

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR010882

RESOLUCIÓN de 8 de octubre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Torrijos, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución de derecho de superficie.*(BOE de 3 de noviembre de 2021)***SUMARIO:****Registro de la Propiedad. Escritura de constitución de derecho de superficie sobre parte de una finca registral. Delimitación del objeto del derecho. Georreferenciación. Acreditación de la existencia y vigencia de la representación.**

En nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptibles de aprovechamiento independiente de un inmueble, lo cual no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo, pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce –reales o personales– concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen, siempre y cuando quede **suficientemente determinada** (máxime si se trata de un derecho inscribible) la porción de la finca sobre la que recaerá tal derecho de goce. Para la georreferenciación de obras nuevas, lo cual es aplicable igualmente a este supuesto, desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada Resolución. **No puede afirmarse que estemos en presencia de un negocio equiparable al de parcelación urbanística** si se tiene en cuenta que la constitución de un derecho de superficie, aunque implique una división del aprovechamiento de las fincas sobre que se constituye, carece de carácter permanente pues viene determinado por la duración temporal del derecho. Y, sobre todo, no existe actividad de urbanización o edificación ni indicio alguno que permita afirmar que puede generarse un núcleo de población, supuesto que requeriría la exigencia de una licencia de parcelación, conforme a la normativa autonómica aplicable, y que legitimaría la actuación del registrador de exigir su acreditación para la práctica de la inscripción solicitada. No encontrándose la constitución del derecho de superficie entre los supuestos de inscripción obligatoria de la representación gráfica previstos en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, esta previa georreferenciación solamente será exigible cuando existan **dudas de que la porción de finca delimitada con coordenadas sobre la que recae el derecho se ubique efectivamente en la finca registral.**

El notario autorizante del título calificado ha reseñado el documento del que nace la representación directamente invocada por el compareciente, la escritura pública de apoderamiento, mediante indicación del notario autorizante, fecha y número de protocolo, pero ha omitido toda referencia a su eventual inscripción en el Registro Mercantil, a la persona concedente del poder, al título representativo que vincule a este último con la sociedad, y a la inscripción registral de dicho título, así como respecto del carácter general o especial del citado poder, de lo que nada se dice en la reseña. Resulta en definitiva que de la reseña realizada no puede saberse si estamos ante el ejercicio de un poder general no inscrito o ante un poder especial que exigiría la reseña de las circunstancias anteriormente especificadas a fin de verificar debidamente la licitud de la actuación representativa. Tratándose de poderes inscritos en el Registro Mercantil, se presume la exactitud y validez de los asientos del Registro y resulta por ello prescindible la expresión de quién concedió el poder. Pero **tratándose de poderes no inscritos**, no puede invocarse dicha presunción, por lo que **la reseña** del documento en que funda su representación el apoderado **debe comprender también el título representativo del concedente** del poder, de modo que el registrador pueda comprobar que el notario ha ejercido, con la precisión necesaria, su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa.

PRECEPTOS:

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 9, 10, 198, 199 y 202.

Ley 24/2001 (Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), art. 98.

RDLeg. 7/2015 (TRLRUR), arts. 53 y 54.

Decreto de 2 de junio de 1944 (Rgto. Notarial), arts. 164, 165, 166 y 221.

En el recurso interpuesto por doña L. T. M., en nombre y representación de la mercantil «Ictio Solar, S.L.U.», contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Torrijos, don José Antonio Garvía Pastor, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución de derecho de superficie.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 8 de abril de 2021 ante el notario de Madrid, don Ignacio Gil-Antuñano Vizcaíno, número 1.704 de protocolo, don B. E. D. y doña E. G. R., como titulares de la finca registral 1.911 del término de Albarreal de Tajo, constituyen un derecho de superficie sobre parte de dicha finca a favor de la mercantil «Ictio Solar, S.L.U.».

II

Presentado dicho documento en el Registro de la Propiedad de Torrijos, es objeto de calificación negativa, con arreglo a los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

«I. Fundamentos de hecho:

Primero.—Que con fecha 15/04/2021 fue presentada en este Registro la escritura pública relacionada en el encabezamiento, en virtud de comunicación del notario autorizante, recibida por vía telemática, causando el asiento número 208 del diario 203; quedando pendiente de calificación por no haberse acreditado el pago del impuesto correspondiente, presentándose la precedente copia auténtica en soporte papel y acreditándose el pago del Impuesto el 03/05/2021.

II. Fundamentos de Derecho:

Primero.—La Legislación Hipotecaria —Ley de 8 de febrero de 1946 y su Reglamento de 14 de febrero de 1947—, otorga al Registrador de la Propiedad el control de legalidad de los documentos presentados a inscripción, mediante la calificación registral.

Segundo.—Una vez calificado el documento objeto del presente acuerdo, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, se observa el siguiente defecto que impide la inscripción del mismo:

1.º No consta debidamente delimitado el objeto del derecho de superficie constituido, por cuanto:

A) No se identifica debidamente la parte de la finca registral 1911 de Albarreal de Tajo afectada por el indicado derecho, al no presentarse el correspondiente archivo electrónico de coordenadas en formato GML, debidamente firmado digitalmente por el técnico competente y por los interesados para su acceso al Registro de la Propiedad. Y, en todo caso, no consta el nombre y apellidos del técnico que firma los planos protocolizados, ni consta legitimada su firma.

