

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**7354** *Resolución de 12 de marzo de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Alcalá de Guadaíra n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don A. S. P., en su propio nombre y derecho, y don M. E. N., en nombre y representación de la entidad «Guadaíra Hogar, S.L.», contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra número 2, doña Lucía Capitán Carmona, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado de compraventa.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada el día 18 de octubre de 2019 por el notario de Los Palacios, don Francisco Federico Rosales de Salamanca Rodríguez, se elevó a público un documento privado de compraventa, de fecha 1 de marzo de 2010, cuyo objeto era la superficie y el derecho de resto de vuelo edificable procedente de la finca registral número 32.546, perteneciente a una calle en Alcalá de Guadaíra. Intervienen como parte vendedora, la entidad «Guadaíra Hogar, S.L.», debidamente representada, y como parte compradora don A. S. P.

En el Registro, el edificio de la calle referida, conforme constaba en la nota registral aportada al expediente, estaba compuesta de las siguientes fincas: la registral 32.548, con una cuota de participación del 35%, a favor de don J. R. H. y su esposa doña M. T. L. M.; la registral 54.355, con una cuota de participación del 42,41%, a favor de la entidad «Coral Homes, S.L.U.»; la registral 54.357, con una cuota de participación de 9,82%, a favor de doña A. E. M.; y la registral 55.964, con una cuota de participación de 12,77%, a favor de doña R. G. S.

##### II

Presentada el día 24 de octubre de 2019 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Antecedentes de Hecho:

Primero.—Que el referido documento ha tenido entrada en este Registro de la Propiedad, el día veinticuatro de Octubre del año dos mil diecinueve, causando el asiento 1561 del Diario 203.

Segundo.—Que calificado dicho documento, en los términos a que se refieren los artículos 18 y 19-bis de la Ley Hipotecaria, se aprecia la existencia de defectos que impiden la inscripción solicitada, toda vez que:

1.º- En la escritura que se califica se pretende la transmisión de un derecho de vuelo sobre una finca procedente de la registral 32.546. Con vista del Registro el derecho de vuelo objeto de transmisión sería sobre la registral 54.355, la cual aparece descrita en este Registro de la siguiente forma: “Urbana. Número uno. Almacén diáfano, en planta baja del Edificio, en construcción, sito en la Calle (...) en este Ciudad. Ocupa una

superficie de doscientos cuarenta y seis con diecisiete metros cuadrados. Linda: por la derecha de su entrada, con solar de doña C. R. C.; por la izquierda, con corralón de don A. O P.; y por la espalda, con subsuelo de la calle (...) Cuota: cuarenta y dos enteros y una centésimas por ciento”. La descrita finca estuvo inscrita a favor de la entidad “Guadaíra Hogar, SL”, sobre la que se ejerció parte de un derecho de vuelo a favor de doña R. G. S.; posteriormente la citada finca 54.355 fue hipotecada, habiéndose iniciado procedimiento de ejecución sobre dicha finca constando en este Registro la correspondiente nota de certificación del artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo la finca objeto de adjudicación hipotecaria a favor la entidad “Buildingcenter, SA”, inscrita en este Registro el día tres de agosto de dos mil dieciséis, y posteriormente aportada a la entidad “Coral Homes, SLU”, actual titular registral de la finca. Expuesto lo anterior, la finca objeto del documento calificado, actualmente no aparece inscrita a favor de la entidad “Guadaíra Hogar, SL”, parte transmitente en la escritura calificada.

2.º- Es necesario cumplir los requisitos legales para la constitución del derecho de vuelo objeto de transmisión.

#### Fundamentos jurídicos:

Primero.—Con arreglo al párrafo primero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro, y además, en cuanto a los expedidos por los organismos administrativos, se extenderá, en todo caso, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro, -artículo 99 del Reglamento Hipotecario-, y respecto a los expedidos por la autoridad judicial, se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro -artículo 100 del Reglamento Hipotecario-.

Segundo.—Respecto al apartado 1.º del antecedente de hecho segundo, la finca objeto del documento, actualmente, no aparece inscrita a favor de la entidad “Guadaíra Hogar, SL”. Artículo 20 de la Ley Hipotecaria, párrafos 1.º y 2.º: “Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos”, “En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada”. Defecto insubsanable.

Tercero.—Respecto al apartado 2.º del antecedente de hecho segundo, para la constitución de un derecho de vuelo es necesario cumplir los requisitos establecidos en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario: 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 reserva 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 3o 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. Además, conforme al principio de determinación, es necesario establecer un plazo máximo de ejercicio del derecho de vuelo -RDGRN de 29 de abril de 1999 y 26 de noviembre de 2000-. Defecto subsanable.

