

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11913 *Resolución de 15 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Estella n.º 1, por la que se suspende la inscripción de la división de una finca en régimen de propiedad horizontal.*

En el recurso interpuesto por el notario de San Adrián, don Ángel Ruiz Fernández, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Estella n.º 1, don Antonio Luis Álvarez García, por la que se suspende la inscripción de la división de una finca en régimen de propiedad horizontal.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de San Adrián, don Ángel Ruiz Fernández, el día diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve, número 1396 de protocolo, se divide una finca, ya inmatriculada, en régimen de propiedad horizontal.

II

Presentado dicho título en el Registro de la Propiedad de Estella n.º 1, fue objeto de nota de calificación registral negativa de fecha 20 de febrero de 2020 los siguientes términos:

«... la escritura autorizada por el Notario de San Adrián don Ángel Ruiz Fernández, el día diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve, número 1396 de protocolo, ha sido objeto de la siguiente calificación que se transcribe:

Asiento 1110 del Diario 202, presentado con fecha 5 de febrero de 2020, número de entrada 346.

Hechos:

1. La finca registral 12836 de Azagra aparece inscrita a favor de don M. y doña M. M. M. B., por mitad e iguales partes indivisas, por donación de su madre doña C. B. I., al amparo del Artículo 205 de la Ley Hipotecaria con sus limitaciones y edicto, en virtud de escritura otorgada en San Adrián y ante el que fue su notario, don Luis Miguel Otaño Martínez-Portillo, el veinte de mayo de dos mil ocho, número 758 de protocolo, que motivó su inscripción 1.ª, obrante al folio 121 del tomo 3360 del archivo, libro 139 del Ayuntamiento de Azagra, con la siguiente descripción:

Urbana. Casa y huerto al fondo, sita en Azagra, en calle (...) Tiene una superficie solar total de cuatrocientos setenta y ocho metros cuadrados, correspondiendo a la vivienda ciento noventa y un metros cuadrados, y al huerto el resto, es decir, doscientos ochenta y siete metros cuadrados. Linda: al frente, que es Oeste, calle de situación o (...); derecha entrando, que es Sur, parcela catastral 695; izquierda, que es Norte, parcelas catastrales 693 y 1470; y fondo, que es Este, calle sin nombre. Es la parcela 694 del polígono 1 del catastro.

2. En la reseñada escritura que ahora se califica, los citados don M. y doña M. M. B., previa manifestación de que la indicada finca registral número 12836 de Azagra linda, al frente, calle de situación; derecha entrando, polígono 1, parcela 1666, de la Comunidad de Propietarios calle (...), y polígono 1, parcela 1667, de la Comunidad de Propietarios calle (...); izquierda, polígono 1, parcelas 693 y 1470, ambas de J. S. B.; y fondo, calle; de conformidad con lo establecido en el artículo 396 del Código Civil, Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 y normas complementarias, dividen en régimen de propiedad horizontal la edificación anteriormente descrita, en los siguientes departamentos, susceptibles de dominio, disfrute y aprovechamiento independiente:

a) Departamento número uno. Garaje en planta baja del edificio sito en Azagra, calle (...). Polígono 1, Parcela 694, Subárea 1, Unidad Urbana 2. Ocupa una superficie de ciento setenta y dos metros cuadrados, y linda, al frente, calle de situación y caja de escaleras; derecha entrando, Polígono 1, Parcela 1666, de la Comunidad de Propietarios calle (...), y Polígono 1, Parcela 1667, de la Comunidad de Propietarios calle (...); izquierda, portal y correa de escaleras, y Polígono 1, Parcela 693, de J. S. B.; y fondo, huerto anejo. Le corresponde como anejo el huerto al fondo de la casa, con una superficie de doscientos ochenta y siete metros cuadrados, que linda, al frente, Departamento Número Uno, a través del cual tiene su acceso; derecha entrando, Polígono 1, Parcela 1667, de la Comunidad de Propietarios calle (...); izquierda, Polígono 1, Parcelas 693 y 1470, de J. S. B.; y fondo, calle. Participa en los elementos y gastos comunes del edificio con una cuota de cincuenta enteros por ciento.