B) Tampoco se presenta el correspondiente archivo electrónico de coordenadas georreferenciadas de la totalidad de la finca, en igual formato GML, y debidamente firmado, que permita ubicar la parte afectada por el derecho de superficie dentro de la misma. La representación gráfica catastral no puede utilizarse al efecto por falta de identidad entre la finca registral y la parcela catastral.

C) No constan claramente identificadas la [sic] "medida complementarias" que debe realizar la superficiaria y que delimitan el derecho de superficie constituido, ni se presenta copia auténtica de la resolución de 10 de junio de 2020 de la Delegación Provincial de Desarrollo Sostenible de Toledo.

Todo ello conforme a lo dispuesto en los artículos 3, 9, 13, 20, 38 y 98 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.

2.º No acreditarse debidamente la existencia y vigencia de la representación alegada por doña L. T. M., para otorgar en nombre de la entidad "Ictio Solar, S.L.U." el acto/contrato objeto del documento calificado, por cuanto no consta la inscripción en el Registro Mercantil correspondiente de la escritura de poder en virtud de la cual la primera actúa en representación, como apoderada, de la última ni, en su caso, se identifican las personas, cargos e inscripción de quienes otorgaron dicho poder —artículos 1259, 1459, 1713 y 1727 del Código Civil, 255, 267 y 268 del Código de Comercio y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20/09/89, 14/07/98 y 01/06/99, 18.1 de la Ley Hipotecaria, 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, 17 bis, apartado 2.a. de la Ley del Notariado y 109 del Reglamento del Registro Mercantil—.

Tercero.–Los indicados defectos se fundamenta [sic] en las normas legales o reglamentarias citadas y, en especial, el primero en el contenido del artículo 9 de la Ley Hipotecaria y en la resolución de 26/10/2015 conjunta de la antigua DGRN y de la DGC, y en la resolución de 23/09/2020 conjunta de la DGSJFP y de la DGC por las que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y el Registro –BOE de 30/10/2015 y de 10/10/2020, respectivamente–.

Artículo 9 Ley Hipotecaria: "(...)".

En desarrollo de dicha norma la citada resolución de 26/10/2016 estableció, en su apartado séptimo: "(...)".

Aunque en el título calificado no se practique una segregación, el principio hipotecario de especialidad exige la perfecta delimitación de la parte de finca afectada por los derechos constituidos y la misma debe ajustarse a los requisitos técnicos que actualmente impone la legislación vigente.

Y el defecto segundo, en especial, en el contenido del artículo 18.1 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual el Registrador calificará, bajo su responsabilidad "...la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas...". Siendo necesario, para calificar la validez del acto/contrato otorgado y la capacidad de los otorgantes, calificar la existencia y alcance de la representación alegada, ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 1.259.2 del Código Civil son nulos los contratos realizados en nombre de otro por quien no tenga su representación legal. Por lo cual, las circunstancias y la suficiencia de la representación deben ser objeto de calificación registral.

Con objeto de hacer posible tal calificación, el artículo 98 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, impone al notario la doble obligación de reseñar el documento auténtico del que resulte la representación alegada y de emitir el juicio de suficiencia de las facultades conferidas al representante.

Art. 98 Ley 24/2001: "(...)".

Además, según la relacionada sentencia del TS 643/2018, con relación a la reseña de los documentos de los que deriva la representación, el notario debe identificar el documento del que nace la representación y dejar constancia de las circunstancias que justifican la validez y vigencia del poder: "(...) El notario autorizante ha de examinar la existencia, validez y vigencia del poder del que resulta la legitimación. Y en la escritura o el título otorgado, el notario debe dejar constancia expresa de que ha cumplido esa obligación, es decir, que ha comprobado la validez y vigencia del poder, además de realizar una 'reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada'. Añadiendo que "(...) el notario autorizante debe, bajo su responsabilidad, calificar de forma rigurosa la validez y vigencia del poder otorgado por una sociedad mercantil y dejar constancia de que ha desarrollado tal actuación, de forma que la reseña del documento auténtico del que resulta la representación exprese las circunstancias que, a juicio del notario, justifican la validez y vigencia del poder en ejercicio del cual interviene el apoderado, ya se trate de un poder general no inscrito, ya de un poder especial."

Y respecto del juicio notarial establece que debe ser congruente con el contenido del título presentado, es decir, "(...) que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas."

Por lo indicado, acuerdo:

Uno.–Suspender la inscripción del documento relacionado, por los defectos que se indican en el segundo de los fundamentos de derecho.

Dos.–Hacer saber a los interesados: 1.º- Que el asiento de presentación que motivó el título calificado queda prorrogado en los términos expresados en los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. 2.º- Que no será objeto de inscripción el contenido de las siguientes estipulaciones: Los apartados 1.4 y 1.5 de la primera; la novena; la decimoprimer; la decimosegunda; la decimotercera y la decimoquinta por su carácter personal sin transcendencia registral alguna -arts. 9 y 98 de la Ley Hipotecaria y 51.6 de su Reglamento-. 3.º- Que transcurrido un mes desde la fecha de notificación de esta calificación sin que conste subsanación alguna o sin que el documento sea retirado, se procederá a su envío por correo contra reembolso al domicilio indicado por el presentante.

