

**III. OTRAS DISPOSICIONES****MINISTERIO DE JUSTICIA**

**9073** *Resolución de 16 de abril de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por «Best Hotels, S.L.», contra la negativa del registrador de la propiedad de Mojácar, a la inscripción de un derecho de superficie.*

En el recurso interpuesto por la mercantil «Best Hotels, S.L.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Mojácar, don Eduardo Entrala Bueno, a la inscripción de un derecho de superficie.

**Hechos****I**

Se presenta en el Registro certificación de un acuerdo del Ayuntamiento por el que se concede a la recurrente un derecho de superficie «sobre la parcela 26 del plan parcial a favor de «Best Hotels, S.L.» por plazo de 35 años».

**II**

El Registrador suspende la inscripción del documento, extendiendo la siguiente nota de calificación: «Calificación negativa del documento presentado el 01/07/2009, en el Registro de la Propiedad de Mojácar, bajo el asiento 1626 del Diario 158.—Visto por Don Eduardo Entrala Bueno, Registrador de la Propiedad de Mojácar, Provincia de Almería, el procedimiento Registral identificado con la presentación del documento referenciado.—En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes: A).—hechos: Uno.—Presentada en este Registro, Certificación expedida por la Secretaria Accidental del Ayuntamiento de Mojácar, con fecha 24 de marzo de 1999, con el v.º b.º del Alcalde-Presidente, sobre los acuerdos adoptados en la Sesión de carácter Extraordinario y Urgente celebrada por el ayuntamiento pleno el día 24 de febrero de 2009. Dos.—De dicho documento, el presentante solicita la inscripción del pacto sexto que literalmente dice lo siguiente: “6.—Derecho de Superficie. Por medio del presente Convenio se establece un derecho de superficie sobre la parcela 26 del Plan Parcial Marina de la Torre a favor de Best Hotels S.L. por un plazo de 35 años. En contraprestación podrá disponer el Excmo. Ayuntamiento de un día a la semana, los Sábados, para sí o para los colectivos que señale, en horario al público a establecer por el superficiario. Igualmente podrá utilizarlos con un preaviso de 10 días, para que se realicen en el eventos deportivos organizados por la Corporación. Será de cargo del superficiario en porción a la cuota asignada (1,233%) el pago de los gastos que genere su contribución a la Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de Marina de la Torre.” Observándose el/los siguiente/s defecto/s subsanable/s: 1.—Falta determinar la descripción de la finca sobre la que se pretende constituir el derecho de superficie objeto, es decir, su tipo, superficie y linderos, así como sus datos registrales. (Artículo 51 del Reglamento Hipotecario.) 2.—Falta el C.I.F. de la mercantil beneficiaria del derecho de superficie. (Artículo 9 de la Ley Hipotecaria y Artículo 51 del Reglamento Hipotecario.) 3.—Falta acreditar haberse cumplido los requisitos establecidos en el artículo 77 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. 4.—Falta, para que el derecho de superficie quede válidamente constituido, su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad, en la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie que no podrá exceder de noventa y nueve años. La escritura pública

es uno de los elementos de su constitución, pero se refiere a la formalización del contrato, no a la eficacia del derecho real que requiere para su válida constitución no sólo la formalización en escritura, sino la inscripción. La inscripción constitutiva del derecho real de superficie se explica porque el derecho de superficie carece de visibilidad exterior si no es a través de la inscripción con plena publicidad, no sólo en el periodo de tiempo que concede la facultad de edificar sobre suelo ajeno, sino en cuanto se refiere a la titularidad sobre las edificaciones realizadas, ya que en el derecho de superficie hay una titularidad distinta del suelo y de la edificación, lo que exterioriza y publica a través de la inscripción registral según establece el artículo 40.2.º del RDL 272008 de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del suelo. Forma de subsanar: -Mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura, con comparecencia del Ayuntamiento de Mojácar y la mercantil Best Hotels, S.L., con los pactos que correspondan en virtud a los acuerdos acreditados del pleno del Ayuntamiento. B) fundamentos de derecho: I.-Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución. II.-En relación al/los defecto/s anteriormente señalado/s, debe/n tenerse en consideración lo/s siguiente/s: Artículo 9 de la Ley Hipotecaria y Artículo 51 del Reglamento Hipotecario Artículo 77 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía Artículo 40.2.2.º del RDL 2/2008 de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del suelo. III.-De conformidad con la regla contenida en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, el registrador debe proceder a la notificación de la calificación negativa del documento presentado, quedando desde entonces automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente, por un plazo que vence a los sesenta días contados desde la práctica de la última de las notificaciones que deban ser realizadas. Prórroga durante la cual, por aplicación del principio hipotecario de prioridad contenido en los artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, no pueden ser despachados los títulos posteriores relativos a la misma finca, cuyos asientos de presentación, por tanto han de entenderse igualmente prorrogados hasta el término de la vigencia, automáticamente prorrogada, del asiento anterior. C).-acuerdo de calificación negativa: El Registrador de la Propiedad de Mojácar, ha resuelto suspender la inscripción del documento objeto de la presente calificación, por el/los defecto/s subsanable/s indicado/s.-Quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Pudiendo no obstante, el interesado o el funcionario autorizante del Título, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de sesenta días anteriormente referido, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria.-Contra la presente (...) Mojácar, a nueve de julio del año dos mil nueve. El Registrador. Fdo.: Eduardo Entrala Bueno.»