b) Departamento número dos. Vivienda en planta primera del edificio sito en Azagra, calle (...) Polígono 1, Parcela 694, Subárea 1, parte de la Unidad Urbana 1. Ocupa una superficie de ciento veinte metros cuadrados, distribuidos en distintas dependencias. Linda al frente, tomando como tal la calle de situación, calle (...) y hueco de escaleras; derecha, Polígono 1, Parcela 1666, de la Comunidad de Propietarios calle (...), y Polígono 1, Parcela 1667, de la Comunidad de Propietarios calle (...); izquierda, correa de escaleras, y Polígono 1, Parcela 693, de J. S. B.; y fondo, terraza aneja a esta vivienda. Participa en los elementos y gastos comunes del edificio de una cuota de veintisiete enteros por ciento.

c) Vivienda en planta segunda del edificio sito en Azagra, calle (...). Polígono 1, Parcela 694, Subárea 1, parte de la Unidad Urbana 1. Ocupa una superficie de ciento veinte metros cuadrados, distribuidos en distintas dependencias. Linda al frente, tomando como tal la calle de situación, calle (...) y hueco de escaleras; derecha, Polígono 1, Parcela 1666, de la Comunidad de Propietarios calle (...) y Polígono 1, Parcela 1667, de la Comunidad de Propietarios calle (...); izquierda, correa de escaleras, y Polígono 1, Parcela 693, de J. S. B.; y fondo, vuelo a terraza en planta primera. Participa en los elementos y gastos comunes del edificio con una cuota de veintitrés enteros por ciento.

Y, por último, una vez establecidas las normas de comunidad por las que se regirá la edificación, el mencionado don M. M. B. dona a su reseñada hermana doña M. M. B. la participación indivisa de su propiedad sobre el departamento número tres de la división horizontal.

Fundamentos de Derecho:

Vistos los artículos 9 y 18 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario; Los artículos 26 números 2 y 6, y 28 número 4 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; Los artículos 53, 78 y 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística; El artículo 396 del Código Civil; La Ley 49/1960 de 21 de julio sobre Propiedad Horizontal; El Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se

aprueba el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra; Las sentencias número 431/2008 de 3 de octubre, y 166/2016 de 18 de marzo, ambas de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena; y Las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 de octubre de 2014, 22 de febrero y 2 de agosto de 2017, 19 de febrero y 25 de abril de 2018.

1. Como se ha hecho constar la finca registral 12836 de Azagra fue inscrita por primera vez en este Registro de la Propiedad el día 11 de octubre de 2008, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria con sus limitaciones y edicto, con la citada descripción de casa y huerto al fondo con una superficie solar total de cuatrocientos setenta y ocho metros cuadrados, correspondiendo a la casa ciento noventa y un metros cuadrados y al huerto doscientos ochenta y siete metros cuadrados.

Por tanto, conforme a la legislación vigente en dicha fecha, la inscripción se practicó con datos descriptivos totalmente coincidentes con los existentes en el catastro, en concreto y según resulta de la indicada inscripción 1.^a de la citada finca registral número 12836 de Azagra, según certificación expedida en Azagra el 12 de mayo de 2008 por la Secretaria del Ayuntamiento, doña M. J. H. L., con el Visto Bueno de la Alcaldesa, y Cédula Parcelaria expedida por el Gobierno de Navarra el 12 de mayo de 2008.

Por lo expuesto no se puede dividir una "casa de ciento noventa y un metros cuadrados" en tres elementos: 1) Garaje de ciento setenta y dos metros cuadrados con huerto anejo; 2) Vivienda en planta primera de ciento veinte metros cuadrados; y 3) Vivienda en planta segunda de ciento veinte metros cuadrados; porque los cuatrocientos doce metros cuadrados totales que corresponden a los tres elementos, así como el número de plantas o alturas que manifiestan tiene la "casa" no constan previamente inscritas en el Registro de la Propiedad.

Es lo cierto que la descripción de la edificación contenida en la certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada al título calificado es diferente hoy día a aquella en cuya virtud se inscribió dicha finca.

