

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 12714** *Resolución de 3 de septiembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Almería n.º 5, por la que se suspende la cancelación de un derecho de vuelo y asientos posteriores.*

En el recurso interpuesto por doña M. E. S. E., en representación de la compañía «Alcatrensur, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Almería número 5, don Segundo Miguel Pascual Soler, por la que se suspende la cancelación de un derecho de vuelo y asientos posteriores.

Hechos

I

Por el notario de El Ejido, don Javier Gutiérrez Delgado, se autoriza, el día 25 de abril de 2012, escritura pública en la que comparece la recurrente en representación de la compañía «Alcatrensur, S.L.», manifestando que su representada declaró sobre determinada finca un edificio compuesto de dos plantas, sótano y una baja, edificio que se dividió en régimen de propiedad horizontal integrado por tres elementos, uno por planta. En la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal de fecha 15 de noviembre de 1999 se estableció un derecho de vuelo a favor de la propia sociedad sobre el elemento número tres, local en planta baja, en el que se estableció un plazo máximo para su ejercicio de diez años. Mediante otra escritura pública, de fecha 29 de octubre de 2001, la mercantil «Alcatrensur, S.L.», vendió el derecho de vuelo a la entidad «Famaponiente, S.L.», la cual declaró, en escritura de 30 de diciembre de 2002, un edificio en construcción compuesto de treinta viviendas, procedió a su división en propiedad horizontal y asignó y reasignó las cuotas correspondientes a todos los elementos, incluidos los preexistentes. Ahora, en la escritura al principio reseñada, la compareciente otorga que no habiéndose procedido a la construcción de la edificación declarada en virtud del derecho de vuelo, solicita la cancelación de tal derecho y de las motivadas por la obra nueva y propiedad horizontal, de modo que la finca quede con la descripción de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal originaria de 15 de noviembre de 1999. Se protocolizan dos certificados: uno de arquitecto, del que resulta que, a fecha 8 de marzo de 2012 constan edificados en el edificio de referencia dos plantas sótano y una planta baja sin que sobre la cubierta de esta última exista construcción alguna ni se esté efectuando trabajo constructivo alguno; y, otro, de la sección de licencias urbanísticas del Ayuntamiento de Almería, del que resulta que bajo el expediente de obras mayores número 167/2002, se tramitó licencia de obras de treinta viviendas, que la licencia fue concedida el día 12 de febrero de 2007 y que no consta notificación de comienzo de las obras por lo que girada visita no se aprecia su comienzo. Se acompaña a la escritura presentada, acta de presencia autorizada por el notario de Almería, don Joaquín No Sánchez de León, de cuya diligencia de cumplimiento resulta la inexistencia de edificación sobre la cubierta, así como una serie de fotografías.

Del Registro de la Propiedad resulta que sobre la finca de referencia consta, en la inscripción 2.ª lo siguiente: «Reserva de vuelos: «Alcatrensur, Sociedad Limitada», se reserva el derecho de vuelo o sobreedificación de la edificación, que se concreta en los vuelos del elemento individual número tres en planta baja, así como, del conjunto del portal de entrada en dicha planta, exceptuando la cubierta privativa del citado elemento

tres: Este derecho se registrará por las siguientes normas: (...) c) el plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo será de diez años». Al margen de la citada inscripción consta la siguiente nota marginal: «Modificada la propiedad horizontal y las cuotas de los elementos individuales 1 a 3 que se citan en la inscripción adjunta por haberse hecho uso del derecho de vuelo o sobre edificación que consta en la misma (...) Almería, 29 de agosto de 2.007».

En la inscripción 4.ª consta lo siguiente: ««Famaponiente, Sociedad Limitada» (...) haciendo uso del derecho de vuelo o sobreedificación citado, está edificando (...) lo siguiente: conjunto de treinta viviendas distribuidas en cinco plantas (...) Almería veintinueve de agosto de dos mil siete».

