

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2221 *Resolución de 29 de enero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Cullera a la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva terminada en ejecución de un derecho de vuelo.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Cullera, don Javier García-España Serra, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Cullera, don Antonio Jiménez Cuadra, a la inscripción de una escritura de declaración obra nueva terminada en ejecución de un derecho de vuelo.

Hechos

I

Según consta en el Registro de la Propiedad de Cullera, sobre la finca registral 23.601 se formalizó por escritura otorgada el día 19 de julio de 1962 ante el Notario de Algemesí, don Vicente Furió Durá, declaración de obra nueva de un edificio compuesto de dos plantas, la primera de dos viviendas y terraza para uso común y la segunda con una sola vivienda y con acceso por escalera exterior y dos terrazas, una sobre la vivienda de la primera planta, no edificada y la otra sobre la segunda planta. Dicho título motivó la inscripción 2.ª de la finca 23.601. Posteriormente, por escritura otorgada ante el citado Notario de Algemesí, don Vicente Furió Durá el mismo día 19 de julio de 1962 se constituyó el edificio citado en régimen de propiedad horizontal, formando tres departamentos independientes, y causando la inscripción 3.ª de dicha finca. Los departamentos citados se segregaron formando las registrales 23.878, 23.879 y 23.880 de Cullera.

Por escritura otorgada ante el repetido Notario de Algemesí, don Vicente Furió Durá el día 23 de noviembre de 1965 se transmitió «un derecho de vuelo que grava las fincas registrales de Cullera números 23.878, 23.879 y 23.880, consistente en el derecho a edificar, sobre la vivienda señalada con el número uno, una vivienda de las mismas características, incluso ornato y estética exteriores que la vivienda señalada con el número tres, con cuantos derechos y servidumbres le sean inherentes, incluso su correspondiente participación en los elementos comunes del edificio que seguidamente se describe: Edificio situado en el término de Cullera, punto denominado de la (...), compuesto de dos plantas, la primera, de viviendas y terraza para uso común; y la segunda de una sola vivienda, con acceso por escalera exterior, y dos terrazas; una sobre la vivienda de la primera planta. Ocupa la parte edificada ciento veintitrés metros cuadrados y el resto de ciento sesenta y siete metros cuadrados se destina a patio o jardín. Linda: por el frente o Norte, calle abierta, hoy calle (...); por espaldas o Sur, también calle abierta, hoy calle (...), antes sin nombre ninguna de ambas calles; por la derecha entrando u Oeste, propiedad de A. B. O. y F. A. D.; y por la izquierda o Este, faja de terreno de un metro de anchura y que la separa de la finca o casa de don J. P. Inscripción: El total edificio consta inscrito en el Registro de la Propiedad de Cullera, al tomo 1.640, libro 402, folio 198, finca número 23.601». En la misma escritura se pactó lo siguiente: «...Tan pronto esté construida la vivienda cuyo derecho a edificar se transmite en la presente escritura, la cuota de participación de cada una de las cuatro viviendas que formarán el edificio, a los efectos de distribución de beneficios y cargas de la total finca, queda estimada en veinticinco enteros por ciento». Dicho título motivó la inscripción 4.ª de la registral 23.601.

En escritura otorgada el día 15 de julio de 2014 por la notaria de Algemés doña Mireia Gil Belenguer, con número de protocolo 553, se transmitió por herencia el referido derecho de vuelo, quedando reflejado en la inscripción 5.ª de la finca 23.601.

Mediante escritura autorizada por el Notario de Cullera don Javier García-España Serra el 17 de septiembre de 2014, con número 764 de protocolo, se formalizó la declaración obra nueva terminada en ejecución del referido derecho de vuelo, con la siguiente descripción: «Número Cuatro.—Vivienda unifamiliar situada en la segunda planta del edificio, con acceso por escalera exterior que arranca de la terraza de la primera planta y conduce a la terraza de la segunda planta por donde tiene su entrada. Ahora y según catastro, calle (...) Cullera (Valencia). Ocupa una superficie construida de cuarenta y tres metros cincuenta decímetros cuadrados que corresponden a la vivienda en planta segunda. Tiene la distribución propia para habitar. Linda, por la derecha entrando, la vivienda número tres; por la izquierda y fondo, patio o jardín de la finca total; y por el frente, con la terraza de la primera planta, linda por su suelo con la vivienda número uno de esta división y por el techo con el vuelo común. Su cuota de comunidad es del veinticinco enteros por ciento (25 %)».

