

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

20222 *Resolución de 26 de julio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Ontinyent, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa de fincas registrales consistentes en derechos de vuelo.*

En el recurso interpuesto por don J. M. G., en nombre y representación y como administrador único de la sociedad «Onti Ma&Sil, SL», contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Ontinyent, doña Cristina Carbonell Llorens, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa de fincas registrales consistentes en derechos de vuelo.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 20 de marzo de 2023 por el notario de Ontinyent, don Roberto Tortosa Albert, se formalizaba la compraventa de dos fincas registrales inscritas como derechos de vuelo, una en planta de sótano y la otra en una vivienda, ambas integrantes en un edificio. Consta como título de ambas el de división horizontal en escritura otorgada ante el mismo notario el día 2 de octubre de 2002, y posteriormente adquiridas por el vendedor en escritura otorgada el día 28 de octubre de 2002 ante el notario de Ontinyent, don Enrique Vallés Amores.

Ambas fincas (además de otra) constaban inscritas en el Registro con fecha 27 de diciembre de 2002 con los números 15.593 y 15.597 y en los términos siguientes:

Finca 15.593: «Urbana: Once A. Derecho de vuelo. Planta sótano, integrado en el edificio en Ontinyent (...) Consistente en el derecho de elevar sobre el referido vuelo, situado en la parte posterior del edificio (...) una planta sótano que será continuación del sótano ya existente, número uno de la propiedad horizontal, y que utilizará la misma puerta, meseta y rampa de acceso al dicho departamento sótano ya existente, en virtud de servidumbre constituida. Mide el vuelo, noventa y cuatro metros veintitrés decímetros cuadrados Y linda (...) Su titular estará facultado para formalizar por sí solo la correspondiente escritura de declaración de obra nueva y modificación, en su caso, de la propiedad horizontal, sin necesidad de consentimiento de la comunidad de propietarios. Cuota, tres enteros noventa y dos centésimas por ciento».

Finca 15.597: «Urbana: Once C. Derecho de vuelo. Viviendas, integrado en el edificio en Ontinyent (...) parte posterior recayente a la calle en proyecto. Consistente en el derecho de elevar, en la parte posterior del edificio situado en (...), en la parte recayente a la calle en Proyecto, sobre el forjado del vuelo de la planta baja, dos casas vivienda unifamiliares (...), que ocupará cada una de ellas la mitad de la superficie de vuelo y que tendrán su acceso a través de la calle en Proyecto, situada en la parte posterior. Mide el vuelo, noventa y cuatro metros veintitrés decímetros cuadrados, y linda (...) Su titular estará facultado para formalizar por sí solo la correspondiente escritura de declaración de obra nueva y modificación, en su caso, de la propiedad horizontal, sin necesidad de consentimiento de la comunidad de propietarios (...) Cuota, doce enteros cincuenta y cinco centésimas por ciento».

II

Presentada el día 20 de marzo de 2023 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Ontinyent, fue objeto la siguiente nota de calificación:

«Ontinyent, 25 de abril de 2023.

En relación con la escritura autorizada por don Roberto Tortosa Albert, Notario de Ontinyent, el 20 de marzo de 2023, con el número 529 de su protocolo, presentada por la Notaría, en este registro, causando el asiento 1534 del Diario 98, se pone en su conocimiento que,

– Resultando que en la referida escritura se formaliza la compraventa sobre dos fincas, inscritas como sendos derechos de vuelo, registrales 15596 y 15597, ambas de Ontinyent, dándose la siguiente circunstancia: no consta expresado en el registro, ni tampoco ahora en la escritura, el plazo de ejercicio de este derecho; la fijación de un plazo para ejercitar el derecho de vuelo es requisito imprescindible para su adecuada constitución, y si bien tal dato debió de exigirse para publicar por vez primera el derecho, al no constar inscrito, y transmitirse ahora este derecho de vuelo, debe determinarse ahora el plazo de ejercicio, con acuerdo de la Junta de propietarios del edificio, ya que la ejecución de este derecho, que tuvo acceso al Registro de la Propiedad sin reunir todos los requisitos exigibles, no puede perjudicar a los que con posterioridad a su constitución adquirieron el dominio o derechos sobre los distintos elementos privativos de la propiedad horizontal, que de otro modo quedarían indefinidamente sujetos a su ejercicio.

