

3. URBANISMO

El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria (1 de 2)

The administrative control of the building complex, the lying down horizontal property and the regular horizontal property (1 of 2)

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESUMEN: En este comentario vamos a analizar los requisitos urbanísticos que han de cumplirse en orden a la constitución e inscripción de tres figuras diferentes aunque íntimamente relacionadas entre sí: los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria, realizando una exposición sistemática y crítica de los criterios seguidos a tal fin por la Dirección General de los Registros y del Notariado de manera paralela a la evolución que ha experimentado la legislación en orden a la exigibilidad de licencia o autorización administrativa.

ABSTRACT: *In this commentary we will analyze the urban requirements to be met for the registration of three different but intimately related concepts: the building complexes, the lying-down horizontal property and the regular horizontal property, conducting a systematic and critical presentation of the criteria followed by the Directorate General for Registers and Notaries in order to practice such registration in parallel with the developments in the legislation in this area.*

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.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ESQUEMA DEL MARCO NORMATIVO APLICABLE.—III. LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS.—IV. LA PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA: 1. DISTINCIÓN ENTRE ESTE CONCEPTO Y EL DE COMPLEJO INMOBILIARIO. 2. EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE TÍTULO ADMINISTRATIVO HABILITANTE: A) *Primera fase: la propiedad horizontal tumbada no está sujeta a licencia aunque exista asignación de uso exclusivo.*

B) Segunda fase: la propiedad horizontal tumbada está sujeta a licencia si existe asignación de uso exclusivo u otro indicio de parcelación. C) ¿Hacia una tercera fase que generalice la exigibilidad de la autorización administrativa?—V. LA PROPIEDAD HORIZONTAL ORDINARIA: 1. LA DOCTRINA DE LA DGRN ANTERIOR AL RD 97. 2. EL ARTÍCULO 53.A) DEL RD 97. 3. LA LEGISLACIÓN DEL SUELO A PARTIR DE 2007. 4. LA NUEVA DOCTRINA DE LA DGRN A LA VISTA DEL ARTÍCULO 10.3.B) DE LA LPH.—VI. REGLAS DE APLICACIÓN GENERAL A LOS TRES SUPUESTOS ANALIZADOS: 1. LOS REQUISITOS FORMALES Y PROCEDIMENTALES DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA. 2. LA POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD. 3. CONDICIONANTES URBANÍSTICOS ADICIONALES 4. LAS NOTIFICACIONES POSTERIORES A LA INSCRIPCIÓN.—VII. CONCLUSIONES FINALES.—VIII. CONCLUSIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde sus inicios, la legislación del suelo se ha ocupado del control de los actos de fraccionamiento de suelo, el cual depende en gran medida de la clasificación del mismo efectuada por el planeamiento urbanístico. Las manifestaciones más relevantes de este control son, para toda clase de suelo, la exigencia de la previa obtención de la correspondiente licencia o título habilitante del acto del que resulte aquel fraccionamiento y, para el suelo no urbanizable, la prohibición de realizar en él parcelaciones urbanísticas.

También tradicionalmente se ha considerado al Registro de la Propiedad como un instrumento útil para impedir la proliferación de parcelaciones ilegales, esto es, contrarias a la legislación urbanística o al planeamiento, dado el carácter normativo de este último. El artículo 259.3 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 impuso a los notarios y registradores la obligación de exigir la acreditación de la obtención de la correspondiente licencia de parcelación o declaración municipal de su innecesidad para autorizar e inscribir escrituras de división de terrenos.

La legislación se ha ocupado también, con mayor o menor fortuna, de definir los supuestos en que aquel control resulta aplicable, habiendo señalado la jurisprudencia que no queda circunscrito a los conceptos tradicionales de parcelación, división o segregación, a los que considera como actos de división material, sino que también se extiende a otros supuestos que podrían calificarse como actos de división ideal, como se verá.

En cambio, hasta tiempos recientes la legislación urbanística no se pronunció de un modo explícito sobre la extensión de este control a la propiedad horizontal y otras figuras afines, como los complejos inmobiliarios y la llamada propiedad horizontal tumbada. Algunas leyes autonómicas regulan con cierto detalle esta materia, aunque también en ellas la interpretación y aplicación de las normas a cada caso concreto han ofrecido ciertas dificultades como consecuencia de la pluralidad de situaciones que pueden darse en la práctica.

La regulación del control administrativo al que nos referimos obedece a una preocupación esencial del legislador urbanístico: evitar que se constituya un núcleo de población allí donde antes no lo hubiera y que en los núcleos preexistentes se produzca un aumento de la densidad de viviendas y de población, en ambos casos en contra de las previsiones del planeamiento y con el fundamento último de procurar un desarrollo urbanístico sostenible, que procure un adecuado equilibrio entre dicha densidad y las dotaciones, suministros, servicios,

infraestructuras y redes públicas necesarias para el mantenimiento de una digna y adecuada calidad de vida individual y colectiva de los ciudadanos.

