

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8403 *Resolución de 3 de junio 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 n.º 3 de Castellón de la Plana, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de Obra Nueva por antigüedad y modificación del régimen de propiedad horizontal.*

En el recurso interpuesto por don Eduardo José Delgado Terrón, notario de Castellón de la Plana, contra la calificación de la registradora de la propiedad número 3 de Castellón de la Plana, doña Cristina Martínez Ruiz, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de Obra Nueva por antigüedad y modificación del régimen de propiedad Horizontal.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Castellón de la Plana don Eduardo José Delgado Terrón, de fecha 1 de octubre de 2019, los intervinientes que son los actuales titulares de los dos únicos elementos independientes de un edificio en régimen de propiedad horizontal y doña M. L. T. F., que es la hija de un anterior titular registral de dicho edificio, manifiestan literalmente que «si bien el edificio era de dos plantas (baja y primera), desde hace más de 30 años, existe construida una planta más o planta segunda, propiedad de doña M. L. T. F., quien la adquirió por herencia no documentada de su padre don J. M. T. M., fallecido el día 18 de septiembre de 1987, quien ejercitó un derecho de vuelo concedido a su favor por los propietarios (lo que se reconoce en la presente) por lo que dicha planta no consta registralmente».

En la citada escritura, se procede a declarar ampliación de la obra del edificio en lo que se refiere a la planta segunda de doña M. L. T. F., y, se modifica el régimen de propiedad Horizontal con incorporación de la planta segunda dicha. En la determinación de los estatutos se expresa lo siguiente: «Régimen jurídico: la propiedad horizontal se regirá por la Ley de propiedad Horizontal, Código Civil y disposiciones complementarias, y por lo dispuesto en los siguientes estatutos...». El artículo 2.º de los estatutos de la propiedad horizontal establece lo siguiente: «Artículo 2.º El titular, actual o futuro, de uno cualesquiera o varios de los elementos de la propiedad Horizontal podrá agregarlos, agruparlos –siempre que el elemento o elementos resultantes formen unidad horizontal–, dividirlos, subdividirlos, segregados, y realizar cualquier otra modificación similar, sumando o redistribuyendo las cuotas de los elementos afectados, sin necesidad de consentimiento ni de dar conocimiento a los demás titulares de los otros elementos de la propiedad Horizontal; una vez realizada la operación, deberá, no obstante, comunicarla a los demás propietarios, a través del Presidente de la Comunidad, a efectos de expedición de los recibos de cuotas de comunidad».

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la propiedad número 3 de Castellón de la Plana el día 1 de octubre de 2019, y fue objeto de calificación negativa de 11 de noviembre que a continuación se transcribe en lo pertinente:

«Hechos:

Documento presentado: Escritura de ampliación de obra nueva terminada y modificación de división horizontal nº 1319 otorgada en Castellón el 1 de octubre de 2019. Notario autorizante: Don Eduardo J. Delgado Terrón. Asiento de presentación: n.º 1759 del Diario 89. Finca (datos registrales): n.º 26.082 y 26.083 siendo la matriz la finca registral 5859 de Benicàssim.

La finca matriz arriba indicada fue objeto de inmatriculación en el año 1971 en base a una escritura de 1969, en la que se indicaba que se trataba de una casa destinada a vivienda compuesta de planta baja y un piso, todo ello según resulta de la inscripción 1.^a Según resulta de la inscripción 2.^a, el señor J. M. T. M. (padre de doña M. L. T. F.) adquirió por donación dicha casa de planta baja y un piso en virtud de una escritura del año 1969.

Según resulta de la inscripción 3.^a, dicho señor T. falleció en 1987 en estado de casado con doña V. F. A. y dejando tres hijos (una de las cuales es la citada doña M. L. T. F.), los cuales heredaron en pro indiviso la casa de planta baja y un piso. Según resulta de la inscripción 4.^a, en el año 1993, la viuda y los tres hijos deciden extinguir la comunidad sobre la casa de planta baja y un piso, adjudicándose dicha casa la madre.

Según resulta de la inscripción 5.^a, la señora F., en el año 1998 manifiesta que a la casa de planta baja y un piso le corresponden dos referencias catastrales, una para la planta baja y otra para la planta alta, y procede a constituir la en régimen de propiedad horizontal formando dos elementos independientes, uno en planta baja y otro en planta alta, registrales 26.082 y 26.083. Dichas referencias catastrales son las que acaban en 1KA y 2LS, que actualmente son las corresponden a la planta baja y a la planta primera, al igual que en el año 1998.

En la escritura que motiva la presente comparecen los actuales titulares de los dos elementos independientes y la citada hija del que fue titular registral, doña M. L. T. F., y manifiestan literalmente que “si bien el edificio era de dos plantas (baja y primera) desde hace más de 30 años, existe construida una planta más o planta segunda, propiedad de doña M. L. T. F., quien la adquirió por herencia no documentada de su padre don J. M. T. M., fallecido el día 18 de septiembre de 1987, quien ejerció un derecho de vuelo concedido a su favor por los propietarios (lo que se reconoce en la presente) por lo que dicha planta no consta registralmente

Según se indica, dicha segunda planta está construida desde el año 1970 según resulta de Catastro, cuando, tal y como se ha indicado, desde el año 1969 la casa existe únicamente tanto en el Registro como en el Catastro, como luego se dirá, únicamente con planta baja y planta primera y la señora doña M. L. T. F. ha intervenido tanto en la herencia de su padre (que sí está documentada) como en la posterior extinción de condominio, y en dichas escrituras se describió la finca como casa de planta baja y un primer piso y fue adjudicada EN SU TOTALIDAD a la madre, que la constituyó en régimen de propiedad horizontal y únicamente tenía asignadas dos referencias catastrales, una por planta. La casa se inmatriculó como casa de planta baja y alta con un pequeño patio descubierto, siendo lo edificado de 64,40 metros cuadrados y el patio de 22 metros cuadrados por lo que hace un total de 86,40 metros cuadrados.

Ahora se indica:

– Que la superficie solar es de 95 metros cuadrados. Dicha manifestación la realizan cuando describen el nuevo edificio tras la ampliación de la construcción sin indicar nada más al respecto, dado que ello supone un exceso de cabida de 8,60 metros cuadrados. Esa es la superficie que consta en Catastro y la que también manifiesta el técnico en su certificado. Sin embargo, no se aporta ninguna georreferenciación alternativa y existe una manifestación expresa de que la descripción que contienen las certificaciones catastrales no se corresponde con la realidad física del inmueble.

– Que tiene una total superficie construida de 293,17 metros cuadrados, lo que resulta de un certificado técnico -que ocupa todo el solar, lo cual no es correcto ya que existen dos patios interiores.

Igualmente se indica que la planta baja ocupa todo el solar, es decir, los 95 metros cuadrados, pero esto no es correcto porque, como se ha indicado, existen dos patios interiores. Y esto no solo resulta de la parte gráfica de la referencia catastral y de los planos del técnico protocolizados, sino también del gml catastral de la porción de suelo ocupado por la construcción al que se remite la escritura, el atroja una superficie ocupada de 86,53 metros cuadrados.

– Que tiene planta baja, dos alturas y una planta bajo cubierta transitable con casetón de la escalera y dos trasteros.

– En la descripción de la planta baja que se recoge tanto en la escritura como en el certificado técnico existe un error en la determinación de la superficie útil que dice que en total asciende a 78,67 metros, que es la suma de 16,78 m y 61,68 m, sin embargo, la suma de dichas cantidades arroja la cifra de 78,46 metros, desconociéndose dónde está el error.

– por otro lado, el técnico, en el certificado, no certifica según su estudio realizado y sus conocimientos cual es la antigüedad de la edificación en los términos que la describe, sino que se limita a indicar que el edificio tiene una antigüedad de 49 años según Catastro (donde consta como año de antigüedad, 1970), por lo que no está certificando que el edificio con la descripción recogida en dicho certificado tenga esa antigüedad y la simple remisión que realiza a Catastro no es hábil para poder realizar la inscripción porque de Catastro resulta que:

– La edificación descrita por el técnico no coincide con Catastro, ya que ni ocupa toda la planta baja, ni existe uno de los trasteros (el que está separado del casetón)

– Y resulta que el año 1970 es el año en que se dio de alta en Catastro la inicial construcción, ya que en la planta baja se hizo una reforma total en el año 2013, al igual que en las plantas primera y segunda que pasaron de 87 metros cuadrados construidos a 100 metros cuadrados construidos.

