

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR011888

RESOLUCIÓN de 26 de junio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de San Cristóbal de La Laguna n.º 2-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife a inscribir una escritura de ampliación de obra nueva y modificación de propiedad horizontal.

*(BOE de 14 de julio de 2023)***SUMARIO:****Registro de la Propiedad. Propiedad horizontal. Atribución de derecho de vuelo a un elemento privativo en el título constitutivo.**

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. 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, 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. Así, 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. No puede pertenecer al propietario del suelo, de lo contrario, se trataría de una simple facultad del dominio, y, por tanto, sólo puede nacer por transmisión a un tercero o por su reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él.

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). 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, deberá constituirse. Si lo estaba, se fijarán las nuevas cuotas por unanimidad al ser una modificación del título constitutivo, aunque se ha permitido 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 del Código Civil, en el caso del régimen de propiedad horizontal la especialidad de su regulación excepciona la aplicación del principio de accesión.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 353, 396, 781, 785, 400, 515 y 640.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 1, 8, 9, 20, 32, 38 y 40.

Ley 49/1960 (LPH), arts. 5 y 17.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), arts. 16 y 51.

En el recurso interpuesto por don Alfonso de la Fuente Sancho, notario de San Cristóbal de La Laguna, contra la negativa del registrador de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna número 2-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife, don José María Sieira Gil, a inscribir una escritura de ampliación de obra nueva y modificación de propiedad horizontal.

Hechos

I

El día 5 de septiembre de 2022 se autorizó por el notario de San Cristóbal de La Laguna, don Alfonso de la Fuente Sancho, con el número 2.311 de protocolo, una escritura en virtud de la cual los titulares registrales de las fincas número 27.788, 27.789 y 27.790 del Registro de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna número 2-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife (fincas Tres «A», Tres «B» y Tres «C» de la subdivisión horizontal), formalizaron las siguientes operaciones: a) declaración de ampliación de obra sobre la azotea de la finca número Tres C en ejecución del derecho de vuelo atribuido a la totalidad de la finca número Tres; b) cambio de uso de la misma, pasando de cuarto lavadero a destinarse a vivienda, aportando al efecto los correspondientes informes técnicos; c) modificación de la descripción del elemento Tres C, para adaptarla a la ampliación de obra y cambio de uso declarados, pero manteniendo la cuota de participación que en origen correspondía al elemento Tres C, y, d) modificación de los estatutos de la subdivisión horizontal, añadiendo un artículo tercero, de acuerdo con el cual «el vuelo del edificio es propiedad privativa de la finca número Tres C (3-C) de división horizontal, y, por tanto, no es elemento común, pues forma parte integrante de la misma, cuyo titular podrá realizar en él las edificaciones que tenga por conveniente siempre que no perjudiquen la seguridad del edificio y obtenga las oportunas autorizaciones y licencias, sin que sea necesario el consentimiento de los demás propietarios».

Del historial registral resultaba que las tres fincas se formaron en el año 2006 como independientes por subdivisión horizontal de la finca 17.531, constitutiva ésta del elemento privativo número tres de la división horizontal creada en el año 2002 sobre la finca 12.698. En esta escritura de división horizontal otorgada en el año 2002, e inscrita en el Registro, se pactó lo siguiente:

«Normas de comunidad: Única: El vuelo del edificio no es elemento común, pues forma parte integrante de la finca número tres, cuyo titular podrá realizar en él las edificaciones que tenga por conveniente siempre que no perjudiquen la seguridad del edificio y obtengan las oportunas autorizaciones y licencias, sin que sea necesario el consentimiento de los demás propietarios», y se describió el elemento tres, finca 17.531, como «vivienda en las plantas baja, primera, segunda y cubierta del edificio (...) Forma parte de esta finca la azotea del edificio de cincuenta metros cincuenta y cinco decímetros cuadrados, un cuarto lavadero en ella de diez metros veinticinco decímetros cuadrados y el vuelo del edificio (...)».