Así lo ha declarado de manera reiterada la Dirección General, para la que se trata, en palabras de la Resolución de 6 de junio de 1988, de impedir el establecimiento, en contra del planeamiento, de «un asentamiento residencial humano, generador de futuros requerimientos o de necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos, es decir, de un núcleo de población». Según la Resolución de 19 de julio de 2019, la exigencia de la autorización administrativa obedece a la necesidad de evitar que la operación de que se trate provoque «un incremento de (...) unidades residenciales que puedan afectar a la densidad habitacional prevista en el correspondiente Plan General de Ordenación Urbana». Por su parte, la Resolución de 5 de mayo de 2016 destaca que «La posibilidad de constitución de un núcleo de población ha sido apreciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de forma casuística, por ejemplo, en función de la muy cercana relación temporal entre la adquisición de la finca y el comienzo de la segregación y venta de las parcelas, la notoria diferencia de precio existente entre ambas operaciones de compra y posterior venta, en suelo de naturaleza rústica, clasificado como no urbanizable, la media superficial de cada parcela vendida típicamente adecuada para la edificación de chales y casa de recreo o residenciales y proporcionando la vendedora vías de acceso, así como el suministro de agua a cada parcela, siendo irrelevante, por sí mismo, el hacerse constar en las transmisiones operadas que la finca en cuestión estaba destinada al cultivo agrícola, o la apariencia que a la operación se haya dado de parcelación agrícola, para el establecimiento de huertos familiares (Sentencia de 3 de octubre de 1995), sin que sea obstáculo para ello la escasa dotación urbanística del núcleo, limitada a un carril que rodea las fincas y a la dotación de agua (Sentencia de 8 de abril de 1998), siendo indiferente la consideración que merezca la infraestructura con la que se dotó a la parcelación que permitiera desarrollar un uso agrícola (Sentencia de 8 de mayo de 1998). Por otra parte, es copiosa la jurisprudencia que mantiene que la determinación de si una parcelación tiene o no carácter urbanístico puede deducirse «a posteriori» como consecuencia de los actos ulteriores que realiza el dueño de la finca matriz (Sentencia de 16 de junio de 1998). Hoy, buena parte de las legislaciones autonómicas tratan de definir lo que se entiende por núcleo de población a estos efectos».

Por otro lado, en la exposición nos centraremos en esencia en la legislación estatal, cuya aplicación estará matizada en todo caso por las normas específicas de cada comunidad autónoma, que son las competentes para regular el control de la densidad de población y la realización de actos de parcelación o asimilables dependiendo de la clase de suelo de que se trate. El reparto competencial en esta materia aparece definido en numerosas resoluciones, como la de 27 de enero de 2016, que resume la cuestión así: «corresponde a las comunidades autónomas (...) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que estas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por estas 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». No obstante, conviene destacar que se ha producido un cambio de orientación en esta materia como consecuencia de la evolución legislativa a la que seguidamente se hace referencia y, en particular, de

la Ley 8/2013, tras la cual la Dirección General vino a afirmar en su Resolución de 26 de octubre de 2017 que en la actualidad es la propia normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa con el carácter de legislación básica, correspondiendo a la legislación autonómica la determinación del concreto título administrativo habilitante exigido para los actos de división o segregación de locales, y demás previstos en el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal. Más adelante nos referiremos con detalle a estas cuestiones.

II. ESQUEMA DEL MARCO NORMATIVO APLICABLE

En aras de una mayor claridad conviene partir de una exposición esquemática de la evolución legislativa de las normas que se han ocupado del control administrativo sobre las tres figuras que analizamos junto a una breve referencia a su contenido respectivo, que será desenvuelto más adelante. A tal fin cabe diferenciar varios hitos o momentos:

- a) En un primer momento, ni la Ley de Propiedad Horizontal en su redacción originaria ni la legislación urbanística estatal vigente desde la Ley del Suelo de 1956 hasta la década de los años 90 contenían ningún precepto legal que sometiera inequívocamente a licencia o control administrativo la constitución o modificación del régimen de propiedad horizontal o de los complejos inmobiliarios ni, por tanto, su inscripción registral.
- b) Es el Real Decreto 1093/1997 el que por primera vez alude a esa exigencia en su artículo 53.a), que establece los requisitos para la inscripción de los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito disponiendo 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.
- c) La Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, tras referirse a los conceptos de finca y parcela en el apartado 1 de su artículo 17 y recoger en el 2 la acreditación de la «conformidad, aprobación o autorización administrativa» respecto de los actos de segregación o división de fincas y actos asimilables, introdujo la siguiente novedad en el apartado 3: «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 (...)» de entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención.
- d) El contenido de los tres primeros apartados del artículo 17 de la Ley de 2007 pasó inalterado al artículo 17 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Suelo.
- e) El Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio modificó el artículo 17 del texto refundido de 2008 añadiéndole un apartado 6, según el cual «La constitución y modificación del complejo inmobiliario deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción que

al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida, o el testimonio notarial de la misma». Con ello se trataba, según el preámbulo del citado Real Decreto Ley, de «evitar la entrada en el Registro de la Propiedad de adquisiciones que no se corresponden con la normativa urbanística o con las licencias preceptivas y que podrían por tanto venderse a terceros sin adecuarse a la legislación urbanística». Igualmente modificó el artículo 51.2 del texto refundido introduciendo la obligación del registrador de notificar a la comunidad autónoma correspondiente la circunstancia de haberse practicado la inscripción de la constitución de regímenes de propiedad horizontal o de los conjuntos inmobiliarios, con los datos resultantes del Registro, acompañando a la comunicación, de la que se dejará constancia por nota al margen de las inscripciones correspondientes, certificación de las operaciones realizadas y de la autorización administrativa que se incorpore o acompañe al título inscrito.

