

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2711 *Resolución de 14 de enero de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por la notaria de Armilla, doña María Lourdes Quirante Funes, contra la negativa del registrador de la propiedad de Granada nº 6, a la inscripción de una escritura de disolución de comunidad y división horizontal.*

En el recurso interpuesto por la Notaria de Armilla, doña María Lourdes Quirante Funes, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Granada número 6, don Jesús Camy Escobar, a la inscripción de una escritura de disolución de comunidad y división horizontal.

Hechos

I

Se presenta en el Registro escritura autorizada por la Notaria recurrente, por la que los dueños por mitad y pro indiviso de una parcela sobre la que se halla edificada una vivienda que se describe como «Vivienda unifamiliar sobre la parcela número quince de la urbanización Los Cerezos» dividen la vivienda en dos elementos privativos, constituyen sobre la misma el régimen de propiedad horizontal y adjudican una vivienda a cada uno de los dueños.

II

El Registrador suspende la inscripción en méritos de la siguiente nota de calificación:

«Acuerdo recaído en este Registro de la Propiedad sobre la calificación del documento (artículos 18 y 19 bis L.H.) Hechos: Presentado para su calificación y despacho el documento antes referenciado, por el que se procede a la ordenación en Régimen de Propiedad Horizontal de la finca registral 3.673 de Gójar, dividiéndose horizontalmente en 2 elementos independientes, que se adjudican en disolución de comunidad; el Registrador que suscribe emite con esta fecha calificación negativa del documento, en base a las consideraciones jurídicas que resultan de los siguientes fundamentos de Derecho: Fundamentos de Derecho: Primero.—Considerando que la división horizontal afecta a una edificación declarada como vivienda unifamiliar, que obtuvo licencia municipal de obras con fecha 29 de enero de 1992, habiéndose declarado la ampliación de la misma al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de Julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística; y que el artículo 53.a) del citado texto legal, dispone que no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. Y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; según el cual se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de Sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble

equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación; en cuyos casos será de aplicación lo dispuesto en el citado texto legal para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de que se trate. Segundo.—Considerando, que no resulta del título la asignación de la cuota de participación en Comunidad que corresponde a cada uno de los inmuebles horizontales creados, y que la Ley 49/1960, de 21 de Julio, sobre Propiedad Horizontal, dispone en su artículo 3 que a cada piso o local se le atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo, que servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la Comunidad, y que el artículo 5 del mismo texto legal, dispone que en el título constitutivo de la propiedad horizontal, se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local. Acuerdo.—Por todo lo expuesto, he acordado suspender la inscripción del documento presentado en razón a los fundamentos de derecho antes expresados. En consecuencia, conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria, queda prorrogada la vigencia del asiento de presentación hasta un plazo de sesenta días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar la última de las notificaciones efectuadas de acuerdo con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria. Vigente el asiento de presentación el interesado o Notario autorizante del título y, en su caso, la autoridad judicial o el funcionario que lo hubiera expedido, podrán solicitar, dentro del anterior plazo de prórroga de sesenta días, la anotación preventiva de suspensión prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Contra este acuerdo (...) Granada a veinte de abril del año dos mil nueve. El Registrador.»

III

La Notaria impugna la calificación en cuanto al primero de los defectos (subsannando el segundo) alegando: Que, si bien es cierto que el apartado 2 del artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, considera sujetas a licencia (por considerarlas parcelaciones urbanísticas) las divisiones horizontales, ello debe entenderse aplicable a los terrenos que sean no urbanizables, pero, respecto de suelos urbanos o urbanizables debe aplicarse el apartado 1.a) del mismo artículo que, en terreno urbano, como es el caso sólo considera parcelación urbanística la «división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas, parcelas o solares», sin incluir la constitución en régimen de propiedad horizontal; que, como ha dicho esta Dirección General en Resoluciones de 18 de julio de 1996, 10 de noviembre de 1999 y 16 de enero de 2002, las exigencias de la ordenación urbanística no pueden llevarse al extremo de determinar el grado de ocupación material de cada una de las viviendas permitidas en la unidad de actuación y que, si bien es cierto que corresponde al planeamiento la determinación de la intensidad edificatoria, ello debe agotarse en el señalamiento del volumen edificable, por lo que, si el número de personas que residen en una edificación urbanísticamente regularizada, como ocurre en el presente caso, es ajeno a la normativa urbanística, igualmente ajeno debe ser la normativa que regule la configuración jurídica que sus ocupantes den a la titularidad de la vivienda ocupada; y que la exigencia de licencia contenida en el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 no es absoluta, sino que dependerá de la legislación material aplicable.

IV

El Registrador se mantuvo en su criterio remitiendo las actuaciones a este Centro Directivo con fecha 15 de mayo de 2009.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 33 de la Constitución Española, 348 del Código Civil, 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, modificado por Ley 13/2005, de 11 de noviembre; 52 y 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre Inscripción de actos urbanísticos, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 18 de julio de 1996, 10 de noviembre de 1999, 16 de enero de 2002 y 10 de diciembre de 2003 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de febrero de 2007.

1. El problema que plantea el presente recurso es el siguiente: una vivienda calificada de unifamiliar es propiedad por mitad y proindiviso de dos hermanos, mayores de edad y casados, los cuales han hecho una obra nueva consistente en la ampliación de dicha vivienda. Una vez ampliada, se trata de dilucidar si es precisa nueva licencia para dividir dicha vivienda en dos en régimen de propiedad horizontal.

2. El artículo 53 del Reglamento para la Inscripción de Actos Urbanísticos, exige licencia para constituir más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente que los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva. Este precepto ha sido objeto de diversa interpretación por parte de la doctrina. Unos autores han entendido que tal exigencia es lógica y concorde con la legislación urbanística, pues debe controlarse la densidad de población de la misma forma que se controla el volumen de edificación. Otra parte de la doctrina y la Dirección General (cfr. Resoluciones citadas en el «Vistos») estiman, que si se tiene en cuenta que falta una norma con rango de ley que imponga una restricción como la debatida y que, dado el principio de libertad que rige el dominio, las limitaciones al mismo han de resultar de la Ley y ser interpretadas restrictivamente (cfr. artículos 33 de la Constitución y 348 del Código Civil), debe concluirse que es precisa norma con rango de Ley que exija claramente licencia. En el presente caso, la única norma relativa a esta materia viene constituida por el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía reformada por la Ley 13/2005, de 11 de noviembre. Pues bien, el apartado 2 del citado artículo dice que son actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que «mediante la interposición de Sociedades, divisiones horizontales, o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas... puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte...». Es indudable que el precepto no se refiere a una edificación sino al terreno, finca o parcela. Por otra parte, no se puede hablar de que en el presente supuesto exista la posibilidad de nuevos asentamientos en suelo urbano, como es el presente, ya que tal concepto es sólo aplicable al suelo no urbanizable.

3. En definitiva, y, como ya ha dicho este centro directivo (vide Resoluciones citadas en el «Vistos»), 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. Sería lo mismo que exigir licencia para la división horizontal en los frecuentes supuestos de edificaciones integradas por varias viviendas adosadas, construidas con una licencia que así lo autoriza sobre un solar indivisible según la misma ordenación. No puede ésta limitar el derecho del constructor o promotor a explotar o comercializar una construcción perfectamente legal e integrada por distintas unidades explotables o enajenables de forma independiente acudiendo a su división en régimen de propiedad horizontal.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto.

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, 14 de enero de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.