Por tanto es evidente que, desde la inmatriculación de la finca, ha habido una modificación de la edificación que ha tenido reflejo en el Servicio de Riqueza Territorial de Navarra, pero no en el Registro de la Propiedad.

En suma, es necesario proceder a la previa declaración de rehabilitación, modificación, ampliación, o lo que proceda, de la obra inscrita por alguno de los procedimientos establecidos en la legislación vigente, artículos 45, 46, 48, 49, 51, 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

2. En cuanto al tema de la división en régimen de propiedad horizontal de la edificación de la mencionada finca registral 12836 de Azagra, en los siguientes departamentos:

- a) Garaje en planta baja de ciento setenta y dos metros cuadrados, al que corresponde como anejo el huerto al fondo de la casa, con una superficie de doscientos ochenta y siete metros cuadrados.
- b) Vivienda en planta primera de ciento veinte metros cuadrados.
- c) Vivienda en planta segunda de ciento veinte metros cuadrados.

Señala el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, que los notarios y registradores, en la autorización e inscripción de escrituras de segregación o división de fincas, deberán exigir la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable.

Es doctrina reiterada de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, la no exigibilidad de licencias administrativas en los casos de división horizontal como regla general, sin perjuicio de la obligatoria remisión a licencias o autorizaciones que establezcan las normativas autonómicas.

En nuestro caso el artículo 190 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por ser finca sita en Azagra, Navarra, indica lo siguiente:

1. La licencia urbanística es el acto administrativo de control previo, de carácter reglado y declarativo, mediante el cual la entidad local correspondiente autoriza las actuaciones urbanísticas proyectadas de uso, aprovechamiento, transformación, segregación y edificación del suelo, subsuelo y vuelo, previa comprobación de su conformidad al ordenamiento urbanístico vigente.

2. Estarán sujetos a previa licencia, sin perjuicio de las demás autorizaciones urbanísticas que fueran procedentes con arreglo a esta ley foral y de aquellas otras autorizaciones que procedan con arreglo a la legislación específica aplicable, los siguientes actos:

- a) Las obras de construcción de edificaciones e instalaciones de todas clases de nueva planta.
- b) Las obras de ampliación de edificios e instalaciones de todas clases existentes.
- c) Las obras de modificación o reforma que afecten a la estructura o al aspecto exterior de los edificios e instalaciones de otras clases.
- d) Las obras que modifiquen la disposición interior de los edificios, cualquiera que sea su uso.
- f) Las parcelaciones urbanísticas y las segregaciones y divisiones de fincas rústicas.
- h) La primera utilización u ocupación de los edificios e instalaciones, en general, y la modificación del uso de los mismos...

Aparte lo anterior, el artículo 53, letra a), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, relativo a la calificación de los títulos de constitución de régimen de propiedad horizontal, y de modificación del régimen ya inscrito, según el cual "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".

En el caso que nos ocupa, la "casa de 191 m²" inscrita en el Registro de la Propiedad se divide en tres elementos independientes sin ningún tipo de autorización o declaración de innecesidad y, sin ni siquiera coincidir con la descripción de la edificación que figura en la Certificación Catastral descriptiva y gráfica incorporada al título calificado, ya que en ésta la parcela 694 del polígono 1 está compuesta por dos unidades urbanas, subárea 1, unidad urbana 1 vivienda de 332 m², y subárea 1, unidad urbana 2 garaje de 172 m².

Resumiendo, en el Registro una casa de 191 m², catastro dos unidades urbanas vivienda de 332 m² y garaje de 172 m² respectivamente, y título tres departamentos independientes garaje de 172 m² con anejo, vivienda en planta primera de 120 m² y vivienda en planta segunda de 120 m².

La Resolución de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública de 12 de abril de 2011, afirmó que la división horizontal de la única vivienda existente en la finca en cuatro susceptibles de aprovechamiento independiente implica un cambio objetivo del uso de la edificación que necesita licencia, por lo que su inscripción registral requiere la acreditación de su previa obtención conforme a lo dispuesto por el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. En el caso de ese recurso constaba en el Registro el carácter de vivienda unifamiliar de la que es objeto de división horizontal, división que al entrañar un incremento del número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (cfr. artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997), supone también una alteración del uso de la edificación, que de unifamiliar pasa a tener la consideración de comunitaria o colectiva de acuerdo con las determinaciones del Plan General, lo que justifica la exigencia de licencia.