f) La Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas realizó varias modificaciones legales, de las cuales dos son de especial relevancia a los efectos de este comentario. La primera de tales modificaciones fue la del citado artículo 17.6 del texto refundido de 2008, añadiendo dos excepciones a la exigibilidad de la autorización administrativa de la constitución y modificación de los complejos inmobiliarios privados y una definición de los mismos.

g) La otra modificación efectuada por la Ley 8/2013 antes aludida afectó a la Ley de Propiedad Horizontal dando su actual redacción al artículo 10, cuyo apartado 3 reitera en su letra a) la necesidad de autorización administrativa para la constitución y modificación de los complejos inmobiliarios, al tiempo que en la letra b) extiende esta misma necesidad, por primera vez de forma explícita, a la modificación de la propiedad horizontal consistente en «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», todo ello, bajo determinadas condiciones que luego veremos.

e) Finalmente, el vigente 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, reprodujo en su artículo 26.6 el contenido del anterior artículo 17.6 del texto refundido de 2008 con la única salvedad de introducir en su primer párrafo un inciso comprensivo de la remisión al artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal en los términos que luego veremos. Igualmente reprodujo en su artículo 65.3 la obligación de los registradores de notificar la inscripción de divisiones horizontales y de complejos inmobiliarios en los mismos términos antes aludidos, así como la práctica de la nota marginal expresiva de haber procedido así.

III. LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS

La regulación legal del control urbanístico de la constitución y modificación de los complejos inmobiliarios es la que menos dificultades ofrece de las tres situaciones que contemplamos.

Para su estudio hay que partir del artículo 10.3.a) de la Ley de Propiedad Horizontal, que establece lo siguiente:

«3. 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».

La remisión contenida en este precepto debe entenderse hoy referida al artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que complementa al anterior como sigue:

«6. La constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como régimen 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.

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».

Esta definición de los complejos inmobiliarios se pronuncia en términos de tal generalidad que permite considerar incluidos en este concepto no solo la figura de los complejos inmobiliarios sino también determinados supuestos de propiedad horizontal. La remisión inicial de la norma al artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal despeja la duda respecto de la propiedad horizontal ordinaria, es decir, la constituida sobre un edificio, pero no aclara en cambio si la exigencia de la autorización administrativa es aplicable o no a la denominada propiedad horizontal tumbada, ya que esta última encaja sin dificultades en el régimen previsto por el citado artículo 24, como luego veremos.

Sea como fuere, del juego de las dos normas transcritas resulta una regla general y dos excepciones. La regla consiste en que la constitución y la modificación de los complejos inmobiliarios están sujetas a autorización administrativa, sin cuya acreditación no será posible la inscripción del negocio jurídico de que se trate.

La primera de las dos excepciones exime de la autorización administrativa 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 lo integren. Esta norma presupone la previa existencia de la aludida licencia de obras, circunstancia que hace precisa la autorización en los casos en que no exista tal licencia, como sucederá cuando el título constitutivo del complejo inmobiliario se limite a definir los espacios de suelo que pasen a ser elementos privativos sin haber proyectado obra alguna, para que sean los futuros propietarios de los mismos quienes construyan sus respectivas edificaciones según su voluntad, supuesto cuya inscripción es admitida desde antiguo por la Dirección General¹.

La segunda de las excepciones se aplica exclusivamente a la modificación del complejo inmobiliario, supuesto en que no será necesaria la autorización si con ella no se incrementa el número de los elementos privativos preexistentes.

En los apartados finales de este comentario nos referiremos a las clases de habilitación admisibles, a sus requisitos y a la posibilidad de proceder a la inscripción del complejo por antigüedad.

De momento, no consideramos necesario abundar más en el régimen de inscripción de los complejos inmobiliarios, ya que no parece plantear mayores dificultades que las relacionadas con su propio concepto dada la heterogeneidad de supuestos que engloba, lo que nos lleva al estudio de la distinción entre esta figura y la propiedad horizontal tumbada para delimitar con claridad el ámbito de aplicación de la norma expuesta, cuestión que abordamos en el apartado siguiente.

IV. LA PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA

1. DISTINCIÓN ENTRE ESTE CONCEPTO Y EL DE COMPLEJO INMOBILIARIO

Como acabamos de ver, la definición de complejos inmobiliarios ofrecida por el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 resulta lo suficientemente ambigua como para abarcar un gran número de situaciones muy dispares, tales como las urbanizaciones privadas, los edificios con varios portales, las casas pareadas, las adosadas, las casas a caballo, la propiedad por planos y otros supuestos que exceden de la propiedad horizontal ordinaria, simple o clásica, constituida sobre un solo edificio.

Lo mismo sucede con el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, según cuyo apartado 1: «El régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código civil será aplicable a aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos: a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales. b) Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios».

Por lo tanto, dentro de este concepto amplio cabe distinguir entre los supuestos en que los elementos privativos son superficies de suelo, que se divide así en varias «parcelas independientes entre sí» y aquellos otros en que los elementos privativos son «dos o más edificaciones», también independientes por ser «susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común de aquél o a la vía pública», según resulta de los artículos 1 de la misma Ley y 396 del Código civil, pero permaneciendo en este caso el suelo como elemento común. Así lo demuestra igualmente la referencia de la norma transcrita a la posibilidad de que los elementos comunes no estén constituidos necesariamente por suelos, sino también por otros elementos inmobiliarios, instalaciones o incluso servicios.

Además, la propia Ley de Propiedad Horizontal prevé para este concepto de complejo inmobiliario una pluralidad de posibles configuraciones, distinguiéndose entre los conjuntos constituidos por «una sola comunidad de propietarios», los que se articulen como «una agrupación de comunidades de propietarios» y los que «no adopten ninguna» de estas dos «formas jurídicas».

