



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR009649

RESOLUCIÓN de 26 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Viver, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva por antigüedad y división en régimen de propiedad horizontal.

(BOE de 22 de julio de 2019)

SUMARIO:

Registro de la Propiedad. Declaración de obra nueva por antigüedad. Constitución en régimen de división horizontal. Derecho de vuelo de configuración estatutaria. Para la inscripción de escrituras de declaración de obra nueva existen en nuestra legislación dos vías distintas, la ordinaria del apartado primero del artículo 28 de la actual Ley de Suelo y la prevista con carácter excepcional en el apartado cuarto, que trata de adecuarse a la realidad de edificaciones consolidadas de hecho por el transcurso de los plazos legales para reaccionar, por parte de la Administración, en restauración de la legalidad urbanística infringida. El instituto de la prescripción para declarar obras nuevas (acogido en el artículo 20.4 texto refundido de la Ley de Suelo, hoy 28.4) puede ser alegado tanto por un otorgante que edifica sin obtener ningún permiso de la autoridad municipal competente, como por el que sí lo obtuvo pero eventualmente se extralimitó en lo edificado. En relación con esta segunda vía, el acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones (o de sus mejoras o ampliaciones) respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley, y entre ellos los específicamente contemplados en el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. En concreto este precepto condiciona la inscripción de las obras nuevas antiguas al requisito de la aportación de los documentos que acrediten la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título, de los que resulte además, como aclara el Real Decreto 1093/1997, 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. La prueba de tal extremo, unida a la constatación sobre la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate (así como que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general) constituyen, junto con la identificación de la porción del suelo ocupada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica, los requisitos necesarios para el acceso de la obra al Registro.

PRECEPTOS:

Código Civil, art. 396.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 1, 9, 20 y 202.

Ley 49/1960 (LPH), arts. 2, 3, 5, 10, 14, 17 y 18.

RDLeg. 7/2015 (TRLSRU), arts. 27, 28 y 65.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), art. 51.

RD 1093/1997 (Rgto. sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística), arts. 45, 51 y 52.

En el recurso interpuesto por don Eduardo José Delgado Terrón, notario de Castellón de la Plana, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Viver, doña Sonsoles Verdejo García, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva por antigüedad y división en régimen de propiedad horizontal.



Hechos

I

Mediante escritura autorizada por don Eduardo José Delgado Terrón, notario de Castellón de la Plana. el día 11 de diciembre de 2018, con el número 1.558 de protocolo, se formalizaron operaciones de declaración de obra nueva por antigüedad de un edificio sito en el término municipal de Montanejos, división en régimen de propiedad horizontal y disolución de comunidad del citado inmueble.

II

Presentada el día 8 de enero de 2019 la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Viver, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad de Viver.

N.º Entrada: 29 N.º Protocolo: 1558/2018.

N.º de entrada: 29/2019 Asiento: 1830 del Diario: 37.

Visto por doña Sonsoles Verdejo García, Registradora de la Propiedad de Viver, el procedimiento registral iniciado con el número de entrada 29/2019, como consecuencia de la presentación en este Registro del documento que se dirá, en virtud de solicitud de inscripción.

En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad del documento presentado, obrante en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes:

Hechos.

El documento objeto de la presente calificación, es la escritura autorizada el 11/12/2018, por el Notario de Castellón de la Plana, don Eduardo José Delgado Terrón, número de protocolo 1558/2018, que fue presentada telemáticamente, el día 08/01/2019, con el número de asiento 1830 del diario 37, habiendo sido presentado el mismo momento el correspondiente documento justificativo del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En dicha escritura L. S. G., M. R. P. S. y Arrendamientos Ovimar, S.L., dueños de la finca número 1703 del término municipal de Montanejos, declaran haber construido una edificación en término municipal de Montanejos, en la calle (...); la cual divide en régimen de propiedad horizontal en cinco elementos independientes, para posteriormente extinguir la comunidad existente entre ellos sobre los citados elementos independientes, adjudicándose L. S. G. y M. R. P. S. los elementos dos, cuatro y cinco, y Arrendamientos Ovimar, S.L., los elementos uno y tres.

Defectos:

1. No se acredita el cambio de finca rústica a urbana, así como de los nuevos datos de localización de la finca inscrita. Estando inscrita la finca registral como una finca de nueve áreas, cincuenta y ocho centiáreas de tierra pastizal de segunda, en la partida (...), se describe ahora como un solar en la calle (...), con 776,82 metros cuadrados.

En este caso, no resulta suficiente la certificación catastral para acreditar dicho cambio, ya que no coincide ninguno de los datos de la finca inscrita con la que resulta de la certificación catastral: la superficie, la ubicación y los linderos son distintos y, además, existen edificaciones en la parcela catastral que tampoco están inscritas.

Tampoco coinciden totalmente los datos de titularidad. Por tanto, no es posible con esos datos establecer la correspondencia entre la finca inscrita y la parcela catastral.

2. En la descripción del edificio sobre el que va a constituirse la Propiedad Horizontal, no se hace referencia alguna a las terrazas, que luego aparecen integrando alguno de los elementos privativos. Es necesario que aparezcan descritas en la finca matriz, especialmente, en este caso, ya que después se ha constituido un derecho de vuelo para poder edificar precisamente sobre las mismas.

3. En relación a la cláusula séptima de los estatutos en la que se configura un derecho de vuelo, no resulta claro, si ese derecho se lo reservan los propietarios actuales de los elementos privativos tres, cuatro y cinco, o si es un derecho que corresponderá a los que en cada momento sean propietarios de los elementos privativos tres, cuatro y cinco.

Fundamentos de Derecho.