Parte dispositiva:

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación:

Lucía Capitán Carmona, Registradora titular del Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra número dos, acuerda:

Primero.–Calificar el documento presentado en los términos que resultan de los Fundamentos Jurídicos antes citados.

Segundo.–Suspender el despacho del mismo hasta la subsanación, en su caso, de los defectos observados, desestimando entre tanto la solicitud de la práctica de asientos registrales.

Tercero.–Notificar esta calificación negativa en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y al Notario autorizante, autoridad judicial o funcionario que lo haya expedido, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta nota de calificación negativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, lleva consigo la prórroga automática del asiento de presentación, por un plazo de sesenta días, contados desde la fecha de la última notificación que se practique; así mismo conlleva la prórroga del plazo de vigencia de los asientos de presentación relativos a documentos contradictorios o conexos, anteriores o posteriores conforme a lo dispuesto artículo 111 y 432 del Reglamento Hipotecaria.

Contra el presente acuerdo de calificación (...)

Alcalá de Guadaíra, a quince de noviembre del año dos mil diecinueve.–La Registradora (firma ilegible).»

### III

Contra la anterior nota de calificación, don A. S. P., en su propio nombre y derecho, y don M. E. N., en nombre y representación de la entidad «Guadaíra Hogar, S.L.», interpusieron recurso el día 27 de diciembre de 2019 en el que, en síntesis, alegaban lo siguiente:

«Que la nota de calificación “manifiesta por error que el derecho de vuelo que se pretende inscribir es sobre la finca 54.355, cuando en realidad el vuelo recae sobre la 54.357. Igualmente, no se ha tenido en cuenta la cronología de hechos que sobre el edificio se han venido realizando, como se detallará a continuación para la mejor comprensión del asunto que nos ocupa y que justifican a nuestro entender la legitimidad de la inscripción”.

I- El día 15 de mayo del 2007, Guadaíra Hogar, S.L compra a D. J. R. G. y Dña. C. H. S., mediante escritura pública otorgada por el notario D. Rafael Morales Lozano, un inmueble, con una superficie construida de 290 m<sup>2</sup>, edificio de una planta baja con fachada a Calle (...), con la posibilidad real, material y legal de ampliarlo por sobreelevación, en régimen de propiedad horizontal, con una cuota de un 65%. La finca se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 2 de Alcalá de Guadaíra con n.º 32.546.

La cuota restante del 35% de esta comunidad, pertenece a una vivienda unifamiliar propiedad D. J. R. G. y Dña. C. H. S., de una planta con una superficie construida de 102 m<sup>2</sup>, con fachada a Calle (...), estando la citada finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra, con el n.º 32.548.

La entidad Guadaíra Hogar, S.L. como entidad mercantil con objeto social de promotora y constructora, adquiere la finca urbana con la finalidad de llevar a cabo la

promoción de un edificio, dentro del régimen de propiedad horizontal, para ello, en la escritura de compraventa las partes acuerdan lo siguiente:

“La Entidad ‘Guadaíra Hogar, S.L.’ al adquirir la finca descrita en esta escritura pretende realizar sobre ella obras de nueva planta, así como obras de reforma de la construcción existente y dividir la misma en diferentes fincas; por ello autorizan a la Entidad ‘Guadaíra Hogar, S.L.’ o en su caso al titular registral de la misma a que realice sobre ellas cualquier tipo de obra de construcción y reforma, siempre que cuente con las licencias urbanísticas oportunas, así como a realizar las divisiones que crea conveniente entre las fincas que resulten, distribuyendo su cuota entre estas de la forma que más le convenga y rectificar la división en propiedad horizontal existente; estas modificaciones de la cuotas de participación, así como las obras a realizar no podrán modificar ni afectar a la finca de Don J. R. H., teniendo que ubicar los accesos y elementos comunes de las nuevas edificaciones, desde la fachada de calle (...), quedando la actual vivienda exenta de pago de los gastos relativos a los pagos de las cuotas de comunidad para abono de los gastos de luz, agua, limpieza, etc. ocasionados por los nuevos servicios comunes que citada vivienda no usa. Las nuevas entidades tendrán una cuota específica para estos gastos, que en ninguna forma afectará a la vivienda del señor R. G.”