3. Mención aparte merece la configuración del elemento número uno de la propiedad horizontal:

a) Departamento número uno. Garaje en planta baja del edificio sito en Azagra, calle (...). Polígono 1, Parcela 694, Subárea 1, Unidad Urbana 2. Ocupa una superficie de ciento setenta y dos metros cuadrados, y linda, al frente, calle de situación y caja de escaleras; derecha entrando, Polígono 1, Parcela 1666, de la Comunidad de Propietarios calle (...), y Polígono 1, Parcela 1667, de la Comunidad de Propietarios calle (...); izquierda, portal y correa de escaleras, y Polígono 1, Parcela 693, de J. S. B.; y fondo, huerto anejo. Le corresponde como anejo el huerto al fondo de la casa, con una superficie de doscientos ochenta y siete metros cuadrados, que linda, al frente, Departamento Número Uno, a través del cual tiene su acceso; derecha entrando, Polígono 1, Parcela 1667, de la Comunidad de Propietarios calle (...); izquierda, Polígono 1, Parcelas 693 y 1470, de J. S. B.; y fondo, calle. Participa en los elementos y gastos comunes del edificio con una cuota de cincuenta enteros por ciento.

Es decir, la totalidad del suelo (excepto el ocupado por la edificación que no se sabe cuál es), ha dejado de ser elemento común (artículo 396 del código civil) para convertirse en "parte" (anejo) de un elemento privativo, susceptible de propiedad exclusiva y aprovechamiento independiente.

La sentencia número 166/2016, de 18 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, establece, entre otras consideraciones, que la asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad. Reconociendo sin embargo que «ciertamente, la propiedad horizontal tumbada puede encubrir en algunos casos situaciones de fraude, pues bajo la apariencia formal de una propiedad horizontal tumbada se pueden esconder auténticas segregaciones o divisiones de terreno, proscritas por la ley. En cualquier caso, lo relevante es que, en los regímenes de propiedad horizontal tumbada, el suelo permanece común.

Pues bien sobre este tema, en los puntos 5 y 6 de los Fundamentos de Derecho de la Resolución de 25 de abril de 2018, consta:

En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, en sentencia número 431/2008, de 3 de octubre, viene a argumentar que... el artículo 396 del Código Civil se refiere a un derecho de copropiedad sobre 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 en uso exclusivo no enerva la consideración de constituirse realmente dos entidades con autonomía tal que les permitiría ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí (en palabras de la R. de 16 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 ese Centro Directivo), de forma que la atribución de su uso exclusivo –recordemos, sobre trozos de terreno destinados a jardín–, es decir, susceptibles de constituirse físicamente fincas independientes, implica una verdadera división del suelo, compartiendo la Sala que el supuesto es análogo al de las participaciones indivisas con atribución de uso exclusivo de terrenos a cada una.

De acuerdo con los fundamentos anteriormente expuestos, resulta exigible licencia a efectos de inscripción tanto para la declaración de nuevas construcciones, como para su división horizontal en la medida que suponga una alteración del uso de la edificación

para pasar de una vivienda unifamiliar a otra de tipo colectivo, sea en la misma planta o en nuevas plantas.

Adicionalmente, también será exigible, como se deduce de la propia Resolución de 12 de abril de 2011, cuando la división horizontal de las edificaciones se configure de tal modo que puede suponer un acto equiparado a parcelación o a "cualesquiera otros actos de división" de parcelas o terrenos.

Ciertamente, como ha señalado en otras ocasiones ese Centro Directivo, la división horizontal de un inmueble no implica por sí misma un acto de parcelación que suponga la modificación de la forma, superficie o linderos de una o varias fincas, ni tampoco de segregación o cualesquiera otros actos de división, pues el régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta, pues no hay división o fraccionamiento físico del terreno toda vez que no hay alteración de forma.