Además, en la última escritura se incorpora certificación expedida por un arquitecto técnico, en la que indica que respecto de la «vivienda sita en Cullera (Valencia), calle (...) efectuada inspección ocular en la vivienda citada (...) se ha comprobado lo siguiente: 1.º Que la vivienda tiene las mismas características, incluso en ornato y estética exterior que el resto de las viviendas, formando un edificio homogéneo, en el que no se aprecia ningún signo de diferenciación con el resto de las viviendas del inmueble, como se aprecia en las fotografías que se adjuntan. 2.º Que por el tipo de construcción y los materiales empleados estimo 1965 como fecha aproximada de construcción. 3.º Que tiene una superficie de 44 m² de vivienda en planta 2 y 18 m² de trastero en planta baja».

II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Cullera la referida escritura de declaración obra nueva terminada en ejecución del referido derecho de vuelo, fue objeto de calificación negativa emitida el 23 de octubre de 2014 por el registrador, don Antonio Jiménez Cuadra, que a continuación se transcribe: «(...) El Registrador que suscribe, previa calificación del documento reseñado en cumplimiento del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, ha resuelto no practicar las operaciones solicitadas en base a los siguientes Defectos y fundamentos de Derecho: Primero: En relación con la obra nueva declarada: 1) No se considera acreditada la terminación de la obra en la fecha indicada en la escritura (1965) con la descripción realizada en la misma. Dicha exigencia resulta del artículo 20 apartado 4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo al establecer: «4.—No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes la constancia registral de la terminación de la obra se regirá por el siguiente procedimiento: a) Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. A tales efectos el Registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación o instalación de que se trate, y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general». En los mismos términos se manifiesta el artículo 52 del Real Decreto 1093/1994 de 4 de Julio. A estos efectos la certificación expedida por técnico competente incorporada a la escritura no contiene una descripción completa de la vivienda, limitándose a indicar que tiene características similares al resto de las viviendas

del edificio, la fecha aproximada de construcción y la superficie en planta. Y las certificaciones catastrales que igualmente se incorporan se refieren una de ellas a un inmueble situado en una calle y número, escalera, planta y puerta que no constan en la descripción del edificio en el Registro, con una superficie construida de 65 metros cuadrados distribuidos en 44 de vivienda, 18 de almacén y 3 de elementos comunes que no coinciden con la descripción de la escritura que sólo recoge 44 metros, 50 decímetros cuadrados y que tiene un coeficiente de participación en una finca en división horizontal con unas superficies de suelo y construida que tampoco coinciden con las que constan en el Registro en la descripción del edificio. La segunda certificación catastral se refiere a un almacén en planta baja que no consta en la descripción del edificio. Las fincas colindantes que resultan de las certificaciones tampoco coinciden con las del Registro, y el año de construcción del Catastro no queda claro si se refiere a la vivienda cuya obra nueva se declara o al edificio del que forma parte. 2) No se acredita que el suelo de la finca en la que se declara la obra no esté afectado por servidumbres de uso público general como preceptúa el citado artículo 20.4.a) del Real Decreto Legislativo 2/2008 en su redacción dada por el Real Decreto 8/2011, de 1 de julio, lo que se considera necesario al lindar con vías públicas que, en principio, pertenecen al dominio público. 3) Al implicar la obra nueva declarada la constitución de un elemento susceptible de aprovechamiento independiente que no constaba en la declaración de obra del edificio del que forma parte en régimen de propiedad horizontal no se acredita mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. Dicho requisito es establecido en el artículo 53a) del Real Decreto 1093/1997 de 4 de Julio, en relación con el artículo 17.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo en la redacción dada por la Ley 8/2013 de 26 de junio, y es consecuencia de no considerarse acreditada su antigüedad. Segundo: No realizarse una descripción del edificio del que forma parte la vivienda cuya obra nueva se declara en la que se recojan las modificaciones introducidas como consecuencia de la construcción del nuevo elemento. Este requisito resulta de la modificación del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal que es consecuencia de la declaración de obra formalizada en cuanto afecta a la descripción del edificio y se funda en el artículo 12 de la Ley sobre Propiedad Horizontal, 49/1960 de 21 de Julio, al establecer: «La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos». La descripción del inmueble en su conjunto en el título constitutivo de la propiedad horizontal con las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria y los servicios e instalaciones con que conste el mismo lo establece el artículo 5 de la citada Ley 49/1960 y también resulta del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, apartado 4, al establecer que en la inscripción de los edificios en régimen de propiedad por pisos se describirán, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales, susceptibles de aprovechamiento independiente. La necesidad de previa inscripción de las modificaciones que se produzcan en la descripción del edificio cuando existan discrepancias entre la que consta en el Registro y la que resulta del título la ha sancionado, además, la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 23 de junio de 1968. Tercero: No consta acreditado el consentimiento de todos los titulares del edificio sobre el cual se formaliza la declaración de obra en ejecución de derecho de vuelo. Dicho consentimiento se considera necesario en base a los siguientes argumentos: A.—El derecho de vuelo cuyo ejercicio ahora se formaliza, si bien consta inscrito, lo está en los siguientes términos: «derecho a edificar sobre la vivienda señalada con el número uno, una vivienda de las mismas características, incluso ornato y estética exteriores, que la vivienda señalada con el número tres, con cuantos derechos y servidumbres le sean inherentes, incluso su correspondiente participación en los elementos comunes del edificio». Se estima que dicho derecho no aparece configurado con la precisión exigida por el principio de especialidad que sancionan los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51