En las treinta fincas resultantes de la declaración de obra nueva a que se refiere el párrafo anterior consta la inscripción 2.ª de hipoteca en garantía de un préstamo en virtud de escritura autorizada el día 28 de mayo de 2007 ante el notario de Vícar, don Higinio Pi Guirado, y la inscripción 3ª de modificación de hipoteca por novación llevada a cabo en virtud de escritura autorizada por notario de Almería, don Jerónimo Parra Arcas, el día 22 de febrero de 2012.

II

Presentada la referida documentación en Registro de la Propiedad de Almería número 5, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del precedente documento (escritura pública de cancelación de derecho de vuelo autorizada por el Notario don Javier Gutiérrez Delgado, el día 25 de abril de 2012, bajo el número 345 de su protocolo) que fue devuelto el día 24 de mayo de 2012, bajo el asiento n.º 586 del Diario 86, tras examinar los antecedentes del Registro, ha suspendido la práctica de la operación registral solicitada con arreglo a los siguientes: Hechos Se presenta escritura pública de cancelación en la que comparece «Alcatrensur, S.L.» representada por su administradora solidaria. De dicha escritura y del historial registral de la finca se desprende que: «Alcatrensur, S.L.» procedió a declarar una obra nueva sobre una finca consistente en una edificación compuesta de planta sótano 2, planta sótano 1 y planta baja destinada a tienda. Que dicho edificio fue dividido horizontalmente resultante tres elementos independientes con las siguientes titularidades: Número 1: Sótano -2 destinado a garajes y trasteros- propiedad de «Famaponiente, S.L.». Número 2: Sótano 1 -destinado a almacén- propiedad de «Alcatrensur, S.L.». Número 3: Local en planta baja con destino a usos comerciales, propiedad de «Alcatrensur, S.L.». En la escritura de obra nueva y división horizontal, de fecha 15 de noviembre de 1999, la sociedad «Alcatrensur, S.L.» se reservó el derecho de vuelo o sobreedificación de la edificación que se concretaba en los vuelos del elemento individual número 3 en planta baja, así como del conjunto del portal de entrada en dicha planta, exceptuando la cubierta privativa del citado elemento número 3. De la inscripción del derecho de vuelo destacamos que «El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo será de diez años», según consta en el historial registral de la finca. Posteriormente mediante escritura autorizada el día 29 de octubre de 2001, la mercantil «Alcatrensur, S.L.» vende el derecho de vuelo a la mercantil «Famaponiente, S.L.». Haciendo uso del derecho de vuelo la mercantil «Famaponiente, S.L.» mediante escritura autorizada el 30 de diciembre de 2002, por lo que aquí interesa, declara en construcción un conjunto de 30 viviendas, según licencia de Obra Mayor de fecha 12 de febrero de 2007. Dichas viviendas se encuentran gravadas con hipoteca, según resulta del historial registral de la finca. Se solicita en la Escritura objeto de calificación «...la cancelación del derecho de vuelo así como de todas las inscripciones motivadas por la obra nueva y división horizontal resultantes de la inscripción de la escritura autorizada el día 29 de octubre de 2001.... En virtud de dicha cancelación quedará vigente la escritura de obra nueva y división horizontal autorizada el día 15 de noviembre de 1999... en cuanto a la construcción sin la reserva de vuelos, que pasan a integrarse en la zona común de la edificación.». Comparece en la escritura la mercantil «Alcatrensur, S.L.» solicitando dicha cancelación por no haberse procedido a la construcción de la edificación declarada en la escritura