Sin embargo, en línea con las resoluciones judiciales antes citadas, si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística, al amparo del artículo 190 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio.

En el caso particular del expediente cabe afirmar que la configuración jurídica adoptada supone constituir realmente dos entidades con autonomía tal que les permite ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, desvirtuando el concepto de elemento común esencial, indivisible e inseparable al que se refiere el artículo 396 del código civil.

Teniendo la consideración legal de actos de parcelación urbanística, cualquier división o parcelación de terreno que se lleve a cabo en suelo urbano y urbanizable, al amparo del apartado 2 letra f del artículo 190 del DFL 1/2017, de 26 de julio, y en consecuencia siendo exigible la correspondiente licencia.

Por último, la Resolución de 17 de octubre de 2014, respecto de los actos de división o segregación en sentido estricto, no considera admisible aportar una simple declaración municipal de innecesariedad de licencia, pues según la concreta legislación urbanística de la comunidad autónoma donde se ubica la finca, la licencia es siempre necesaria, y una hipotética declaración de innecesariedad de licencia encerraría en sí misma una contradicción y vulneración legal.»

A la luz de los Hechos y Fundamentos de derecho expuestos:

El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por los defectos subsanables anteriormente expuestos.

Contra la presente nota de calificación, (...)

Estella, 20 de febrero de 2020.–El registrador. Fdo. Antonio Luis Álvarez García».

III

El notario autorizante, don Ángel Ruiz Fernández, interpuso recurso contra la anterior calificación mediante escrito de fecha 16 de junio de 2020, en el que, en esencia, alega lo siguiente:

En cuanto al primer defecto, alega el notario que si los tres elementos cuya superficie total es de cuatrocientos doce metros cuadrados (412 m²) no constan inscritos «se debe, sin duda, a que no fueron reflejados en la escritura de 20 de mayo de 2008 que dio lugar

a la inmatriculación de la finca, pero no a que no existieran en aquel momento, pues, ... de la Cédula Parcelaria incorporada al título del año 2008 resulta que la edificación tenía quinientos cuatro metros cuadrados (504 m²) construidos. Podía el sr. Registrador, entonces año 2008, con la misma firmeza que ahora se manifiesta, haber suspendido la inmatriculación de la edificación, por no haber coincidencia entre los metros que figuraban en el certificado expedido por la Secretaria con los que reflejaba la Cédula Parcelaria, pero no lo hizo por razones que desconozco, aunque las intuyo; por lo que ese error, no puede ahora trasladarlo a los otorgantes, con el consiguiente perjuicio económico que ello conlleva, máxime cuando los metros totales construidos ya figuraban, como he señalado anteriormente, en la Cédula Parcelaria del año 2008».

Y añade que «para la declaración o modificación de una construcción basta que se haga constar la misma «en los títulos referentes al inmueble», tal y como prevé el artículo 202, sin que sea exigible un título o declaración específica como exige el Registrador en su calificación», y que « si bien la escritura del año 2008 no refleja la descripción de la edificación en su conjunto, por constar solo recogida la superficie ocupada respecto del total solar, ello no significa que la construcción no existiera en aquella época».

Y, en suma, que «dado que la edificación no ha sufrido modificación alguna, ni en la realidad ni en el Servicio de Riqueza Territorial de Navarra, ..., considero que no es necesario la previa declaración de rehabilitación, modificación, ampliación o «lo que proceda», (frase esta que no se realmente lo que significa jurídicamente), como afirma el funcionario calificador, por lo que solicito de esa Dirección General la revocación de la calificación registral en este punto.

En cuanto al segundo defecto, alega que «el artículo 190 del DFL 1/2017 de 26 de Julio que señala los supuestos en que es necesario la previa autorización administrativa para realizar determinados actos, entre los que no se encuentra la división en régimen de propiedad horizontal de un edificio». Y respecto del artículo 53 del RD 1093/1997 alega que no procede su aplicación porque «no es cierto» sino «una suposición del Sr. Registrador sin base documental alguna «... que en el título calificado se crean más elementos independientes de los que se hicieron constar en el título previo del año 2008», porque «se inmatriculó una casa sin especificar el número de plantas y su composición, lo cual no significa que fuera una vivienda unifamiliar» y «no se reflejó en la escritura ni en la inscripción, cuál era el número de elementos independientes».