Conforme a lo dispuesto en el artículo 16,2 del reglamento Hipotecario, dos son los modos más frecuentes de constitución del derecho de vuelo: la reserva del vuelo por parte de la Empresa Promotora, como propietaria única, al constituir el edificio en régimen de propiedad horizontal, y la transmisión del derecho a un tercero.

La reserva del derecho de vuelo o sobreedificación por parte de la Empresa Promotora -a su favor o a favor de un tercero- operada en la escritura de división horizontal, parte de su cualidad de único propietario del inmueble adquirido, o por unanimidad de los copropietarios en caso de existir pluralidad, gozando de plena validez y eficacia tal como resulta del texto del R.H. y de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 1970 -cuya doctrina ha sido reiterada por otras posteriores-.

Atendiendo a lo anterior y en virtud del pacto instrumentado por unanimidad en la escritura de compraventa, Guadaíra Hogar, S.L. además de ser propietaria del inmueble, lo es igualmente del derecho de vuelo del mismo, por ser inherente al derecho de propiedad de la finca, art. 350 del C.C., por el título que le confiere la escritura de compraventa.

II.-El día 14 de febrero de 2008, Guadaíra Hogar, S.L. divide materialmente mediante escritura pública otorgada por el notario D. Miguel Velasco Pérez, la finca registral 32.546 adquirida anteriormente, en dos fincas con aprovechamientos independientes, ambas con fachada a C/ (...) y con accesos independientes. Dichas fincas resultantes, son la registral n.º 54.355 correspondiente a un almacén diáfano con una superficie de 246,17 m2 y una cuota de 55,18%. Y la n.º 54.357 correspondiente a la construcción de una vivienda de 43,83 m2 con una cuota de 9,82%.

Esta actuación se llevó a cabo según lo dispuesto en el Art. 8 de la Ley 49/1960, de 21 de Julio, sobre propiedad horizontal, en relación con el Art. 396 del C.C., que textualmente dispone: los pisos o locales y sus anejos podrán ser objeto de división material. En relación y en aplicación de este precepto tenemos la S.T.S de 3-9-88 que establece cuales son las limitaciones a la facultad de dividir: a) Que los locales resultantes sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública; b) Que no se altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exterior o perjudique los derechos de otro propietario; y c) Cualquier alteración en las cosas comunes altera el título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para sus modificaciones. En el presente caso todas estas limitaciones han sido respetadas sin que se haya producido vulneración alguna de la citada Ley ni sus normas concordantes.

III.-El día 16 de febrero de 2009, Guadaíra Hogar, S.L. vende y trasmite a Dña. R. G. S., mediante escritura pública otorgada por el notario D. Fernando Muñoz Centelles, el

derecho de vuelo sobre la finca registral n.º 54.355, esto es, el derecho de sobreelevación sobre el almacén diáfano con fachada a Calle (...) Derecho de sobreelevación que Dña. R. G. materializa mediante la construcción de una vivienda de 96,92 m2 sobre la superficie del almacén diáfano existente, y actualmente inscrita en el registro de la propiedad con el número 55.964 y cuya descripción en su escritura pública es la siguiente: "Vivienda Unifamiliar de dos plantas, construida sobre almacén diáfano en planta baja del edificio sito en la calle (...) en esta ciudad. Ocupa el almacén una superficie de doscientos cuarenta y seis con diecisiete metros cuadrados. La superficie sobre la que se está construyendo mide cincuenta y cinco con cero cinco metros cuadrados en el vuelo y dos con cero dos metros cuadrado en planta baja". "Linderos: por su frente con (...); por la derecha con vuelo de la vivienda en planta baja sita en el edificio". Cuota: 12,77%.

Como resultado de lo anterior la cuota de participación que ostentaba la finca 54.355 en su origen del 55,18%, se divide en dos, una cuota de 12,77% para la vivienda (finca 55964) y otra de 42,41% para el almacén (finca 54355).

Cabe destacar como hecho importante, que la escritura de venta del derecho de vuelo a Dña. R. G., ratifica que el edificio del que proceden las fincas 54.355 y 54.357 está configurado mediante la división en dos elementos susceptibles de aprovechamientos independientes fruto de su división material, por ello Guadaíra Hogar propietaria del inmueble en ese momento, vende a Dña. R. G. S. el derecho de sobreelevación de uno de estos elementos, de forma independiente y sin alterar la configuración del resto de las unidades de la división horizontal preexistente, esto es, la vivienda en planta baja, con su 9,82%, que permanece inalterada.