– El patio inicialmente era de 22 metros cuadrados, mientras que ahora existen dos pequeños patios interiores, uno de 2,08 metros y otro de 5,76 metros, con lo que resulta claramente que han existido modificaciones posteriores a la inicial configuración de la casa. Por otro lado, en el artículo 2º de los estatutos de la propiedad horizontal se prevé que los propietarios puedan hacer divisiones, segregaciones... sin determinar el parámetro en base al cual se reorganizarán las cuotas.

Fundamentos de Derecho:

Se suspende la inscripción del presente documento por existir los siguientes defectos subsanables:

1.º No existe el título traslativo en virtud del cual, el derecho de vuelo que es un elemento común y que pertenecería a los actuales propietarios de los dos elementos de la propiedad horizontal, ha pasado a ser propiedad privativa de la señora T., la cual lo materializó mediante su ejercicio edificando una planta segunda, art. 1, 2, 3, 9, 21, 40 LH, 7, 16, 33 y 51 RH, 396,609, 1095 y 1274 y ss CC, 3 y 5 LPH.

Tal y como establece el TS en la Sentencia de 5 de marzo de 1996, "El reconocimiento de la propiedad es una declaración de voluntad mediante la cual se constata o fija la situación jurídica de aquél a quien va dirigido, y por sí mismo no es título hábil para que este último adquiera la propiedad de acuerdo a los arts. 609 y 1095 CC. Tal título reside en el negocio o acto jurídico sobre el que el reconocimiento actúa, no pudiendo por tanto generar otro acto o negocio jurídico distinto, no sólo porque la declaración de voluntad reconocitiva no entraña más que una declaración de ciencia y no una declaración dirigida a la creación de ningún derecho real, sino porque, una vez revelado el origen de la adquisición de la propiedad, es éste y no otro el que puede invocar el propietario".

El reconocimiento de dominio no es título material adecuado para operar una transmisión inscribible en el Registro, ni tampoco puede considerarse como título

declarativo del dominio al que se refiere el art. 2.1 LH. Dice la Dirección General que "Es indudable que, en nuestro sistema jurídico, el solo acuerdo de voluntades, aun cuando vaya seguido de la tradición, carece de virtualidad para provocar la transmisión del dominio(reitera en este punto la doctrina que ya sentara en la R, 30-6- 1987).Se precisa para ello un título material oneroso o gratuito que ponga de manifiesto la contraprestación o la liberalidad en virtud de la cual se opera y tiene efecto la voluntad transmisiva y cuyo título ha de ir seguido de tradición."

La Resolución de 7 de marzo de 2018 establece: "Pasando ya al análisis del primer defecto señalado por el registrador en su nota de calificación, esto es, el que estemos en presencia de un mero reconocimiento de dominio y no de una verdadera transmisión, con expresión de su causa; esta Dirección General ha insistido en numerosas ocasiones en que, en nuestro ordenamiento jurídico, el sistema de constitución de derechos reales y de transmisión del dominio sobre bienes inmuebles es de naturaleza causal (artículos 609 y 1095 del Código Civil), lo que conlleva que el negocio jurídico por el que se pretende dicho efecto debe obedecer a una causa verdadera y lícita; consecuentemente, el mero consentimiento formal no puede provocar una modificación de la titularidad ni, por ende, una modificación registral. Esta Dirección General ha reiterado (por todas, Resoluciones de 31 de julio de 2014 y 2 de septiembre de 2016), la necesidad de existencia de una causa verdadera y lícita y la necesidad de su expresión en el documento y en la inscripción, sin que sea posible, a efectos registrales, presumir su existencia. De conformidad con dicha doctrina (vid. las Resoluciones de 2 de noviembre de 1992, 29 de julio y 18 de noviembre de 1998, 28 de enero y 15 de marzo de 1999, 9 de junio de 2001, 20 de febrero de 2003, 9 de diciembre de 2011 y 17 de octubre de 2012), la causa de los contratos es un elemento esencial de los mismos (artículos 1261.3º y 1275 del Código Civil) y, para que pueda registrarse cualquier acto traslativo, se requiere la expresión de la naturaleza del título causal, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser la causa presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda, en primer lugar, cumplir con la función calificadora en su natural extensión y, después, practicar debidamente los asientos que procedan. La expresión de la causa es presupuesto obligado en los títulos inscribibles, dado que en nuestro Derecho, la causa es determinante, no solo de la validez del negocio jurídico, sino también de sus efectos, y debe inexcusablemente constar en el título para posteriormente reflejarse en la inscripción por lo que no juega la presunción que establece el artículo 1277 del Código Civil, pues, aunque se presumiese su existencia, así como su licitud, del Registro no resultarían los efectos del negocio para determinar de qué forma estaría protegido el titular registral.

También nuestro Tribunal supremo ha tenido ocasión de manifestar (cfr. Sentencia de 5 de marzo de 1996) que «(...) el reconocimiento de la propiedad es una declaración de voluntad mediante la cual se constata o fija la situación jurídica de aquel a quien va dirigido, y por sí mismo no es título hábil para que este último adquiera la propiedad de acuerdo a los arts. 609 y 1.095 del Código Civil. Tal título reside en el negocio o acto jurídico sobre el que el reconocimiento actúa, no pudiendo por tanto generar otro acto o negocio jurídico, distinto, no sólo porque la declaración reconocitiva no entraña más que una declaración de ciencia y no una declaración dirigida a la creación de ningún derecho real, sino porque, una vez revelado el origen de la adquisición de la propiedad, es éste y no otro el que puede invocar el propietario (...)» (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 2017).

Sentado lo anterior, también se ha señalado por esta Dirección General en Resolución de 3 de diciembre de 2015 (siguiéndose el mismo criterio por las de 4 de octubre de 2016 y 3 y 27 de abril de 2017) que «es doctrina consolidada de esta Dirección General, que la usucapión reconocida judicialmente a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscripción por parte del titular registral pueda pasar a ser dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley, ya que la inscripción del derecho en

el Registro de la propiedad no dota al mismo de imprescriptibilidad (cfr. artículo 36 de la Ley Hipotecaria). La prescripción extraordinaria se consume por el transcurso del tiempo con los requisitos legalmente establecidos, pero aun cuando para buena parte de la doctrina opera de forma automática, no puede ser declarada por el juez de oficio, sino que necesita de un procedimiento que culmine con su declaración.

Cuando la prescripción adquisitiva se alega como contestación a una acción reivindicatoria por quien considera ser el legítimo dueño de la finca es evidente que existe un conflicto litigioso que debe ser resuelto judicialmente, sin embargo, cuando el usucapiente pretende que se declare su adquisición como demandante, la designación del demandado le corresponde a él y no es infrecuente que la parte demandada se allane o simplemente no comparezca. Pero no por ello la declaración judicial de adquisición por usucapición puede asimilarse a priori o con carácter general a un reconocimiento de derecho que a nadie perjudica que no tiene encaje en nuestro sistema de transmisión del dominio eminentemente causalista, ni en el sistema registral español que exige títulos perfectos no claudicantes (...)».

De acuerdo con la doctrina expuesta, es evidente que cuando la usucapición se declara judicialmente, aun habiéndose allanado una de las partes, no estamos ante un negocio abstracto ni un mero reconocimiento de dominio, sino que estamos ante una adquisición con una causa, cual es la prescripción extraordinaria ganada por una de las partes intervinientes.

Sin embargo, en el supuesto de este expediente tal declaración no se produce, pues el auto judicial es consecuencia de la avenencia entre las partes en procedimiento de conciliación ante el juez de Paz, y dado su carácter contractual, como se ha hecho constar anteriormente, procede examinar el alcance de la declaración de las partes en torno a la prescripción que se reconoce ganada por una de ellas.

Siguiendo la Resolución de esta Dirección General de 5 de diciembre de 2014, podemos afirmar que se ha reiterado en innumerables ocasiones (por todas, Resolución de 26 de abril de 2006), que dentro del estrecho margen que proporciona el procedimiento registral, el registrador no puede calificar la prescripción, tarea reservada a los órganos jurisdiccionales. Dicha doctrina ha sido elaborada en el ámbito de la prescripción extintiva pero su fundamento, los limitados medios con los que cuenta el registrador para realizar su labor, son igualmente aplicables al supuesto de la adquisitiva pues de los hechos que ante él se acreditan en la documentación presentada no cabe inferir, en perjuicio del titular registral, que se hayan producido las consecuencias sustantivas previstas en el ordenamiento.

Frente a una escritura pública en que se plasma un negocio jurídico de mutación jurídica real que por exigencia de su normativa reúne los requisitos sustantivos del título (consentimiento, objeto y causa), y que por disposición de la Ley comprende el modo (artículo 1462 del Código Civil), aunando los requisitos legales para producir la transmisión del dominio o modificación jurídica real permitiendo su calificación a efectos de modificar el contenido del Registro de la propiedad, la mutación sin causa negocial como consecuencia de la prescripción exige una determinación de los hechos y de su valoración jurídica que escapa por completo de la función notarial y de la registral (vid. Resolución de 25 de abril de 1989).