## III

El antedicho recurrente impugna la calificación, en cuanto al defecto señalado en el apartado 4, referente a la necesidad de escritura pública para la inscripción del derecho de superficie en el Registro de la Propiedad, alegando que esta Dirección General, en su Resolución de 29 de enero de 2009 ha permitido la inscripción del derecho de superficie habiéndose presentado como título un documento administrativo, por lo que, siendo el documento presentado una certificación del acuerdo suscrita por el Secretario, con el visto bueno del Alcalde, no se requiere la formalización de escritura pública.

## IV

El Registrador se mantuvo en su criterio remitiendo el expediente a este Centro Directivo con el oportuno informe con fecha 20 de agosto de 2009.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3 de la Ley Hipotecaria, 39.4 y 40.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Suelo, así como la Resolución de esta Dirección General de 29 de enero de 2009.

1. Se presenta en el Registro certificación administrativa expedida por la secretaria accidental de un Ayuntamiento en la que se concede a la entidad recurrente un derecho de superficie «sobre la parcela 26 del plan parcial» por plazo de 35 años. A cambio de la concesión del derecho, se conceden al Ayuntamiento determinados derechos de utilización de la parcela sobre la que recae el derecho. El Registrador, además de otros defectos no recurridos, entiende que el título para la inscripción debe ser la correspondiente escritura pública. Contra esta exigencia se dirige el recurrente, entendiéndose que el documento administrativo presentado es suficiente para la inscripción.

2. El derecho de superficie es un derecho real inscribible, y, en principio, por imperativo del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, el título para la inscripción es la escritura pública. No obstante, en el presente supuesto, al tener su origen el derecho de superficie en la concesión de tal derecho por un organismo administrativo (un Ayuntamiento), podría plantearse en un principio la cuestión de si sería suficiente para la inscripción la correspondiente documentación administrativa, constituida, en el presente supuesto, por el certificado del acuerdo de la entidad concedente.

3. No existe duda alguna sobre la necesidad de escritura pública. El artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo establece que para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. La doctrina más autorizada entiende que este precepto, al no hacer distinción, se refiere tanto al derecho de superficie pactado entre particulares, como a aquél que se inscribe en el marco de una actuación urbanística. Por otro lado, al margen de que no es admisible que se inscriba un derecho sin que conste el consentimiento del titular que lo adquiere y que, a cambio, asume una serie de obligaciones, resulta indiscutible que el documento pertinente para esta formalidad es la escritura pública.

4. Alega el recurrente que la Resolución de este Centro Directivo de 29 de enero de 2009, permitió la inscripción del derecho de superficie mediante la única aportación del acuerdo municipal correspondiente, pero olvida las siguientes características que diferencian el supuesto de esta Resolución del que ahora se examina:

a) No se trata de un contrato, como en el supuesto actual, sino de un acto unilateral de la Administración –consecuencia del principio de autotutela de la misma–, como es la resolución de tal contrato, aplicándose al supuesto el artículo 59 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

b) En el supuesto de la Resolución de 2009 se trata de un acto puramente administrativo, pues consiste en la resolución de un contrato por incumplimiento del particular del pliego de condiciones.

c) A diferencia del supuesto ahora examinada, del acto de la Administración no surgen obligaciones de naturaleza civil.

d) Así como la resolución de un contrato puede ser un acto unilateral, el consentimiento que hace surgir un contrato es siempre un acto bilateral.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

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, 16 de abril de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.