Esta pluralidad de manifestaciones es reconocida en la Resolución de 16 de junio de 2006, según la cual «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, etcétera».

A pesar de la flexibilidad con que la legislación, según hemos visto, contempla y regula esta figura, la Dirección General ha acudido reiteradamente a la distinción, como conceptos diferentes, entre los complejos inmobiliarios propiamente tales y la propiedad horizontal tumbada a la hora de decantarse por su sujeción o no al control de la Administración urbanística como requisito para la inscripción registral de su constitución y modificación.

La Resolución de la Dirección General de 2 de abril de 1980 inició la práctica de asimilar, desde el punto de vista registral, la figura de los complejos inmobiliarios a la propiedad horizontal mediante la aplicación a los primeros del sistema del doble o múltiple folio registral propio de la segunda. También reconoce el «espectro de situaciones que se pueden producir en la vida real», dentro de las cuales «cabe distinguir desde aquellas urbanizaciones en que las diferentes edificaciones se encuentran adosadas unas con otras, formando un único conjunto arquitectónico, de aquellas otras en que cada edificio o parcela construida dentro de la urbanización constituye una unidad física independiente, existiendo o no elementos comunes, y que están a su vez relacionados con los restantes edificios o parcelas de la misma urbanización, entre los que se puede destacar a título de ejemplo los que la doctrina conoce bajo la denominación de "propiedad horizontal tumbada", y estas distintas modalidades que la realidad ofrece al configurarlas desde el punto de vista jurídico requieren un tratamiento diverso acorde con la finalidad pretendida (...).»

Como puede comprobarse, la resolución se hace eco de la existencia de las múltiples realidades que trascienden de la propiedad de casas por pisos y que después se van polarizando en dos grandes grupos o categorías con diferente régimen jurídico. A lo largo de este camino se han ido perfilando los conceptos de propiedad horizontal tumbada y de complejo inmobiliario como dos especies o modalidades de una realidad más amplia, con el fin de dar respuesta al interrogante sobre la exigibilidad de la licencia de parcelación para proceder a su inscripción registral. Cabe citar en este sentido la Resolución de 27 de enero de 2006, que se refiere a la distinción en los siguientes términos: «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. 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 solo 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 solo en razón de la distribución de los elementos que la integran, que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal».

La Dirección General resume así su posición sobre la distinción en su Resolución de 16 de junio de 2006: «Todo lo anterior no debe quedar enturbiado por las afirmaciones realizadas por esta Dirección General en orden a distinguir entre propiedad horizontal tumbada y complejo inmobiliario cuando se ha enfrentado con el problema de exigir o no licencia de parcelación. En efecto, varias resoluciones de este Centro Directivo han marcado la diferencia entre unidad de parcela (propiedad horizontal) o fraccionamiento del terreno (complejo inmobiliario) cuando la decisión a tomar versaba acerca de la exigencia o no de licencia de parcelación para la configuración jurídica adoptada».

Así pues, el Centro Directivo sitúa el elemento distintivo entre la propiedad horizontal tumbada y el complejo inmobiliario en que en la primera habría unidad de parcela por calificarse como elemento común la totalidad del suelo de la finca dividida, en tanto que en el segundo las parcelas resultantes constituirían elementos privativos independientes, por lo que solo en el segundo caso considera precisa la licencia, con algunos matices a los que nos referimos en el epígrafe siguiente.

2. EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE TÍTULO ADMINISTRATIVO HABILITANTE

En este apartado se recopilan y sistematizan los criterios del Centro Directivo sobre la exigibilidad o no del título administrativo habilitante de la constitución y modificación del régimen especial de que se trate, distinguiendo a tal fin varias fases.

A) *Primera fase: la propiedad horizontal tumbada no está sujeta a licencia aunque exista asignación de uso exclusivo*

En primer lugar, y como ya vimos, la Dirección General ha declarado como regla general que debe acudirse a la legislación de la comunidad autónoma respectiva para comprobar en cada caso si el acto inscribible está de forma expresa o clara sometido a control administrativo, siendo evidente en caso afirmativo que para practicar la inscripción ha de acreditarse su obtención.

En cambio, cuando las normas autonómicas no contemplan específicamente entre los actos sujetos a licencia de parcelación el supuesto concreto de que se trate, la Dirección General, partiendo de la distinción entre complejo inmobiliario y propiedad horizontal tumbada en los términos que se han descrito (división del suelo de la finca matriz en lotes o porciones privativas en el primero y mantenimiento del suelo como elemento común en la segunda), considera exigible la licencia solo para el complejo inmobiliario pero no para la propiedad horizontal

tumbada. Además, en esta primera fase, mantenía respecto de esta última el criterio de innecesidad incluso en los casos en que las edificaciones o elementos privativos llevaran consigo asignación de uso exclusivo de parte del suelo común.

Esta posición es expuesta con claridad por la Resolución de 10 de diciembre de 2003, que afirmaba que «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». Esta argumentación no es compartida, sin embargo, por la Audiencia Provincial de Madrid, la cual sigue un criterio diferente que le llevó a anular la anterior resolución por los motivos que veremos enseguida.

Lo mismo sucede con la Resolución de 14 de enero de 2010, que sigue el mismo criterio que la anterior y fue igualmente anulada por la Audiencia Provincial.