– Considerando lo dispuesto en 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, entre otras, la registradora que suscribe esta notificación, estima necesario que se aporte escritura o diligencia complementaria en la que, con consentimiento de los otorgantes, y del representante de la Comunidad de Propietarios, se contenga la expresión del plazo de ejercicio del derecho, previo acuerdo unánime de la Junta de propietarios, acreditado mediante la oportuna certificación del Secretario de la Junta, por lo que, en virtud de lo expuesto,

Acuerda suspender la práctica de la inscripción solicitada.

Asimismo se le notifica que el asiento de presentación a que dio lugar la escritura reseñada antes, queda prorrogado automáticamente, a contar desde la fecha de emisión de esta notificación y por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la misma, por lo que se amplía consecuentemente el plazo para subsanar el defecto alegado en la misma. Dentro de este plazo, puede usted solicitar la práctica de anotación preventiva por defecto subsanable.

Contra esta nota de calificación (...)

La registradora, Cristina Carbonell Llorens.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. M. G., en nombre y representación y como administrador único de la sociedad «Onti Ma&Sil, SL», interpuso recurso el día 25 de mayo de 2023 mediante escrito en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

«(...) la calificación emitida por parte de la Registradora de la Propiedad de Ontinyent, supone una rectificación de oficio de los asientos del Registro. Lo cual resulta improcedente, por cuanto debe aplicarse el principio señalado de que tales asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales, desplegando la totalidad de sus efectos mientras no se declare (por dicha autoridad judicial) su inexactitud. El recurrente debe gozar de la protección que, como tercero de buena fe, le otorga el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues no cabe exigir un requisito nuevo para que la compraventa acceda al Registro.

Se infiere de la descripción de los derechos de vuelo que fueron objeto de compraventa a favor de recurrente, que los mismos quedaron perfectamente configurados y fueron debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad. Precisamente por ello, esta mercantil conformó su voluntad de adquirirlos en los términos que constan en el Registro, confiando en la función de seguridad jurídica que ello comporta, y, en su condición de derechos reales inscritos, en su plena vigencia.

No acabamos de entender por qué, en este momento, para inscribir la compraventa de los mencionados derechos reales, se exige la aportación de una documentación adicional, que lo único que trata es de romper los mencionados principios, exigiendo lo que en su día no se exigió, y pretendiendo así revisar la Registradora que emite la calificación, la labor realizada en su día por su antecesor. No tiene por ende la Registradora que califica la facultad y competencia para rectificar, enmendar y rectificar los asientos practicados por otro Registrador, puesto que ello supondría desnaturalizar la función del Registro de la Propiedad, dando como consecuencia que no pudiéramos confiar en lo que consta en los libros de dicha entidad.

El valor y la fuerza jurídica de los mencionados principios lleva, en su protección al tercero adquirente de buena fe, conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ha llevado al propio Tribunal Supremo por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional TS (Sala Segunda) de 28 de febrero 2018, declara que al amparo del artículo 34 LH el adquirente de buena fe que confiado en los datos registrales inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad, gozará de protección incluso en supuestos donde la nulidad del título proviene de un ilícito penal.

Conforme a lo anterior, procede que se lleve a cabo la inscripción del título de compraventa a que se refiere la nota de calificación impugnada, sin que se exija para ello requisito adicional alguno, y desde luego, acuerdo alguno de la Comunidad de Propietarios del edificio sobre el plazo.

Pero es que, a mayor abundamiento, si analizamos la figura del derecho de vuelo, llegaremos a la misma conclusión. El derecho de vuelo, que constituye un derecho real, no tiene una regulación específica en el Código Civil español, siendo la única referencia normativa al respecto, la contemplada en el Reglamento Hipotecario, en concreto en su artículo 16.2, que establece que es inscribible "(...) conforme a las normas del apartado tercero del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

- a) Las cuotas que luyan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento...
- d) Las normas de régimen de si se señalaren para el caso de hacer la construcción".

Estas cuestiones están perfectamente reguladas precisamente en la escritura de división horizontal de la finca (incluyendo hasta los porcentajes de participación en la comunidad de propietarios), razón por la que accedió al Registro de la Propiedad en su día, desplegando sus efectos hasta hoy, y en cuyos términos confió esta mercantil a la

hora de adquirir los derechos de vuelo. Si todo quedó perfectamente definido en aquella escritura, no puede inferirse perjuicio alguno a quienes adquirieran posteriormente alguno de los inmuebles que forman parte del edificio, que los adquirieron precisamente con la información oportuna al constar inscrita en el Registro. Y no puede exigirse a quien adquiere los derechos de vuelo que obtenga el consentimiento sobrevenido de la comunidad de propietarios que ya se pronunció al respecto en su título fundacional. La venta de los derechos no altera en ningún sentido los derechos de los partícipes.