de su Reglamento dado que se omiten circunstancias esenciales como el plazo para realizar la construcción (ver Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 2000), y sólo contiene referencias genéricas a las características de la edificación a realizar así como a los derechos y servidumbres que les sean inherentes. La vivienda cuya obra se declara en ejercicio del citado derecho tiene su acceso por terrazas del edificio que son de propiedad común y afecta a la estructura o fábrica del mismo y por tanto al título constitutivo de la propiedad horizontal, lo que implica la aplicación del ya mencionado artículo 12 de la Ley 49/1960 de 21 de julio, y la necesidad del consentimiento de los restantes dueños del edificio ya que, además, se considera que el titular de un derecho no puede desenvolver su contenido en lo no previsto específicamente al constituirlo sin el concurso de los restantes interesados por ser contrario a las normas por las que se rige la comunidad de bienes (véase arts 394, 397 o 398 del Código Civil) o a las generales de la contratación (véase art 1256 del mismo Código). Los defectos relacionados se consideran subsanables. Contra esta calificación los interesados podrán (...) Cullera, a 23 de octubre de 2014 El registrador (firma) Firmado: Antonio Jiménez Cuadra».

III

El 3 de noviembre de 2014, el Notario autorizante de dicha escritura interpuso recurso contra la calificación, en el que alega lo siguiente: «Con carácter introductorio al presente recurso, el cual me veo obligado a interponer ante la imposibilidad de alcanzar cualquier solución que no pase por el consentimiento unánime de los actuales propietarios de las entidades de la división horizontal, el cual a juicio del señor registrador purificaría todos los defectos de los cuales adolece el título calificado, consentimiento que a mi juicio no es necesario pues ya fue prestado al conceder el derecho de vuelo, derecho que consta debidamente inscrito en los libros del registro desde su origen, derecho que fue materializado poco después de ser adquirido a través de la construcción del departamento, siendo ahora cuando lo que se formaliza es la declaración de obra nueva, de una edificación que lleva ya casi cincuenta años construida, calificación que deniega su acceso a los libros del Registro y que se construye, a modo de un castillo de naipes, vía requisitos o defectos que en puridad, evidencian una construcción inversa del silogismo, primero la negativa y luego los argumentos traídos con pinzas, cuando la realidad social y económica nos obliga a favorecer y solucionar problemas y siempre buscar una economía de medios a nuestros clientes. En relación al primero de los defectos alegados. 1) Sinceramente no entiendo que título ha leído el calificador en su calificación, a los efectos del invocado artículo 20, apartado 4, del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, entendemos plenamente cumplido el requisito de acreditar los plazos a efectos del restablecimiento de la legalidad urbanística, tanto en cuanto a la fecha de terminación de la obra como en lo relativo a la descripción coincidente con el título. Por una parte se incorpora un certificado técnico que literalmente dice, «por el tipo de construcción y los materiales empleados estimo 1965 como fecha aproximada de la construcción» en el mundo real, en los que nos movemos el común de los mortales, y con la vista puesta en cuarenta y nueve años atrás, y aunque al calificador tal vez le hubiera gustado conocer el día y hora de terminación de las obras, ¿qué es lo que no es correcto en la expresión del técnico?, el hablar de 1965 como fecha aproximada de la construcción, y no concretar ese año, o el anterior o el posterior, cuando hablamos de restablecimiento de dicha legalidad urbanística, en plazos superiores a los que el propio Código Civil (art. 1959) establece para la prescripción del dominio y demás derechos reales, entre ausentes y sin buena fe y justo título, y por supuesto para la prescripción o purga de cualquier infracción urbanística, parece poner en duda dicho término, algo desafortunado cuanto menos, máxime cuando el calificador no aporta dato alguno que permita, a través del propio registro, o de los títulos presentados y calificados, datos que permitan fundamentar dicha duda. Pero además, existe incorporado al título calificado, una certificación gráfica y descriptiva en la que fija la fecha de construcción del departamento cuya obra nueva se declara en el mismo año, 1965, con lo que a nuestro juicio la opinión del registrador