A nuestro juicio, esta primera orientación de la Dirección General resultaba criticable por las razones que expusimos en el número 679 de esta misma revista², ya que 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 indivisibles de una finca con asignación a las mismas del derecho de uso exclusivo de una parte determinada de terreno³. 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 CC), del propio concepto legal de propiedad (cfr. art. 348 CC), de la sujeción al régimen de mayorías en lo relativo al uso de la cosa común (art. 398 CC), y de la prohibición del pacto de indivisión por más de diez años (art. 400 CC), 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. artículo 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), aquella atribución implicará una verdadera división, cualquiera que sea la denominación elegida o el mecanismo jurídico bajo el que pretende encubrirse». En el citado trabajo decíamos que en nuestra opinión no existe razón alguna para no aplicar exactamente el mismo razonamiento a la constitución de un complejo inmobiliario o de la propiedad horizontal (tumbada o no) cuando, sin división material del suelo (que quedaría por tanto como

elemento común), se atribuyera a cada una de las viviendas análogo derecho de uso exclusivo sobre una parte del mismo, supuesto en que, como vimos, la propia Dirección General adoptaba la posición contraria, al no exigir licencia.

Así parecieron entenderlo también los tribunales de justicia cuando en algunas sentencias se apartaron de la posición de la Dirección General al entender que cuando el suelo se deja como elemento común (lo que sucede, como vemos, en el caso de la propiedad horizontal tumbada, tal y como la concibe el Centro Directivo), resulta exigible la licencia siempre que se delimiten espacios de suelo de uso exclusivo a favor de los titulares de los elementos privativos. Como fruto de esta nueva orientación, las dos resoluciones que acabamos de citar fueron anuladas por la Audiencia Provincial de Madrid en otras tantas sentencias. La primera de ellas es la Sentencia número 107/2007, de 26 febrero, dictada por la Sección 25.^a, que anuló la Resolución de 10 de diciembre de 2003 (siendo de aplicación la legislación de Madrid, que no somete la constitución de la propiedad horizontal tumbada a licencia de parcelación). La sentencia resume así el caso enjuiciado por ella: «Antecedente del litigio, en resumen, sería la negativa del Sr. Registrador de la Propiedad ahora apelante, a inscribir dicha división al entender que al adjudicarse a cada una de las construcciones existentes en la parcela, una porción de la parte de la misma no edificada como anejo inseparable a la propiedad privativa de cada edificación, se estaría dividiendo en dos el suelo. Suelo, por demás, común en que se asientan uno y otro edificio y, a la vez, único elemento común que susceptible de utilidad conjunta se adjudica en la indicada modalidad de los dos anejos inseparables».

Las razones de la anulación de la resolución son las siguientes según la propia sentencia: «Conclusión de lo expuesto es que, si es “otro” el acto de división, esta división diferente engloba el fraccionamiento jurídico del terreno. Ya en esta perspectiva, el criterio ha de ser distinto y limitado a la propia expresión. La integridad jurídica trasciende el sentido físico primando así su contenido sobre la delimitación material lo que incluso permite utilizar criterios utilitaristas de “alteración de forma” en cuanto que desde el momento en que se asigna un uso y disfrute como anejo inseparable con la obligación de sufragar la totalidad de los gastos de mantenimiento y limpieza, se está dividiendo el terreno. La porción resultante, en este caso dos, de 760,98 mts. cuadrados y 441, respectivamente, implica su identificación de superficie afectada por ese fraccionamiento de plena naturaleza jurídica como no puede ser de otra forma en el régimen de la propiedad horizontal e integra un acto de división contemplado en la repetida previsión genérica *in fine* del apartado a) del artículo 151.1. En sede del artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, si se adjetiva una propiedad horizontal tumbada pero con un soporte jurídicamente fraccionado en la forma como la expuesta, esa división integra uno de los posibles supuestos a que se ha hecho referencia y sometido al control registral del que trae causa la demanda formulada por el Sr. Registrador, D. Arturo, y que debe, así, estimarse al serlo el presente recurso».

La segunda Sentencia citada es la número 431/2008, de 30 de octubre, de la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que anuló la Resolución de la Dirección General de 14 de junio de 2004, antes referida también, empleando una argumentación paralela a la de la sentencia anterior y añadiendo lo siguiente: «Así, máxime cuando la resolución objeto del presente pleito se refiere a la frecuencia de asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos (citando azoteas, patios y zonas del solar no ocupadas por la construcción), la Sala considera que la finalidad de la regulación especial es diferente a la del supuesto enjuiciado. Basta con reparar en que el

artículo 396 del Código civil se refiere a un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, “que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como...”, es decir, no cabe la consideración artificial de tales elementos comunes a fin de, con aplicación de la normativa especial, impedir la aplicación de norma imperativa. En el caso de autos, la adjudicación como anejo inseparable a cada una de las viviendas de dos porciones de terreno de uso exclusivo no enerva la consideración de constituirse realmente dos entidades con autonomía tal que les permitiría ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí (en palabras de la resolución de 16 de julio de 2005), pues, en definitiva, tal atribución a las viviendas de las citadas parcelas de terreno como anejos inseparables y con uso exclusivo, choca frontalmente con la consideración del legislador de ser elementos comunes los necesarios para el uso y disfrute del edificio, indivisibles e inseparables, de forma que, como aduce el apelante, en modo alguno cabría considerar que se trate de elemento común “esencial” (término utilizado en resolución de la DGRN), de forma que la atribución de su uso exclusivo —recordemos, sobre trozos de terreno destinados a jardín—, es decir, susceptibles de constituirse físicamente en fincas independientes, como aduce el Sr. Registrador, tal atribución implica una verdadera división del suelo (a pesar del criterio del Sr. Abogado del Estado), compartiendo la Sala que el supuesto es análogo al de las participaciones indivisas con atribución de uso exclusivo de terrenos a cada una pues, con el proceder objeto de autos se forman dos entidades, con atribución de cuota en el conjunto, atribuyendo a cada una el uso exclusivo de una porción de terreno».

