciones, suministros, servicios, infraestructuras y redes públicas necesarias para el mantenimiento de una digna y adecuada calidad de vida de los ciudadanos. Preocupaciones, estas últimas, que ciertamente han sido siempre muy tenidas en cuenta por esta Dirección General, pues al fin y a la postre lo que se pretende (cfr. Resolución de 6 de junio de 1988) es impedir el establecimiento, en contra del planeamiento, de un asentamiento residencial

humano generador de futuros requerimientos o de necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos».

Como se ve, la problemática urbanística que ha de ser combatida mediante la intervención administrativa es idéntica en las dos figuras que contemplamos, pues no depende de la configuración que se dé al suelo, ya sea mediante su fraccionamiento en espacios privativos (complejo inmobiliario en sentido estricto), ya caracterizándolo como elemento común (propiedad horizontal tumbada), sino del aumento de la densidad de viviendas y de población que tiene lugar en los dos casos. Por tanto, en uno y otro concurre idéntico fundamento para su sujeción al control de la Administración competente.

D) El elemento lógico

Si el fundamento de la exigibilidad de la autorización administrativa en relación con los complejos inmobiliarios en sentido estricto es, según acabamos de ver, el de evitar desequilibrios entre la densidad de viviendas o población y los servicios urbanísticos y esta misma problemática es igualmente predicable de la propiedad horizontal tumbada cualquiera que sea la configuración que en ella se dé al suelo, la única consecuencia lógica que cabe extraer de ello es que tal exigibilidad queda igualmente justificada respecto de esta.

Por otro lado, ya hemos visto que la doctrina tradicional recaída sobre la propiedad horizontal tumbada exoneraba de la licencia o autorización administrativa en los casos en que no se produjera asignación de espacios de uso exclusivo ni concurriera otro indicio de parcelación «ideal» por asimilación a la propiedad horizontal ordinaria, la cual no estaba históricamente sujeta a tal control. Así lo entienden, entre otras muchas, las Resoluciones de 10 de diciembre de 2003, 27 de enero de 2006, 14 de enero de 2010 y 21 de enero de 2014 al afirmar que «En cambio, en la propiedad horizontal, aunque sea tumbada, entienden los autores que se mantiene la unidad jurídica de la finca que le sirve de soporte, porque no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación, pues no hay alteración de forma en cuanto a su superficie y linderos, y por ello que en estos casos no sería necesaria más licencia que la de la propia obra nueva». Esta solución obedece a que, como se afirma en las citadas resoluciones, en estos casos nos encontramos ante «auténticas propiedades horizontales».

Sin embargo, desde el momento en que la Dirección General ha extendido la necesidad de autorización administrativa también a la auténtica propiedad horizontal ordinaria, como hacen las Resoluciones de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020, ya analizadas, entendemos que no es posible mantener aquella concepción tradicional al decaer una de las premisas en que se basaba, por lo que el argumento quiebra indefectiblemente. La autorización administrativa debe considerarse exigible para la propiedad horizontal tumbada tanto en los casos en que ha de asimilarse al complejo inmobiliario en sentido estricto como cuando se equipara a la propiedad horizontal ordinaria porque ambos regímenes están sujetos a dicha autorización.

Finalmente, la tesis opuesta a la que aquí mantenemos puede dar lugar a conclusiones absurdas: así, por ejemplo, resultaría un evidente contrasentido considerar que la división horizontal de una vivienda unifamiliar ha de reputarse sujeta a autorización cuando tal división se haga en altura o por plantas, como sucede en la propiedad horizontal clásica u ordinaria, pero quede liberada de

ella cuando se trate de dividir esa misma vivienda, no en planos verticales como sucede en la propiedad horizontal ordinaria, sino en el mismo plano horizontal, dando lugar a varias viviendas adosadas, pareadas o en hilera, que constituyen, según la doctrina⁶, un supuesto típico de propiedad horizontal tumbada.

E) El elemento sistemático

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, del juego de los artículos 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, 10.3.a) y 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal y 53.a) del Real Decreto 1093/1997 resulta que la propiedad horizontal tumbada está sujeta a autorización administrativa por aplicación del primero y del segundo en los casos en que, por la configuración del suelo o de su uso, es asimilable al complejo inmobiliario, mientras que en otro caso, esto es, cuando se configura de modo análogo a la propiedad horizontal clásica, la misma exigencia se desprende de los dos últimos artículos.

La misma idea se impone si la doctrina tradicional de la Dirección General sobre propiedad horizontal tumbada se interpreta en el contexto de la moderna orientación seguida por las Resoluciones de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020 en relación con la propiedad horizontal ordinaria, en los términos que quedan sobradamente expuestos.

F) Conclusión final

Si bien sería deseable una mayor precisión de las normas legales vigentes en la actualidad, en nuestra opinión debe reputarse superada la construcción tradicional de la Dirección General en esta materia desde el momento en que la interpretación combinada de los tres preceptos analizados en este apartado lleva a la idea de la unificación del régimen legal de inscripción de los complejos inmobiliarios y de la propiedad horizontal, en el sentido de considerar aplicable en ambos casos la exigencia de autorización administrativa con las excepciones expuestas. No encontramos motivo alguno para no considerar incluida en esta nueva orientación a la llamada propiedad horizontal tumbada, concepto que, como vimos, en algunos supuestos quedaría absorbido a estos efectos por el del complejo inmobiliario, y en otros, por el de la propiedad horizontal, por lo que en ambos casos quedaría sujeto al régimen de autorización administrativa.

En definitiva, en el marco legal actual ya no es necesario en cada caso concreto discriminar si un supuesto determinado de propiedad horizontal tumbada responde a un esquema u otro, al haber quedado unificado su tratamiento según la interpretación que hace la propia Dirección General de las disposiciones que resultan de aplicación.

NOTAS

¹ Estas características son predicables tanto de la definición que de los mismos se acogió en la llamada Carta de Roma del V Congreso Internacional de Derecho Registral como del actual concepto legal previsto en el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, al que luego nos referiremos.

² Puede verse un análisis pormenorizado de esta evolución en el artículo del mismo autor de estas páginas titulado El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria (1 de 2), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 778, 1369-1385.

³ En el caso de la Resolución de 3 de junio de 2019 resultaba de aplicación la legislación valenciana, con transcripción del artículo 213 de la Ley 5/2014, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunitat Valenciana. En el caso de la Resolución de 28 de julio de 2020 era aplicable la legislación madrileña, con transcripción del artículo 151 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

⁴ Tomados de los fundamentos 4 y 5 de la Resolución de 3 de junio de 2019, que son fielmente reproducidos en el fundamento 5 de la de 28 de julio de 2020.

⁵ Esta cuestión es analizada en El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria (2 de 2), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 779, 1925-1946.

⁶ ARNÁIZ EGUREN, R. (2010). *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Pamplona: Aranzadi, 143.