Contra el presente acuerdo puede (...)

Torrijos, 25 de mayo de 2021.–El registrador (firma ilegible) Fdo.: José-Antonio Garvía Pastor.-».

III

Doña L. T. M., en nombre y representación de la mercantil «Ictio Solar, S.L.U.», interpuso recurso contra la anterior calificación mediante escrito de fecha 7 de julio de 2021, que tuvo entrada en el citado Registro el día 9 de julio, en el que alega lo siguiente:

«(...) Considerando esta parte, dicho sea en estrictos términos de defensa, que los argumentos esgrimidos en el referido Acuerdo de Calificación recurrido no son aplicables al presente caso, por cuanto su justificación jurídica, en concreto, las resoluciones referenciadas, que utiliza el Sr. Registrador para calificar desfavorablemente

la Escritura Pública presentada a la inscripción y denegar la misma, no son de aplicación, ni siquiera por analogía, al caso que nos ocupa, en atención a la fundamentación jurídica material que se expondrá, esta Dirección General deberá estimar el presente recurso, dictando resolución que ordene practicar la inscripción solicitada.

Fundamentos de Derecho

I. Jurídicos procesales: (...)

II. Jurídico materiales:

Primero.–Que en la Escritura de Constitución Derecho Real de Superficie objeto de inscripción, se adjuntan como anexos I y II, los planos y la tabla de coordenadas, que delimitan de forma adecuada y más que suficiente, la superficie objeto de derecho real de superficie, por cuanto se describe el detalle de la zona de la Finca sobre la que se concede el derecho de superficie con coordenadas UTM las cuales se corresponden con la zona delimitada en los planos GML.

Sin embargo, el Sr. Registrador considera que no queda delimitado el objeto del derecho de superficie, básicamente, por no presentarse un "archivo electrónico de coordenadas en formato GML, debidamente firmado digitalmente por el técnico competente y por los interesados para su acceso al Registro de la Propiedad. (...)", lo que, al entender de esta parte, respetuosamente, es una argumentación totalmente errónea, pues aplica los criterios establecidos para los casos de practicarse una segregación al presente caso en el que únicamente se ha constituido un derecho de superficie susceptible de inscripción registral sobre unas zonas delimitadas de una finca concreta.

Así, la fundamentación jurídica del primer motivo del acuerdo de calificación registral para denegar la inscripción del derecho de superficie otorgado, se basa en la Resolución conjunta de la antigua DGRN y de la DGC de 26/10/2015, y en concreto, en su apartado séptimo, el cual reproduce, en el que se regulan los «Requisitos que ha de cumplir la descripción técnica y la representación gráfica alternativa de las fincas que se aporte al Registro de la Propiedad», que como insistimos no son de aplicación al caso particular en el que simplemente se configura un derecho de superficie susceptible de inscripción, el cual reúne todos los requisitos subjetivos, objetivos y de contenido necesarios para la constitución del derecho de superficie regulados en el Capítulo III, del Título VII, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, que nada tiene que ver, ni si quiera por analogía como considera el Sr. Registrador, con los requisitos establecidos en la referida resolución aplicables a la segregación en la que se deben cumplir una serie de requisitos técnicos concretos, por cuanto su regulación y normativas son completamente distintas, así como el acto jurídico que se realiza.

En este sentido, se pronuncia la reciente Resolución de 28/10/2019, de la DGRN (BOE N.º 311 de 27 de diciembre de 2019), que de manera literal establece en sus fundamentos de derecho:

"3. Finalmente, en cuanto a la necesidad de georreferenciación obligatoria del derecho de superficie debe también estimarse el recurso, pues esto sólo es obligatorio para determinados supuestos, como ocurrirá en el caso de la segregación de la finca (cfr. artículo 9 de la Ley Hipotecaria) que como vemos no es exigible en este momento, o en los casos de declaración de obra nueva finalizada.

Como ya señalara la Resolución de 7 de septiembre de 2017 dado que se trata de una exigencia legal referida a la concordancia del Registro con la realidad física extrarregistral de la finca (cfr. artículo 198 de la Ley Hipotecaria), sólo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada, momento en el que podrán determinarse efectivamente las coordenadas de la porción ocupada por la misma en dicha realidad extrarregistral. Tal y como señala el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, las coordenadas se refieren a la superficie ocupada por la edificación lo que debe entenderse en el sentido de que tiene que estar realmente ocupada, no meramente proyectada su ocupación. De otro modo, si la edificación no llegase a ejecutarse o se modificase a su terminación, el Registro publicaría una información errónea."

El artículo 9 LH sí exige la representación gráfica georreferenciada de la finca cuando se produzca la segregación de la finca, y el artículo 202 LH cuando se produzca la edificación en la finca. Ninguna de estas circunstancias se ha producido en nuestro supuesto particular, sino que, como decimos, simplemente se ha configurado un derecho de superficie susceptible de inscripción registral.