A pesar de la revocación de estas dos resoluciones por sentencia firme, lo cierto es que la Dirección General mantuvo su criterio tradicional en otras resoluciones que reproducen la misma argumentación de aquellas, como la de 14 de enero de 2010 que reitera que «la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte, no puede equipararse al supuesto anterior 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».

Por su parte, el Tribunal Supremo sigue también la tesis contraria a la del Centro Directivo en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a, de 9 de mayo de 2013, referente a un supuesto en que se deja el suelo como elemento común pero asignando a los elementos privativos resultantes del régimen constituido como anejo porciones de la finca no ocupadas por las edificaciones. La sentencia se pronuncia así: «Desde una perspectiva ceñida a la redacción literal del artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, la recurrente pone el acento en que no ha habido parcelación ni división material de la finca, para derivar de ello que la actuación llevada a cabo no constituye un “complejo inmobiliario” de los contemplados en ese precepto. Sin embargo, desde una perspectiva más amplia (...), no puede ignorarse que, aunque se mantenga formalmente la unidad del inmueble, se produce la división ideal del derecho o del aprovechamiento finca, dando con ello lugar a un resultado del todo equivalente al del complejo inmobiliario mediante un artificioso juego combinado de la división horizontal y las participaciones societarias de la sociedad civil creada al efecto (...). Esta concepción amplia y

finalista de la parcelación urbanística ha quedado plasmada en el artículo 17 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que no hace sino reproducir lo establecido en el artículo 17 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo (...). Es oportuno señalar que el citado artículo 17 de la Ley 8/2007, luego reproducido en el Texto Refundido de 2008, revela la voluntad del legislador de considerar como parcelaciones urbanísticas, en aras del principio de certeza del derecho y seguridad jurídica, aquellas actuaciones que, aunque no comportan división material del terreno, atribuyen el derecho de utilización exclusiva de una porción determinada de suelo, así como la constitución de sociedades o asociaciones en las que la cualidad de socio incorpore ese derecho. Pues bien, esa misma equiparación, que ahora se recoge de forma expresa y con carácter general en la norma, es la que en el caso que nos ocupa ha llevado a cabo la sentencia recurrida, atendiendo para ello a los datos y circunstancias del caso examinado y mediante una interpretación finalista de las normas urbanísticas tendentes a la preservación del suelo rústico».

También se aparta el Tribunal Supremo de la concepción tradicional de la Dirección General en otras sentencias, como la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de junio de 1988 (*RJ* 1988, 4596) o la de la Sala de lo Civil de 18 de octubre de 2013 (recurso de casación 1506/2011)⁴.

B) Segunda fase: la propiedad horizontal tumbada está sujeta a licencia si existe asignación de uso exclusivo u otro indicio de parcelación

Puede observarse un cambio de rumbo posterior en la doctrina de la Dirección General, que sigue manteniendo la distinción entre los complejos inmobiliarios y la propiedad horizontal tumbada, a la que continúa caracterizando por dejar el suelo como elemento común, pero matizando ahora que la asignación a cada elemento privativo del derecho de uso exclusivo de una parte determinada de dicho suelo común es asimilable a una parcelación urbanística, por lo que en estos casos considera exigible la licencia, y ello incluso en aquellas comunidades autónomas cuya legislación urbanística no incluye entre los actos sujetos a ella a la propiedad horizontal (ordinaria o tumbada), ni siquiera de forma indirecta.

Tal es el caso contemplado por la Resolución de 21 de enero de 2014, que resume con claridad de esta forma la nueva orientación en un supuesto de constitución de una propiedad horizontal tumbada cuyo suelo se configura como elemento común pero con asignación sobre el mismo de espacios de uso exclusivo a favor de los distintos propietarios: «En consideración a las anteriores circunstancias puede concluirse que en el supuesto analizado concurren las notas definitorias de los complejos inmobiliarios privados, siendo necesaria la obtención de la correspondiente licencia administrativa tal como exige la registradora en base al artículo 17.6 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, pues si bien es verdad que no existe una finca común jurídicamente independiente cuya titularidad instrumental o de vinculación pertenezca por cuotas a cada uno de los propietarios de las dos fincas resultantes de la división horizontal (lo cual en sentido estricto tampoco es necesario pues ya se ha dicho que el elemento común puede ser un derecho, una instalación o un servicio), de facto se consigue el mismo resultado mediante la atribución a cada finca como anejo privativo del resto de superficie no ocupada por las edificaciones, al quedar reducido el suelo y vuelo compartido en comunidad, conforme al artículo 396 del Código civil, a la zona de acceso, que por tal motivo no necesita ser configurada en la escritura como finca independiente.