Por otra parte, en la escritura de subdivisión horizontal otorgada en el año 2006, también inscrita, se estipuló lo siguiente: «Normas de comunidad: Primera: Elementos comunes especiales: La caja de la escalera es elemento común de las fincas número Tres «A», Tres «B» y Tres «C», por lo que el titular de la finca número Uno y Dos no podrá servirse de dicho elemento común ni, en consecuencia, participará en el reparto de los gastos de toda índole que tengan su origen en ella. Segunda: El régimen de administración será el que regula el artículo 398 del Código Civil».

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna número 2-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificado con fecha de hoy el documento presentado, de acuerdo con los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, suspendo la inscripción del mismo de acuerdo a los siguientes:

Hechos:

Primero.–Con fecha 26 de septiembre de 2022, el Notario don Alfonso de la Fuente Sancho, presentó en esta Oficina, copia electrónica de escritura otorgada por él mismo, el día cinco de septiembre de dos mil veintidós, al número 2311 de su protocolo, que causó el asiento 587 del Diario 104.–

Segundo.–Que en el documento referido, los esposos don C. M. G. y doña Y. A. S. G., don P. J. G. R., y la entidad mercantil Inversiones Pemecle, Sociedad Limitada, como titulares de las fincas Urbana 3A, Urbana 3B y Urbana 3C, registrales 27788, 27789 y 27790 de La Laguna sec2, respectivamente, procedentes de la División horizontal existente sobre la finca matriz 12698 del término municipal de La Laguna, modifican las Normas de la comunidad constituidos en dicha finca matriz, y amplían la obra sobre la registral Urbana 3C finca 27790.

Tercero.–Que en dichas Normas de Comunidad, se establece como estipulación «Única: El vuelo del edificio no es elemento común, pues forma parte integrante de la finca número tres, cuyo titular podrá realizar en él las edificaciones que tenga por conveniente siempre que no perjudiquen la seguridad del edificio y obtengan las oportunas autorizaciones y licencias, sin que sea necesario el consentimiento de los demás propietarios.».

Fundamentos de Derecho:

Se suspende la inscripción del documento solicitado, por que dicha estipulación: “Única: El vuelo del edificio no es elemento común, pues forma parte integrante de la finca número tres, cuyo titular podrá realizar en él las edificaciones que tenga por conveniente siempre que no perjudiquen la seguridad del edificio y obtengan las oportunas autorizaciones y licencias, sin que sea necesario el consentimiento de los demás propietarios.”, implica la constitución de un derecho de vuelo, que no fue constituido conforme al artículo 16 del Reglamento Hipotecario y con arreglo al principio de especialidad necesitamos saber su régimen jurídico para que pueda ejercitarse válidamente y para la determinación de éste deben consentir todos los propietarios de la propiedad horizontal con arreglo al artículo 17 LPH. Siendo por lo tanto necesario, desafectar el vuelo ocupado por la ampliación, la modificación del derecho de vuelo con los requisitos del 16 RH mediante la aprobación en Junta de Propietarios, o directamente la aprobación por la propia Junta de Propietarios de la declaración de la ampliación de obra nueva por unanimidad de los propietarios que representen el 100 por cien de las cuotas de la comunidad o concurriendo todos los propietarios a prestar su consentimiento en la escritura pública presentada. En el caso que nos ocupa únicamente comparecen los titulares de las Urbanas 3A, 3B y 3C, haciéndose necesaria la comparecencia o aprobación en junta de Propietarios, de todos los titulares de las fincas que constituyen la propiedad horizontal con arreglo al 17 LPH.

Esta falta se califica de subsanable no tomándose anotación por defecto subsanable al no haber sido solicitado por el presentante.

La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1 de la Ley Hipotecaria.

Contra la precedente nota se podrá (...)

La Laguna, a la fecha de la firma. El registrador Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por José María Sieira Gil registrador/a de Registro Propiedad de San Cristóbal de La Laguna 2 a día seis de febrero del dos mil veintitres».

III

El día 17 de febrero de 2023, don Alfonso de la Fuente Sancho, notario de San Cristóbal de La Laguna, solicitó calificación conforme al cuadro de sustituciones, correspondiéndole al registrador de la Propiedad de Adeje, don Perfecto Andrés Blanes, quien el día 2 de marzo de 2023 confirmó la calificación del registrador de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna número 2-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife, en los siguientes términos:

«Hechos

1. (...)