1. Deberá acreditarse mediante certificación del Alcalde, tal y como prevé el artículo 437 del Reglamento Hipotecario. No siendo suficiente la certificación catastral, que no cumple con los requisitos del artículo 43 de la Ley del Catastro Inmobiliario.

2. Artículo 5 Ley de Propiedad Horizontal, art. 9 y 202 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, 45 y 53 RD 1093/1997.

3. Artículos 9 LH, 16 y 51 RH, 3 b), 10,12 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, RDGRN 13 junio, 18 noviembre 2002, 13 septiembre de 2003, 15 de septiembre de 2009, STS 30 de marzo de 2010, 10 mayo de 1999.

En cuanto a la necesidad de aclarar el alcance del derecho de vuelo constituido.

La [sic] Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 junio de 2002 y 13 de septiembre de 2003, entre otras han señalado que: «Por ello, la constancia registral de esa genérica facultad de elevar plantas de la vivienda referida o construir sobre la misma no puede tener más valor que el de una simple mención de un derecho sin naturaleza real, que resulta contraria a las exigencias del denominado principio de especialidad, que impone la determinación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro así en sus elementos subjetivos y objetivos, cuanto en su contenido y alcance (cfr. artículos 9 y 98 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento). Consecuentemente, resulta aplicable el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, según el cual la construcción de nuevas plantas y cualquier alteración de estructura o fábrica del edificio en propiedad horizontal que afecte al título constitutivo requiere acuerdo del resto de los propietarios que fije la naturaleza de la modificación, las alteraciones que se originen en la descripción de la finca y la variación de las cuotas».

La STS 30 marzo de 2010: «La naturaleza misma del derecho, limitativo del dominio, consistente en la facultad de levantar nuevas construcciones en el edificio, excluye que pueda configurarse con absoluta generalidad. La actuación unilateral del promotor o del propietario único o los pactos acerca del modo de construir, duración y demás requisitos que impone el art. 16.2 R.H. forman el contenido real del derecho, por lo que tienen eficacia frente a terceros, que deben tener conocimiento de la exacta determinación de su naturaleza y extensión que, por otra parte, se inscribe en el Registro de la Propiedad, cumplidos los requisitos dimanantes de los principios de especialidad, cuya eficacia resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales.

En el presente caso, la incorporación de la reserva al título y su posterior inscripción no han conformado de manera adecuada un derecho que no ha llegado en términos tales de poder identificar hasta qué extremo se extiende en lo que hace al número de construcciones y al tiempo de su ejercicio, lo que no sólo ha impedido a los futuros adquirentes tomar conocimiento preciso de las condiciones en que se va a llevar a cabo la obra y disponer en su vista lo que a su derecho pudiera convenir en orden a la adquisición de la casa, sino que ha dejado a la comunidad en una situación de absoluta provisionalidad en cuanto a la futura configuración del inmueble, o en aspectos tan sustanciales para quienes la integran como son las cuotas de participación, el mantenimiento de los servicios o el ejercicio de sus derechos dominicales; todo lo cual la hace incompatible con el régimen jurídico de la propiedad horizontal.»

Y por último, y con carácter general cabe citar como fundamento, el principio de legalidad en su aspecto de calificación registral, que se refleja en el artículo 18, apartado 1.º de la Ley Hipotecaria, al establecer que: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro», y lo que resulta del art. 98 del Reglamento Hipotecario: «El Registrador considerará, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la Ley, como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos, siempre que resulten del texto de dichos documentos o puedan conocerse por la simple inspección de ellos. Del mismo modo apreciará la no expresión, o la expresión sin la claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad.»

En su virtud, acuerdo con fecha de hoy:

Suspender la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en los Hechos de esta nota de calificación, por la concurrencia de los defectos subsanables que igualmente se indican en los Fundamentos de Derecho de las mismas.

Contra la anterior calificación, podrá (...).

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Sonsoles Verdejo García registrador/a de Registro Propiedad de Viver, a día veintinueve de enero del año dos mil diecinueve.»



III

Solicitada el día 15 de febrero de 2019 calificación sustitutoria, ésta correspondió a la registradora de la Propiedad interina de Castellón de la Plana número 4, doña Cristina Martínez Ruiz, quien, con fecha 25 de febrero de 2019, confirmó íntegramente la calificación anterior.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Eduardo José Delgado Terrón, notario de Castellón de la Plana, interpuso recurso el día 26 de marzo de 2019 mediante escrito y con arreglo a las siguientes alegaciones:

«(...) Hechos y fundamentos de derecho:

Se recurre la calificación (...) si bien sólo en cuanto a los defectos señalados como 2 y 3, habiendo sido la misma escritura objeto de calificación por el registrador sustituto (Doña Cristina Martínez Ruiz), quien ha desarrollado la calificación hasta el punto que parece que lo que ella suspendería sería la inscripción de la división horizontal (que también se acompaña), siendo el documento objeto del recurso y los hechos y fundamentos de derecho, los que se transcriben a continuación:

– Defecto señalado como número 2:

En cuanto al defecto 2, se recurre porque en la escritura están cumplidos todos los requisitos que exige la normativa para la declaración de una obra nueva por antigüedad: hay un certificado de un técnico que acredita la antigüedad y la descripción: hace constar destino, plantas, superficie construida y ocupada, y se añade la georreferenciación de la superficie ocupada en la parcela. Por lo tanto, es evidente que si están cumplidos todos los requisitos que se exigen, la consecuencia es la inscripción.