Queda claro que el criterio seguido en el edificio a la hora de conformar sus distintos elementos dentro del régimen de División Horizontal, ha sido el de considerar su naturaleza jurídica, la propia de la División Material por la que nacen la vivienda unifamiliar y el almacén en planta baja, ya que el aprovechamiento urbanístico es de cada uno por separado.

IV.–El día 1 de marzo del 2010, Guadaíra Hogar, S.L. vende y transmite en Contrato Privado a D. A. S. P. el resto del vuelo existente en el edificio, con una superficie de 55 m2, cuya ubicación superficial en el edificio es sobre la vivienda sita en planta baja de la C/ (...) inscrita en el Registro con n.º 54.357.

Cabe señalar, que dicho contrato privado, se perfeccionó por el consentimiento de las partes, en el momento de su firma, según el artículo 1.258 del C.C. Al mismo tiempo, indicar que con la formalización del contrato, su titular tomó posesión de la finca adquirida (superficie de 55 m2) con la entrega de la llave que le fue facilitada por la promotora Guadaíra Hogar, S.L., acto de toma de posesión que se realiza según lo dispuesto en el Art. 438 del C.C. y 446 y concordantes, habiendo realizado en ella, distintas actuaciones como limpieza y decoro, así como atender a los requerimientos de la propietaria de la finca sobre la que se ubica, con objeto de realizar reparaciones puntuales motivadas por problemas de humedades en la vivienda, originados por el hecho de que la superficie descrita no está culminada como una cubierta, sino que se trata de una superficie en bruto dispuesta para edificar.

V.–Según se desprende del artículo 396 del Código Civil, en el régimen de propiedad horizontal los elementos comunes se definen por exclusión frente a los privativos, de tal forma que serán comunes todos aquellos elementos que no estén comprendidos dentro de los límites de la propiedad de cada piso o local y que no sirvan exclusivamente a un propietario individual, ni aquellos que, aunque se hallen fuera del espacio privativo, hayan sido adjudicados expresamente en el título a un propietario.

En tal sentido, el hecho de que el vuelo se incluya entre los que el citado artículo 396 C.C. califica como elementos necesarios para el adecuado uso y disfrute de los pisos o locales privativos de cada uno de los copropietarios, no supone que en todo caso constituya elemento común, pues la enumeración que se hace en ese artículo no es exhaustiva, y tiene carácter meramente enunciativo, y no excluyente o de "numerus

clausus”, tal y como reconocen las STS de 28 de abril de 1997 o de 17 de diciembre de 1997 entre otras muchas.

La Resolución de la DGRN de 19 de junio de 2018, afirma que hay una sutil, pero ampliamente compartida, distinción entre el concepto de terraza y el concepto cubierta del edificio. La cubierta como elemento necesario de parcelación cúbica o delimitación del vuelo o espacio edificado es siempre elemento común por naturaleza. Sin embargo, las terrazas como zona pisable (o “visitable” como se dice en alguna ocasión), no son elemento común por naturaleza.

Modernamente se viene distinguiendo en la doctrina y jurisprudencia actualmente aceptadas, entre las terrazas superiores (terrados o azoteas), y las llamadas terrazas a nivel (resultado de una construcción escalonada), como sucede en el supuesto de hecho del presente expediente, con acceso exclusivo, de propiedad privativa, y configurado como entidad independiente. Así lo corrobora, el contenido de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2015, en la que, con cita de otras anteriores (vid. Sentencias de 8 de abril de 2011 y 18 de junio de 2012) declara que: “Los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal se componen por elementos comunes y privativos. Dentro de los denominados elementos comunes, algunos tienen tal consideración por su propia naturaleza y otros por destino. La diferencia estriba en que los primeros no pueden quedar desafectados, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales que configuran el edificio, mientras que los denominados elementos comunes por destino, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación”. Y aplicando dicha diferenciación al caso concreto de las terrazas afirma que las mismas “son unos de los denominados elementos comunes por destino y por tanto pueden ser objeto de desafectación”.

Por tanto, la terraza, entendida ésta como concepto físico y jurídico distinto al de cubierta, conforme a la distinción jurisprudencial reseñada, no es uno de esos elementos que por su carácter necesario e imprescindible para el adecuado uso y disfrute de los elementos privativos, no pueda ser adscrito o asignado a uno o varios de estos o tener entidad independiente con carácter privativo.