relativa a la fecha de construcción no justificada, no es sostenible ni defendible, a lo que se une una frase desafortunada, tal cual «y el año de construcción del catastro no queda claro si se refiere a la vivienda cuya obra nueva se declara o al edificio del que forma parte» ha comprobado el señor registrador la referencia catastral del inmueble, se refiere al piso concreto no al edificio, sin ánimo de fomentar una correcta lectura de la lengua castellana, en todo certificado catastral se diferencia, datos del inmueble, en este caso calle (...), a continuación año de la construcción 1965. Luego están o aparecen los datos de la construcción y por último los datos de la finca a la que pertenece el inmueble, en este caso división horizontal, en calle (...), Cullera (Valencia) con una superficie construida de 335 metros y suelo de 356 metros. En que se basa el señor registrador para dudar de la fecha indicada en la certificación del técnico o de donde extrae argumentos para entender que el Catastro confunde la fecha de construcción del edificio con la entidad que se pretende declarar, es algo que no alcanzamos a entender ni comprender a la vista de los documentos presentados y los asientos del Registro, que como dice el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, son los instrumentos que debe utilizar para la calificación. Igualmente parece refutar la certificación catastral incorporada, diciendo, cito literal «y las certificaciones catastrales que igualmente se incorporan se refieren una de ellas a un inmueble situado en una calle y número, planta y puerta que no constan en la descripción del edificio en el Registro...». Eso es un argumento, si estamos declarando obra nueva de la entidad sita en la planta segunda, cómo va a constar previamente en el Registro, parece increíble que en 2014, el señor registrador, con acceso directo al Catastro, no pueda comprobar que actualmente la calle (...), ha pasado a denominarse calle (...), y que tampoco pueda comprobar, que de las cuatro viviendas de la división horizontal la que pretende tener su acceso al Registro, es la de la planta segunda puerta tercera, sinceramente, no sé para qué innovamos, y avanzamos o invertimos en mecanismos telemáticos para después calificar como si estuviéramos en 1970. En relación al defecto relativo a la falta de una descripción completa de la vivienda, leído con detalle tanto el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, como el 51 del Reglamento Hipotecario, no entendemos qué circunstancias descriptivas echa de menos el calificador, pues no las precisa, pero todas las enumeradas en dichos preceptos constan, y la superficie de la entidad se acredita tanto en el certificado técnico como en el catastral, y la pretendida vaguedad, de la expresión contenida en el certificado técnico, cual «Vivienda de las mismas características, incluso en ornato y estética exterior que el resto de las viviendas, formado un edificio homogéneo, en el que no se aprecia ningún signo de diferenciación con el resto de las viviendas del inmueble, como se aprecia en las fotografías que se adjuntan» no debe ser interpretada en sentido negativo, sino en el positivo de justificar o certificar el cumplimiento de los requisitos impuestos en la adquisición del derecho de vuelo. Por último el calificador, invoca como un argumento más en el pretendido caos descriptivo, la existencia de un trastero, de dieciocho metros cuadrados, que tal y como certifica el técnico se hallan en la planta baja del edificio, así lo dice igualmente el certificado gráfico y descriptivo incorporado, calificando esos dieciocho metros como de almacén y ubicándolos igualmente, véase el certificado, en la planta baja. Que tendrá que ver, que el certificado catastral impute a cada propietario la titularidad catastral de un almacén en planta baja, con lo que pretende el título calificado, que es la inscripción de la obra resultante del ejercicio del derecho de vuelo, el calificador se extralimita en sus funciones al pretender sembrar dudas en torno al negocio jurídico a calificar acudiendo a datos y extremos que no son sometidos a su calificación cual es la existencia de unos locales destinados a trasteros o almacén en la planta baja del edificio, esto, si se hubiere solicitado el acceso de dichos trasteros o almacenes al Registro si implicaría una de las modificaciones del artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, tras la reforma de 6 de abril de 1999, pero esto, que yo sepa en el título calificado no se insta, pretende o solicita. Por último invoca el Registrador, para apoyar su calificación, la existencia de una segunda certificación catastral incorporada, que es la referida a un garaje asignado al titular catastral del inmueble cuya obra se declara, se explica en la escritura, y se hace porque conociendo la deconstrucción a que va a ser sometido el