Y que «la división efectuada, en el título ahora calificado, ... es plenamente coincidente con la suma de las superficies correspondientes a las dos unidades urbanas que figuran en la Certificación Catastral descriptiva y gráfica». Asimismo afirma que «toda vivienda unifamiliar es una casa, pero no toda casa es una vivienda unifamiliar, ... por lo que al Dividir Horizontalmente, lo que es una casa que no tenga el carácter de unifamiliar en el Registro de la Propiedad, no hay necesariamente alteración de uso, ni incremento del número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente». Y que conforme a la resolución de la DGRN de 10 de septiembre de 2018 «declarada e inscrita la obra nueva terminada y dividida la edificación resultante en régimen n 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 un 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».

Y en cuanto al tercer defecto, alega que «ni estamos ante un supuesto de propiedad horizontal tumbada ni se ha producido una segregación o división del terreno, el suelo permanece común». Y que «la Resolución de ese Centro Directivo de 28 de enero de 2005, sí que resuelve un supuesto idéntico al que nos ocupa, a una vivienda, sita en planta segunda, integrante de un edificio en Régimen de Propiedad Horizontal se le asigna como anejo un jardín situado en la parte posterior del edificio; pues bien en este supuesto, el criterio adoptado por esa Dirección General es el de estimar el recurso al afirmar literalmente: «No se comprende por qué el Registrador entiende que la

configuración como anejo del jardín implica una forma de segregación o división, cuando tal configuración supone considerar a dicho jardín como integrante de la Propiedad Horizontal, por lo que la desvinculación de la misma y su separación de la finca matriz exigiría la licencia que ahora se exige».

IV

Mediante escrito de fecha 24 de junio de 2020, el registrador se ratificó en su calificación, emitió su informe, y remitió el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos el artículo 396 del Código Civil; los artículos 9 y 202 202 de la Ley Hipotecaria; los artículos 26 y 28 número 4 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; el 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; La Ley 49/1960 de 21 de julio sobre Propiedad Horizontal; los artículos 145 y 190 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra; y las Resoluciones de la Dirección General los Registros y del Notariado de 28 de enero de 2005, 17 de octubre de 2014, 22 de febrero y 2 de agosto de 2017, 19 de febrero y 25 de abril de 2018, y 10 de septiembre de 2018.

1. La finca registral 12836 de Azagra fue inmatriculada en el año 2008, al amparo del artículo 205 de la Ley con la descripción de casa y huerto al fondo con una superficie solar total de 478 m², correspondiendo a la casa 191 m² y al huerto 287 m².

En la escritura ahora calificada la finca se divide horizontalmente en tres elementos: 1) Garaje de 172 m² con el huerto anejo de 287 m²; 2) Vivienda en planta primera de 120 m²; y 3) Vivienda en planta segunda de 120 m².

El registrador señala tres defectos: 1) Que una casa inscrita de 191 m² no se puede dividir horizontalmente en tres elementos privativos que suman 412 m² porque tal superficie total de edificación no consta previamente inscrita en el Registro de la Propiedad, y por tanto es necesario proceder a la previa declaración de rehabilitación, modificación, ampliación, o lo que proceda, de la obra inscrita por alguno de los procedimientos establecidos en la legislación vigente, 2) Que para dividir una vivienda única en varios elementos privativos se precisa la previa obtención de la autorización prevista en el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997; 3) Que el elemento uno se describe como garaje en planta baja de ciento setenta y dos metros cuadrados, al que corresponde como anejo el huerto al fondo de la casa, con una superficie de doscientos ochenta y siete metros cuadrados. Y ello implica que «la totalidad del suelo, (excepto el ocupado por la edificación) ... ha dejado de ser elemento común ... para convertirse en «parte» (anejo) de un elemento privativo, ..., y que ello precisa también autorización administrativa conforme al apartado 2 letra f del artículo 190 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio.