No se trata de poner en duda la existencia de los hechos, sino de la valoración jurídica que de los mismos se pretende que no puede quedar al arbitrio de quien pretende la inscripción (vid. Resolución de 1 de marzo de 2013). Serán los tribunales de Justicia, cuando se ejercite ante ellos la acción correspondiente y con la intervención —o al menos citación por la autoridad judicial— de la totalidad de los titulares registrales, quienes resuelvan una vez se obtenga sentencia firme la rectificación del contenido del Registro de la propiedad (artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 38 de la Ley Hipotecaria) o, en un caso como el presente, la inmatriculación. En este caso, la conciliación, aun cuando no se ponga en duda la veracidad de lo que en ella declaran los interesados, no implica más que un reconocimiento por parte del demandado de que el demandante es dueño, por lo que, aunque el juez ponga fin a un procedimiento de

conciliación, no hay una decisión de fondo sobre la realidad de la usucapión. Dicha declaración de verdad o de voluntad, que no es la cuestión, no puede tener el alcance que pretende el recurrente por diversos motivos:

a) En primer lugar, porque no implica una declaración de voluntad negocial que sirva para determinar la concurrencia de los requisitos para la existencia de justo título contractual a los efectos de la transmisión del dominio. No existiendo declaración negocial no puede ampararse en ella una mutación jurídico real a los efectos de la adquisición del dominio (artículo 609 del Código Civil).

b) En segundo lugar, porque si lo que se pretende con ella es proporcionar una valoración de los hechos a los efectos de la adquisición del dominio por prescripción, tampoco es admisible pues como queda dicho, corresponde a jueces y tribunales y no puede ser sustraída de su conocimiento. Cuestión distinta es el evidente valor probatorio que tenga dicha declaración al constar en documento público si bien dicha circunstancia nuevamente corresponde valorarla a los órganos jurisdiccionales (artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

c) En tercer lugar, porque tampoco puede, por sí sola, servir para rectificar el Registro de la propiedad por cuanto como ha reiterado este Centro Directivo, el reconocimiento de dominio no tiene en Derecho español encaje ni en el sistema negocial de transmisión del dominio (que es enteramente causalista), ni en el sistema registral (que a falta de negocio traslativo exige resolución judicial). Como ya afirmara la Resolución de 18 octubre de 1989, la declaración de dominio unilateral y abstracta (como es la que se hace en base a la usucapión extraordinaria), carece en sí misma de virtualidad traslativa (vid. artículo 609 del Código Civil) y, por tanto, no es apta por sí sola para considerar como nuevo titular de los bienes cuestionados a su beneficiario.

De las anteriores consideraciones no resulta la imposibilidad de modificar el contenido del Registro de la propiedad de forma no contenciosa o extrajudicial, pero para ello es preciso que las partes implicadas presten su consentimiento con los requisitos y en la forma prevista en el ordenamiento. La naturaleza contractual del consentimiento requerido de las partes nos reconduce a las circunstancias que exige el ordenamiento para la inscripción en el Registro de la propiedad de las modificaciones jurídico reales de origen negocial (artículo 1809 del Código Civil en relación con los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria)".

Es decir, en el presente caso no existe una escritura de adición de herencia otorgada por todos los interesados en la sucesión del padre de la señora T. y por los actuales titulares de los elementos independientes en la que se recoja la constitución de dicho derecho de vuelo y su adjudicación por título de herencia a la citada señora T. La Resolución de 6 de julio de 2006 indicó: "Es doctrina de este Centro Directivo que lo que accede a los libros registrales es el título material por el que se produce la transmisión o la declaración del dominio que, a su vez, ha de estar consignado en un título formal de los previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por lo que sólo si el reconocimiento de dominio tiene la condición de título material transmisivo o declarativo del dominio puede acceder al Registro de la propiedad, y por ello es necesaria la expresión de la causa (cfr. Resolución de 19 de enero de 1994). De aquí resulta que el reconocimiento de dominio efectuado sin expresión de causa carece de virtualidad traslativa y no procede su inscripción. Pero en el supuesto en estudio no es esa la situación que se produce. Según se desprende de los razonamientos anteriores, la escritura de reconocimiento de dominio no recoge una transmisión carente de causa, sino que los otorgantes pretenden concluir y extraer todos los efectos de la relación representativa. La transmisión y su causa se recogen en el título previo, y ahora sólo se pretende hacerlos concordar con la realidad. El reconocimiento de dominio no es, por tanto, un título carente de causa, sino que en él se exterioriza la relación de representación que hasta ese momento había permanecido reservada, haciendo coincidir la titularidad formal con la real –cfr. art. 40. d) de la Ley Hipotecaria–, En el supuesto, el título de adquisición inicial había accedido al Registro, haciéndose precisa la rectificación, para lo que es suficiente la declaración de las partes ligadas por la relación de representación, en los

términos que acaban de ser expuestos, pues la situación del vendedor no queda alterada –a salvo la incidencia del artículo 1.717 del Código Civil en el ámbito contractual, como tal, sin trascendencia registral–. Que lo que accede al Registro en el presente caso es la relación de representación lo confirma el que la inscripción deba practicarse directamente a favor del representado si la relación representativa ha sido acreditada en el momento de solicitarse la inscripción del título traslativo." Tal y como resulta de la STS 10 de mayo de 1999 y de la Resolución de 20 de abril de 2006, si se realiza una edificación sobre un elemento común de una propiedad horizontal es necesaria la previa desafectación del vuelo, que es elemento común y su conversión en elemento privativo, así como expresión de la causa de atribución de tal elemento a los que lo ejercitan. Es evidente que, al no configurarse el derecho de vuelo de ninguna forma, tal derecho era elemento común del edificio, por lo que, si lo edificado mediante el ejercicio de tal derecho deviene en privativo, existe una causa de transmisión no revelada y que es preciso que conste en el Registro.

Tampoco nos encontramos en el caso de la Resolución de 22 de mayo de 2018 que señaló: "La revocación del defecto anterior, empero, no priva a la nota de defectos de virtualidad pues aceptado por este Centro Directivo la posibilidad de declaración de obra nueva sobre una porción concreta del suelo común de una propiedad horizontal (que en nuestro caso sería sobre el vuelo común), es preciso justificar que lo edificado se inscriba a nombre de uno sólo de los titulares del régimen. Téngase en cuenta que la aplicación del principio de accesión sobre lo edificado en elemento común conlleva la atribución del mismo carácter y su incorporación, como tal, al régimen de propiedad horizontal. Es en este sentido, y en aras de la debida aplicación del principio de legalidad, que debe interpretarse la exigencia de la nota de la registradora de que se determine el título en virtud del cual la edificación pasa a ser de un único titular de los varios que integran el régimen de propiedad horizontal.

Así entendida la cuestión se centra en determinar si dicho título está debidamente expresado en el documento presentado a inscripción de modo que la que se practique recoja adecuadamente el conjunto de elementos del negocio jurídico llevado a cabo por los titulares registrales. Y lo cierto es que es así pues, sin perjuicio de que hubiera sido deseable una mayor precisión técnico jurídica en el documento, de su conjunto resulta que los titulares registrales de la propiedad horizontal, que agotan el conjunto de intereses involucrados, atribuyen a uno de ellos, a título gratuito, el ejercicio de la facultad de edificar sobre un elemento común que se concreta adecuadamente, facultad que se ejercita en el mismo acto y que da lugar a la declaración de la obra nueva terminada. Resulta en definitiva el consentimiento para que la facultad de edificación inherente al dominio se ejercite por uno sólo de los titulares, se concreta en el mismo acto el resultado del ejercicio y se expresa su causa gratuita. De aquí que, sin necesidad de entrar en la polémica sobre si tal facultad es encuadrable o no en la categoría del derecho de vuelo, es indudable que del título resulta un título material suficiente para el ejercicio de la facultad de edificación, para la atribución del resultado al titular que la ha llevado a cabo y para la práctica de la oportuna inscripción que así lo publicará frente a todos (vid. Resolución de 20 de abril de 2006). Lo anterior se completa con la oportuna modificación del régimen de propiedad horizontal con la creación de un nuevo régimen independiente cuya titularidad se atribuye al autor de la edificación y con la alteración de los preexistentes en cuanto a su cuota de participación, dejando incólume el resto del régimen pactado en su día. Cuestión distinta habría sido el supuesto en el que se hubiera atribuido el derecho a edificar en el futuro sobre la parte de un elemento común a uno de los cotitulares del régimen de propiedad horizontal y a hacer suyo lo edificado, supuesto en el que habría sido preciso determinar adecuadamente el título material que así lo permitiese, así como los efectos de su ejercicio (vid. Resoluciones de 5 de febrero de 1986 y 21 de noviembre de 2011)."