5. Que el notario autorizante en su escrito solicitando la calificación sustitutoria hace constar lo siguiente:

Consta inscrita en el Registro de la Propiedad una norma de comunidad de la que resulta que el vuelo no es elemento común pues forma parte integrante de la finca número tres de división horizontal, cuyo titular puede hacer las edificaciones que estime por conveniente... En uso de ese derecho el titular de dicha finca ha declarado la ampliación de tal edificación y modificado la propiedad horizontal, previo el consentimiento de otros titulares que traen causa de esa finca y el cumplimiento de otros requisitos urbanísticos, que no han sido cuestionados en la nota de calificación.

La discrepancia, por tanto, con la nota de calificación, es que el registrador sustituido considera que el derecho de vuelo es elemento común y el notario autorizante considera que el vuelo es un elemento privativo pues la dicción de la norma de comunidad transcrita es clara tal y como publica el Registro. Por tanto, con independencia de la cuestión teórica de si el derecho de vuelo se constituyó o no debidamente, el registro publica claramente que el vuelo no es elemento común, por lo que es de aplicación el principio de legitimación de su titular, establecido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y el principio de salvaguardia de los asientos registrales que gozan de presunción de validez mientras no se impugnen en los tribunales establecido por el artículo 1 de la Ley hipotecaria. Con independencia de lo anterior la calificación es ambigua porque no se especifica las razones concretas por las cuales el derecho de vuelo no fue constituido conforme a lo dispuesto en el artículo 16 RH ni la redacción del citado artículo en la fecha de inscripción de dicha norma de comunidad sobre el vuelo, pues el mencionado artículo ha tenido varias redacciones en su historia y dos de sus párrafos han sido anulados por sentencias del Tribunal Supremo por Infringir el principio de Reserva de Ley, circunstancias todas ellas que ya fueron tenidas en cuenta por el Registrador que practicó la inscripción calificando favorablemente dicha norma.

6. La presente calificación debe realizarse única y exclusivamente sobre los defectos advertidos por el Registrador sustituido. Así lo ha puesto de relieve en reiteradas ocasiones la Dirección General de Registros y del Notariado indicando que no es un recurso impropio contra la calificación del registrador sustituido, sino un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Por ello, de igual modo que el registrador sustituido no puede añadir nuevos defectos a los apreciados por el registrador sustituido,

tampoco la eventual calificación negativa de aquél puede ser recurrida. Véase por todas la Resolución de 17 de enero de 2.022.

A la vista de cuanto se ha dicho el Notario autorizante interpreta que el Registrador suspende la inscripción haciendo caso omiso del derecho de vuelo inscrito que se halla protegido por los artículos 1 apartado 3.º y 8 de la ley hipotecaria. De ello derivaría la imposibilidad de inscribir la obra nueva, cambio de uso, modificación de la propiedad horizontal y la constitución del nuevo derecho de vuelo como anejo a la finca 3 C.

Sin embargo, si se analiza con detenimiento la nota de calificación se entiende que el registrador no está poniendo pegas, reparos u objeciones a esa parte de la escritura, sino más bien a la nueva constitución de otro derecho de vuelo tal como se desprende del exponen cuarto y otorgan primero que sería propiedad privativa del elemento 3 C.

7. Centrada así la cuestión, el Registrador considera que la división horizontal es única, comprendiendo también las fincas 17.529 y 17.530, doña M. P. M. H., (los garajes en planta baja), en tanto que el notario considera que no es necesario tal consentimiento, por lo que tal operación ha sido aprobada y ratificada por todos los interesados en la segunda subdivisión.

Del mismo modo el Registrador niega la inscripción del derecho de vuelo por vulnerar el artículo 16 del Reglamento hipotecario ya que no se establece su régimen jurídico, que deberá ser fijado por todos los propietarios de la división horizontal.

Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el principio de especialidad y la teoría del “*numerus apertus*” imponen que no todo derecho pueda acceder a los libros del Registro, sin más, sino que es necesario que reúnan los requisitos que el ordenamiento jurídico establece para los derechos reales. Así el artículo 16 de Reglamento hipotecario, en su actual redacción dispone que.