trabajo de este Notario, no pueda alegarse como elemento de duda, o confusión en dicha división horizontal, la totalidad de los propietarios construyeron en el año 1965 unos garajes sobre un espacio común en el solar del inmueble, y así se explica como decimos en el título calificado, solo a efectos clarificadores, nunca a efectos de alcanzar la obra nueva que se declara, a tales espacios destinados a garaje, es obvio que su legalización, y acceso a los libros del Registro, precisaría tal y como se afirma en el párrafo anterior unanimidad de los propietarios de la división horizontal y modificación del título constitutivo de la misma, pero, ni se pretende ni se solicita del registrador tal extremo, por lo que nuevamente se extralimita el registrador en sus funciones de calificación, y no sólo no puede ni debe calificar sobre ello sino que tampoco puede utilizarlo, en un sentido negativo para sembrar dudas sobre la identidad o descripción de la entidad cuya obra nueva se pretende. Por último y en relación al defecto invocado en primer lugar afirma el calificador que existe una confusión de superficies, tal extremo ya ha sido aclarado y precisado, y puede comprobarse en los datos aportados, certificados e informes técnicos, basta con pericia, y buena voluntad comprobar plantas y ubicaciones, por último, nos parece abusivo, en cuanto la posición que mantiene el calificador invocar la discrepancia entre las superficies de suelo y construida del edificio en general según Catastro y la que consta en el Registro, nuevamente se excede el registrador en su calificación, no se le está pidiendo que altere la descripción en conjunto del edificio, sino que inscriba la obra nueva de la vivienda ejecutada al amparo del derecho de vuelo pactado. 2) Relativo a la afectación del suelo sobre el que se asienta la construcción por servidumbres de uso público al amparo del apartado 4a) del artículo 20 del R. D. L. 2/2008 en redacción dada por el R.D. 8/2011 de uno de julio, entendemos, como lo ha hecho la DGRN en reiteradas resoluciones, muy clarificadora en este punto la de 15 de abril de 2013, que siempre puede ser exigida en construcciones colindantes a vía pública, sin embargo dicha regla general, entendemos afectará a construcciones que por su naturaleza pudieran invadir o alterar ese dominio público de uso general, pero tal exigencia carece de sentido, cuando la edificación que se declara, no es susceptible por su naturaleza de invadir alterar o modificar en modo alguno dicho dominio de uso general, ya que la misma se asienta, o mejor dicho se construye en ejecución del derecho de vuelo, y sobre un edificio ya existente, pero fundamentalmente en un supuesto como este, cuando la edificación fue construida hace ya cuarenta y nueve años, tal y como queda acreditado. 3) Entendemos no procede la invocación de tal defecto, es redundante y torticero, se basa en la premisa esgrimida por el registrador de no acreditación de la fecha de la construcción efectiva, de hecho el párrafo del artículo 20.4.a) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en redacción dada por el RD 8/2011 alude a construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, cual es el caso que nos ocupa. En relación al segundo y tercero de los defectos. El artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, invocado por el registrador en su calificación, no procede, fue derogado y carece de contenido, por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, en su Disposición Final Primera, siendo el artículo 17.6 de la Ley de Propiedad Horizontal, en su actual redacción el que exige unanimidad para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, en respuesta a ello invoco el propio título constitutivo del derecho de vuelo, esto es la escritura autorizada por el Notario de Algemesí Don Vicente Furió Durá, con fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y cinco, bajo número 1768 de protocolo, la cual consta debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad de Cullera, que grava las fincas registrales, 23.878, 23.879 y 23.880, siendo el edificio en su conjunto la finca registral 23.601, título en el que se constituyó el referido derecho de vuelo, al amparo del cual se declara la obra nueva, unanimidad, la hubo en la referida escritura, contenido y extensión del derecho, el pactado por las partes contratantes, al amparo del artículo 1255 del Código Civil, requerir ahora una nueva unanimidad, implicaría vulnerar el artículo 1256 del mismo texto legal, en el sentido de dejar la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una de las partes contratantes, al mismo tiempo con ello,