En el caso de esta Resolución de 22 de mayo de 2018, la DGRN entendió que se hacía una donación/cesión gratuita del derecho a edificar sobre un elemento común realizada por todos los titulares de los elementos privativos de la propiedad horizontal, y

por ello entendió que había título material y formal suficiente en dicha escritura, pero en el presente caso, en la escritura únicamente se realiza por los titulares de los elementos privativos “un reconocimiento de dominio” a favor de la señora T. F., ya que se limitan a reconocer que desde hace más de treinta años (al citar dicho plazo también se podría estar reconociendo implícitamente que se habría consumado la prescripción adquisitiva, art. 1959 CC) existe construida una segunda planta sobre el edificio y que dicha planta la construyó dicha señora, existiendo una contradicción en cuanto al reconocimiento ya que, por un lado reconocen que ha adquirido dicha planta en ejercicio de un derecho de vuelo concedido a su favor por los propietarios (se entiende, del resto de elementos independientes, elementos que no existían cuando el padre falleció pues era un casa destinada a una vivienda) y por otro lado se reconoce que adquirió dicha planta por herencia de su padre no documentada (la cual sí que se documentó como se ha indicado anteriormente).

2.º No puede ser objeto de inscripción la ampliación de la obra declarada por existir dudas en relación a la antigüedad de las obras ampliadas, así como en relación a la realidad de las mismas, al existir las discrepancias antes indicadas, art. 21 y 202 LH, 45 y ss RD 1093/97, 28.4 TRLS, 98 RH, 147 y ss RN y 236 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje.

Tal y como se ha indicado, no queda suficientemente acreditado cuál es el año de terminación de la ampliación de la construcción que se pretende inscribir, dato que es absolutamente necesario para poder determinar si ha prescrito la acción de restauración de la legalidad urbanística, ya que para poder inscribir las declaraciones de obras nuevas correspondientes a edificaciones terminadas por el mecanismo establecido en el artículo 28. 4 del TRLS, debe resultar que han transcurrido los plazos de prescripción de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística.

En relación a la georreferenciación de la porción del suelo ocupado por la edificación, tras la reforma operada en la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015, de 24 de junio, el artículo 202 en su inciso segundo establece que “...La porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica” y, tal y como ha establecido en una reiterada doctrina la DGRN, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica (Resoluciones de 5 de julio de 2016, 19 de abril de 2016, 8 de febrero de 2016, 6 de septiembre de 2016, 3 de octubre de 2016, 7 de febrero de 2017, 5 y 27 de julio de 2017, entre otras).

Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 y 27 de julio de 2017, entre otras, recogen la posibilidad de que dichas coordenadas se puedan obtener de Catastro, pero para ello es necesario que la superficie catastral ocupada por la construcción coincida con la superficie que ocupa dicha construcción según la descripción que se recoge en la escritura y, en el presente caso, dicha superficie no coincide.

3.º A los efectos de la inscripción del exceso de cabida y de la necesaria tramitación del procedimiento del artículo 199 LH para su inscripción, deberán los interesados aclarar si dicho exceso se declara con arreglo a la medición que figura en Catastro por coincidir la realidad física del solar con la superficie gráfica que de dicho solar consta en Catastro, o si por el contrario, no existe dicha coincidencia deberá aportarse la correspondiente georreferenciación alternativa en unión al Informe de Validación Catastral, 9 y 199 LH y la Resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y Dirección General del Catastro de 29 de octubre de 2015.

4.º El artículo 2.º de los estatutos de la propiedad horizontal no puede ser inscrito ya que no se determina cuál es el método de cálculo para la fijación de las cuotas resultantes de dichos actos de modificación hipotecaria, art. 9 LH, 51 RH y RDGRN de 7 de mayo de 2014, en la cual, el Centro Directivo ha establecido que, “en relación con la

determinación de las cuotas que correspondan a cada uno de los nuevos elementos resultantes de las referidas operaciones de modificación de los elementos privativos, baste decir que el acuerdo será inevitable en aquellos casos en los que no se establezca en la cláusula estatutaria el método de cálculo para la fijación de dichas cuotas, circunstancia que por sí sola constituiría un obstáculo para el acceso al Registro de la propiedad de la cláusula exoneradora, dado que sería necesario en todo caso al acuerdo de junta para su fijación, perdiendo su sentido dicha cláusula. La determinación del sistema de cálculo es además una exigencia dimanante del principio de seguridad jurídica, que va a permitir tanto al registrador de la propiedad en sede de calificación registral, como al notario autorizante del título en el momento de su otorgamiento, establecer la adecuación de las cuotas al método de cálculo recogido en la norma estatutaria, con independencia de la actuación que pueda acordarse por los órganos de la comunidad conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 10.3. b de la Ley sobre propiedad Horizontal caso de producirse algún tipo de discrepancia.”

Contra la presente calificación... (Oferta de recursos).»

III

Se solicitó calificación sustitutoria con fecha de 25 de noviembre de 2019, que correspondió a la registradora de la propiedad número 2 de Oropesa de Mar (Castellón de la Plana) doña María José Baró Zarzo, que con fecha 27 de diciembre de 2019, emitió calificación en la que confirma totalmente la inicial denegatoria expedida por la registradora de Castellón número 3.

IV

El día 23 de enero de 2020, don Eduardo José Delgado Terrón, notario de Castellón de la Plana, interpuso recurso contra ambas calificaciones –principal y sustitutoria–. En el de la inicial del Registro de la Propiedad de Castellón número 3, alega lo siguiente:

1. Respecto del primer defecto señalado, esto es que no existe el título traslativo en virtud del cual, el derecho de vuelo que es un elemento común y que pertenecería a los actuales propietarios de los dos elementos de la propiedad horizontal, ha pasado a ser propiedad privativa de la señora T., la cual lo materializó mediante su ejercicio edificando una segunda planta, art. 1, 2, 3, 9, 21, 40, ley hipotecaria; 7,16, 33 y 51 reglamento hipotecario; 396, 609, 1905 y 1274 y ss Código Civil, 3 y 5 de la Ley de propiedad horizontal.

En escritura autorizada por mí, uno de los intervinientes manifiesta que, como heredera de su padre, es la dueña o titular de una planta más o planta segunda de un edificio en régimen de propiedad horizontal, indicándose que dicha planta le pertenece por herencia no documentada de él (se indica así el título de adquisición que además implica el carácter gratuito del mismo –causa–), y se hace constar el nombre del padre y la fecha de su fallecimiento. También se especifica que el padre fallecido, había construido la segunda planta en virtud de un derecho de vuelo concedido a su favor por los propietarios; y para que no hubiera duda alguna, para estar en el mismo supuesto de la resolución que la misma registradora cita en mi contra (Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de mayo de 2018) se añadió en la escritura que todo ello era «reconocido», en el sentido de consentido o confirmado, por todos los comparecientes, porque así resultaba que todos “los titulares registrales de la propiedad horizontal, que agotan el conjunto de intereses involucrados” estaban conformes con ello. Es evidente que la registradora está totalmente equivocada en la calificación, porque en mi escritura no existe ningún reconocimiento de dominio por más que se empeñe en ello, dedicándole cuatro páginas, y transcribiendo sentencias y resoluciones casi de manera completa.

En mi escritura (y conforme a los artículos 609 y 1277 del código civil) tengo que dar solución jurídica a la existencia de una planta más, planta segunda, en un edificio que consta inscrito como de planta baja y primera en régimen de propiedad horizontal. El origen de la planta segunda está en que una persona ejerció un derecho de vuelo que le concedieron o atribuyeron los propietarios, y ahora esa nueva planta que se construyó y existe, y que ha vivido extrarregistralmente, se ha transmitido por herencia a otra persona que la declara y la integra en el régimen de propiedad horizontal ya existente, y para ello cuenta con todos los titulares afectados de la propiedad horizontal.