Es decir, en el régimen organizativo de la propiedad que se configura en este supuesto, no se atribuye solo el uso exclusivo de alguna zona común, que no vería alterada con ello necesariamente y en principio su naturaleza de elemento común (lo cual no significa que en todos los casos de atribución de uso pueda predicarse tal consecuencia, como más adelante se analizará), manteniéndose por tanto la unidad jurídica de la finca objeto de la división horizontal, sino de verdaderos elementos privativos, exclusivos y excluyentes, que implican de facto un fraccionamiento jurídico y funcional de la finca matriz, lo que excluye su consideración como propiedad horizontal tumbada. Puede concluirse en base a las anteriores consideraciones, que se crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad separada y se dota a los elementos independientes de tal autonomía (apreciación confirmada por las normas estatutarias previstas), que ha de entenderse que, no obstante la denominación y configuración jurídica empleadas por las partes, nos encontramos, al menos a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística, ante una verdadera división de terrenos constitutiva de un fraccionamiento que es una de las notas características de los conjuntos inmobiliarios privados, por lo que está justificada la exigencia de licencia como instrumento de control de la legalidad urbanística por parte de la Administración».

Con ello, entendemos que queda superado el antiguo criterio de la Dirección General de atribuir un régimen diferente a la comunidad por cuotas con asignación de derechos de uso exclusivo de parte del suelo (supuesto para el que consideraba necesaria la licencia) y a la propiedad horizontal con idéntica asignación a favor de los titulares de elementos privativos asentados sobre suelo común (respecto de la cual no exigía dicha licencia), volcándose ahora sobre la propiedad horizontal tumbada toda la doctrina que antes se había construido únicamente sobre la comunidad de bienes, unificando el tratamiento jurídico de ambas figuras al exigir la licencia de parcelación no solo cuando exista la citada asignación de uso exclusivo, sino también cuando concurran otros indicios de parcelación⁵.

Para llegar a la anterior conclusión, se acude a la distinción entre la división material del suelo y la división ideal en los términos que detalla la jurisprudencia antes citada y la Resolución de 5 de noviembre de 2012, relativa a una comunidad autónoma cuya legislación urbanística, «a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones autonómicas (...), no sujeta la división horizontal, como operación específica, a licencia de forma expresa». Esta resolución aplica a un supuesto de propiedad horizontal tumbada la misma doctrina que tradicionalmente había recaído sobre la venta de cuotas indivisas con asignación de uso exclusivo u otros indicios de parcelación, pronunciándose así: «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, surgiere 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 innecesidad».

Seguidamente, la misma Resolución de 5 de noviembre de 2012 parte de la cita de otra antigua, dictada en realidad en relación con la venta de una cuota indivisa con asignación de uso exclusivo, para afirmar lo siguiente: «La Resolución de este Centro Directivo de 12 de febrero de 2001 establece la compatibilidad entre la persistencia de una comunidad sobre el todo (en este caso, en relación con los elementos comunes, entre los que la escritura calificada incluye el terreno de la finca) y la atribución a cada propietario de un derecho permanente de uso exclusivo sobre una parte suficientemente determinada de aquél, que constituyen anexos a los elementos privativos, esto es, elementos comunes de uso exclusivo de determinados propietarios. Por lo tanto, se 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, aquella atribución implicará una verdadera división, cualquiera que fuese la denominación elegida o el mecanismo jurídico bajo el que pretendiese encubrirse».

Finalmente, la Resolución de 2012 a la que nos venimos refiriendo 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».

Como puede comprobarse, la nueva doctrina de la Dirección General, si bien se aparta de su orientación inicial, continúa tomando en consideración la distinción entre complejo inmobiliario y propiedad horizontal tumbada para concluir ahora que la segunda solo requiere licencia cuando asigne espacios de uso exclusivo o existan otros indicios de una posible parcelación, pero no en otro caso.

Esta nueva orientación ha sido reiterada en numerosas Resoluciones posteriores, como las de 21 de enero de 2014, 19 de febrero de 2015, 13 de julio de 2015, 12 de julio de 2016, 25 de abril de 2018, 1 de junio de 2018 y 21 de noviembre de 2019.

C) ¿Hacia una tercera fase que generalice la exigibilidad de la autorización administrativa?

Resumiendo la doctrina reflejada en el apartado precedente, a los efectos que nos ocupan habría que distinguir dos supuestos de lo que tradicionalmente se conoce como propiedad horizontal tumbada: aquellos en que exista asignación de espacios

de suelo de uso exclusivo o cualquier otro indicio de parcelación, cuyo régimen se equipararía al de los complejos inmobiliarios y, por tanto, estarían sujetos a licencia, y aquellos otros en que no concurren tales circunstancias, por lo que no procedería tal exigencia al asimilarse al régimen de la propiedad horizontal ordinaria.

Sin embargo, recientemente se ha dictado una resolución cuya argumentación, a nuestro juicio, obliga a revisar esta construcción: se trata de la Resolución de 3 de junio de 2019, relativa a un supuesto de división horizontal de un edificio sin asignación de espacios de uso exclusivo ni otros indicios de parcelación, considerando exigible a pesar de ello la autorización administrativa sobre la base de la aplicación combinada de los artículos 53 del Real Decreto 1093/1997, 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 26 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, declarando que los dos últimos dan cobertura legal al primero desde la legislación estatal aunque no lo haga la legislación autonómica en ese caso aplicable al no pronunciarse sobre el particular, por lo que concluye que la división horizontal de un edificio está sometida a autorización administrativa como regla general y con las solas excepciones previstas en los preceptos citados.