El notario autorizante recurre alegando resumidamente: Que si la superficie total construida no consta inscrita fue porque no se reflejó en el título inmatriculador, y no porque no existiera en aquel momento; Que no es cierto, sino una simple suposición del registrador sin base documental alguna, que haya ahora un aumento del número de elementos independientes, porque la casa se inmatriculó sin especificar el número de plantas ni su composición; Que el citado precepto de la legislación navarra no exige licencia para la división en régimen de propiedad horizontal de un edificio, y que la resolución de la DGRN de 28 de enero de 2005 consideró que la vinculación como anejo de un jardín no implicaba una forma de división o segregación.

2. En cuanto al primer defecto, es obvio, como señala el registrador, que una casa inscrita de 191 m² no se puede dividir horizontalmente en tres elementos privativos que suman 412 m² porque tal superficie total de edificación no consta previamente inscrita en el Registro de la Propiedad.

Y el argumento esencial del notario recurrente, en el sentido de que «si la superficie total construida no consta inscrita fue porque no se reflejó en el título inmatriculador, y no porque no existiera en aquel momento», no hace sino confirmar que si el título inmatriculador no reflejó la superficie total construida y el número de plantas, deberá efectuarse ahora ese reflejo registral con carácter previo a la inscripción de la división horizontal de todo ese conjunto edificado, lo cual exige una declaración del interesado en tal sentido, con las consiguientes repercusiones fiscales en cuanto al impuesto de actos jurídicos documentados, así como la acreditación de la legalidad o prescripción de dicha total edificación.

A estos últimos efectos, los de la posible prescripción, sí que puede tener relevancia el hecho alegado por el notario de que puede probarse que la edificación total ya existía al tiempo de la inmatriculación de la finca en el año 2008. Pero tal extremo no empaña la necesidad de que el titular del dominio de la finca exprese de manera clara y terminante su voluntad de inscribir una determinada edificación, con una determinada descripción, y expresando asimismo a cuál de las vías que ofrece el artículo 28 del Texto Refundido de la Ley de suelo desea acogerse, pues los requisitos y efectos son diferentes en el caso de la acreditación de la legalidad urbanística (licencia, acomodación a ella, libro del edificio, certificado de eficiencia energética, licencia de ocupación, etc.) que en los de simple acreditación de la prescripción de la potestad administrativa de exigir el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida.

En efecto, como señaló la resolución de la DGRN de 19 de abril de 2016 «debe señalarse que es deber del notario autorizante conocer –y advertir de ello a los otorgantes–, que no es en absoluto indiferente o irrelevante la vía jurídica, de entre las ofrecidas en el artículo 28 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, por la que se solicite y obtenga eventualmente la inscripción registral de una edificación terminada. Para que el otorgante esté suficientemente informado y valore adecuadamente las ventajas e inconvenientes de optar por la del número 1 o por la del número 4 de dicho artículo –decisión que por su trascendencia no compete nunca ejercitar al notario autorizante–, no debería atender simplemente a la aparente ventaja o facilidad que ofrece al artículo 28.4 en cuanto a la reducción de requisitos documentales exigibles en comparación con los del artículo 28.1, sino considerar también otras consecuencias jurídicas que ello supone».

Por todo ello, el primer defecto de la nota de calificación ha de ser confirmado, y desestimado el recurso en este punto.

3. Respecto del segundo defecto, cabe recordar, como invoca el registrador, que el artículo 53 letra a 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, establece 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». Además, la propia legislación sustantiva permite justificar la exigibilidad de licencia como actuación que modifica «la disposición interior del edificio» o «suponer una mayor intensidad del uso del suelo» -artículo 190.2.d) y n).

Y lo cierto es que, en la inmatriculación de la finca, en cuya descripción se declaraba que sobre el suelo que la integra existía una edificación, sólo se hizo constar que tal

edificación se trataba de una vivienda, en singular y, por tanto, no se hizo alusión a la posible existencia de varios elementos susceptibles de aprovechamiento independiente.