El párrafo fundamental de la resolución antes citada, la que debe damos la respuesta, es precisamente la que se ha transcrito en parte, y que entera dispone: “Así entendida la cuestión se centra en determinar si dicho título está debidamente expresado en el documento presentado a inscripción de modo que la que se practique recoja adecuadamente el conjunto de elementos del negocio jurídico llevado a cabo por los titulares registrales. Y lo cierto es que es así pues, sin perjuicio de que hubiera sido deseable una mayor precisión técnico jurídica en el documento, de su conjunto resulta que los titulares registrales de la propiedad horizontal, que agotan el conjunto de intereses involucrados, “atribuyen” a uno de ellos, a título gratuito, el ejercicio de la facultad de edificar sobre un elemento común que se concreta adecuadamente, facultad que se ejercita en el mismo acto y que da lugar a la declaración de la obra nueva terminada. Resulta en definitiva el consentimiento para que la facultad de edificación inherente al dominio se ejercite por uno sólo de los titulares, se concreta en el mismo acto el resultado del ejercicio y se expresa su causa gratuita. De aquí que, sin necesidad de entrar en la polémica sobre si tal facultad es encuadrable o no en la categoría del derecho de vuelo, es indudable que del título resulta un título material suficiente para el ejercicio de la facultad de edificación, para la atribución del resultado al titular que la ha llevado a cabo y para la práctica de la oportuna inscripción que así lo publicará frente a todos (vid. Resolución de 20 de abril de 2006). Lo anterior se completa con la oportuna modificación del régimen de propiedad horizontal, con la creación de un nuevo elemento independiente cuya titularidad se atribuye al autor de la edificación y con la alteración de los preexistentes, en cuanto a su cuota de participación, dejando incólume el resto del régimen pactado en su día.”

La resolución no deja lugar a dudas, y la registradora no puede deducir que porque yo haya usado el término “reconocen”, eso es un reconocimiento de dominio, porque en ese caso bastaría que yo cambiara el término usado por el de la propia resolución, y que los demás titulares y comparecientes “atribuyan” la planta ya existente a la persona que la declara.

Cuantas veces la Dirección General de los Registros y del Notariado ha permitido el cambio de titularidades, la disposición de derechos, la subsanación de defectos, etc. afirmado como principio fundamental que están presentes «todos los titulares afectados».

En la Sentencia del Tribunal Supremo, STS 6622/2007 de 23 de octubre de 2007, se insiste en la idea de que es el consentimiento unánime de todos los propietarios (que yo busco y obtengo en la escritura) los que conceden el derecho de vuelo y en un caso en que se plantea si ha de mantenerse cuando el edificio se destruye dispone «Aunque se entendiera que el derecho de sobreelevación ha de durar hasta el término por el que se constituyó, y que la destrucción del edificio sobre el que recae no implique más que una imposibilidad de ejercicio del derecho, el motivo no puede dar lugar a la casación de la sentencia, pues su ratio decidendi no sólo es la extinción del derecho por perecimiento del edificio, “sino la de que la concesión del vuelo ha de hacerse por todos los propietarios del inmueble por ser aquél un elemento común del edificio”, y que el consentimiento tácito de los adquirentes de las viviendas no es suficiente».

Siempre se ha estudiado que el derecho de vuelo tiene dos fases: en la primera fase, el titular tiene derecho a construir una o más plantas dentro de las limitaciones urbanísticas o que le hayan concedido los demás titulares. En la segunda fase, el titular adquiere la propiedad de lo construido. Cuando se redacta la escritura no se está en la

primera fase del derecho; el mismo ya se ha ejercitado y, por lo tanto, la persona que ha adquirido la construcción en virtud de un título y modo que se especifica en la escritura, ha de declarar la edificación, y la declara con el consentimiento unánime de todos los demás titulares.

Debe quedar muy claro que, por lo tanto, nunca es preciso que conste inscrito el derecho de vuelo previamente, para poder declarar la existencia de la edificación que se derive de su ejercicio. La Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones de 12 de mayo y 21 de junio de 1994 en las que se planteó el ejercicio de una opción de compra derivada de un arrendamiento financiero «leasing», que no había sido inscrito, resolvió que la compraventa era inscribible: «La cuestión estriba ahora en dilucidar si es necesario que conste inscrito el contrato como un todo del que dimana la facultad de adquisición cuyo ejercicio puede determinar un acto inscribible en el Registro de la propiedad. Estimarla necesaria es la posición que sostiene el Registrador, pero llevada a sus últimas consecuencias esa tesis implicaría la necesidad de inscribir todo tipo de derecho de adquisición, ya sea legal o voluntario, ya de carácter real o personal, como condición indispensable para lograr, en el ejercicio de aquel derecho, la adquisición del bien inmueble y su posterior inscripción. Pero esto no ocurre así en los derechos de adquisición de carácter legal, como en los derivados de los arrendamientos urbanos y rústicos, en la que no es posible la inscripción (artículo 37.3.º L. H.), ni en los de origen voluntario como los retractos convencionales, ni en el mismo derecho de opción de carácter personal, en los que no es indispensable (artículos 1 y 2 L. H., Y 14 R. H.). Ni desde el punto de vista del transmitente ni desde el del adquirente se da esa necesidad. El adquirente es libre de acudir al Registro para lograr la máxima protección para su derecho de adquisición, pero, inscrito o no, cuando se verifica la adquisición ésta se conecta directamente con la inscripción del dominio del titular registral (en este caso la sociedad de leasing») que es el otorgante de la venta, cumpliéndose así lo que dispone el artículo 20.1 de la Ley Hipotecaria. Hay un enlace directo desde el vendedor al adquirente, sin que sea necesario un estado intermedio porque el comprador no se sucede a sí mismo, sino al titular registral que realiza la venta. Desde el punto de vista del transmitente se cumple, además, en vía formal uno de los fundamentos de tracto sucesivo, la protección del titular registral sin cuya voluntad real o legalmente suplida esa titularidad permanece incólume. Además, en ningún precepto se impone la previa inscripción del arrendamiento financiero para que la sociedad que otorgó éste pueda realizar ventas de bienes inmuebles que se deriven de ese arrendamiento».

En consecuencia y por todo lo argumentado, si no es precisa la previa inscripción del derecho de vuelo, si el mismo se ha podido ejercitar dando lugar a una ampliación de la edificación, y el nuevo elemento construido se ha transmitido a otra persona por herencia y así lo consienten o reconocen todos los propietarios involucrados, no existe ningún obstáculo a la inscripción de la nueva planta y la consiguiente reordenación de la propiedad horizontal.

2. Respecto al cuarto de los defectos señalados, esto es, que el artículo 2 de la propiedad horizontal no puede ser inscrito ya que no se determina cual es el método de cálculo para la fijación de las cuotas resultantes de dichos actos de modificación hipotecaria....«artículo 2.º El Titular, actual o futuro, de uno cualesquiera o varios de los elementos de la propiedad Horizontal podrá agregarlos, agruparlos –siempre que el elemento o elementos resultantes formen unidad horizontal–, dividirlos, subdividirlos, segregados, y realizar cualquier otra modificación similar, sumando o redistribuyendo las cuotas de los elementos afectados, sin necesidad de consentimiento ni de dar conocimiento a los demás titulares de los otros elementos de la propiedad horizontal; una vez realizada la operación, deberá, no obstante, comunicarla a los demás propietarios, a través del Presidente de la Comunidad, a efectos de expedición de los recibos de cuotas de comunidad». En cuanto a este defecto, el artículo debe ser admitido en su integridad en base a los artículos 9 de la LH y 5 de la Ley de propiedad Horizontal.

Partamos de algo evidente que parece que la Registradora no cae en la cuenta: la regla estatutaria no puede ser suspendida jamás en cuanto a las operaciones de agrupación o de agregación de fincas, porque se hace constar que, en ese caso, como no podría ser de otro modo, se opera «sumando las cuotas»; no existe otro método de cálculo de las nuevas cuotas que la suma de ellas.

Una vez aclarado lo evidente, planteemos qué sucede en los casos de división y segregación, porque ahí sí que en principio tendría sentido la doctrina de la Dirección General: según esta es necesario un criterio o sistema de cálculo de las nuevas cuotas. Y aquí es donde hay que interpretar a la Dirección General de los Registros y del Notariado porque está concluyendo que la cláusula es inscribible, pero como en ese caso «sería necesario al acuerdo de junta para su fijación, pierde su sentido dicha cláusula». Por lo tanto, la cláusula se inscribe, aunque luego se necesite el acuerdo de la Junta para la fijación de cuotas. Pero hay algo más: es que la Dirección General añade que «La determinación del sistema de cálculo es además una exigencia dimanante del principio de seguridad jurídica, que va a permitir tanto al registrador de la propiedad en sede de calificación registral, como al notario autorizante del título en el momento de su otorgamiento, establecer la adecuación de las cuotas al método de cálculo recogido en la norma estatutaria...»; pues bien, la seguridad jurídica podría alcanzarse solamente si la fijación lo fuera exclusivamente con un método matemático puro (ejemplo: proporcional a los metros cuadrados de superficie que consten en la escritura), pero si se usara el propio sistema que establece el mismísimo legislador en el artículo 5 de la Ley de propiedad Horizontal: «Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes» difícilmente una norma que admite tantas variantes permitirá «tanto al registrador de la propiedad en sede de calificación registral, como al notario autorizante del título en el momento de su otorgamiento, establecer la adecuación de las cuotas al método de cálculo...». Con esto, estamos dejando una puerta abierta a la arbitrariedad, prohibida por la Constitución española –artículo 9–.