pero al mismo tiempo, el registrador que califica, olvida, que el derecho de vuelo, es un derecho real debidamente inscrito en los libros a su cargo, que el titular del mismo es un tercer hipotecario, y merece la protección de la fe pública registral, pero de un modo inexplicable, el registrador pretende hacer inoperativo su derecho calificando de nuevo los propios asientos registrales, al imputarles insuficiente concreción o descripción del derecho, cuando dicho derecho ya fue calificado e inscrito en 1965 por un registrador, y además olvida, que, según el artículo uno la Ley Hipotecaria «los asientos registrales están bajo la salvaguarda de los de, tribunales, y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos por esta ley». Pero simultáneamente el registrador parece desconocer todas las normas civiles contenidas en los artículos 1940 y siguientes del Código Civil, relativas a la prescripción del dominio y demás derechos reales, todas las cuales en relación a los artículos 35 y 36 de la Ley Hipotecaria hubieran purgado cualquier hipotética deficiencia en origen de dicho derecho real de vuelo. Con ello respondemos al apartado tercero donde apela a la falta de concreción ex artículo 9 de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario, de forma subjetiva está de nuevo calificando asientos registrales que preexisten al título sometido a calificación, la concreción descriptiva del inmueble en la declaración de obra nueva, que se pretende inscribir, cumple con los citados preceptos, la concreción descriptiva del derecho real de vuelo, no debería nunca haber sido objeto de calificación, excepto en 1965, cuando fue inscrito, y cualquier otra deficiencia del mismo en origen habría sido purgada por las normas relativas a la prescripción. En última instancia, el registrador que califica, utiliza nuevamente un argumento para invocar como requisito, la unanimidad de los propietarios ex artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, precepto sin contenido como dijimos anteriormente, cual es el de que la vivienda que se declara tiene su acceso por terrazas, no entiendo el plural, del edificio que son propiedad común y afectan a la estructura o fábrica del mismo y por tanto al título constitutivo de la propiedad horizontal. En primer lugar nos surge la duda de si hay algún departamento privativo en una división horizontal al cual no se acceda a través de un elemento comunitario, ello es inherente a la esencia misma de propiedad horizontal, la conjunción entre elementos comunes y privativos, y el acceso a estos, se suele efectuar a través de los elementos comunes, pero si el señor registrador se hubiera molestado en consultar con mayor rigor los libros a su cargo, hubiera constatado que en la descripción de todos y cada uno de los restantes elementos de la división horizontal, fincas registrales, 23.878, 23.879 y 23.880, todas ellas contienen idéntica descripción, vivienda situada en la..... planta del edificio, con acceso por escalera exterior que arranca de la terraza de la.... planta, por donde tiene su acceso..... y yo me pregunto, transcurridos 49 desde la construcción del elemento, hasta una servidumbre de paso hubiera prescrito, como entiende el señor registrador, que iba a tener acceso ese departamento, sino era por el elemento comunitario terraza, y ese consentimiento, no estaba ya implícito en el derecho real de vuelo pactado por todos los propietarios con el señor V. E. P., causante de los declarantes, entender lo contrario es vaciar de contenido tal derecho, hacerlo inoperativo, y eso, si sería grave ab initio, cuarenta y nueve años después es arbitrario e inaceptable. Por todo lo expuesto se solicita del centro directivo, que revoque la calificación del título efectuada por el registrador de Cullera, en todos sus extremos, no solo por su inconsistencia en términos jurídicos, sino por qué la misma implica un planteamiento contrario a la realidad social y económica de los tiempos, la cual, a los funcionarios públicos nos exigen no sólo una especial diligencia en nuestro trabajo, sino el abandono de criterios subjetivos, que son antieconómicos y que pueden estar perjudicando a los particulares, dilatando si más una transmisión, y con ello tal vez la amortización de una deuda etc....».

IV

El registrador de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de 7 de noviembre de 2014.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1281, 1284 y 1285 del Código Civil; 5 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal; 2, 8, 9, 18, 32, 34, 38 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 17, 20 y 24 del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio; 16 y 308 del Reglamento Hipotecario; 45, 52 y siguientes 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 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 31 de enero de 2001, y las Resoluciones de esta Dirección General de 13 de marzo de 1996, 23 de junio de 1998, 29 de abril de 1999, 24 de marzo y 29 de septiembre de 2000, 21 de marzo de 2001, 27 de mayo y 20 de septiembre de 2005, 20 de abril de 2006, 19 de abril y 26 de mayo de 2007, 28 de marzo y 25 de agosto de 2008, 15 de septiembre y 4 de diciembre de 2009, 10 de noviembre de 2011, 1 de febrero de 2012, 15 de abril, 6 de mayo, 4 de junio, 5 de noviembre y 16 de diciembre de 2013 y 23 de abril y 14 de mayo de 2014.

1. Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se declara la construcción de una vivienda en ejercicio de un derecho de vuelo, con la siguiente descripción: «Número Cuatro.–Vivienda unifamiliar situada en la segunda planta del edificio, con acceso por escalera exterior que arranca de la terraza de la primera planta y conduce a la terraza de la segunda planta por donde tiene su entrada. Ahora y según catastro, calle (...), 46408 Cullera (Valencia). Ocupa una superficie construida de cuarenta y tres metros cincuenta decímetros cuadrados que corresponden a la vivienda en planta segunda. Tiene la distribución propia para habitar. Linda, por la derecha entrando, la vivienda número tres; por la izquierda y fondo, patio o jardín de la finca total; por el frente, con la terraza de la primera planta, linda por su suelo con la vivienda número uno de esta división y por el techo con el vuelo común. Su cuota de comunidad es del veinticinco enteros por ciento (25 %).».