En el caso que nos ocupa la superficie que Guadaíra Hogar, S.L. vende y transmite a D. A. S. P., para que este último pueda edificar sobre ella, corresponde a una superficie pisable y visitable de acceso privado mediante puerta situada en el pasillo de la planta primera, al mismo nivel que la vivienda de Dña. R. G. S., fruto de un proceso de construcción escalonado. Esta configuración claramente nos sitúa ante un supuesto de terrazas a nivel a las que, conforme a la doctrina y jurisprudencia reseñadas, puede atribuirse carácter de privativo (desafectación), en caso de que originariamente hubieran tenido carácter de elementos comunes, por no tener dicho carácter por su propia naturaleza. No es un elemento común esencial (como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etcétera) sino sólo por destino. Y si puede atribuirse a dicha terraza tal condición privativa sobrevenida por medio de su desafectación, nada impide que tal condición se le atribuya originariamente desde el mismo momento de la constitución del régimen de propiedad horizontal, por medio de su configuración como elemento transitorio que no tiene otro objeto que el de servir de base para culminar la edificabilidad objeto de la promoción.

VI.—Que, el día 31 de agosto de 2012, Guadaíra Hogar SL vende en escritura pública la vivienda unifamiliar sita en la planta baja con fachada a C/ (...), construida por División Material, a A. E. M. la finca registral n.º 54.357 con una cuota del 9,82%. A la compradora se le hace saber que el vuelo de su vivienda ya ha sido vendido en contrato privado de fecha 1 de marzo del 2010 a D. A. S. P., en contrato privado que posteriormente ha sido elevado a público mediante escritura formalizada por el Notario D. Francisco Rosales de Salamanca con n.º de protocolo 1066/19.

VII.—Que, con fecha 16 de noviembre del 2018, ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 2 de Alcalá de Guadaíra, la finca n.º 54.355, mediante escritura pública otorgada en Madrid a favor de Coral Homes S.L.U, por título de aportación.»

«A modo de conclusión, una vez constatado todos y cada uno de los elementos que constituyen el edificio, según lo expuesto con sus titulares correspondientes, la promotora Guadaíra Hogar, S.L. queda comprometida, según la legalidad vigente, a gestionar los trámites necesarios para que el edificio quede finalizado y con ello todos sus elementos pierdan su carácter de “en construcción”, según consta en el Registro de la Propiedad, quedando expedita, la vía para formalizar el título constitutivo de la Comunidad de Propietarios y con ello comienza la vida ordinaria de un inmueble en régimen de propiedad horizontal.»

#### IV

Mediante escrito, de fecha 24 de enero de 2020, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Notificada la interposición del recurso al notario autorizante del título calificado, no se ha producido alegación alguna.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; 1, 3, 17, 18, 20, 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006 y 28 de junio y 21 de octubre de 2013, y 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, 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, 2 de julio y 18 de septiembre 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 2 de enero y 22 de noviembre de 2019.

1. Se debate en este expediente si es posible la inscripción de una escritura de fecha 18 de octubre de 2019, de elevación a público de un documento privado de compraventa de fecha 1 de marzo de 2010, cuyo objeto es la superficie y el derecho de resto de vuelo edificable procedente de la finca registral 32.546. Interviene como parte vendedora, la entidad recurrente; en el Registro, tanto la finca sobre la que se vende el vuelo, como las demás que integran el edificio, son titularidad de personas o entidades distintas de la que en la escritura que se presenta aparece como vendedora y transmitente del derecho de vuelo.

La registradora señala como defectos los siguientes: en primer lugar, que la finca sobre la que se constituye el derecho de vuelo que se pretende transmitir, consta inscrita a favor de persona distinta que la que transmite en la escritura calificada, y en segundo lugar, que es necesario cumplir los requisitos legales para la constitución del derecho de vuelo objeto de transmisión.

Los recurrentes, en su escrito de interposición, relatan pormenorizadamente el iter que a lo largo del tiempo ha experimentado la propiedad de las fincas que integran el edificio del expediente. Previamente exponen que en la calificación se manifiesta por error que el derecho de vuelo que se pretende inscribir es sobre la finca 54.355, cuando en realidad el vuelo recae sobre la 54.357. Alegan que en la primera transmisión del año 2007, se autorizó a la recurrente o en su caso al titular registral de la finca, a que realizara sobre ellas cualquier tipo de obra de construcción y reforma, siempre que contase con las licencias urbanísticas oportunas, así como a realizar las divisiones que creyese conveniente entre las fincas que resultaran, distribuyendo su cuota entre estas de la forma que más le conviniera y rectificar la división en propiedad horizontal existente; que el criterio seguido en el edificio a la hora de conformar sus distintos elementos dentro del régimen de división horizontal, ha sido el de considerar su naturaleza jurídica, la propia de la división material por la que nacen la vivienda unifamiliar y el almacén en planta baja, ya que el aprovechamiento urbanístico es de

cada uno por separado; que, en definitiva, se trata de un edificio en construcción, y la recurrente precisa gestionar los trámites necesarios para que el edificio quede finalizado y con ello todos sus elementos pierdan su carácter de «en construcción», según consta en el Registro de la Propiedad, quedando expedita, la vía para formalizar el título constitutivo de la Comunidad de Propietarios y con ello comienza la vida ordinaria de un inmueble en régimen de propiedad horizontal.

2. En primer lugar, alegan los recurrentes que la calificación manifiesta por error que el derecho de vuelo que se pretende inscribir es sobre la finca 54.355, cuando en realidad el vuelo recae sobre la 54.357. Por lo tanto, ha de concretarse cuál es la finca registral sobre la que se constituye el derecho de vuelo en la escritura de elevación público del documento privado. Se indica en la nota de calificación que, según los datos de las inscripciones que constan en el Registro, al conservar la registral 54.355 -que anteriormente fue propiedad de la entidad recurrente- un vuelo suficiente sin construir, se ha considerado que era la finca a la que se refiere el documento calificado. Los recurrentes alegan que se trata de un error, porque la finca sobre la que pretenden constituir el derecho de vuelo es la registral 54.357. Pero en este último caso, resulta que consta inscrita también a favor de persona distinta de los recurrentes. Por lo tanto, en cualquiera de los dos casos, como, según el Registro, también ocurre con cualquiera de las registrales pertenecientes al edificio en cuestión, las fincas constan inscritas a favor de personas distintas de la entidad constituyente del derecho de vuelo.

Como ha afirmado con reiteración la Dirección General de Registros y del Notariado (vid., por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando las fincas transmitidas, inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. artículos 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

Sólo con las mencionadas cautelas puede garantizarse el adecuado desenvolvimiento del principio constitucional de la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de la interdicción de la indefensión, con base en el artículo 24 de la Constitución, una de cuyas manifestaciones tiene lugar en el ámbito hipotecario a través de los reseñados principios de salvaguardia judicial de los asientos registrales, tracto sucesivo y legitimación.

Esta doctrina ha sido refrendada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala Primera de 21 de marzo de 2006 y 28 de junio y 21 de octubre de 2013) al afirmar que «el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial “los obstáculos que surjan del Registro”, y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial» (cfr. Resolución de 17 de septiembre de 2014)-

En consecuencia, estando inscrito el dominio a nombre de persona distinta del transmitente, no cabe acceder a la inscripción mientras no se presenten los títulos oportunos que acrediten las distintas transmisiones efectuadas, o se acuda a alguno de los medios que permite la Ley Hipotecaria para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (cfr. artículo 208).

3. Determinado esto, además, se señala en la calificación, que es necesario cumplir los requisitos legales para la constitución del derecho de vuelo objeto de transmisión. Efectivamente, para desafectar y disponer del derecho de vuelo, es necesario acreditar el consentimiento de la comunidad de propietarios actuales, adoptado por unanimidad.

Los recurrentes alegan que, en la primera transmisión del año 2007, se autorizó a la recurrente o en su caso al titular registral de la finca, a que realizara sobre ellas cualquier tipo de obra de construcción y reforma, siempre que contase con las licencias urbanísticas oportunas, así como a realizar las divisiones que creyese conveniente entre las fincas que resultaran, distribuyendo su cuota entre estas de la forma que más le conviniera y rectificar la división en propiedad horizontal existente, pero ocurre que, conforme el historial registral de la finca, este derecho de vuelo no causó inscripción en el Registro.

El artículo 32 de la Ley Hipotecaria determina que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre los bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero. Por lo tanto, al no haber tenido acceso al Registro de la Propiedad no puede perjudicar a los que con posterioridad adquirieron el dominio o derechos de los distintos elementos privativos de la propiedad horizontal.

4. 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).

Por otra parte, el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario establece los requisitos para la constitución del derecho de vuelo: 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 reserva 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 tercero del artículo 8 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes. En la inscripción se harán constar: las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento, 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. «Vistos»). En consecuencia, en virtud del principio de especialidad, para la constitución del derecho de vuelo, ha de determinarse el número de plantas, plazo de ejercicio, cuotas de nuevos elementos, y demás requisitos exigidos como se ha mencionado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación.

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, 12 de marzo de 2020.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.