autorizada el día 29 de octubre de 2001, y ello se acredita con: 1. Acta de presencia autorizada por el notario Don Joaquín Nó Sánchez de León, el día 6 de marzo de 2012. Dicha acta se acompaña y en ella resulta incorporadas unas fotografías en las que aparece el Sr. Notario en la cubierta del edificio y que recogen el estado de dicha cubierta, así como que sobre dicha cubierta no existe edificación alguna. 2. Certificación expedida el día 8 de marzo de 2012, por arquitecto técnico en la que se certifica que sobre la planta baja no existe edificación alguna y que sobre la cubierta no se ha efectuado ni se está efectuando trabajo constructivo de ninguna clase. 3. Informe emitido por el Ayuntamiento de Almería, de fecha 29 de marzo de 2012, en la que se indica que «...no consta en esta gerencia notificación de comienzo de las obras y girada visita de las mismas, no se aprecia que hayan sido comenzadas, por lo que se han sobrepasado ampliamente los plazos máximos de un año para el comienzo de las mismas, y de tres años para su terminación. No obstante, no se ha iniciado procedimiento para declarar la caducidad de la licencia». Fundamentos de Derecho No queda justificada la extinción del derecho de vuelo por el transcurso del plazo para su ejercicio, al no quedar fijado el momento en que debe empezar a computarse el plazo. El art. 16.2 Rh en su apartado c) regulaba el plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, fijándolo en 10 años. Dicho apartado fue anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 entendiendo que «una limitación del tipo de la que se pretende en el art. 16 Rh en relación con el derecho de vuelo debe necesariamente venir establecido por Ley». Pero como el principio hipotecario de determinación no admite limitaciones del dominio perpetuas, ha de estipularse en la práctica un plazo máximo en la constitución del derecho de vuelo. En el presente caso, se fijó el plazo de 10 años, si bien no se concretó el momento en que debía empezar a computarse dicho plazo, cabiendo la posibilidad de que dicho derecho fuera válidamente constituido desde el otorgamiento de la escritura, que data de fecha 15 de noviembre de 1999, en cuyo caso si estaría extinguido el derecho, o bien que el cómputo fuera desde el otorgamiento de la licencia de obras, por ejemplo, siendo ésta de fecha 12 de febrero de 2007, en cuyo supuesto el derecho seguiría vigente. En consecuencia, al no quedar fijado el momento en que debía empezar a computarse el plazo, no queda acreditada la extinción del derecho de vuelo, pues la necesidad de fijar dicho momento se deduce del propio artículo 16 apartado c) del Reglamento Hipotecario, vigente en el momento del otorgamiento de la escritura, pues ante el silencio de la norma en este punto, cabe la posibilidad de fijar un momento distinto de la fecha en que se otorgue el título, y por ende, la necesidad de fijar exactamente dicho momento a efectos de que comience el cómputo del plazo de duración; siendo éste requisito igualmente necesario de conformidad con el Principio hipotecario de especialidad. No consta notificación de la cancelación del derecho de vuelo y de todas las inscripciones motivadas por la obra nueva y división horizontal (esto es, la hipoteca constituida sobre las 30 viviendas), a la sociedad titular del derecho de vuelo y acreedor hipotecario, a fin de evitar su indefensión. La necesidad de notificación al titular del derecho de vuelo se estima necesaria a fin de que éste pueda alegar lo que a su derecho convenga, evitando así su indefensión, de conformidad con el Principio constitucional de tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 de la Constitución Española y Principio hipotecario de tracto sucesivo recogido en el art. 20 de la Ley Hipotecaria. En cuanto a la necesidad de notificación a los acreedores posteriores, cabe traer a colación la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo de 1996 que, decidió que no cabía cancelar un derecho de vuelo por acuerdo entre donante y el donatario del mismo, alegando la imposibilidad de edificar, constando anotaciones de embargo sobre dicho derecho de vuelo, sin perjuicio de que podría haberse solicitado la inscripción del acuerdo, dejando a salvo los asientos que pesaban sobre el derecho de vuelo. En concreto, señala dicha Resolución que «la extinción del derecho de vuelo por causa imputable a la voluntad del titular no puede producirse en perjuicio de titulares de otros derecho recaentes sobre aquél (conforme a los arts. 107.1 Lh y 175.1 del Rh)» y añade que «la rectificación del Registro –vía cancelación del asiento relativo al derecho de vuelo cuestionado– no puede producirse en perjuicio de los derechos de terceros sin su