El derecho que se ejercita consta inscrito en los siguientes términos: «...un derecho de vuelo que grava las fincas registrales de Cullera números 23878, 23879 y 23880, consistente en el derecho a edificar, sobre la vivienda señalada con el número uno, una vivienda de las mismas características, incluso ornato y estética exteriores que la vivienda señalada con el número tres, con cuantos derechos y servidumbres le sean inherentes, incluso su correspondiente participación en los elementos comunes del edificio que seguidamente se describe: Edificio situado en el término de Cullera, punto denominado de la (...), compuesto de dos plantas, la primera, de viviendas y terraza para uso común; y la segunda de una sola vivienda, con acceso por escalera exterior, y dos terrazas; una sobre la vivienda de la primera planta. Ocupa la parte edificada ciento veintitrés metros cuadrados y el resto de ciento sesenta y siete metros cuadrados se destina a patio o jardín. Linda:... Inscripción: El total edificio consta inscrito en el Registro de la Propiedad de Cullera, al tomo 1.640, libro 402, folio 198, finca número 23.601».

En la escritura de constitución del derecho de vuelo se pactó lo siguiente: «...Tan pronto esté construida la vivienda cuyo derecho a edificar se transmite en la presente escritura, la cuota de participación de cada una de las cuatro viviendas que formarán el edificio, a los efectos de distribución de beneficios y cargas de la total finca, queda estimada en veinticinco enteros por ciento».

Además, en la escritura calificada se incorpora certificación expedida por un arquitecto técnico, en la que indica que respecto de la «vivienda sita en Cullera (Valencia), calle (...) efectuada inspección ocular en la vivienda citada (...) se ha comprobado lo siguiente: 1.º Que la vivienda tiene las mismas características, incluso en ornato y estética exterior que el resto de las viviendas, formando un edificio homogéneo, en el que no se aprecia ningún signo de diferenciación con el resto de las viviendas del inmueble, como se aprecia en las fotografías que se adjuntan. 2.º Que por el tipo de construcción y los materiales empleados estimo 1965 como fecha aproximada de construcción. 3.º Que tiene una superficie de 44 m² de vivienda en planta 2 y 18 m² de trastero en planta baja».

2. Según el apartado número 1 del primero de los defectos expresados en la calificación, el registrador considera que no se acredita «la terminación de la obra en la fecha indicada en la escritura (1965) con la descripción realizada en la misma» porque «la certificación expedida por técnico competente incorporada a la escritura no contiene una descripción completa de la vivienda, limitándose a indicar que tiene características similares al resto de las viviendas del edificio, la fecha aproximada de construcción y la superficie en planta». Y añade que existen determinadas discrepancias entre el contenido de las certificaciones catastrales y la descripción del edificio que consta en el Registro.

Esta objeción no puede ser confirmada. El artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se refiere a las exigencias para la inscripción de las obras nuevas ya construidas con antigüedad suficiente para no incurrir en expediente de disciplina urbanística: «a) Que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. b) Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante. c) Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación». La primera de tales exigencias se fundamenta en la necesidad de asegurar inequívocamente que la edificación que se describe en el título es la misma que aquella respecto de la cual se acredita su terminación en fecha determinada. Por otra parte, nada impide que la descripción de la edificación coincidente con el título y la antigüedad de la misma se acrediten por el mismo medio probatorio, o por medios probatorios distintos –la certificación técnica y la certificación catastral–, siempre que no exista duda fundada de que uno y otro medio se refieren a la misma edificación (cfr., por todas, la Resolución de 4 de diciembre de 2009, con criterio confirmado por otras muchas citadas en los «Vistos» de la presente).

En el presente caso la certificación técnica incorporada a la escritura identifica suficientemente la finca y contiene también suficiente descripción de la vivienda cuya obra se declara. Además, es indudable que comporta una afirmación sobre la fecha de terminación de la obra y, según la norma reglamentaria referida, se confía a la exclusiva responsabilidad del técnico certificador la garantía de la veracidad y exactitud de tal extremo. Asimismo, en las certificaciones catastrales incorporadas figura 1965 como año de construcción de la referida edificación. Ciertamente, existen algunas discrepancias entre la certificación técnica, la certificación catastral y el título, de poca importancia (respecto de la superficie edificada –44 metros cuadrados según las dos primeras y 43,50 metros cuadrados según la escritura–; denominación de la calle, elementos que figuran sólo en las certificaciones catastrales, etc.). Pero es igualmente cierto que, como ha entendido este Centro Directivo en Resoluciones de 25 de agosto de 2008 y 1 de febrero de 2012, entre otras, no se trata de supuestos (como las inmatriculaciones) en que haya una exigencia legal de coincidencia total, sino que lo que las normas complementarias al Reglamento Hipotecario exigen en materia de obra nueva es que se acredite la realidad de la obra, que el proyecto se ajuste a licencia o en su defecto que hayan prescrito las medidas de restablecimiento de legalidad urbanística, y que no haya duda de la identidad de la finca según lo expresado en el título y en el documento justificativo de aquellos extremos, circunstancias que han de reputarse suficientemente acreditadas, a pesar de las escasas diferencias de superficie referidas en la calificación, toda vez que éstas no comportan dudas sobre esa identidad de la finca ni que haya contradicción entre la certificación descriptiva y gráfica, la certificación técnica y el título calificado, que impida la inscripción de la edificación tal como se describe en este último.