En cuanto se refiere al plazo del derecho de vuelo, hemos de destacar la SAP Burgos 234/2011, 16 de mayo de 2011, cuando establece que el derecho de vuelo referido en el artículo 16 RH es un derecho temporal por su propia naturaleza, ya que no tendría sentido, ni finalidad, un derecho de vuelo indefinido y que sometiera a la comunidad a una situación de permanente indefinición. Además, es de duración limitada que si no se establece en el título se cifra en 30 años, pues salvo «justa causa» los derechos reales se extinguen por su falta de uso como las servidumbres, usufructo o los censos.

Conforme a ello, el hecho de que el derecho de vuelo tenga una naturaleza temporal, ha obligado a pronunciarse sobre se debe tener un plazo concreto, Pues bien, en materia de derecho de vuelo exigía el artículo 16 del Reglamento Hipotecario entre sus requisitos el que se estableciera un plazo máximo, que no podía exceder de 10 años. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de enero de 2001, declaró nulos los apartados b) y c), por entender que un Reglamento limitaba la eficacia frente a terceros, no sujeta a plazo por el artículo 1 de la LH.

Por lo tanto, no existe esa exigencia de inclusión del plazo para la constitución del derecho de vuelo, y pese a que la doctrina de la DGRN (hoy DGSJFP), se inclinaba por exigir la determinación de un plazo, es obvio que en aquellos casos en los que existen inscritos derechos de vuelo sin fijación de plazo, los cuales se extinguirán, en su pero no puede exigirse para la inscripción de cualquier acto o título en relación a los derechos de vuelo inscritos, la determinación sobrevenida de plazo. El adquirente y los demás propietarios conocen que el plazo para ejercitar los derechos correspondientes al derecho de vuelo terminará en el plazo de 30 años desde su constitución, en nuestro caso, en el año 2032.

Este es el punto en el que hierra a todas luces la Registradora que no puede desvirtuar la eficacia de un derecho real (derecho de vuelo) inscrito en su día, ni así los asientos practicados, que no han sido impugnados judicialmente. El plazo así quedará fijado por los términos de la caducidad de los derechos reales. Lo anterior, además, adquiere especial relevancia respecto del derecho de vuelo sobre las plazas de aparcamiento, dado que el derecho a sobreedificar se ejercitó ya, puesto que la edificación y las plazas de garaje existen y están en plena funcionalidad, a falta de llevar a cabo la correspondiente escritura pública de declaración de obra nueva.»

IV

Mediante escrito, de fecha 8 de junio de 2023, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Notificada la interposición del recurso al notario autorizante del título calificado, no se ha producido alegación alguna.

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 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 y 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, 6 de noviembre de 1996, 8 y 29 de

abril de 1999, 26 de septiembre y 26 de noviembre de 2000, 15 de junio de 2001, 18 de noviembre de 2002, 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 la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 12 de marzo de 2020.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de compraventa de fincas registrales consistentes en derechos de vuelo, en la que concurren las circunstancias siguientes: la escritura es de 20 de marzo de 2023; se formaliza la compraventa de dos «fincas» inscritas como elementos independientes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, configuradas como derechos de vuelo, que se formaron mediante división horizontal en escritura ante el mismo notario, de fecha 2 de octubre de 2002, y posteriormente adquiridas por el ahora vendedor en escritura ante el notario de Ontinyent, don Enrique Vallés Amores, de fecha 28 de octubre de 2002.

Ambas fincas constan inscritas con fecha 27 de diciembre de 2002 en el Registro con los números 15.593 y 15.597 y en los términos siguientes:

Finca 15.593: «Urbana: Once A. Derecho de vuelo. Planta sótano, integrado en el edificio en Ontinyent (...) Consistente en el derecho de elevar sobre el referido vuelo, situado en la parte posterior del edificio (...) una planta sótano que será continuación del sótano ya existente, número uno de la propiedad horizontal, y que utilizará la misma puerta, meseta y rampa de acceso al dicho departamento sótano ya existente, en virtud de servidumbre constituida. Mide el vuelo, noventa y cuatro metros veintitrés decímetros cuadrados Y linda (...) Su titular estará facultado para formalizar por sí solo la correspondiente escritura de declaración de obra nueva y modificación, en su caso, de la propiedad horizontal, sin necesidad de consentimiento de la comunidad de propietarios. Cuota, tres enteros noventa y dos centésimas por ciento».

Finca 15.597: «Urbana: Once C. Derecho de vuelo. Viviendas, integrado en el edificio en Ontinyent (...) parte posterior recayente a la calle en proyecto. Consistente en el derecho de elevar, en la parte posterior del edificio situado en (...), en la parte recayente a la calle en Proyecto, sobre el forjado del vuelo de la planta baja, dos casas vivienda unifamiliares (...), que ocupará cada una de ellas la mitad de la superficie de vuelo y que tendrán su acceso a través de la calle en Proyecto, situada en la parte posterior. Mide el vuelo, noventa y cuatro metros veintitrés decímetros cuadrados, y linda (...) Su titular estará facultado para formalizar por sí solo la correspondiente escritura de declaración de obra nueva y modificación, en su caso, de la propiedad horizontal, sin necesidad de consentimiento de la comunidad de propietarios (...) Cuota, doce enteros cincuenta y cinco centésimas por ciento».

La registradora señala como defecto que no consta expresado en el Registro, ni tampoco ahora en la escritura, el plazo de ejercicio de este derecho de vuelo, y si bien tal dato debió exigirse para publicar por vez primera el derecho, al no constar inscrito, y transmitirse ahora este derecho de vuelo, debe determinarse ahora el plazo de ejercicio, con acuerdo de la junta de propietarios del edificio, ya que la ejecución de este derecho, que tuvo acceso al Registro de la Propiedad sin reunir todos los requisitos exigibles, no puede perjudicar a los que con posterioridad a su constitución adquirieron el dominio o derechos sobre los distintos elementos privativos de la propiedad horizontal, que de otro modo quedarían indefinidamente sujetos a su ejercicio.

El recurrente alega lo siguiente: que los derechos de vuelo que fueron objeto de compraventa a favor de recurrente quedaron perfectamente configurados y fueron debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad; que estando inscrito el derecho de vuelo sin fijación de plazo, no puede ahora exigirse un nuevo requisito que no se exigió

para su constitución, puesto que el derecho de vuelo inscrito está bajo la salvaguardia de los tribunales de Justicia; que no puede ahora la registradora pretender rectificar de oficio; que el adquirente es suficientemente conocedor de las circunstancias que rodean al derecho de vuelo inscrito; que en definitiva no cabe exigir ahora requisitos adicionales ni desde luego un acuerdo de la comunidad de propietarios del edificio en que el derecho de vuelo se inserta.

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. Ciertamente, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, en su redacción originaria, no establecía plazo alguno para el ejercicio del derecho de sobreedificación o de subedificación; y la disposición del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por la que se modificó el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, introduciendo un nuevo apartado - c)- según el cual para inscribir tal derecho real debía fijarse el plazo máximo para su ejercicio, que no podría exceder de diez años, fue declarada nula por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de febrero de 2000, por considerar que, «aun reconociendo que el principio de determinación no tolera gravámenes indefinidos o indeterminados, una limitación del tipo de la que se pretende en el artículo 16 del Reglamento impugnado en relación con el derecho de vuelo debe necesariamente venir establecida por Ley», por afectar a «lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria que no establece limitación alguna, condicionando así su eficacia frente a terceros, supone en definitiva el establecimiento de un régimen jurídico diferente al que con arreglo a los principios generales de la Ley Hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que esa modificación sólo puede hacerse por Ley». Ahora bien, esta declaración de nulidad, por razones de jerarquía normativa, de la disposición reglamentaria sobre fijación de plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo no debe impedir que se tenga en cuenta la reiterada doctrina que esta Dirección General ha mantenido sobre dicha cuestión antes y después de la referida modificación reglamentaria, según la cual aun cuando la exigencia de tal determinación temporal no figure en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario vigente al tiempo de formularse la calificación impugnada, 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 la propiedad (dada su significación económico-política y su trascendencia «erga omnes»), entre ellas, la exclusión de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible –vid. artículos 400, 513, 515, 546, 781, 785, 1608 y 1655 del Código Civil– si no responden a una justa causa que justifiquen esa perpetuidad (cfr. las Resoluciones de 6 de noviembre de 1996, 29 de abril de 1999, 26 de septiembre de 2000, 18 de noviembre de 2002 y 15 de septiembre de 2009).

5. Así, 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, como ha quedado antes expuesto.

Como declaró la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en 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 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».

Cabe recordar que en casos de atribución o reserva de la mera facultad de elevar una vivienda o construir sobre la misma «hasta la altura que tenga por conveniente», este Centro Directivo ha entendido que no tiene determinación suficiente para ser considerada como un verdadero derecho real de los configurados en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, de modo que ante esa una falta de determinación (no especificación del número de plantas por construir y del plazo de desenvolvimiento o realización de la construcción, duración, imprecisión de 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, etc.), lo que subyace no es un derecho real de sobreedificación sino «la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y por un tiempo ilimitado o, al menos, indeterminado), de una facultad dominical que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es la de materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística; se trataría, pues, de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso habría de integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales de la misma), lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real, ni, por tanto, ser susceptible de inscripción conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria, pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige nuestro ordenamiento jurídico (vide artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de la propiedad (dada su significación económico-política y su trascendencia «erga omnes») que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (vide artículos 513, 526, 546, 1.068 y 1.655 del Código Civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad» (cfr., por todas, las Resoluciones de 6 de noviembre de 1996 y 18 de noviembre de 2002).

Como pone de relieve la posterior Resolución de 15 de septiembre de 2009, la constancia registral de esa genérica facultad de elevar plantas del edificio referido no puede tener más valor que el de una simple mención de un derecho sin naturaleza real, que resulta contraria a las exigencias del denominado principio de especialidad, que impone la determinación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro así en sus elementos subjetivos y objetivos, cuanto en su contenido y alcance (cfr. artículos 9 y 98 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento).

6. En el presente supuesto, el derecho objeto de debate fue configurado –como finca registral independiente– con determinación de los elementos esenciales configuradores del derecho real de vuelo (salvo el plazo para su ejercicio), en el título constitutivo de la propiedad horizontal, en la descripción de los referidos elementos privativos, 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). No se trata de una simple mención de un derecho sin naturaleza real.

Por ello, sin que proceda ahora entrar a valorar la labor calificadora que en su día motivó la inscripción del derecho de vuelo en tales términos, debe tenerse en cuenta que, 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». Y cualquier modificación que afecte al derecho inscrito requerirá, en todo caso, el consentimiento del titular o titulares registrales del mismo –cfr. artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria–.

No obstante, a la hora de ejercitar el derecho de vuelo inscrito no puede desconocerse que este Centro Directivo ha afirmado (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») que, en la medida en que uno de los elementos esenciales configuradores del derecho real de vuelo, como el plazo para su ejercicio, no haya sido previamente determinado en el título constitutivo ni por tanto, inscrito, será necesario, para la correcta configuración de tal derecho (y, por ende, para ejercitarlo) que cuente con la conformidad de los propietarios que integran la comunidad (cfr. artículo 17.6 de la Ley sobre propiedad horizontal).

Del contenido de los estatutos de la propiedad horizontal a que se refiere este expediente resulta lo siguiente: «(...) El titular o titulares de los derechos de vuelo podrán crear nuevos elementos de la propiedad horizontal constituidos por los departamentos que construya, pudiendo igualmente formalizar por sí solo las declaraciones de obra nueva y modificación, en su caso, de la propiedad horizontal, sin necesidad de consentimiento de la comunidad de propietarios, dando cuota en la propiedad horizontal a los elementos que se formen en proporción a sus metros (...) Igualmente el titular del derecho de vuelo facultado por los restantes propietarios de elementos de la propiedad horizontal, siendo titular del mismo o por la simple adquisición de un elemento de este grupo, podrá efectuar segregación (...)». Así, el propietario tiene la facultad para el ejercicio del derecho de vuelo sin necesidad del consentimiento del resto de propietarios de la división horizontal, pero no para su constitución o modificación. No obstante, para determinar si dicho ejercicio se realiza dentro de plazo, y ante la indeterminación de ese elemento ese elemento esencial, no puede ser suficiente la mera determinación por el titular del derecho, sino que será necesario el acuerdo de la junta de propietarios del edificio o, en su defecto, la correspondiente resolución judicial.

Por las consideraciones anteriores debe concluirse que la transmisión del derecho de vuelo que fue objeto de inscripción (en un asiento que está bajo la salvaguardia de los tribunales) podrá ser inscrita, si bien para el ejercicio del derecho transmitido será necesaria la determinación del plazo de ejercicio en los términos anteriormente indicados.

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

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 26 de julio de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.