2. [sic]. “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.º, del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.

d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción.”

Es evidente que en este caso ni se expresan las cuotas que corresponderían a las futuras plantas ni se indica el plazo de duración del derecho de vuelo ni el número de plantas tal como imponen los artículos 396 del Código civil y los artículos 8 de la ley hipotecaria y 16 de su reglamento. A mayor abundamiento puede verse la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.ª de 27 de mayo de 2.009, por la que la reserva en los estatutos de un derecho de vuelo indeterminado da lugar a que no se cumplan los requisitos que impone su especial naturaleza para que produzca efectos jurídico-reales.

Del mismo modo sobre la necesidad de fijar un plazo puede verse las resoluciones de la Dirección General de Registros de fecha 15 de septiembre de 2.009, 6 de noviembre de 1.996 y 13 de noviembre de 2.002 o 12 de marzo de 2.020.

Por último, debe confirmarse la necesidad de unanimidad de todos los propietarios para la modificación del título constitutivo conforme al artículo 17 de la Ley de Propiedad horizontal.

En virtud de lo expuesto,

Primero. Confirmando la calificación llevada a cabo por el Registrador de San Cristóbal de La Laguna número 2, don José María Sieira Gil y desestimo la petición del Notario autorizante.

Segundo. Suspender la inscripción pretendida en el documento ahora calificado sustitutoriamente, por las causas y términos que resultan de los apartados anteriores de esta nota de calificación (...).»

La nota de calificación sustitutoria se notificó a dicho notario el día 9 de marzo de 2023.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Alfonso de la Fuente Sancho, notario de San Cristóbal de La Laguna, interpuso recurso el día 29 de marzo de 2023 mediante escrito en el que expresaba los siguientes fundamentos de Derecho de orden sustantivo:

«La calificación del registrador sustituido es contraria al principio de legitimación del titular registral, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y al principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales, que gozan de presunción de validez mientras no se impugnen en los tribunales, según dispone el artículo 1 de la misma Ley.

La Norma de Comunidad de la propiedad horizontal inscrita, objeto de esta escritura literalmente dice así: “Única; el vuelo del edificio no es elemento común, pues forma parte integrante de la finca número tres cuyo titular podrá realizar en él las edificaciones que tenga por conveniente siempre que no perjudiquen la seguridad del edificio y obtengan las autorizaciones y licencias, sin que sea necesario el consentimiento de los demás propietarios”. Es decir, consta meridianamente claro en la inscripción practicada de la norma de comunidad que el vuelo no es elemento común, sino que es un derecho privativo del elemento número tres de propiedad horizontal (finca registral 17531).

Como complemento de los hechos expuestos, hay que precisar que, con posterioridad a la división horizontal, el elemento privativo número tres de división horizontal fue subdividido horizontalmente por su propietario formándose tres nuevos elementos, números tres-A (una vivienda en planta primera, finca registral 27788), tres-B (una vivienda en planta segunda, finca registral 27789) y tres-C (cuarto de lavar y planta de cubierta, finca registral 2790).

Finalmente, el propietario de dicho elemento número tres vendió los elementos tres-A y tres-B y tres-C, sin que las Normas de Comunidad de esta subcomunidad hubieran recogido formalmente ninguna regla sobre la propiedad del citado derecho de vuelo.

Por ello, para aclarar la propiedad del derecho de vuelo entre las fincas objeto de subdivisión horizontal, fue necesario que los propietarios de los elementos tres-A, tres-B y tres-C, comparecieran en la citada escritura y reconocieran que el derecho de vuelo privativo del elemento número tres inicial a que se refieren la única Norma de la Comunidad general, es un derecho privativo anexo al elemento número tres-C.

Por otra parte, y en contra de lo afirmado por el registrador sustituto en su calificación, hay que precisar que en la presente escritura no se constituyó un nuevo derecho de vuelo, como entiende el registrador sustituto, cualquiera que sea la interpretación o punto de vista que se adopte, sea literal, lógico o sistemático, bastando para ello una mera lectura de la escritura, pues en ningún lado se configura un nuevo derecho de vuelo y siempre se hace referencia al derecho de vuelo existente.

Por tanto, sostener como sostiene el registrador en la calificación recurrida que el derecho de vuelo, en ejercicio del cual se declara la ampliación de obra nueva, no es un derecho privativo, y continúa siendo un elemento común que hay que desafectar supone privar al titular del elemento privativo de la propiedad horizontal de ese derecho de vuelo y de lo construido en ejecución del mismo, en contra de lo que el mismo Registro publica, y de lo dispuesto en los citados artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria.

Finalmente, hay que precisar que el objeto del recurso es únicamente el defecto observado y puesto de manifiesto en la calificación, y no cualquier otro posible, en particular el debate sobre si la inscripción practicada en su momento en relación al derecho de vuelo fue acertada o no, pues dicha Norma de Comunidad fue calificada favorablemente por el registrador que practicó la inscripción y por ello, desde el momento en que se practicó la inscripción, el derecho de vuelo que publica el asiento registral y atribuye privativamente a su titular legitimándole para su ejercicio, está bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que debe ser respetado por todos, empezando por el propio registrador actual, por mucho que discrepe de la inscripción practicada en su momento».

V

Mediante escrito, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 353, 396, 781, 785, 400, 515 y 640 del Código Civil; 5 y 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; 1, 8, 9, 20, 32, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria; 16 y 51 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 31 de enero de 2001 y de, Sala Primera, 27 de mayo de 2009; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 1993, 9 de abril de 1994, 8 y 29 de abril de 1999, 26 de noviembre de 2000, 15 de junio de 2001, 9 de enero de 2004, 13 de abril de 2005, 28 de marzo de 2008, 15 de septiembre de 2009, 13 de enero de 2010, 25 de agosto de 2011, 26 de noviembre y 19 de diciembre de 2012, 6 de mayo de 2014, 11 de febrero y 29 de noviembre de 2015, 7 de junio de 2016, 3 y 10 de abril y 19 de julio de 2017, 17 de enero, 19 de abril, 9 de mayo y 19 de octubre de 2018 y 26 de junio y 22 de noviembre de 2019; y la Resolución de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 12 de marzo de 2020.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente los siguientes:

a) En el año 2002 se constituyó sobre la finca 12.698 el régimen de propiedad horizontal, dando lugar, entre otros, al elemento privativo número tres, finca 17.531. De acuerdo con el título constitutivo, inscrito en el Registro de la Propiedad, se pactó lo siguiente: «Normas de comunidad: Única: El vuelo del edificio no es elemento común, pues forma parte integrante de la finca número tres, cuyo titular podrá realizar en él las edificaciones que tenga por conveniente siempre que no perjudiquen la seguridad del edificio y obtengan las oportunas autorizaciones y

licencias, sin que sea necesario el consentimiento de los demás propietarios». Asimismo, en la descripción atribuida a dicho elemento, finca 17.531, se hizo constar que «forma parte de esta finca la azotea del edificio de cincuenta metros cincuenta y cinco decímetros cuadrados, un cuarto lavadero en ella de diez metros veinticinco decímetros cuadrados y el vuelo del edificio (...)».

b) En el año 2006, el elemento número tres fue objeto de subdivisión horizontal, dando lugar a tres nuevos elementos, tres A, tres B y tres C, estipulándose lo siguiente: «Normas de comunidad: Primera: Elementos comunes especiales: La caja de la escalera es elemento común de las fincas número Tres “A”, Tres “B” y Tres “C”, por lo que el titular de la finca número Uno y Dos no podrá servirse de dicho elemento común ni, en consecuencia, participará en el reparto de los gastos de toda índole que tengan su origen en ella. Segunda: El régimen de administración será el que regula el artículo 398 del Código Civil». Dicha escritura de subdivisión horizontal y los estatutos fueron también inscritos.

c) Ahora, los titulares de los tres elementos integrantes de la subdivisión horizontal, esto es, tres A, tres B y tres C, otorgan escritura pública formalizando, sobre el elemento tres C, operaciones de ampliación de obra nueva, cambio de uso y de descripción de dicho elemento, modificando asimismo los estatutos de tal subdivisión horizontal, mediante la adición de un nuevo artículo tercero, conforme al cual «el vuelo del edificio es propiedad privativa de la finca número Tres C (3-C) de división horizontal, y, por tanto, no es elemento común, pues forma parte integrante de la misma, cuyo titular podrá realizar en él las edificaciones que tenga por conveniente siempre que no perjudiquen la seguridad del edificio y obtenga las oportunas autorizaciones y licencias, sin que sea necesario el consentimiento de los demás propietarios».

El registrador suspende la inscripción pretendida porque, a su entender, el derecho de vuelo atribuido el elemento tres en el título constitutivo e inscrito no cumple los requisitos que exige el artículo 16 del Reglamento Hipotecario para su válida constitución, por lo que es necesaria la previa desafectación del elemento común y la perfecta constitución y determinación de su ejercicio con el acuerdo unánime de la comunidad de propietarios conforme al artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal.

El notario autorizante, por el contrario, defiende que el derecho de vuelo ya fue constituido e inscrito en su día, de modo que, al haber sido atribuido únicamente al elemento número tres, sólo se requiere el consentimiento de los titulares de éste para la validez de cualquier acuerdo relativo a tal derecho de vuelo.

2. 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.

Debe tenerse 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, 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 (y la anulación de los apartados b) y c) por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001), dispone: «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. En la inscripción se hará constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento. d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».

Así, 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.

3. El derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo. De lo contrario, se trataría de una simple facultad del dominio. Por tanto, el derecho de vuelo sólo puede nacer por transmisión a un tercero o por su reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones en los «Vistos»).

Como puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 28 de marzo de 2008, es indudable que el ejercicio del derecho de vuelo constituido comporta necesariamente una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, que podrá llevar a término por sí solo el titular de tal derecho si se le atribuye al constituirse éste, sin que sea necesario el concurso del resto de los propietarios del inmueble, tanto para ejercitarlo como para reflejar, documentalmente, las modificaciones que el ejercicio de tal derecho necesariamente ha de comportar en el título constitutivo, siempre que se realice dentro de los límites legalmente establecidos (entre ellos los relativos a la necesaria fijación de las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento -artículo 16.2, letra a), del Reglamento Hipotecario-).

En 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, deberá constituirse. Si lo estaba, se fijarán las nuevas cuotas por unanimidad al ser una modificación del título constitutivo, aunque este Centro Directivo ha permitido 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 del 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 anteriormente.

4. En el presente caso consta inscrito que «el vuelo del edificio no es elemento común, pues forma parte integrante de la finca número tres, cuyo titular podrá realizar en él las edificaciones que tenga por conveniente siempre que no perjudiquen la seguridad del edificio y obtengan las oportunas autorizaciones y licencias, sin que sea necesario el consentimiento de los demás propietarios»; y figura asimismo el derecho vuelo en la descripción del referido elemento tres, registral 17.531 (ulteriormente objeto de subdivisión horizontal), como parte integrante del mismo.

El ya mencionado artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario establece los requisitos para la constitución del derecho de vuelo, exigiendo que se hagan constar en la inscripción las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento, las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción y, además, conforme al principio de determinación, es necesario establecer un plazo máximo de ejercicio del derecho de vuelo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»), pues, si bien el plazo no es una exigencia del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, resulta sustancial tanto para una perfecta delimitación del derecho real que se constituye (cfr. artículo 9 de la Ley Hipotecaria) como por la necesidad de observar y respetar las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes, entre ellas, la exclusión, cuando no haya causa que lo justifique, de gravámenes perpetuos e irredimibles (artículos 400, 515, 640, 781 y 785, del Código Civil). En consecuencia, en virtud del principio de especialidad, para la constitución del derecho de vuelo, ha de determinarse el número de plantas por construir, plazo de ejercicio, las cuotas que hayan de corresponder a los nuevos elementos, y demás requisitos exigidos como se ha mencionado.