Por tanto, no es «una simple suposición del registrador sin base documental alguna», como afirma el recurrente, que haya ahora un aumento del número de elementos independientes respecto de los que se hicieron constar en la declaración de la obra inserta en el título inmatriculador, sino que, claramente, sí que existe ese aumento, pues donde inicialmente se decía haber tan solo una vivienda, ahora hay tres elementos independientes, a saber: dos viviendas y un garaje, lo cual determina la aplicación del precepto transcrito y la confirmación del defecto señalado por el registrador, con la correlativa desestimación del recurso en este punto.

4. El tercer y último defecto consiste en que al elemento privativo en planta baja (garaje de ciento setenta y dos metros cuadrados) se la asigna como anejo privativo todo el suelo no ocupado por la edificación y destinado a huerto de doscientos ochenta y siete metros cuadrados. Y el registrador sostiene que ello implica que «la totalidad del suelo no ocupado por la edificación ha dejado de ser elemento común para convertirse en parte (anejo) de un elemento privativo, susceptible de propiedad exclusiva y aprovechamiento independiente», y que ello precisa también autorización administrativa conforme al apartado 2 letra f del artículo 190 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio. El notario recurrente, por el contrario, afirma que tal precepto no es aplicable, que «no se ha producido una segregación o división del terreno» y que «el suelo permanece común».

El citado apartado 2 letra f del artículo 190 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio establece que «estarán sujetos a previa licencia, sin perjuicio de las demás autorizaciones urbanísticas que fueran procedentes con arreglo a esta ley foral y de aquellas otras autorizaciones que procedan con arreglo a la legislación específica aplicable, ... f) Las parcelaciones urbanísticas y las segregaciones y divisiones de fincas rústicas».

Y previamente el artículo 145 del mismo cuerpo legal señala que «se considera parcelación urbanística toda división o segregación simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes, cuando tenga por finalidad permitir o facilitar la realización de actos de edificación o uso del suelo o del subsuelo sometidos a licencia urbanística».

En el caso que nos ocupa, conforme al título calificado, el terreno que se configura como anejo del elemento en planta baja se describe como «huerto» de 287 m², y de tal expresión no cabe deducir de modo directo ni necesario que ese terreno tenga por finalidad la realización de actos de edificación o uso del suelo o subsuelo sometidos a licencia.

Pero por otra parte y sobre todo, para que pudiera hablarse propiamente de «división de terrenos», sería preciso que el huerto de 287 metros cuadrados, que ya se declaraba existente desde la primera descripción de la finca al tiempo de su inmatriculación, fuera objeto de fraccionamiento, (bajo la fórmula o denominación jurídica que se quiera), en varias porciones. Y en el caso que nos ocupa no hay tal fraccionamiento, sino que la superficie total de huerto se asigna íntegramente a un solo elemento de la propiedad horizontal.

Podríamos decir que, así como en la situación inicial la totalidad del huerto era suelo anejo al único elemento susceptible de aprovechamiento independiente que constaba declarado (la vivienda), ahora, en la situación final, la totalidad del huerto, sin fraccionamiento alguno, es suelo anejo a uno de los tres elementos privativos del régimen de la ley de propiedad horizontal.

Por tanto, aunque no es cierta la afirmación del notario de que el huerto sigue siendo elemento común, pues pasa a ser anejo de un elemento privativo, sí que es cierto que no se ha producido un fraccionamiento del suelo.

Caso diferente, que no concurre aquí, hubiera sido el de que tal superficie de huerto/suelo no edificado sí se hubiera fraccionado a su vez en varias porciones, y cada una de ellas hubiera sido asignada como anejo a distintos elementos privativos.

O el caso, que tampoco concurre aquí, de que el propio huerto se hubiera configurado como un elemento privativo independiente más, con lo que el suelo total de la finca sí que resultaría fraccionado jurídicamente, a modo de dos objetos jurídicos susceptibles de tráfico jurídico separado, entre el suelo ocupado por la edificación y el no ocupado por ella.

Por tanto, aunque no es cierta la afirmación del notario de que el huerto sigue siendo elemento común, en este punto, por no haber fraccionamiento de suelo, sí ha de ser estimado el recurso y revocado el tercer defecto de la nota de calificación del registrador.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y desestimarlos en el resto, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos jurídicos.

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

Madrid, 15 de septiembre de 2020.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.