consentimiento o sin decisión de la correspondiente autoridad judicial (conforme a los arts. 1, 20, 40, 82 y siguientes de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, termina diciendo que «debe rechazarse la cancelación por extinción del derecho de vuelo cuestionado, en tanto continúen vigentes los asientos relativos a los gravámenes que pesan sobre el mismo...». Por consiguiente, la necesidad de notificación a los acreedores posteriores resulta de la citada Resolución (perfectamente aplicable al presente caso) y de los arts. 348, 350, 1261 - 3, 1274, 1937 del Código Civil, arts. 1, 20, 40, 82 y siguientes y 107.1 Lh y art. 16.1 c Rh (vigente en el momento del otorgamiento de la escritura), y 175 del Reglamento Hipotecario. En este sentido, estimo necesaria la notificación tanto al titular del derecho de vuelo como a los acreedores posteriores, en base a los argumentos expuestos. No se practica anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado, con arreglo al art. 42 de la Ley Hipotecaria. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el art. 323 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente (...) En Almería, a 6 de Junio de 2012. El registrador (firma ilegible). Fdo. Segundo Miguel Pascual Soler».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. E. S. E., interpone recurso en virtud de escrito, de fecha 12 de junio de 2012, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que la mercantil «Farmaponiente, S.L.» adquirió el derecho de vuelo en la forma que estaba constituido y, por tanto, con la fijación de plazo; Que, en cuanto al cómputo del plazo, el derecho está inscrito en el Registro, por lo que no cabría alegar dudas sobre que el comienzo es la fecha de constitución en la escritura de 15 de noviembre de 1999, sin que sea considerable otra fecha distinta como resulta de la documentación en que se hizo la posterior venta en la que las partes no se sujetaron a fecha alguna; Que, en cuanto al otro defecto, no puede haber indefensión, pues el titular ha dejado caducar su derecho del cual tenía perfecto conocimiento; Que la Ley de Suelo 2/2008, de 20 de junio, establece que el derecho de superficie (sic en el recurso) se extingue si no se edifica en el plazo previsto, lo que conlleva la extinción de los derechos constituidos por el superficiario; Que así lo disponía el artículo 289.3 de la Ley del Suelo de 1992; y, Que la cancelación del derecho de superficie (sic en el recurso) no es por incumplimiento de obligaciones, sino por caducidad, por lo que procede su cancelación sin necesidad de consentimiento del titular registral, como ocurre con las anotaciones de embargo.

IV

El registrador emitió informe el día 14 de junio de 2012, elevando el expediente a este Centro Directivo, ratificándose en su calificación.

V

Este Centro Directivo solicitó del Registro de la Propiedad de Almería número 5 información adicional sobre el contenido del Registro, que tuvo entrada el día 20 de julio de 2012.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 2, 18, 20, 40, 82, 98 y 107 de la Ley Hipotecaria, y 7, 16, 175, 177 y 355 de su Reglamento; las Sentencias del Tribunal Supremo, de fechas 10 de mayo de 1999, 24 de febrero de 2000 (Sala Tercera), 31 de enero de 2001 (Sala Tercera), 23 de octubre de 2007 y 27 de mayo de 2009; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 1970, 5 de febrero de 1986, 18 de abril de 1988, 24 y 25 de junio de 1991, 13 de mayo y 6 de noviembre de 1996, 17 de julio de 1998, 29 de abril de 1999, 26 de septiembre de 2000, 18 y 21 de noviembre de 2002, 12

de diciembre de 2003, 27 de mayo de 2005, 28 de marzo de 2008, 15 de septiembre de 2009, 3 de febrero de 2010 y 24 de enero de 2012.