En definitiva, la identidad entre la finca registral sobre la que se declara la obra realizada, la finca catastral cuya certificación se aporta y la descripción de la edificación en la certificación técnica, únicamente importa ahora a los efectos de constatar que la obra realizada es anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante, y la duda que sobre esa identidad de la finca expresa el registrador no es en este caso fundada.

3. En el apartado número 2 del primer defecto, el registrador exige que se acredite que el suelo de la finca en la que se declara la obra no está afectado por servidumbres de uso público general, conforme al artículo 20.4.a) del texto refundido de la Ley de suelo, lo que considera necesario por lindar con vías públicas.

Este defecto tampoco puede confirmarse, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 15 de abril, 6 de mayo y 5 de noviembre de 2013), pues de dicha norma legal basta que ese extremo no resulte del historial de la finca, ni de las bases gráficas (artículo 9.1 de la Ley Hipotecaria) ni del propio título calificado, para que la inscripción pueda ser practicada.

4. Tampoco puede ser confirmado el defecto expresado en el apartado número 3, según el cual, al constituirse un elemento susceptible de aprovechamiento independiente que no constaba en la declaración de obra nueva del edificio, debe acreditarse, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. El mismo registrador indica que esta objeción, fundada en el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, en relación con el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de suelo, es consecuencia del hecho de no considerarse acreditada la antigüedad de la obra que se declara. Por ello, al no haber sido confirmado este último criterio decae necesariamente dicha objeción.

5. Según el defecto segundo, el registrador considera que debe realizarse una descripción del edificio del que forma parte la vivienda cuya obra nueva se declara en la que se recojan las modificaciones introducidas como consecuencia de la construcción del nuevo elemento. Y por el defecto tercero, exige que se acredite el consentimiento de todos los titulares del edificio sobre el cual se formaliza la declaración de obra en ejecución de derecho de vuelo.

Limitado necesariamente este recurso al examen de las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación impugnada (artículo 326 de la Ley Hipotecaria) y teniendo en cuenta los principios de salvaguardia judicial de los asientos registrales y legitimación registral, se impone necesariamente la revocación del último de tales defectos en los términos en que ha sido expresado por el registrador, toda vez que, como puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 28 de marzo de 2008, es indudable que el ejercicio del derecho de vuelo constituido comporta necesariamente una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, que podrá llevar a término por sí solo el titular de tal derecho si se le atribuye al constituirse éste, sin que sea necesario el concurso del resto de los propietarios del inmueble, tanto para ejercitarlo como para reflejar, documentalmente, las modificaciones que el ejercicio de tal derecho necesariamente ha de comportar en el título constitutivo, siempre que se realice dentro de los límites legalmente establecidos (entre ellos los relativos a la necesaria fijación de las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento –artículo 16.2. letra «a» del Reglamento Hipotecario–).

En el presente caso, la facultad de llevar a término –por sí solo– la declaración de obra nueva y modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal está claramente atribuida al titular del derecho de vuelo, pues es indudable, aplicando no sólo la regla hermenéutica que obliga a interpretar una cláusula en el sentido más adecuado para que produzca efecto, sino un simple criterio de pura lógica, que el contenido de aquella facultad (tal y como la publica el Registro) se dirige al titular del derecho, sin que, a la vista de la forma en que fue en su día constituido e inscrito aquél (algo que ahora no cabe cuestionar), sea necesario el concurso del resto de los propietarios del inmueble, tanto para ejercitarlo como para reflejar, documentalmente, las modificaciones que el ejercicio de tal derecho necesariamente ha de comportar en el título constitutivo, entre ellas la relativa a la cuota de participación de cada una de las cuatro viviendas que forman el edificio, que, según se expresó en la escritura de constitución del derecho de vuelo «queda estimada en veinticinco enteros por ciento», cuyo reflejo registral –con la consiguiente corrección de las cuotas de participación del resto de las entidades de la división horizontal– se solicita en la escritura calificada.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

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, 29 de enero de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.