Resulta indudable, por tanto, que el derecho de vuelo atribuido a la finca 17.531, tal y como fue configurado e inscrito, no cumple con los requisitos impuestos para su acceso registral tanto por el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, vigente al tiempo de su constitución, como por el principio de especialidad registral, en los términos delimitados por la doctrina de este Centro Directivo. Ello no obstante, y sin que proceda ahora entrar a valorar la labor calificadora que en su día motivó la inscripción del derecho de vuelo en tales términos, una vez inscrito, resulta de aplicación el párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». Por ello, cualquier modificación que afecte al derecho atribuido al elemento tres requerirá, en todo caso, el consentimiento del titular o titulares registrales del mismo -cfr. artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria-).

5. Por las consideraciones expuestas, en el presente caso, y en contra de lo sostenido por el registrador en su calificación, no puede exigirse la previa desafectación del derecho de vuelo en tanto elemento común por naturaleza conforme al artículo 396 del Código Civil.

Ciertamente, el régimen de un edificio en propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un derecho de propiedad de naturaleza especial y compleja que atribuye a cada uno de los elementos privativos una cuota sobre los elementos comunes o en copropiedad, de manera que solo pueden ser gravados, embargados o enajenados junto con la parte privativa de la cual son anejos inseparables (artículo 396 del Código Civil). Para que un elemento común, como es el vuelo del edificio, pueda ser desafectado, como ocurre con cualquier alteración del régimen de los elementos comunes del edificio, al ser una materia que compete a la comunidad de propietarios, se exige unanimidad en tanto que modifica el título constitutivo de la propiedad horizontal (artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal).

Esta doctrina no resulta, sin embargo, aplicable al presente supuesto por cuanto el derecho de vuelo fue configurado «ab initio» como un derecho atribuido exclusivamente a un elemento privativo, el elemento número Tres de la división horizontal primitiva, quedando así reflejado en el título constitutivo de la propiedad horizontal, en la descripción del referido elemento privativo así como en las inscripciones registrales practicadas, plenamente oponibles a terceros (cfr. artículos 1, 32 y 40 de la Ley Hipotecaria y 5 de la Ley sobre propiedad horizontal). De este modo, su inclusión en el título constitutivo o en los estatutos hace innecesario adoptar acuerdo alguno de la

comunidad de propietarios que facilite su ejercicio posterior por parte del titular del derecho puesto que no se modifica el título, desde el momento en que la facultad de llevarla a término -por sí solo- está claramente atribuida en el mismo.

6. Por el contrario, la regla de salvaguarda judicial de los asientos registrales no podrá aplicarse a los elementos conformadores del derecho de vuelo constituido que, aun debiendo determinarse, no quedaron delimitados en su día, y que, en consecuencia, no figuran ni en la descripción de la finca correspondiente ni en los estatutos de la comunidad de propietarios, los cuales, al amparo de lo previsto por el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, forman un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad.

Como declaró la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la Sentencia número 389/2009, de 27 de mayo, «lo esencial de este derecho radica en los requisitos que impone su especial naturaleza para que produzca el efecto jurídico real pues una cosa es que la voluntad del Promotor o propietario único sirva para organizar el régimen jurídico propio de un inmueble sujeto al régimen de la Propiedad Horizontal, y otra distinta la creación de un derecho real de características propias, como es el que resulta de la reserva, que trasciende a quienes, con la compra posterior, van a ser sus nuevos propietarios. 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 artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario 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. Y es evidente que 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 que extremo se extiende en lo que hace al número de construcciones y al tiempo de su ejercicio, lo que no solo 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».

Por ello, en la medida en que los elementos esenciales configuradores del derecho real de vuelo, tales como el plazo para su ejercicio, o los criterios de fijación de las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes de la propiedad horizontal, no resultaron previamente determinados en el título constitutivo ni por tanto, inscritos, será necesario que el ejercicio de tal derecho cuente con la conformidad de los propietarios que integran la comunidad (y no sólo de los titulares de los tres elementos en que se subdividió el elemento tres, finca 17.531), quienes deberán autorizar la obra nueva ejecutada y declarada sobre la azotea, así como la nueva descripción atribuida al elemento tres C, incluida la cuota, que no varía respecto de la que, con anterioridad a la ejecución de la ampliación de obra, correspondía al elemento tres C, en la forma prevista por el artículo 17.6 de la Ley sobre propiedad horizontal.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar 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 2023. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.