El fundamento de la Registradora es que como luego se configura jurídicamente en la escritura el derecho a sobreedificar (lo que se hace en los estatutos de la división horizontal), se ha añadido algo más (la determinación de las terrazas), es algo que contradice la normativa y puede conducir a resultados jurídicos perjudiciales:

Si el notario se limita a declarar la obra nueva cumpliendo única y exclusivamente los requisitos exigidos por la ley (destino de la edificación, plantas, superficie total construida y superficie ocupada por la edificación, más la georreferenciación), ello no impide que sin embargo, en la división horizontal se pueda hacer constar «el acceso» a los diferentes elementos resultantes de la división horizontal, o que los pisos linden con «escalera», «ascensor» o «patios de luces» respecto de los que nada se ha dicho, o que en la descripción de ellos se consigne la existencia de «balcones o terrazas». Es que esta manera de actuar jurídicamente es la que desde siempre se ha seguido, sin que nunca los registradores le hayan puesto problema alguno. No puede ser que un modelo de escritura que se puede haber inscrito ya en cuatro o cinco registros diferentes, ahora ya no sirva. La postura de la registradora Doña Sonsoles Verdejo García es absurda porque de seguirse, jamás se podrá añadir en la división horizontal, en la descripción de los pisos o locales que la componen o en los estatutos, nada que no conste en la previa declaración de obra nueva.

Citar resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que determinan los requisitos de las obras nuevas (y más de las que se declaran por antigüedad), sería labor casi interminable. Pero para que no haya dudas, de las más recientes es la de Resolución de 30 de enero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la que se indica «El artículo 28.4 de la Ley de Suelo permite la inscripción de 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, cuando ello se acredite (entre otros medios posibles) mediante certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en la que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. En la citada certificación catastral descriptiva y gráfica consta una superficie gráfica de parcela de 94 metros cuadrados y una superficie construida de 188 metros cuadrados...».

En mi caso, se ha acreditado por certificación de técnico.

Como ya he dicho, no se entiende que la suspensión de la obra nueva por parte de la registradora se produzca por la falta de indicación de la existencia de las terrazas en ella, cuando las mismas constan en los planos del arquitecto y forman parte de la certificación de éste y que están perfectamente detalladas en la división horizontal.

– Defecto señalado como número 3:

En cuanto a este defecto, yo espero que la Dirección General de los Registros y del Notariado, concluya que no puede mantenerse, porque a cuantos compañeros he leído el artículo de la división horizontal, ninguno ha planteado la más mínima duda, y cuando a continuación he leído el defecto, todos han concluido que si siempre



se habla de «los propietarios» y además se trata de un artículo de la propiedad horizontal, que es el régimen jurídico de un edificio, los criterios hermenéuticos han de concluir que la norma rige para los que en cada momento sean los propietarios de los elementos tres, cuatro y cinco.

Vuelvo a reproducir el precepto, de forma separada al resto de la escritura, para que la Dirección General de los Registros y del Notariado compruebe en el primer momento del recurso, que no genera ninguna duda interpretativa:

«Artículo 7. Dado que los propietarios tienen por su condición dominical el derecho a vuelo o sobreedificación del edificio hasta que las ordenanzas municipales lo permitan, quieren configurar el mismo o limitar su ejercicio, de manera que sólo se puede ejecutar, en su caso, sobre las dos terrazas de la planta primera y las dos terrazas de la planta segunda, y ello en los siguientes términos:

1.^a Se podrá levantar, sobre la terraza situada a la derecha, perteneciente al elemento tres, una planta más; y sobre la terraza de la planta primera del elemento cuatro dos plantas más, y sobre las terrazas de la planta segunda (elemento cinco), una planta más en cada una de las terraza [sic]. Siempre que se construyen las nuevas plantas se destinarán a vivienda, con la misma extensión de superficie de las terrazas, siempre y cuando resulte permitido por la normativa urbanística aplicable. Dicho [sic] derechos podrán ejercitarse separadamente, esto es, en fases.

Dichas viviendas, de construirse, tendrán la configuración y serán de características semejantes al edificio del que forma parte.

Cuando se ejercite el derecho y se declare la construcción, la Propiedad Horizontal podrá tener el mismo número de elementos independientes, en cuyo caso lo construido formará parte de alguno de los elementos ya existentes, o constituir nuevos elementos independientes, pudiendo el propietario del derecho modificar por sí solo la obra nueva y división horizontal, determinando los nuevos coeficientes de participación de los elementos independientes de la división horizontal, los cuales habrán de ser proporcionales a la superficie construida de los mismos.

Para el caso de que transcurra un plazo superior a treinta años, sin que ningún propietario haya usado de su derecho dominical, deberán reunirse nuevamente los propietarios del edificio para su nueva configuración; y de lo contrario, para su ejercicio será siempre preciso el consentimiento de todos los copropietarios de inmuebles.»

V

La registradora emitió informe el día 29 de marzo de 2019, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada, y remitió el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 1, 9, 20 y 202 de la Ley Hipotecaria; 2, 3, 5, 10, 14, 17 y 18 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; 51 del Reglamento Hipotecario; 27, 28 y 65 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; 45, 51 y 52 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; las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2006, 16 de julio de 2009, 9 de octubre de 2010 y 13 de mayo de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1992, 7 de enero de 1994, 14 de febrero de 2004, 14 de junio de 2010, 24 de marzo de 2011, 2 de junio y 11 de diciembre de 2012, 5 de marzo, 2 de abril y 5 de agosto de 2013, 21 de enero, 11 de marzo, 14 de mayo y 17 de octubre de 2014, 28 de febrero, 26 de mayo y 1 de julio de 2015, 1 de marzo, 30 de mayo y 21 de septiembre de 2016, 28 de junio de 2017 y 22 de mayo y 19 y 31 de julio de 2018.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de declaración de obra nueva por antigüedad y constitución de la misma en régimen de división horizontal, en cuyos estatutos se configura además un derecho de vuelo o sobreedificación.

La registradora suspende la inscripción por tres defectos, de los que son objeto de impugnación los dos siguientes:

a) En la descripción del edificio sobre el que va a constituirse la propiedad horizontal, no se hace referencia alguna a las terrazas que luego aparecen integrando alguno de los elementos privativos. Es necesario que aparezcan descritas en la finca matriz, especialmente, en este caso, ya que después se ha constituido un derecho de vuelo para poder edificar precisamente sobre las mismas.



b) En relación a la cláusula séptima de los estatutos en la que se configura un derecho de vuelo, no resulta claro si ese derecho se lo reservan los propietarios actuales de los elementos privativos tres, cuatro y cinco, o si es un derecho que corresponderá a los que en cada momento sean propietarios de los elementos privativos tres, cuatro y cinco.

En el supuesto de hecho del presente expediente concurren las siguientes circunstancias relevantes para su resolución:

– En la descripción del edificio cuya construcción se declara se identifica la parte de la cabida de la parcela ocupada por la edificación, con aportación de su georreferenciación, y la parte libre de edificación, y se señala el número de plantas del edificio, los pisos o locales existentes en cada una de ellas, sus respectivas superficies, así como la superficie de elementos comunes en cada planta. Del cotejo de las respectivas superficies de cada planta resulta que el edificio tiene una configuración escalonada al ser progresivamente descendente la extensión de la superficie construida en cada una de las plantas baja, primera y segunda respectivamente, dato que, como se verá, resulta relevante para comprender las singulares características del supuesto de hecho del presente expediente.

– Dicha descripción es coincidente con la que figura en la certificación del técnico incorporada a la escritura, en la que además se afirma que la edificación «se encuentra terminada desde el año 1970 y tiene una antigüedad de más de 25 años».

– En la misma escritura los propietarios del total inmueble lo constituyen en régimen de propiedad horizontal dividiéndolo en un total de cinco elementos privativos independientes (los elementos uno y dos se configuran como sendos locales comerciales, el primero en planta sótano segundo, sótano primero y planta baja, y el segundo en planta sótano primero y planta baja; y los elementos tres, cuatro y cinco como sendas viviendas, el tres y cuatro en planta primera, y el quinto en planta segunda). La descripción de dichos elementos privativos resulta congruente en cuanto a su ubicación y superficie con la descripción del edificio en el que se integran, surgiendo no obstante la discrepancia que ocasiona este recurso en lo relativo a las terrazas que figuran en la descripción de alguno de los elementos privativos. En concreto:

a) Respecto del departamento número tres se indica como parte de su descripción lo siguiente: «Cuenta con una terraza de veintiocho metros y treinta decímetros cuadrados (28,30m²) –que no computa como superficie construida– situada a la derecha de la vivienda».

b) Respecto del departamento número cuatro se incluye igualmente en su descripción lo siguiente: «Cuenta con una terraza de veintiocho metros y setenta y cinco decímetros cuadrados (28,75m²) –que no computa como superficie construida– situada al fondo».

c) Y respecto del departamento número cinco, se incluye asimismo en su descripción lo siguiente: «Cuenta con dos terrazas una de cien metros y ochenta decímetros cuadrados (100,80 m²) –cuya superficie no computa como superficie construida– situada a la izquierda de la vivienda, y otra situada al fondo de setenta y cinco metros y siete decímetros cuadrados (75,77 m²) –cuya superficie no computa como superficie construida–».

– El artículo 7 de los estatutos que se aprueban para la comunidad es del siguiente tenor literal: «Artículo 7.–Dado que los propietarios tienen por su condición dominical el derecho a vuelo o sobreedificación del edificio hasta que las ordenanzas municipales lo permitan, quieren configurar el mismo o limitar su ejercicio, de manera que sólo se puede ejecutar, en su caso, sobre las dos terrazas de la planta primera y las dos terrazas de la planta segunda, y ello en los siguientes términos:

1.ª Se podrá levantar, sobre la terraza situada a la derecha, perteneciente al elemento tres, una planta más; y sobre la terraza de la planta primera del elemento cuatro dos plantas más, y sobre las terrazas de la planta segunda (elemento cinco), una planta más en cada una de las terrazas. Siempre que se construyen las nuevas plantas se destinarán a vivienda, con la misma extensión de superficie de las terrazas, siempre y cuando resulte permitido por la normativa urbanística aplicable. Dichos derechos podrán ejercitarse separadamente, esto es, en fases.

Dichas viviendas, de construirse, tendrán la configuración y serán de características semejantes al edificio del que forma parte.

Cuando se ejercite el derecho y se declare la construcción, la Propiedad Horizontal podrá tener el mismo número de elementos independientes, en cuyo caso lo construido formará parte de alguno de los elementos ya existentes, o constituir nuevos elementos independientes, pudiendo el propietario del derecho modificar por sí solo la obra nueva y división horizontal, determinando los nuevos coeficientes de participación de los elementos independientes de la división horizontal, los cuales habrán de ser proporcionales a la superficie construida de los mismos.



Para el caso de que transcurra un plazo superior a treinta años, sin que ningún propietario haya usado de su derecho dominical, deberán reunirse nuevamente los propietarios del edificio para su nueva configuración; y de lo contrario, para su ejercicio será siempre preciso el consentimiento de todos los copropietarios de inmuebles».

– En la misma escritura calificada los otorgantes convienen la disolución de la comunidad existente sobre la totalidad del inmueble y se adjudican los diferentes pisos y locales resultantes de la división horizontal (en concreto, los elementos números dos, cuatro y cinco a los cónyuges don L. S. G. y doña M. R. P. S., por un lado, y los elementos uno y tres a la mercantil «Arrendamientos Ovimar, S.L.»).

El recurrente se opone a los defectos indicados en la calificación objeto de recurso conforme a las alegaciones que han quedado por extenso transcritas en los hechos de la presente.

2. Comenzando por el defecto señalado bajo el número 2 de la calificación, primero de los recurridos, lo primero que ha de observarse es que no queda claro si el defecto es considerado por la registradora como obstáculo a la inscripción de la obra nueva (lo que impediría igualmente la inscripción subsiguiente de la división horizontal) o bien únicamente respecto de esta última. El recurrente lo entiende en el primer sentido, pero en la fundamentación jurídica invocada por la registradora se cita igualmente en apoyo de su calificación en cuanto a tal defecto el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, junto con los artículos 9 y 202 de la Ley Hipotecaria y 45 y 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, relativos estos últimos a los requisitos de inscripción de las declaraciones de obra nueva, lo que obliga a analizar el defecto desde ambas perspectivas.

En primer lugar, en relación con los requisitos descriptivos de la edificación objeto de una declaración de obra nueva por antigüedad, resulta conveniente recordar, como ha señalado este Centro Directivo en diversas ocasiones (vid. Resoluciones de 30 de mayo de 2016 y 31 de julio de 2018), para la inscripción de escrituras de declaración de obra nueva existen en nuestra legislación dos vías distintas, la ordinaria del apartado primero del artículo 28 de la actual Ley de Suelo y la prevista con carácter excepcional en el apartado cuarto, que trata de adecuarse a la realidad de edificaciones consolidadas de hecho por el transcurso de los plazos legales para reaccionar, por parte de la Administración, en restauración de la legalidad urbanística infringida. Y como señaló la Resolución de esta Dirección General de 22 de julio de 2014, el instituto de la prescripción para declarar obras nuevas (acogido en el artículo 20.4 texto refundido de la Ley de Suelo, hoy 28.4) puede ser alegado tanto por un otorgante que edifica sin obtener ningún permiso de la autoridad municipal competente, como por el que sí lo obtuvo pero eventualmente se extralimitó en lo edificado.

En relación con esta segunda vía, ha señalado igualmente este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 5 de marzo y 5 de agosto de 2013) que el acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones (o de sus mejoras o ampliaciones ex artículos 308 del Reglamento Hipotecario y 45 y 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio) respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley, y entre ellos los específicamente contemplados en el artículo 28, apartado 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.

En concreto este precepto condiciona la inscripción de las obras nuevas antiguas al requisito de la aportación de los documentos que acrediten «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», de los que resulte además, como aclara el artículo 52, apartado b), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, 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». La prueba de tal extremo, unida a la constatación sobre «la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate» (así como «que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general») constituyen, junto con la identificación de la porción del suelo ocupada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica a que se refiere el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, los requisitos necesarios para el acceso de la obra al Registro.

3. En el presente caso la controversia se centra en el requisito relativo a la acreditación de «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», en cuanto a este último elemento (identidad descriptiva). Dicha acreditación podrá tener lugar, según se desprende de los citados artículos 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, a través de cuatro vías documentales distintas: certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, de los que se han de desprender los



dos extremos citados, esto es, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. En el presente expediente la discrepancia se centra en si cumple o no este último condicionante, es decir, si la certificación del técnico, en la que –contra lo que se afirma en el recurso– ninguna referencia se hace a las terrazas de las entidades tres, cuatro y cinco, habilita para inscribir una declaración de obra nueva por antigüedad y subsiguiente constitución del inmueble en régimen de propiedad horizontal, cuando en la descripción que se contiene en tres de los elementos privativos de esta última aparecen las citadas terrazas, omitidas tanto en la citada certificación técnica como en la descripción del edificio que se hace en la previa declaración de obra nueva.

Delimitados los términos de la controversia en la forma indicada, y no existiendo objeción alguna por parte de la registradora en su calificación sobre la concurrencia de los restantes requisitos resultantes de los preceptos citados rectores de esta materia, habrá que convenir en que de poder confirmarse el defecto analizado ello constituiría causa obstativa para la inscripción de la división de la finca en régimen de propiedad horizontal, pero no necesariamente para la previa inscripción de la obra nueva, pues la identidad descriptiva que exige el reiterado artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo se proyecta sobre los elementos de la construcción a que se refiere específicamente el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (además de la delimitación georreferenciada de la porción del suelo ocupada que exige el artículo 202 de la Ley de Suelo), como requisitos mínimos pero suficientes, esto es, «el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados, y, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente», extremos todos ellos que figuran tanto en la descripción del edificio hecha con ocasión de la formalización de la obra nueva como en la certificación del técnico aportada.

Y no se olvide que en cuanto a la suficiencia de esta certificación técnica a los efectos indicados, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 16 de diciembre de 2013 (en relación con el artículo 20.4 del texto refundido de la Ley del Suelo de 2008, correspondiente con el 28.4 actual), «la Ley no establece ninguna jerarquía o preferencia de medios de acreditación, por lo que el interesado puede optar por cualquiera de los cuatro medios que establecen dichos preceptos, puesto que no se señala ningún medio preferente, sino que se emplean fórmulas disyuntivas o alternativas, al decir en el párrafo a) del apartado 4 del artículo 20 del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo que «se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva (de las antiguas a que se refiere) 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, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título»».

Es cierto que este Centro Directivo ha exigido también que se incorpore como elemento necesario para completar la descripción del edificio la individualización de la superficie correspondiente a cada planta en aquellos casos en que el edificio cuya obra nueva se declara vaya a ser objeto de división horizontal o cuando la licencia municipal incorporada a la escritura exprese los metros cuadrados de tales plantas. En este sentido la Resolución de 14 de enero de 2013, vinculando este tema al principio de especialidad, impone una delimitación precisa de los derechos que pretenden su acceso al Registro, así en sus elementos subjetivos y objetivos como en cuanto a su alcance y contenido, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009, afirmando que «los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que éstos queden suficientemente individualizados e identificados en cumplimiento de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario. En orden a la declaración de una obra nueva, no acompañada de individualización de sus elementos con acceso independiente a un elemento común o a la vía pública –división horizontal, lo que aquí no ocurre– la precisa descripción de la finca en el título que pretenda su acceso al Registro de la Propiedad, como medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales, en el Registro, no puede imponer más precisión en cuanto a la descripción de su superficie, que la que afecta a su individualidad, es decir, la total construida y útil, única que puede ser exigida quedando salvado con ello, en cuanto coincidente con la licencia que ha servido de base a la declaración, todos los requisitos administrativos exigibles por la legislación urbanística aplicable. Ha de observarse que cuando la declaración de obra nueva no se refiere a edificio sobre el que vaya a constituirse en principio, una división horizontal, como ocurre en el presente caso en que se trata de una vivienda unifamiliar, el objeto del derecho sobre la edificación forma un todo unitario sin partes determinadas, por lo que sólo es preciso, como mínimo exigible, que se exprese la superficie de la parcela ocupada por la edificación y el total de metros cuadrados edificados, tal como señala el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (...) No obstante, cuando la licencia municipal que se incorpore a la escritura exprese los metros cuadrados de cada planta, podría exigirse esa mayor concreción, pero no es éste el caso planteado ni tampoco alude a ese supuesto la nota calificadora».



Pero ocurre que precisamente en el caso del presente expediente este requisito descriptivo complementario de la identificación de la superficie correspondiente a cada planta del edificio, e incluso su desglose por entidades privativas ubicadas en cada planta y por elementos comunes correspondientes a las mismas, aparece adecuadamente integrado en la descripción del edificio cuya construcción se declara, por lo que ningún reproche puede hacerse desde esta perspectiva a la pretensión de inscripción de la declaración de la obra nueva.

4. Distinta de la anterior es la perspectiva desde la que debe analizarse la misma objeción antes examinada (falta de incorporación a la descripción del edificio en la escritura y en la certificación técnica aportada de las terrazas integradas en los elementos privativos tres, cuatro y cinco) en relación con la pretensión de la inscripción de la división horizontal del edificio, pues en este caso debemos partir del régimen jurídico específico establecido por su ley especial, esto es, la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, cuyo artículo 5 dispone, en lo que ahora interesa, que «el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquéllos al que se asignará número correlativo. La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo. La de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano».

No cabe duda alguna de que tanto la remisión que en este precepto se hace a la legislación hipotecaria (cfr. artículo 202) y el reenvío que, a su vez, esta última hace a la «legislación sectorial aplicable en cada caso», que en todo caso incluye en su genérica expresión la legislación urbanística y las normas de la misma a que se ha hecho mérito más arriba, como la necesidad de una interpretación conjunta e integradora de tales normas con el precepto transcrito de la Ley sobre propiedad horizontal, conducen a la conclusión de que la suma de las superficies asignadas en la descripción de la totalidad de los pisos y locales, resultantes de la división, no podrán exceder de la superficie correspondiente al edificio, ni en su totalidad, ni en relación a cada una de sus plantas cuando el cómputo se haga en razón a la superficie correspondiente a los pisos y/o locales ubicados en cada una de ellas.

Y ciertamente en el presente caso la superficie asignada a las cuatro terrazas que se incluyen en las respectivas descripciones de los elementos privativos antes reseñados no figuran en la descripción del edificio, ni en la escritura ni en la certificación del técnico, esto es, son superficies adicionales o excedentarias respecto de las que resultan de la declaración de la obra nueva.

Sin embargo, esta aparente objeción para la inscripción se disipa en el momento en que se observa que, como se señala en la descripción de las propias terrazas, la superficie que respectivamente se les asigna «no computa como superficie construida», lo cual se corresponde con la concreta tipología de las terrazas de que se trata como «terrazas a nivel», según se desprende de la circunstancia que más arriba se indicó relativa a que el edificio tiene una configuración escalonada al ser progresivamente descendente la extensión de la superficie construida en cada una de las plantas baja, primera y segunda respectivamente, de donde se infiere que la superficie de las reiteradas terrazas se corresponde con la propia de la cubierta de la planta inferior, en la parte que no es al propio tiempo soporte de la construcción de la planta superior, lo que requiere una explicación sobre su naturaleza jurídica al condicionar ésta tanto su consideración como elemento privativo o común, como su régimen descriptivo al depender éste, conforme al artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, de su referida configuración o carácter común o privativo.

5. Como señaló este Centro Directivo en su Resolución de 19 de abril de 2007 (y ha reiterado en otras posteriores, entre ellas en la más reciente de 19 de julio de 2018), el régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo –es decir, un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente– y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio, «elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas» (cfr. artículos 3 de la Ley sobre propiedad horizontal y 396 del Código Civil).

Ahora bien, es igualmente cierto, como ha señalado en varias ocasiones este Centro Directivo (Resoluciones de 31 de marzo de 2005, 5 de julio de 2016 y 17 de enero y 19 de julio de 2018), que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido reconociendo el hecho de que ciertos elementos comunes no agotan toda su potencialidad en la finalidad que desempeñan, sino que, sin perjudicar la misma, pueden ser de uso exclusivo del propietario de algún elemento privativo.

De este modo, la posibilidad de configurar como anejo de las viviendas o locales el derecho de uso exclusivo de zonas concretas y determinadas del inmueble, aunque tengan el carácter de elemento común, es



perfectamente posible dentro de la libertad que tienen los propietarios de configurar estatutariamente el régimen de la propiedad horizontal, quedando vinculados «ob rem» siempre que tanto el derecho de uso como el objeto del mismo queden suficientemente identificados, conforme a las exigencias previstas en la Ley (el artículo 53, regla b), de las normas complementarias del Reglamento Hipotecario, aprobadas por el Real Decreto 1093/1997, relativo a la transmisión de cuotas indivisas con adscripción de uso, además de estar referido a las plazas de garaje, no agota la totalidad de posibilidades dentro de la libertad de configuración de la propiedad horizontal vía estatutos).

En este sentido, como ha señalado la doctrina, hay una sutil pero ampliamente compartida distinción entre el concepto de terraza y el concepto cubierta del edificio. La cubierta como elemento necesario de parcelación cúbica o delimitación del vuelo o espacio edificado es siempre elemento común por naturaleza. Sin embargo, las terrazas como zona pisable, no son elemento común por naturaleza.

6. En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992 afirma que «las terrazas que sean cubiertas de todo o parte del inmueble, tienen en principio la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 del código civil, si bien la descripción, no de «*numerus clausus*», sino enunciativa, que dicho precepto hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enunciación, de «*ius cogens*», sino de «*ius dispositivus*», lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad) puede atribuirse carácter de privativo (desafectación) a ciertos elementos comunes que, no siendo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etcétera, lo sean solo por destino accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte edificio, etcétera» (vid. también las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1993 y 3 de febrero de 1994).

Modernamente se viene distinguiendo en la doctrina entre las terrazas superiores (terrados o azoteas), y las llamadas terrazas a nivel (resultado de una construcción escalonada), como sucede en el supuesto de hecho del presente expediente, con acceso exclusivo a través del propio elemento privativo al que están vinculados, que son de uso, e incluso de propiedad, privativa. Las primeras, por su parte, pueden ser tanto un elemento común de uso común, como un elemento común de uso privativo o, incluso, un elemento de propiedad privativa, y en este último supuesto, como entidad independiente o como anejo de otra entidad privativa (si bien en el caso de que en el título constitutivo no se prevea otra cosa, debe considerarse como elemento común).

Así lo corrobora igualmente la jurisprudencia, como la contenida en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2015, en la que, con cita de otras anteriores (vid. Sentencias de 8 de abril de 2011 y 18 de junio de 2012) declara que: «Los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal se componen por elementos comunes y privativos. Dentro de los denominados elementos comunes, algunos tienen tal consideración por su propia naturaleza y otros por destino. La diferencia estriba en que los primeros no pueden quedar desafectados, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales que configuran el edificio, mientras que los denominados elementos comunes por destino, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación». Y aplicando dicha diferenciación al caso concreto de las terrazas afirma que las mismas «son unos de los denominados elementos comunes por destino y por tanto pueden ser objeto de desafectación», si bien aclara que «ello no significa que la parte de ellas que configura la cubierta y el forjado del edificio, que son elementos comunes por naturaleza, pueda convertirse en elemento de naturaleza privativa (STS de 8 de abril de 2011)».

Por tanto, el uso exclusivo de la terraza, entendido ésta como concepto físico y jurídico distinto al de cubierta, conforme a la distinción jurisprudencial reseñada, no es uno de esos elementos que por su carácter necesario e imprescindible para el adecuado uso y disfrute de los elementos privativos, no pueda ser adscrito o asignado a uno o varios de estos. Todo ello sin perjuicio de que la cubierta del edificio no pueda perder su naturaleza de elemento común debido a la función que cumple en el ámbito de la propiedad horizontal, y ello pese a que la terraza situada en la última planta del edificio, se configure como privativa (vid. Sentencias de 17 de febrero de 1993, 8 de abril de 2011, 18 de junio de 2012 y 24 de abril de 2013, entre otras).

En el presente caso estamos en presencia de un supuesto de terrazas a nivel a las que, conforme a la doctrina y jurisprudencia reseñadas, puede atribuirse carácter de privativo (desafectación), en caso de que originariamente hubieran tenido carácter de elementos comunes, por no tener dicho carácter por su propia naturaleza. No son elementos comunes esenciales (como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etcétera) sino sólo por destino. Y si puede atribuirse a dichas terrazas tal condición privativa sobrevenidamente por medio de su desafectación, nada impide que tal condición se le atribuya originariamente desde el mismo



momento de la constitución del régimen de propiedad horizontal, por medio de su incorporación directa en la descripción de los elementos privativos en el que se integran.

Este es el caso del presente expediente en que ya «ab initio» las reiteradas terrazas a nivel se configuran como parte integrante de los elementos privativos números tres, cuatro y cinco de la división horizontal (sin que, por tanto, resulte aplicable la doctrina de este Centro Directivo según la cual en el régimen de propiedad horizontal es elemento común todo aquello que no se configura como privativo, pues en este caso sí se configura como privativo: vid. Resoluciones de 5 de octubre de 2000 y 27 de enero de 2006, entre otras), pero con la particularidad de que la superficie que se les asigna a dichas terrazas no puede computar como superficie construida, por su propia configuración física al ser mera «cubiertas de parte del edificio», como dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1993 y 3 de febrero de 1994, por razón de la estructura escalonada del mismo, lo que supone que dicha superficie no tenga que ser incorporada a la descripción del conjunto del edificio, ni resultar por tanto incongruente ni incompatible con su existencia la descripción que del conjunto de dicho edificio se hacen en la previa declaración de la obra nueva. En consecuencia, debe revocarse el primer defecto de la calificación impugnada.

7. El segundo de los defectos impugnados es el relativo a la configuración del derecho de vuelo que se realiza en los estatutos de la propiedad horizontal en los concretos términos de su artículo 7 más arriba transcrito.

El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. Hemos de tener en cuenta que el derecho de vuelo es un derecho de carácter siempre urbano que no lleva consigo el deslinde de la propiedad del suelo y la del edificio, al contrario de lo que ocurre en el derecho de superficie. En el derecho de vuelo, por el contrario, la nueva planta construida se integra en un régimen de propiedad horizontal, de modo que el dueño de dicha planta es copropietario del suelo, al considerarse éste un elemento común. Tiene su regulación en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, que tras la reforma de 4 de septiembre de 1998 dispone que el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. Pero esta normativa fue posteriormente anulada en parte, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001. En la inscripción se harán constar las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento y las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción.

Así pues, es un derecho real en cosa ajena con vocación de ser un derecho perpetuo, que nace limitado para convertirse en una cotitularidad dominical. Su origen es una comunidad inicial que culmina necesariamente en un régimen de propiedad horizontal.

El derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo, de lo contrario nos encontraríamos con una simple facultad del dominio. Por tanto, el derecho de vuelo sólo puede nacer por transmisión a un tercero o por reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él, como ha determinado la reiterada doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones en los «Vistos»). Puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 28 de marzo de 2008, que 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 una primera fase, el titular tiene derecho a construir una o más plantas dentro de las limitaciones urbanísticas. En la segunda fase, el titular adquiere la propiedad de lo construido y no hay duda de que es éste es un derecho perpetuo.

Si el edificio no estaba constituido en régimen de propiedad horizontal se constituirá. Si lo estaba, se fijarán las nuevas cuotas por unanimidad al ser una modificación del título constitutivo, aunque este Centro Directivo permitió la cláusula estatutaria por la que el propietario antes de la enajenación de los diferentes pisos o locales, se reservase el derecho a elevar plantas en un tiempo determinado, expresando que las cuotas serían proporcionales a su extensión y fijadas por el titular del derecho en su día, pudiendo alterar las de las demás.



Todo ello es consecuencia inmediata de que, a diferencia de la construcción que se lleve a cabo sobre fincas de propiedad completamente separada, que accederán al dominio de conformidad con las reglas generales de la accesión de nuestro Código Civil (cfr. artículo 353), en el caso del régimen de propiedad horizontal la especialidad de su regulación excepciona la aplicación del principio de accesión, según se desprende del artículo 396 del mismo Código, que incluye entre los «los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute», el vuelo y las cubiertas, con el alcance que ha quedado examinado «supra».

8. En el presente caso la configuración del derecho de vuelo contenido en el artículo 7 de los estatutos de la comunidad no ha suscitado objeción alguna en la calificación impugnada en relación con los requisitos de carácter objetivo o material, su extensión o alcance (número de plantas, ubicación, plazo de ejercicio, características físicas de la construcción, etc.), ni en cuanto a las facultades de configuración jurídica y modificación del propio título de constitución de la propiedad horizontal de que se dota a sus titulares, ni, en fin, en cuanto a la posibilidad de que una vez materializada la obra las nuevas construcciones puedan integrarse en alguno de los elementos privativos ya existentes o bien constituirse como nuevos elementos independientes, o los criterios objetivos que se establecen para la modificación de las cuotas de copropiedad.

Todo ello ha de estimarse pues conforme a la doctrina antes reseñada de este Centro Directivo en relación con el derecho de vuelo. La objeción suscitada por la registradora en su calificación se centra en el elemento subjetivo del derecho, y en particular en la falta de concreción de su titular o titulares, dada la duda que plantea la redacción del reiterado artículo 7 de los estatutos al aludir genéricamente a los «propietarios» sin concretar si se refiere a los propietarios actuales o futuros, a todos ellos o exclusivamente a los que lo son o sean (actualmente o en el futuro) de los concretos elementos privativos (números tres, cuatro y cinco) de los que forman parte las respectivas terrazas sobre las que se concreta el derecho de vuelo en el citado artículo 7 de los estatutos de la comunidad.

La cuestión se centra en la interpretación que de la cláusula estatutaria concreta y específica hace el recurrente en contraposición de la que resulta de la nota de la registradora.

Es necesario tener en cuenta que las normas estatutarias deben interpretarse a la luz de las normas sobre interpretación recogidas en nuestro Código Civil por lo que hay que estar a los criterios hermenéuticos que las mismas establecen, que comprenden no sólo el literal sino también los destinados a determinar la verdadera voluntad del disponente y el sentido general de las cláusulas.

Ciertamente, la cláusula en cuestión podría haber sido redactada de modo más preciso. Pero la mera interpretación gramatical, lógica y adecuada para que tal norma estatutaria produzca efecto conduce a admitir que deba entenderse que la misma atribuye el derecho de vuelo a los que en cada momento sean los propietarios de los elementos privativos referidos, sin necesidad de especificar que se trata de quienes lo sean en el momento de la constitución del régimen de propiedad horizontal o quienes lo sean en el futuro. En este sentido, es determinante que se atribuye el derecho de vuelo o sobreedificación a los «propietarios» «por su condición dominical» y las construcciones habilitadas por el derecho de vuelo, al estar delimitadas materialmente en cuanto a su extensión por la propia delimitación física de las terrazas en las que se concreta su posible ejercicio, deben adscribirse igualmente al mismo dominio de los elementos privativos en que se integran o a que pertenecen las terrazas.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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, 26 de junio de 2019. El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.