1. Son hechos relevantes para este expediente los siguientes:

– Resulta del Registro de la Propiedad que en fecha 15 de noviembre de 1999, sobre una finca determinada su titular, recurrente en este expediente, declaró obra nueva consistente en dos plantas sótano y una planta baja, dividiendo el edificio en régimen de propiedad horizontal formando tres entidades, una por planta, y reservándose el derecho de vuelo sobre el elemento número tres y conjunto del portal de entrada, exceptuando la cubierta privativa del elemento número tres estableciendo, entre otros aspectos no relevantes para este expediente, que el plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo sería de diez años.

– Resulta igualmente que el titular del derecho de vuelo, mediante escritura de fecha 30 de diciembre de 2002, declaró una edificación en construcción compuesta de treinta viviendas, que procedió a dividir horizontalmente, atribuyéndoles cuotas en el total edificio y reasignando las correspondientes a los elementos 1 al 3 preexistentes.

– Resulta finalmente que los treinta elementos independientes declarados en construcción a que se refiere el párrafo anterior están gravados con derecho real de hipoteca, derecho que ha sido objeto de modificación por novación mediante escritura de 22 de febrero de 2012.

– En la escritura ahora presentada y objeto de calificación el representante de la compañía que en su día constituyó el derecho de vuelo y que conserva la propiedad de dos de los tres elementos en que en su día se dividió la propiedad horizontal, incluido el elemento número tres, sobre cuya cubierta se preveía la construcción del derecho de vuelo, solicita la cancelación del derecho de vuelo y de los asientos posteriores por haber transcurrido el plazo de diez años en su día previsto para el ejercicio del derecho de vuelo, sin que se haya procedido a la construcción de la edificación declarada, como dice acreditar mediante la documentación complementaria.

2. Dos son las objeciones que resultan de la nota del registrador de la Propiedad. Por un lado, que al no estar determinado el momento en que debía computarse el plazo de diez años de duración del derecho, no puede decirse si el mismo está o no extinguido. En segundo lugar, que no consta la notificación al titular del derecho de vuelo y al acreedor hipotecario, de conformidad con los artículos 1, 20, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria.

3. El primer defecto no puede mantenerse. Resulta del Registro que el derecho de vuelo se constituyó en escritura pública en fecha determinada así como que el plazo de duración del derecho es el de diez años. Este plazo sólo puede referirse, a falta de cualquier indicación en contrario, a la fecha de constitución del derecho, momento a partir del cual es ejercitable, por lo que no es aceptable especular sobre si debe tenerse en consideración cualquier otra fecha distinta de la que quepa deducir un vencimiento final distinto (vid. Resolución de 5 de febrero de 1986). Procede en consecuencia la revocación del defecto.

Sin perjuicio de lo anterior es de tener en cuenta que resultando del Registro que el titular por compra del derecho de vuelo ha llevado a cabo la declaración de obra nueva y la constitución del régimen de propiedad horizontal la cuestión no es cuál haya de ser la forma en que se haya de computar el plazo para ejercitarlo cuando del propio Registro resulta su efectivo ejercicio. La cuestión ciertamente relevante es si declarada la obra en ejercicio del derecho de vuelo cabe la cancelación de las inscripciones llevadas a cabo si la construcción material no se ha llevado a cabo, lo que nos conduce a la segunda cuestión planteada en la nota.

4. Es doctrina de este Centro Directivo que, en tanto una construcción no esté concluida o, por lo menos, comenzada, no puede hacerse constar en el Registro que existe ya sobre cada local o apartamento una propiedad separada; es decir, no podrá inscribirse el régimen de propiedad horizontal como tal, pues para esto la Ley Hipotecaria (artículo 8, números 4 y 5) exige que la construcción esté construida o, por lo menos, comenzada. Pero –de acuerdo con los criterios aceptados en la Resolución de 18 de abril

de 1988– desde que se produzca acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción, procede la inscripción y los elementos independientes pueden constar como términos de referencia de los derechos que sobre la finca pudiera tener el titular registral.