El contenido de esta resolución será analizado más adelante por referirse a un supuesto de propiedad horizontal ordinaria, pero, en nuestra opinión, no hay razón alguna para no aplicar la misma solución a los supuestos de propiedad horizontal tumbada que cuenten con iguales presupuestos. Sería un contrasentido someter a autorización administrativa la constitución o modificación de la propiedad horizontal de un edificio, sin que existan espacios de uso exclusivo ni indicio de parcelación alguna, y no hacer lo mismo en el caso de la propiedad horizontal tumbada, ya que el problema urbanístico que ambas situaciones plantean es idéntico, según ya se adelantó, por lo que el tratamiento del control administrativo que permite superarlo ha de ser también el mismo.

La aplicación combinada de los preceptos considerados por la citada resolución presenta una serie de implicaciones cuyo estudio aplazamos para el apartado relativo a las conclusiones finales, ya que su adecuada exposición hace conveniente analizar previamente el contenido de aquella, cuestión que trataremos en el apartado siguiente.

En nuestra opinión, por el juego de los tres preceptos citados (y alguno más como veremos al hablar de la propiedad horizontal ordinaria), el régimen de inscripción de la propiedad horizontal tumbada se asimila al de los complejos inmobiliarios, siendo por tanto de aplicación a ambos supuestos el artículo 26.6 del texto refundido de 2015, de tal modo que su constitución y modificación deberán ser autorizadas por la Administración competente, salvo que el número y características de los elementos privativos resultantes sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que lo integren o que, en el caso de la modificación, no implique un incremento del número de elementos privativos preexistentes.

Con ello, consideramos que se ha dado un paso adelante que impone el abandono de la tradicional distinción, en relación con la exigibilidad de autorización administrativa, entre los complejos inmobiliarios y la propiedad horizontal tumbada, al quedar sometidos ambos al mismo régimen de control. No cabe olvidar que las dos figuras encuentran su acomodo tanto en la definición de complejo inmobiliario que a estos efectos contiene el citado artículo 26.6 del texto refundido en su último párrafo como en el supuesto de hecho de aplicación del artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, dados los amplísimos términos en que, según se vio, se pronuncian ambos, siendo de destacar que aquella distinción no ha tenido reflejo alguno en las sucesivas redacciones de ambas normativas.

Como dijimos al principio, lo que preocupa a las Leyes del suelo al regular el control administrativo en esta clase de negocios jurídicos es evitar que se constituya un núcleo de población allí donde no debiera existir por exigencia del planeamiento urbanístico, o que en los núcleos preexistentes aumente la densidad de viviendas y de población más allá de las previsiones de dicho planeamiento, circunstancias ambas que afectan a la legalidad del propio negocio. Y el régimen de control previsto en la legislación del suelo es aplicable tanto a la división «material» como a la «ideal», según la jurisprudencia a la que hemos hecho referencia. Desde esta perspectiva, entendemos que la única manera posible de evitar el acceso al Registro de las situaciones descritas, por ser contrarias a la ordenación urbanística y, por tanto, a la legislación de igual naturaleza, es que se acredite ante el mismo que se acomodan a una y otra mediante la licencia, autorización o habilitación correspondiente, y todo ello, naturalmente sin perjuicio de las normas previstas para supuestos especiales, como el contemplado en el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997 respecto del suelo no urbanizable.

En definitiva, el problema urbanístico que ha de ser combatido y evitado es idéntico en la propiedad horizontal tumbada y en el complejo inmobiliario. Por decirlo de una manera gráfica, es irrelevante para el urbanismo que los dueños de los elementos privativos con vocación residencial disfruten indistintamente de la totalidad del jardín que rodea las construcciones o que cada uno de ellos disfrute individualmente de una parte determinada de dicho jardín, realizando o no su cerramiento, pues en ambos casos se incrementa la densidad de población, por lo que es preciso comprobar si se hace de conformidad con el plan o en contra de este. Y esta comprobación solo puede realizarse mediante la aportación del título administrativo que determine esa conformidad.

No obstante lo expuesto, hay que reconocer que, con posterioridad a esta novedosa resolución, la Dirección General ha mantenido la exigibilidad de la autorización administrativa en su Resolución de 21 de noviembre de 2019 en relación con un supuesto de propiedad horizontal tumbada, con la misma fundamentación de las resoluciones citadas en el apartado anterior, al asignarse espacios de uso exclusivo en el caso por ella contemplado, si bien es cierto que no se pronuncia expresamente sobre la hipótesis contraria.

NOTAS

¹ Por ejemplo, en las Resoluciones de 23 de octubre de 2002 y 11 de julio de 2017.

² LANZAS MARTÍN, E.P. (2006), Los conjuntos inmobiliarios y la licencia de parcelación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 697, 2116-2130.

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.

⁴ La primera equipara los supuestos de asignación de uso exclusivo a determinadas partes del suelo común a su fraccionamiento como elementos privativos y la segunda no se hace eco de la distinción unificando el régimen aplicable a los complejos inmobiliarios y a la propiedad horizontal tumbada.

⁵ La Resolución de 5 de noviembre de 2012, a la que enseguida se hace referencia, cita expresamente la ya aludida sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de octubre de 2008, señala, en relación con un caso de propiedad horizontal tumbada con asignación de uso exclusivo, que «el supuesto es análogo al de las participaciones indivisas con atribución de uso exclusivo de terrenos a cada una pues, con el proceder objeto de autos se forman dos entidades, con atribución de cuota en el conjunto, atribuyendo a cada una el uso exclusivo de una porción de terreno».