Creo que el artículo 2 de los estatutos debe ser inscrito en su totalidad, y ello porque siempre queda a salvo lo que dispone en su inciso final la resolución «con independencia de la actuación que pueda acordarse por los órganos de la comunidad».

En cuanto al recurso que interpone contra la calificación sustitutoria de la registradora de la propiedad de Oropesa de Mar número 2, alega en esencia y síntesis lo siguiente:

1. Que se incumple la doctrina de la Dirección General en el sentido de que la calificación sustitutoria debe ser una verdadera calificación y no puede limitarse a confirmar en su totalidad la calificación desfavorable extendida por la registradora sustituida. Conforme la Resolución de 28 de febrero de 2008, la Dirección General de Registros y del Notariado, ha dicho que la calificación sustitutoria no puede ser entendida por el registrador sustituto como un simple trámite, que quepa despachar sin más, confirmando la calificación inicial, como sucede en este caso, ya que en ese supuesto se estaría produciendo un resultado contrario al deseado por la norma.

2. Que el plazo para resolver por parte de la registradora sustituta, en el caso de ser aplicable el plazo más breve de 10 días, conforme el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, no se ha cumplido. El 25 de noviembre se hizo la petición y el envío de la documentación íntegra fue el 5 de diciembre y, sin embargo, la registradora no califica hasta el 27 de diciembre, por lo que no ha cumplido el plazo.

V

Mediante escrito con fecha de 10 de febrero de 2020, la registradora de la propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el mismo día).

Fundamentos de Derecho

Vistos 396, 609, 1095, 1905, 1274, 1277 y siguientes del Código Civil, 3, 5, 7, 9 y 10 de la Ley sobre propiedad horizontal; 1, 2, 3, 9, 18, 19 bis, 20, 21, 36, 40, 79 y 322 a 328 de la Ley Hipotecaria; 7,16, 33 y 51 Reglamento Hipotecario; 6 del Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto; Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999 y de 30 de octubre de 2007; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de junio de 1987, 19 de enero, 12 de mayo y 21 de junio de 1994, 20 de febrero de 2003, 20 de abril y 13 de junio de 2.006, 13 de marzo de 2007, 28 de febrero, 17 de marzo y 22 de octubre de 2008, 2 de marzo, 10 de junio y 25 de septiembre de 2009, 23 de agosto y 9 de diciembre de 2011, 29 de mayo, 17 de julio y 17 de octubre de 2012, 1 de marzo y 2 de abril de 2013, 25 de febrero, 23 de abril, 7 de mayo, 28 de junio y 31 de julio de 2014, de 10 de marzo de 2016; 25 de mayo y 3 de diciembre de 2.015, 19 de febrero, 10 de marzo, 20 de abril y 30 de mayo, 4 de octubre y 2 de septiembre de 2016; 27 de abril y 13 de septiembre de 2017; 7 de marzo, 22 de mayo y 4 de octubre de 2018, 22 de abril y 22 de julio de 2019.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de declaración de obra nueva por antigüedad y modificación del régimen de propiedad horizontal, en la que concurren las circunstancias siguientes: intervienen en el otorgamiento los actuales titulares de los dos únicos elementos independientes de un edificio en régimen de propiedad horizontal y la propietaria de la nueva planta que se declara, que es la hija de un anterior titular registral de dicho edificio; manifiestan literalmente que «si bien el edificio era de dos plantas (baja y primera), desde hace más de 30 años, existe construida una planta más o planta segunda, propiedad de doña..., quien la adquirió por herencia no documentada de su padre don..., fallecido el día..., quien ejercitó un derecho de vuelo concedido a su favor por los propietarios (lo que se reconoce en la presente) por lo que dicha planta no consta registralmente»; en la escritura, se procede a declarar ampliación de la obra del edificio en lo que se refiere a la planta segunda, y, se modifica el régimen de propiedad horizontal con incorporación de la planta segunda dicha; en la determinación de los estatutos se expresa lo siguiente: «Régimen jurídico: la propiedad horizontal se regirá por la Ley de propiedad Horizontal, Código Civil y disposiciones complementarias, y por lo dispuesto en los siguientes estatutos...»; el artículo 2.º de los estatutos de la propiedad horizontal establece lo siguiente: «artículo 2.º El Titular, actual o futuro, de uno cualesquiera o varios de los elementos de la propiedad Horizontal podrá agregarlos, agruparlos –siempre que el elemento o elementos resultantes formen unidad horizontal–, dividirlos, subdividirlos, segregados, y realizar cualquier otra modificación similar, sumando o redistribuyendo las cuotas de los elementos afectados, sin necesidad de consentimiento ni de dar conocimiento a los demás titulares de los otros elementos de la propiedad Horizontal; una vez realizada la operación, deberá, no obstante, comunicarla a los demás propietarios, a través del Presidente de la Comunidad, a efectos de expedición de los recibos de cuotas de comunidad».

La registradora señala cuatro defectos, de los cuales se recurre el primero y el cuarto, que son los siguientes: que no existe el título traslativo en virtud del cual el derecho de vuelo que es un elemento común y que pertenecería a los actuales propietarios de los dos elementos de la propiedad horizontal, ha pasado a ser propiedad privativa de la propietaria de la planta segunda, la cual lo materializó según afirma mediante su ejercicio edificando una segunda planta; que el artículo 2 de la propiedad horizontal no puede ser inscrito ya que no se determina cuál es el método de cálculo para la fijación de las cuotas resultantes de dichos actos de modificación hipotecaria.

El notario recurrente alega lo siguiente en cuanto al primero de los defectos señalados: que no existe ningún reconocimiento de dominio sino que la interviniente, como heredera de su padre, es la dueña o titular de una planta más o planta segunda de

un edificio en régimen de propiedad horizontal, indicándose que dicha planta le pertenece por herencia no documentada de él -se indica así el título de adquisición que, además implica el carácter gratuito del mismo como causa-, y se hace constar el nombre del padre y la fecha de su fallecimiento, y, también se especifica que el padre fallecido había construido la segunda planta en virtud de un derecho de vuelo concedido a su favor por los propietarios; que todo ello era consentido o confirmado por todos los titulares registrales de la propiedad horizontal, que agotan el conjunto de intereses involucrados; que el origen de la planta segunda está en que una persona ejerció un derecho de vuelo que le concedieron o atribuyeron los propietarios, y ahora esa nueva planta que se construyó, y que existe extrarregistralmente, se ha transmitido por herencia a otra persona que la declara y la integra en el régimen de propiedad horizontal ya existente, y para ello cuenta con todos los titulares afectados de la propiedad horizontal; que la concesión del vuelo se ha hecho por todos los propietarios del inmueble por ser aquél un elemento común del edificio; que se han cumplido las dos fases del derecho de vuelo, esto es, que tiene derecho a construir una o más plantas dentro de las limitaciones urbanísticas o que le hayan concedido los demás titulares, y, que el titular adquiere la propiedad de lo construido; que por lo tanto, la persona que ha adquirido la construcción en virtud de un título y modo que se especifica en la escritura ha de declarar la edificación, y la declara con el consentimiento unánime de todos los demás titulares; en consecuencia, que no es precisa la previa inscripción del derecho de vuelo, que el mismo se ha podido ejercitar dando lugar a una ampliación de la edificación, y el nuevo elemento construido se ha transmitido a otra persona por herencia y así lo consienten o reconocen todos los propietarios involucrados. Y alega lo siguiente en cuanto al cuarto defecto señalado: que la cláusula es inscribible, pues el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal determina que para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes, aunque luego se necesite el acuerdo de la Junta para la fijación de cuotas.

2. Como cuestión previa, el notario recurrente ha planteado recurso, no sólo contra la calificación inicial sino también contra la calificación sustitutoria, y en él alega que no ha sido una verdadera calificación sustitutoria -por haberse limitado a confirmar la calificación inicial sin expresar ningún fundamento jurídico- y que no se ha respetado el plazo para la extensión de la misma.

En primer lugar, en cuanto al alcance y efectos de la calificación sustitutoria, es preciso aclarar que es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Por ello, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad -cfr. artículo 19 bis.5.ª, de la Ley Hipotecaria- (Resoluciones de 2 de marzo de 2009, 11 y 28 de junio de 2014, 25 de mayo de 2015, 10 de marzo y 20 de abril de 2016, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente).