Así ha ocurrido en el expediente objeto de este recurso en el que, el titular del derecho de vuelo ha declarado en su ejercicio, determinada obra nueva y ha procedido a la inscripción de las necesarias modificaciones del régimen de propiedad horizontal. Desde el momento de la inscripción en ejercicio del derecho de vuelo el Registro proclama la presunción de exactitud y veracidad del contenido de sus asientos y, en consecuencia, de la titularidad dominical del titular, no sólo sobre los elementos individuales objeto de inscripción separada y especial, sino también sobre los elementos comunes (artículos 3 y 5 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal). Igual ocurre con los derechos de hipoteca inscritos con posterioridad a la declaración de obra nueva.

El derecho de dominio publicado lo es, a falta de indicación alguna en contrario, de forma permanente, sin sujeción a plazo o condición alguna. Ejercitado el derecho de vuelo mediante la declaración de obra nueva y modificación del régimen de propiedad horizontal la existencia de un plazo para el ejercicio de aquél deja de tener relevancia alguna por afectar exclusivamente al derecho de vuelo pero no al dominio declarado. No es admisible la pretensión de la recurrente al afirmar que el transcurso del plazo inscrito en el Registro implica la extinción del derecho del superficiario así como de aquéllos que de él traigan causa. Como ha tenido ocasión de recordar este Centro Directivo (Resolución de 5 de febrero de 1986) no cabe confundir el derecho de superficie previsto en la legislación urbanística (y antes en el número 1 propio artículo 16 del Reglamento Hipotecario, declarado nulo por la sentencia del Tribunal Supremo –Sala Tercera– de 31 de enero de 2001) con el derecho de vuelo al ser radicalmente distintos, entre otras razones, porque el derecho de vuelo se concreta en un dominio perpetuo sobre la obra ejecutada y sujeto al régimen de propiedad horizontal por conllevar titularidad sobre los elementos comunes.

El derecho de hipoteca sobre las fincas cuya cancelación se solicita está igualmente bajo la salvaguardia judicial y, aunque ciertamente se encuentra sujeto al plazo de duración de la obligación garantizada (de cuya vigencia por cierto da cuenta el Registro al publicar su novación en este mismo año), no se ve afectado por un plazo, el del derecho de vuelo, que por su ejercicio ha devenido inoperante.

5. En el expediente que da lugar a esta resolución el interesado basa su pretensión de cancelación en una primera causa de pedir: el transcurso del plazo para el ejercicio del derecho de vuelo. Hemos visto sin embargo que resultando del Registro que el derecho de vuelo ha sido ejercitado por la declaración de la obra nueva y modificación del régimen de propiedad horizontal, dicha causa no es atendible (vid. Resolución de 12 de diciembre de 2003).

Tampoco lo es si la pretensión de cancelar los asientos de dominio y de hipoteca se fundamenta en otra causa de pedir: que la obra declarada no ha sido realizada materialmente en la fecha de la solicitud. La valoración de tal hecho, para cuya acreditación se aporta diversa documentación, a falta de consentimiento de los titulares registrales de los derechos cuya cancelación se pretende, deberá ser llevada a cabo en el oportuno procedimiento contradictorio en el que las partes con plenitud de medios puedan alegar lo que a su derecho convenga, como reiteradamente ha afirmado este Centro Directivo (vid. por todas, la Resolución de 12 de marzo de 2012). Ciertamente, la nota de defectos no formula con suficiente claridad este impedimento al referirlo a la necesidad de que los titulares registrales sean objeto de notificación, pero la llamada que hace la nota a los preceptos legales en que se fundamenta (artículos 1, 20, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria) y que inequívocamente exigen consentimiento individualizado de los titulares registrales o sentencia judicial firme hace innecesario mayor pronunciamiento.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso en los términos que resultan de las anteriores consideraciones y confirmar la nota de calificación del registrador en cuanto al defecto señalado en segundo lugar.

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, 3 de septiembre de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.