Además, el motivo primero en su apartado B), finaliza diciendo que «La representación gráfica catastral no puede utilizarse al efecto por falta de identidad entre la finca registral y la parcela catastral.», sin embargo, en este caso la finca registral 1911, identifica de manera expresa el polígono y parcela que se corresponde con la finca en cuestión siendo este el polígono 1-parcela 110, tal y como consta en la nota simple adjunta a la Escritura Pública, por lo que la delimitación de la superficie objeto del derecho de superficie está debidamente delimitado y es adecuada y suficiente para proceder a la inscripción de la escritura de constitución del derecho real de superficie.

Por otra parte, y respecto al apartado C) del motivo primero, en estrictos términos de defensa y con los debidos respetos, entendemos que el Sr. Registrador se extralimita de sus funciones al considerar que no constan claramente identificadas las "Medidas Complementarias" que debe realizar la superficiaria ni aportarse copia auténtica de la resolución de la Delegación Provincial de la Consejería de Desarrollo Sostenible de Toledo, por

cuanto se trata de un contrato entre particulares, en el que rige el principio de libertad contractual, no siendo necesario para practicar la inscripción del derecho de superficie hacer constar una a una las medias compensatorias a llevar a cabo para preservar los recursos naturales y defender el medio ambiente que compensen el posible impacto de la construcción y explotación de la Planta Fotovoltaica, siendo suficiente para ello cómo se describe en la propia escritura de constitución de derecho de superficie para llevar a cabo su inscripción.

Segundo.-En cuanto al defecto segundo y último alegado por el Sr. Registrador, referido a que el Notario no identifica de manera adecuada la representación que ostenta la apoderada de la sociedad Ictio Solar, S.L.U., que comparece como parte Superficial, manifestar que en la comparecencia realizada por el Sr. Notario, respecto a la representación otorgada por la compañía a la apoderada literalmente, se hace constar que:

"Actúa en su calidad de apoderado, en virtud de escritura de apoderamiento, vigente según asevera, conferido a su favor en fecha 5 de junio de 2.020, autorizada por el Notario de Madrid Don Segismundo Álvarez Royo-Villanova, con número 1.365 de su protocolo.

Me exhibe copia autorizada de la escritura referida, manifestando estar vigente su representación, que subsiste la entidad que representa, así como que no han variado las circunstancias indicadas respecto al domicilio y objeto social, juzgando yo el Notario suficientes las facultades representativas para la constitución de derecho real de superficie que se formaliza en la presente escritura."

A mayor abundamiento, en los folios finales de la referida Escritura Pública de Constitución de Derecho de Superficie, el Sr. Notario, vuelve a hacer constar:

"Así lo otorgan los comparecientes, quienes, cumplidos los requisitos de lectura de esta escritura de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 193 del Reglamento del Notariado, le prestan su consentimiento y la firman conmigo el Notario, que doy fe de su total contenido y:

A) De haber identificado a los comparecientes por medio de sus documentos identificativos, reseñados en la comparecencia, que me han sido exhibidos.

b) De que los comparecientes, a mi juicio, tienen capacidad y están legitimados para el presente otorgamiento. (...)."

Por tanto, se comprueba la certeza o realidad ante el propio Notario autorizante (a quien se han suministrado) que es el sujeto de la afirmación que indica que dicha circunstancia le es acreditada a él mismo a quien evidentemente se le han exhibido esos documentos de los que están provistos los comparecientes.

Así, en la dación de fe general que cierra el instrumento el propio Notario autorizante afirma, habiendo quedado ya dicho en la comparecencia que se habían acreditado dichos documentos suministrados, e indicando en dicha dación de fe general otra serie de cuestiones también reglamentariamente exigidas y que se enumeran en ese mismo párrafo de cierre del instrumento.

En consecuencia con todo lo anterior, al contrario de lo dispuesto en el acuerdo de calificación, las normas citadas sí son cumplidas en la mencionada Escritura por el Notario autorizante, y por tanto, cumple con la legislación vigente, pues no existe obligación de hacer constar de manera expresa la inscripción del Registro Mercantil de la escritura de poder en virtud de la cual la apoderada actúa con dicha representación, bastando con que el requisito quede acreditado a criterio del Notario en cuanto a la suficiencia de las facultades representativas, lo que de forma suficiente y por triplicado queda expresado en el contenido del citado documento».

IV

El registrador de la Propiedad de Torrijos emitió informe ratificando la calificación todos sus extremos y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 10, 198, 199 y 202 de la Ley Hipotecaria; 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; 53 y 54 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre; 164, 165, 166 y 221 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal Supremo número 645/2011, de 23 de septiembre, 643/2018, de 20 de noviembre, 661/2018, de 22 de noviembre, y 378/2021, de 1 de junio; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de septiembre de 2002, 16 de junio y 5 de octubre de 2012, 9 de mayo de 2014, 29 de marzo de 2017 y 4 de enero y 28 de noviembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de febrero de 2020 y 23 y 29 de junio de 2021.

1. Es objeto de este expediente decidir si es inscribible una escritura de constitución de derecho de superficie sobre parte de una finca registral.

El registrador opone como defectos que no consta debidamente delimitado el objeto del derecho de superficie y que no se acredita la existencia y vigencia de la representación alegada por cuanto no consta la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de poder ni, en su caso, se identifican las personas, cargos e inscripción de quienes otorgaron dicho poder.

2. En cuanto al primer defecto, plantea el registrador en su calificación las siguientes cuestiones:

– Que no se identifica debidamente la parte de la finca registral afectada por el indicado derecho, al no presentarse el correspondiente archivo electrónico de coordenadas en formato GML, debidamente firmado digitalmente por el técnico competente y por los interesados para su acceso al Registro de la Propiedad.

– Que no consta el nombre y apellidos del técnico que firma los planos protocolizados, ni consta legitimada su firma.

– Que no se presenta el correspondiente archivo electrónico de coordenadas georreferenciadas de la totalidad de la finca, en igual formato GML, y debidamente firmado, que permita ubicar la parte afectada por el derecho de superficie dentro de la misma. Afirmo en este punto que la representación gráfica catastral no puede utilizarse al efecto por falta de identidad entre la finca registral y la parcela catastral.

– Que no constan claramente identificadas las «medidas complementarias» o «medidas compensatorias» que debe realizar la superficiaria y que delimitan el derecho de superficie constituido, ni se presenta copia auténtica de la resolución de 10 de junio de 2020 de la Delegación Provincial de Desarrollo Sostenible de Toledo, a la que se remite sobre este particular la escritura presentada.

3. En primer procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo sobre la posibilidad de constituir un derecho de superficie sobre parte de una finca registral, así como la delimitación de la porción sobre la que recae el derecho.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 2019 (que con acierto invoca el recurrente), afirmó que «tiene declarado este Centro Directivo (Resoluciones de 16 de diciembre de 1994, 3 de abril de 2002 y 16 de junio de 2012, entre otras) que en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptibles de aprovechamiento independiente de un inmueble y que lo anterior no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce –reales o personales– concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen (vid. artículos 469, 517, 523 y siguientes, 545, 553, 564 y 1582 del Código Civil y 4 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), siempre y cuando quede suficientemente determinada (máxime si se trata de un derecho inscribible) la porción de la finca sobre la que recaerá tal derecho de goce (vid. artículos 1261 y 1273 y siguientes del Código Civil, 9.1 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario)».

Y añade en su fundamento jurídico tercero que «en cuanto a la necesidad de georreferenciación obligatoria del derecho de superficie debe también estimarse el recurso, pues esto sólo es obligatorio para determinados supuestos, como ocurrirá en el caso de la segregación de la finca (cfr. artículo 9 de la Ley Hipotecaria) que como vemos no es exigible en este momento, o en los casos de declaración de obra nueva finalizada. Como ya señalara la Resolución de 7 de septiembre de 2017 dado que se trata de una exigencia legal referida a la concordancia del Registro con la realidad física extrarregistral de la finca (cfr. artículo 198 de la Ley Hipotecaria), sólo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada, momento en el que podrán determinarse efectivamente las coordenadas de la porción ocupada por la misma en dicha realidad extrarregistral. Tal y como señala el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, las coordenadas se refieren a la superficie ocupada por la edificación lo que debe entenderse en el sentido de que tiene que estar realmente ocupada, no meramente proyectada su ocupación. De otro modo, si la edificación no llegase a ejecutarse o se modificase a su terminación, el Registro publicaría una información errónea».

En el caso que nos ocupa la delimitación de la porción de finca sobre la que se constituye el derecho de superficie se encuentra claramente determinada en el título con la incorporación de plano georreferenciado y un listado de coordenadas de las que resulta la ubicación indubitada de la porción sobre la que se constituye el derecho, con pleno respeto al principio de especialidad registral.

No puede confirmarse la calificación en lo que se refiere a la exigencia técnica de aportación a este efecto de un fichero en formato GML. Tal y como se ha reiterado en numerosas ocasiones para la georreferenciación de obras nuevas, lo cual es aplicable igualmente a este supuesto, desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada Resolución.

Tampoco puede confirmarse la exigencia de que el plano o listado de coordenadas en el que se delimita la porción de finca sobre la que se constituye el derecho de superficie deba estar suscrito por técnico o deba contar

con la firma legitimada notarialmente. Tales exigencias (más bien propias del certificado técnico exigible en una declaración de obra nueva) no cuentan con ningún respaldo legal y no pueden sustentarse en el principio de titulación pública, como hace la calificación.

En nuestro caso, el propietario de la finca, concedente del derecho de superficie, ha delimitado la porción de la finca sobre la que se constituye el derecho mediante un listado de coordenadas y plano georreferenciado, que forma parte del título público presentado a inscripción, cumpliendo, por tanto, con las exigencias del principio de titulación pública.

En cuanto a las observaciones que hace el registrador en su informe acerca de que tal delimitación no se realiza en el cuerpo de la escritura y que no permite su inscripción o publicidad registral, hay que matizar que el documento incorporado forma parte del instrumento público (cfr. artículo 221 Reglamento Notarial), de modo que podrá el registrador trasladar su contenido a la inscripción en la medida de lo posible, en particular, en lo relativo al listado de coordenadas, de modo análogo a lo que sucede en las declaraciones de obra nueva, sin perjuicio de poder proceder a su tratamiento informático en la aplicación homologada para el tratamiento de representaciones gráficas o incluso el archivo de copia del plano en el legajo correspondiente.

A lo que cabe añadir que esta Dirección General ya ha admitido en reiteradas ocasiones la aportación de plano complementario o auxiliar a los efectos de determinar las servidumbres, doctrina perfectamente trasladable al caso que nos ocupa. Así, la Resolución de 19 de septiembre de 2002 (reiterada en otras posteriores) afirmó que «la evidente dificultad que en ocasiones plantea la descripción de ciertas servidumbres, como ocurre con los caminos por los que haya de ejercitarse la de paso, y su más fácil expresión gráfica en un plano, ha de permitir que en la inscripción a practicar se recojan los elementos esenciales del derecho y la misma se complemente en cuanto a los detalles a través de un plano cuya copia se archive en el Registro y al que se remita el asiento, procedimiento que, respetando las exigencias del sistema, pudiera servir a una mejor inteligencia de la publicidad que aquél brinde sobre el contenido y extensión de las servidumbres, pero no puede hacerse descansar la publicidad de los asientos exclusivamente en documentos complementarios ni imponer al Registrador la traducción de su grafía a la hora de redactar aquéllos».

Dado que en el caso que nos ocupa la grafía del plano resulta determinada por el listado de coordenadas que lo acompaña, según se ha expuesto, procede la estimación del recurso en este punto.

4. Por lo que se refiere a la necesidad de aportar la previa georreferenciación de la parcela, en primer lugar cabe recordar la doctrina de las Resoluciones de 16 de junio de 2012 en las que se analizó si la constitución del derecho de superficie sobre parte de fincas rústicas para la instalación de parques eólicos puede equipararse a la existencia de una parcelación, lo que justificaría –tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, y al amparo del artículo 9 de la Ley Hipotecaria– la inscripción preceptiva de la representación gráfica de la finca y de las porciones en las que se constituye el derecho.

Al respecto tiene declarado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 12 de julio de 2010 y 2 de marzo de 2012) que el concepto de parcelación ha trascendido la estricta división material de fincas o terrenos para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos y en general siempre que pudiese surgir una «duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población» (artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio).

Ahora bien, para que un determinado acto o negocio jurídico pueda equipararse a una parcelación de terrenos y provocar la aplicación de los mecanismos de defensa del ordenamiento jurídico para evitar la inscripción en el registro de la propiedad de divisiones que sean contrarias a lo establecido en la legislación reguladora del suelo, no basta la mera sospecha de que pudiera existir una parcelación ilegal ni tampoco la subsunción del acto o negocio jurídico en una categoría que pudiera producir ese resultado. Al respecto, la doctrina de este Centro Directivo (Resolución de 10 de octubre de 2005 entre otras) afirma para el caso de venta de cuotas indivisas de fincas que su existencia no implica, por sí sola, la afirmación de que exista tal parcelación ilegal ya que para ello es necesario bien que, junto con la venta de participación indivisa se atribuya el uso exclusivo de un espacio determinado susceptible de constituir finca independiente (cfr. Resolución de 12 de febrero de 2001), bien que exista algún otro elemento de juicio que, unido a la venta de la participación, pueda llevar a la conclusión de la existencia de la repetida parcelación.

A la luz de esta doctrina no puede afirmarse que estemos en presencia de un negocio equiparable al de parcelación urbanística si se tiene en cuenta que la constitución de un derecho de superficie en los términos expresados, aunque implique una división del aprovechamiento de las fincas sobre que se constituye, carece de carácter permanente pues viene determinado por la duración temporal del derecho. Y, sobre todo, no existe actividad de urbanización o edificación ni indicio alguno que permita afirmar que puede generarse un núcleo de población, supuesto que requeriría la exigencia de una licencia de parcelación, conforme a la normativa autonómica aplicable, y que legitimaría la actuación del registrador de exigir su acreditación para la práctica de la inscripción solicitada.

5. Rechazada la posibilidad de que en la escritura objeto de presentación se contenga un negocio asimilado al de parcelación de terrenos, en cuanto a la exigencia de previa georreferenciación de la parcela procede aquí

reiterar la doctrina consolidada de esta Dirección General para los supuestos de declaración de obra nueva, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, que es aplicable de forma análoga a este caso de constitución de un derecho sobre parte de finca delimitada por un listado de coordenadas.

No encontrándose la constitución del derecho de superficie entre los supuestos de inscripción obligatoria de la representación gráfica previstos en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, esta previa georreferenciación solamente será exigible cuando existan dudas de que la porción de finca delimitada con coordenadas sobre la que recae el derecho se ubique efectivamente en la finca registral.

Según afirma la doctrina de este Centro Directivo para la inscripción de obras nuevas, la razón de dicha exigencia estriba en que el primer presupuesto y requisito conceptual es, obviamente, que la porción delimitada esté efectivamente ubicada en su integridad dentro de la referida finca y no se extralimite de ella.

Para calificar tal extremo, no bastaría con efectuar una simple comparación aritmética para verificar que la medida de la superficie ocupada por la edificación no supere la medida de la superficie de la finca, sino que es precisa una comparación geométrica espacial acerca de dónde está efectivamente ubicada la porción ocupada por la edificación y que la ponga en relación con la delimitación geográfica de la finca.

Pero cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara.

Por ello, como ha afirmado reiteradamente esta Dirección General, (cfr. Resoluciones de 8 de febrero, 19 de abril, 9 de mayo y 5 de julio de 2016), para que el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique.

También ha afirmado esta Dirección General que, aun sin la comparación geométrica de recintos, hipotéticamente podría darse el caso de que, por otros datos descriptivos no georreferenciados el registrador, ya bajo su responsabilidad, alcanzara la certeza de que esa porción de suelo ocupado por las edificaciones se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, a lo que cabría añadir que llegase a esta conclusión por otros datos o documentos técnicos que se aporten en el título.

La circunstancia de ubicarse las coordenadas aportadas en los límites de la parcela o aún más, ocupando la totalidad de la misma, es relevante a la hora de determinar si las mismas pueden extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico, tal y como se puso de manifiesto por esta Dirección General en la Resolución de 28 de septiembre de 2016 y reiterada en otras posteriores como la de 4 de enero de 2019.

La expresión de las coordenadas de la porción de finca ocupada conllevan la ubicación indudable de ésta en el territorio, por lo que en caso de situarse todo o parte de las coordenadas en los límites de la finca quedará determinada siquiera parcialmente la ubicación de la finca, y consecuentemente la de la finca colindante, con riesgo de que la determinación y constancia registral de esta ubicación se realice sin intervención alguna de los titulares de fincas colindantes, tal y como prevén los artículos 9.b) y 199 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, en tales supuestos resultan justificadas las dudas sobre si dicha ubicación excede efectivamente de la finca registral.

Además, en caso de no figurar la inscrita la representación gráfica de la finca y coordinada con el catastro, el principio de legitimación consagrado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria no puede amparar una ubicación georreferenciada de la finca cuya representación gráfica no se ha inscrito.

6. En el caso de este expediente es cierto que existe una falta de correspondencia entre la superficie de la finca registral y la de la parcela a la que se refiere la certificación catastral, lo cual se pone de manifiesto por el registrador en la nota de calificación.

Sin embargo, el registrador no ha explicitado en su calificación las dudas de que la porción georreferenciada de finca pueda extralimitarse de la finca registral, más allá de la falta de concordancia superficial de la finca registral con la parcela catastral.

Debe recordarse que las dudas del registrador sobre una posible extralimitación de la finca deben motivarse de forma clara y suficiente en la nota de calificación, con la finalidad de permitir al interesado conocer con claridad los defectos aducidos y los fundamentos jurídicos y materiales en los que se basa dicha calificación, para permitirle en su caso alegar los fundamentos de Derecho en los que pueda apoyar su tesis impugnatoria de la nota de calificación o incluso completar la escritura con los datos o documentos técnicos o con la representación gráfica que permita al Registrador aclarar y resolver las dudas fácticas planteadas.

Por tanto, no estando justificadas tales dudas, la calificación no puede mantenerse en este punto y el recurso debe estimarse.

7. Señala también el registrador que no constan claramente identificadas las «medidas complementarias» o «medidas compensatorias» que debe realizar la superficiaria ni se presenta copia auténtica de la resolución de 10 de junio de 2020 de la Delegación Provincial de Desarrollo Sostenible de Toledo, a la que se remite sobre este particular la escritura presentada.

Este punto de la calificación tampoco puede mantenerse. De la escritura resultan claramente determinadas las dos porciones de la finca en las que se concede el derecho de superficie, delimitadas por sendos planos con listados de coordenadas UTM, en los anexos I y II de la escritura, referidos, respectivamente, a «la construcción y explotación de una planta de generación de energía fotovoltaica» (anexo I) y a «cumplir una serie de medidas para preservar los recursos naturales y defender el medio ambiente que compensen el posible impacto de su actuación por la instalación de la planta fotovoltaica» (anexo II). En este último aspecto la escritura se refiere a una resolución de 10 de junio de 2020 de la Delegación Provincial de Desarrollo Sostenible de Toledo, la cual no se incorpora ni se acompaña al título.

Esto, no obstante, no puede compartirse la tesis del registrador que afirma que la no aportación de este documento supone una indeterminación del derecho de superficie concedido. En la escritura quedan determinados todos los elementos del mismo legalmente exigibles para la inscripción del derecho real. Al igual que no se exige que se pormenore en qué modo se va a proceder a la instalación de la planta fotovoltaica ni de cada uno de sus múltiples elementos; tampoco es preciso concretar pormenorizadamente las medidas compensatorias de impacto ambiental derivadas de la resolución administrativa para el desarrollo de la actividad correspondiente. Tales medidas, además de quedar determinadas por la referencia a dicha resolución, están necesariamente ligadas a la actividad para la que se concede el derecho de superficie, y, como se señala en la estipulación primera de la escritura, el derecho real de superficie concedido es uno e indivisible.

8. Procede entrar al análisis del segundo defecto señalado en la calificación, relativo a la representación del superficiario, manifestando el registrador que no consta inscrito el apoderamiento en el Registro Mercantil y que no se identifica la persona que ha conferido dicho apoderamiento.

Siguiendo lo dicho en las Resoluciones de esta Dirección General de 23 y 29 de junio de 2021, el apartado primero del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, establece: «En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera». El apartado segundo del mismo artículo 98 dispone: «La reseña por el Notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del Notario. El Registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el Registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación».

Por otro lado, el artículo 166 del Reglamento Notarial, dispone: «En los casos en que así proceda, de conformidad con el artículo 164, el notario reseñará en el cuerpo de la escritura que autorice los datos identificativos del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará obligatoriamente que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del notario. En consecuencia, el notario no deberá insertar ni transcribir, como medio de juicio de suficiencia o en sustitución de éste, facultad alguna del documento auténtico del que nace la representación».

La referida norma legal ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Supremo (Sentencias número 645/2011, de 23 de septiembre, 643/2018, de 20 de noviembre, 661/2018, de 22 de noviembre, y 378/2021, de 1 de junio).

En las referidas Sentencias de 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021 se afirma que cuando, como ocurre en el presente caso, se trata de un poder conferido por una sociedad mercantil que no consta inscrito, el notario autorizante debe, bajo su responsabilidad, comprobar de forma rigurosa la validez y vigencia del poder otorgado por dicha sociedad y dejar constancia de que ha desarrollado tal actuación, de forma que la reseña del documento auténtico del que resulta la representación exprese las circunstancias que, a juicio del notario, justifican la validez y vigencia del poder en ejercicio del cual interviene el apoderado, ya se trate de un poder general no inscrito, ya de un poder especial. Y el registrador debe revisar que el título autorizado permita corroborar que el notario ha ejercido su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado, es decir, que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas.

En el presente caso, el notario autorizante de la escritura calificada se limita a expresar que el interviniente en representación de la sociedad superficiaria «actúa en su calidad de apoderado, en virtud de escritura de apoderamiento, vigente según asevera, conferido a su favor en fecha 5 de junio de 2020, autorizada por el Notario (...), con el número (...) de su protocolo».

Como sucedió en el supuesto de la Resolución de 5 de febrero de 2020, en el presente recurso lo relevante es que, como afirma el registrador, en la reseña del poder el notario ha omitido toda referencia a su eventual inscripción en el Registro Mercantil o al carácter especial del citado poder, así como a la persona que concede el poder. Y esta objeción debe ser confirmada.

En esta última Resolución citada se afirma que entre los elementos que debe calificar el registrador se incluyen, conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación. Según el artículo 165 del Reglamento Notarial, «Cuando alguno de los otorgantes concurra al acto en nombre de una Sociedad (...), se expresará esta circunstancia, designando, además de las relativas a la personalidad del representante, el nombre de dicha entidad y su domicilio, datos de inscripción y número de identificación fiscal en su caso, e indicando los datos del título del cual resulte la expresada representación (...)». Y, como ha afirmado el Tribunal Supremo (vid. Sentencia de 20 de mayo de 2008 –Sala Tercera–) dentro de la expresión, a que se refiere el citado artículo 165 del Reglamento Notarial, «datos del título del cual resulte la expresada representación», debe entenderse que «uno de los cuales y no el menos relevante es su inscripción en el Registro Mercantil cuando sea pertinente, por lo que la constancia de tal circunstancia está implícita en el precepto y no puede justificarse en el mismo su falta de reflejo en el documento».

9. En el supuesto que da lugar al presente recurso, el notario autorizante del título calificado ha reseñado el documento del que nace la representación directamente invocada por el compareciente, la escritura pública de apoderamiento, mediante indicación del notario autorizante, fecha y número de protocolo, pero ha omitido toda referencia a su eventual inscripción en el Registro Mercantil, a la persona concedente del poder, al título representativo que vincule a este último con la sociedad, y a la inscripción registral de dicho título, así como respecto del carácter general o especial del citado poder, de lo que nada se dice en la reseña.

Resulta en definitiva que de la reseña realizada no puede saberse si estamos ante el ejercicio de un poder general no inscrito o ante un poder especial que exigiría la reseña de las circunstancias anteriormente especificadas a fin de verificar debidamente la licitud de la actuación representativa.

Hay que recordar que, tratándose de poderes inscritos en el Registro Mercantil, se presume la exactitud y validez de los asientos del Registro (cfr. artículo 20 del Código de Comercio). Resulta por ello prescindible la expresión de quién concedió el poder.

Pero tratándose de poderes no inscritos, no puede invocarse dicha presunción, por lo que, como se desprende «a fortiori» de lo razonado en los fundamentos anteriores, la reseña del documento en que funda su representación el apoderado debe comprender también el título representativo del concedente del poder, de modo que el registrador pueda comprobar que el notario ha ejercido, con la precisión necesaria, su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa.

Por ello debe concluirse que en la escritura calificada en el presente supuesto la reseña del documento auténtico del que resulta la representación no expresa las circunstancias precisas para que el registrador pueda revisar que el título autorizado permite corroborar que el notario ha ejercido su función de valoración de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado. Procede en consecuencia, la desestimación de este motivo de recurso.

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

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, 8 de octubre de 2021. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.