La intervención del registrador sustituto se limita a confirmar o revocar la nota de calificación y en este último caso y si la revocación es total, debe acompañar el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse el asiento (cfr. artículo 19 bis 3.ª de la Ley Hipotecaria).

La opción del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria en su párrafo cuarto se concede a los interesados en dos supuestos: en primer lugar, cuando el registrador no haya calificado dentro de plazo, en que lógicamente no cabe recurso contra una calificación no realizada, y, en segundo lugar, cuando el interesado opte por el cuadro de sustituciones ante una calificación registral negativa. El interesado «podrá recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o bien instar la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 de la Ley». Tanto el citado artículo 19 bis, como el artículo 6 del Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto, señalan que éstos podrán solicitar la intervención del registrador sustituto mediante la aportación a éste del testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria o de su original que tendrá derecho a retirar del registro donde se hubiera presentado.

El párrafo 2 del apartado 5 del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria dispone que: «En la calificación el Registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el sustituido y respecto de los que los interesados hubieran motivado su discrepancia en el escrito en el que solicita su intervención», aun cuando se utilice el termino motivar si entendemos, conforme a lo expuesto anteriormente, que la calificación sustitutoria no es un recurso sino una segunda calificación, el significado de dicho término debe interpretarse en el sentido de que los interesados deberán manifestar respecto a cuales de los defectos de los contenidos en la nota de calificación deberá pronunciarse el registrador sustituto, máxime cuando la calificación sustitutoria deberá ajustarse a los defectos observados en la nota de calificación del registrador sustituido. Si el desacuerdo es respecto a la total nota de calificación debe bastar para ello con expresar genéricamente dicha discrepancia.

De ello se desprende que, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de subsanación de los defectos o en su caso para que pueda proceder a la interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante esta Dirección General, el cual deberá limitarse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad –cfr. artículo 19 bis, 5.ª, de la Ley Hipotecaria– (Resoluciones de 28 de junio de 2014, 19 de febrero y 30 de mayo de 2016, 4 de octubre de 2018, 22 de abril y 22 de julio de 2019).

En el presente caso la registradora sustituta ha confirmado la calificación de la registradora sustituida por lo que aun cuando se interpone un recurso también contra la calificación sustitutoria, la presente resolución, conforme al precepto legal señalado, debe limitarse a revisar la calificación de la registradora sustituida, única legalmente recurrible.

En cuanto al cumplimiento del plazo para extender la calificación sustitutoria, el registrador sustituto está sometido a las mismas obligaciones, en cuanto a plazo para calificar, que el sustituido. De conformidad con el número 3 del artículo 19 de la Ley Hipotecaria, se contempla un plazo de diez días en el caso de calificación positiva, y en el número 5 del mismo artículo, relativo a la confirmación de una calificación negativa, establece como límite, «sin que pueda excederse el plazo de calificación», lo que lleva al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que señala el plazo general de quince días, que en el caso concreto se ha cumplido.

Por último, respecto de la alegación del recurrente sobre la falta de motivación de la calificación sustitutoria, es cierto que según doctrina reiterada de este Centro Directivo calificación sustitutoria, como tal, debe cumplir todos y cada uno de los requisitos de fondo y forma establecidos en la legislación hipotecaria, bien que limitada a los defectos señalados por el registrador sustituido (cfr., por todas, las Resoluciones de 17 de marzo y 22 de octubre de 2008 y 2 de marzo de 2009), si bien las reclamaciones sobre tal

extremo tienen su propia vía en el recurso de queja y no en el presente contra la calificación denegatoria de la registradora sustituida (artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

3. Entrando en las cuestiones sustantivas de este expediente, el recurso se ha interpuesto en primer lugar contra el primero de los defectos señalados, esto es, que no existe el título traslativo en virtud del cual el derecho de vuelo que es un elemento común y que pertenecería a los actuales propietarios de los dos elementos de la propiedad horizontal, ha pasado a ser propiedad privativa de la propietaria de la planta segunda, la cual lo materializó mediante su ejercicio edificando una segunda planta. El recurrente alega en esencia que no existe ningún reconocimiento de dominio sino que dicha planta le pertenece por herencia y que la concesión del vuelo se ha hecho por todos los propietarios del inmueble por ser aquél un elemento común del edificio; que se declara como obra nueva por antigüedad, siendo todo ello consentido por todos los titulares registrales de la propiedad horizontal; que por lo tanto, no es precisa la previa inscripción del derecho de vuelo, ya que el mismo se ha podido ejercitar dando lugar a una ampliación de la edificación, y el nuevo elemento construido se ha transmitido a otra persona por herencia y así lo consienten o reconocen todos los propietarios involucrados.

Como recapitulación de los numerosos argumentos y motivaciones de la calificación y del escrito de interposición, en definitiva, lo que se discute es si existe un título traslativo por el que el derecho de vuelo haya pasado a la propietaria de la segunda planta. La registradora señala que no lo hay y que se produce un reconocimiento de propiedad, que no resulta suficiente para la inscripción en el Registro, y el notario alega que, en la escritura, no hay tal reconocimiento sino una atribución de propiedad que recoge los requisitos necesarios para reunir el título y el modo. Ciertamente, en la escritura se expresa y corrobora por la totalidad de los propietarios que la interviniente, como heredera de su padre, es la dueña o titular de la planta segunda del edificio en régimen de propiedad horizontal; se manifiesta que dicha planta le pertenece por herencia no documentada de su padre, cuyo nombre y fecha de fallecimiento se indica; también se especifica que el padre fallecido había construido la segunda planta en virtud de un derecho de vuelo concedido a su favor por los propietarios; que todo ello era consentido o confirmado, por todos los titulares registrales de la propiedad horizontal que agotan el conjunto de intereses involucrados; que el origen de la planta segunda está en que una persona ejercitó un derecho de vuelo que le concedieron o atribuyeron los propietarios, y ahora esa nueva planta que se construyó y ha existido extrarregistralmente, se ha transmitido por herencia a otra persona que la declara y la integra en el régimen de propiedad horizontal ya existente, y para ello cuenta con todos los titulares afectados de la propiedad horizontal; que la concesión del vuelo se ha hecho por todos los propietarios del inmueble por ser aquél un elemento común del edificio. La conclusión a la que llega el recurrente es que, por lo tanto, la persona que ha adquirido la construcción en virtud de un título y modo que se especifica en la escritura, ha de declarar la edificación, y la declara con el consentimiento unánime de todos los demás titulares. Pero también, ciertamente, lo que no consta en la escritura es la acreditación del acto de atribución o cesión hecha por los propietarios a la persona que ahora declara la obra nueva por antigüedad. Se expresa que en su día -indeterminado- fue concedido el derecho de vuelo al padre fallecido, pero no se acredita.

La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 22 de mayo de 2018, que recogen tanto la registradora en su calificación -para distinguirla del supuesto calificado- como el notario recurrente en su escrito de interposición -como argumento-, trató un supuesto semejante pero que, por distintas circunstancias, hay que diferenciar del presente.

Afirma la Dirección General lo siguiente: «Así entendida la cuestión se centra en determinar si dicho título está debidamente expresado en el documento presentado a inscripción de modo que la que se practique recoja adecuadamente el conjunto de elementos del negocio jurídico llevado a cabo por los titulares registrales. Y lo cierto es que es así pues, sin perjuicio de que hubiera sido deseable una mayor precisión técnico

jurídica en el documento, de su conjunto resulta que los titulares registrales de la propiedad horizontal, que agotan el conjunto de intereses involucrados, "atribuyen" a uno de ellos, a título gratuito, el ejercicio de la facultad de edificar sobre un elemento común que se concreta adecuadamente, facultad que se ejercita en el mismo acto y que da lugar a la declaración de la obra nueva terminada.

Resulta en definitiva el consentimiento para que la facultad de edificación inherente al dominio se ejercite por uno sólo de los titulares, se concreta en el mismo acto el resultado del ejercicio y se expresa su causa gratuita. De aquí que, sin necesidad de entrar en la polémica sobre si tal facultad es encuadrable o no en la categoría del derecho de vuelo, es indudable que del título resulta un título material suficiente para el ejercicio de la facultad de edificación, para la atribución del resultado al titular que la ha llevado a cabo y para la práctica de la oportuna inscripción que así lo publicará frente a todos (vid. Resolución de 20 de abril de 2006). Lo anterior se completa con la oportuna modificación del régimen de propiedad horizontal, con la creación de un nuevo elemento independiente cuya titularidad se atribuye al autor de la edificación y con la alteración de los preexistentes, en cuanto a su cuota de participación, dejando incólume el resto del régimen pactado en su día. Cuestión distinta habría sido el supuesto en el que se hubiera atribuido el derecho a edificar en el futuro sobre parte de un elemento común a uno de los cotitulares del régimen de propiedad horizontal y a hacer suyo lo edificado, supuesto en el que habría sido preciso determinar adecuadamente el título material que así lo permitiese, así como los efectos de su ejercicio (vid. Resoluciones de 5 de febrero de 1986 y 21 de noviembre de 2011)».

Pues bien, en la citada Resolución, se entendió que, en la misma escritura, suficientemente acreditado, se hacía una donación o cesión gratuita del derecho a edificar sobre el elemento común realizada por todos los titulares de los elementos privativos de la propiedad horizontal, y por ello se consideró que había título material y formal suficiente.

4. Por otra parte, según resulta de reiterada doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado (Vistos), constituye una exigencia de nuestra legislación (cfr. artículos 20, 40 y 79 de la Ley Hipotecaria) que la modificación de los asientos del Registro cuente con la conformidad de sus titulares, formalizado en uno de aquellos documentos que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria determina, a menos que haya recaído una sentencia judicial firme dictada en un procedimiento en el que aquéllos hayan sido debidamente emplazados.

Por ello, para que tenga acceso registral cualquier modificación, objetiva o subjetiva, que afecte a una finca inscrita, es condición necesaria -y no siempre suficiente, si de tal alteración o rectificación pudieren resultar afectados terceros- que conste en instrumento público el consentimiento de los titulares registrales -lo que aquí ocurre-, consentimiento que ha de venir articulado, en su caso, en un título material idóneo, salvo que haya recaído la correspondiente sentencia judicial -dictada en un proceso del que aquéllos hayan sido parte- en que así se ordene (vid Resoluciones de 10 de junio de 2009, 23 de agosto de 2011, 29 de mayo de 2012 y 2 de abril de 2013, citadas en los precedentes «vistos»).

En el supuesto presente, en la escritura únicamente se realiza por los titulares de los elementos privativos una manifestación y exposición de hechos en los que se manifiesta que desde hace más de treinta años existe construida una segunda planta sobre el edificio y que dicha planta la construyó la interviniente. Aunque reúne el consentimiento de todos los interesados, el título no es idóneo pues no contiene una cesión de derecho de vuelo sino una adquisición por usucapión, que a la registradora no corresponde apreciar. Además, de acuerdo con esta manifestación, como señala la registradora, hay una contradicción en cuanto a los hechos relatados, ya que, por un lado, reconocen que ha adquirido dicha planta en ejercicio de un derecho de vuelo concedido a su favor por los propietarios -conforme el historial registral, alguno de ellos no existía en ese tiempo- y por otro lado se reconoce que adquirió dicha planta por herencia de su padre no documentada. Esto es la consecuencia de la falta de un título material e idóneo de la

referida adquisición (como afirma la registradora en su calificación falta una escritura de adición de herencia otorgada por todos los interesados en la sucesión del causante y por los actuales titulares de los elementos independientes en la que se recoja la constitución de dicho derecho de vuelo y su adjudicación por título de herencia), por lo que no puede más que exigirse este título, bien en la misma escritura, lo que no se ha producido, o bien en otra, que no se ha acreditado. En consecuencia, debe confirmarse este defecto señalado.

5. El cuarto de los defectos señalados, es que el artículo 2 de los estatutos de la propiedad horizontal no puede ser inscrito ya que no se determina cual es el método de cálculo para la fijación de las cuotas resultantes de dichos actos de modificación hipotecaria. El artículo 2.º de los estatutos de la propiedad horizontal establece lo siguiente: “artículo 2.º.–El Titular, actual o futuro, de uno cualesquiera o varios de los elementos de la propiedad Horizontal podrá agregarlos, agruparlos -siempre que el elemento o elementos resultantes formen unidad horizontal-, dividirlos, subdividirlos, segregados, y realizar cualquier otra modificación similar, sumando o redistribuyendo las cuotas de los elementos afectados, sin necesidad de consentimiento ni de dar conocimiento a los demás titulares de los otros elementos de la propiedad Horizontal; una vez realizada la operación, deberá, no obstante, comunicarla a los demás propietarios, a través del Presidente de la Comunidad, a efectos de expedición de los recibos de cuotas de comunidad”. Previamente, en la determinación de los estatutos se expresa lo siguiente: «Régimen jurídico: la propiedad horizontal se regirá por la Ley de propiedad Horizontal, Código Civil y disposiciones complementarias, y por lo dispuesto en los siguientes estatutos...».

La registradora ha señalado que no se determina el método de cálculo para la fijación de las cuotas. El recurrente alega que el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal determina que para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes, aunque luego se necesite el acuerdo de la Junta para la fijación de cuotas y que por tanto, la ley ya lo señala y todo dependerá del acuerdo de aprobación posterior de la junta.

La Dirección General de Registros y del Notariado, en Resolución de 7 de mayo de 2014, tras la reforma operada en la Ley sobre propiedad horizontal, resolvió sobre la validez de las cláusulas estatutarias por las que se permite la división, segregación, agrupación o agregación de elementos privativos sin necesidad de consentimiento de la junta de propietarios, entonces admitida por el Tribunal Supremo, como pusieron de relieve las Sentencias de 15 de noviembre de 2010 y 25 de febrero de 2013, en cuales se consideraba, además, que con la autorización estatutaria para dividir, segregar o agrupar las fincas por el propietario de las mismas sin el consentimiento de la comunidad de propietarios, implícitamente se estaba autorizando la apertura de una salida de la finca matriz si el local carecía de ella. Aclaró si la referida doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo debía seguir manteniéndose después de las modificaciones llevadas a cabo en la Ley sobre propiedad horizontal por la disposición final primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que entró en vigor el día el 28 de junio de 2013. En la citada Resolución de 7 de mayo de 2014, tras admitir la validez de esas cláusulas, puso de relieve que, «en relación con la determinación de las cuotas que correspondan a cada uno de los nuevos elementos resultantes de las referidas operaciones de modificación de los elementos privativos, baste decir que el acuerdo será inevitable en aquellos casos en los que no se establezca en la cláusula estatutaria el método de cálculo para la fijación de dichas cuotas, circunstancia que por sí sola constituiría un obstáculo para el acceso al Registro de la propiedad de la cláusula exoneradora, dado que sería necesario en todo caso al acuerdo de junta para su fijación, perdiendo su sentido dicha cláusula. La determinación del sistema de cálculo es además una exigencia dimanante del principio de seguridad jurídica, que va a permitir tanto al

registrador de la propiedad en sede de calificación registral, como al notario autorizante del título en el momento de su otorgamiento, establecer la adecuación de las cuotas al método de cálculo recogido en la norma estatutaria, con independencia de la actuación que pueda acordarse por los órganos de la comunidad conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 10.3.b de la Ley sobre propiedad Horizontal caso de producirse algún tipo de discrepancia».

En definitiva, la no inclusión del método de cálculo en la cláusula estatutaria de la propiedad horizontal, si bien no la invalida, impide su acceso al Registro, ya que la necesidad de un acuerdo posterior de la junta le priva de los efectos reales de la exoneración frente a terceros.

Alega el notario recurrente que el método de cálculo es la operación matemática sobre las cuotas –«sumando»–.

En este punto hay que diferenciar lo que es el método de cálculo y las operaciones matemáticas del cálculo. Son numerosos los métodos de cálculo: de morbilidad, de consumo, de exactitud bien sea mediante logaritmos, integrales o diferenciales, matrices, determinantes, entre otros matemáticos; y ya referidos a los contenidos en la Ley sobre propiedad horizontal, entre las variables y métodos de cálculo que se recogen, están el de la proporción de la superficie de reparto, bien sea en metros útiles o en metros construidos, la calidad de construcción, situación en el edificio, ventanas al exterior, luces, vistas, acceso a ascensores u otros elementos comunes... que en cualquier caso determinan las ecuaciones para los cálculos que se habrán de realizar –método– para la consecución de las cuotas de participación.

Por otro lado, están las operaciones matemáticas que son la suma, resta, multiplicación, división, obtención de raíces cuadradas, y elevación a potencias, destinadas a resolver las ecuaciones que el método determina.

El artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal indica algunos elementos de «método»: si es local o vivienda, ubicación, acceso al portal, utilización de elementos comunes, superficie útil o construida, instalaciones y servicios, salida de humos, salida a elementos comunes o a vía pública...

En el presente supuesto, no se ha incluido en el artículo correspondiente de los estatutos el método de cálculo para la fijación de las cuotas resultantes de dichos actos de modificación hipotecaria. En consecuencia, debe también confirmarse este defecto señalado.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, 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, 3 de junio de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago