

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

23690 *Resolución de 25 de octubre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Utrera n.º 2 a inscribir una escritura de constitución de un derecho de superficie.*

En el recurso interpuesto por doña Monserrat Álvarez Sánchez, notaria de Sevilla, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Utrera número 2, doña María de los Reyes Muñiz Grijalvo, a inscribir una escritura de constitución de un derecho de superficie.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 1 de marzo de 2023 por la notaria de Sevilla, doña Monserrat Álvarez Sánchez, con el número 496 de protocolo, doña M. C. G. T. constituyó, sobre parte de la finca registral número 26.926 de Lebrija, un derecho de superficie sobre 5.675,75 metros cuadrados, «en la que se ha construido el centro de seccionamiento 132 kV (...) y el vial de acceso a dicha instalación. El derecho de superficie, y su uso, tiene por objeto los terrenos en los que se ha construido para el establecimiento y explotación del Centro de Seccionamiento 132 kV (...) y vial de acceso a éste».

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Utrera número 2, fue objeto, con fecha 19 de abril de 2023, de nota de calificación por que la se suspendía la inscripción.

Presentada nuevamente la citada escritura, en unión de diligencia de subsanación, de fecha 27 de junio de 2023 de los defectos inicialmente advertidos en nota de calificación de fecha 19 de abril de 2023, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Ref. 14.

Reyes Muñiz Grijalvo, registradora de la Propiedad del distrito hipotecario de Utrera número dos, Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Andalucía, con arreglo a lo dispuesto en el art 18 de la Ley Hipotecaria y art 100 de su Reglamento he resuelto suspender la inscripción en base a la siguiente

Calificación del siguiente documento: escritura otorgada en Sevilla el 1 de marzo de 2023 por la Notaria Doña Monserrat Álvarez Sánchez, protocolo 496/2023, que causó el asiento de presentación 1158 del Diario 64, que se presentó el 1 de marzo de 2023, a las trece horas y dos minutos, y por la que Doña M. C. G. T., constituye sobre parte de la finca registral 26.626 [sic] de Lebrija, un derecho de superficie sobre 5.675'75 m², (parcela catastral 25 del polígono 11 de Lebrija), y con Referencia catastral 41053A011000250000YG, en la que se ha construido el centro de seccionamiento 132 kV (...) en las coordenadas UTM ERT89 (huso30) siguientes: (...) y el vial de acceso a dicha instalación. El derecho de superficie, tiene por objeto los terrenos en los que se ha construido para el establecimiento y explotación del Centro de Seccionamiento 132 kV (...) y vial de acceso a éste.

Con fecha 19 de abril de 2023 fue suspendida la inscripción que se interesa en el mismo por los defectos que constan en la nota de calificación por mi emitida, la cual se adjunta, quedando prorrogado su plazo de vigencia de conformidad con el art 323 de la LH, siendo notificada dicha inscripción al presentante y al notario autorizante.

Con fecha 27 de junio de 2023 se recibe telemáticamente diligencia de subsanación de fecha igual fecha.

Hechos.

El documento antes mencionado fue objeto de calificación por la Registradora que suscribe con fecha 19 de abril de 2023, suspendiéndose su inscripción por las causas que constan en dicha calificación y que ahora se acompaña, y en la que además de otras consideraciones a las que se hizo referencia en la misma, la carencia fundamental (...) es que no consta en este Registro de la Propiedad de Utrera número 2 la declaración de la obra nueva (instalación) de un Centro de Seccionamiento 132 Kv (...) y el vial de acceso a esta instalación, que es el objeto propio del derecho de superficie que se constituye y cuya inscripción se solicita.

Con fecha 27 de junio de 2023 se presenta telemáticamente en este Registro testimonio expedido por la notaria autorizante de la escritura calificada, de la diligencia de subsanación en la que se dice “La pongo yo, Montserrat Álvarez Sánchez, Notario de Sevilla y del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, a veintisiete de junio de dos mil veintitrés, referida a la escritura que precede, número 496 de mi protocolo del año dos mil veinte tres, y en virtud de la nota de calificación del Registro dos de Utrera de fecha 19 de abril del corriente, para hacer constar Primero.–Se aclara la parte expositiva II.–y III: – Al hacer constar que Parque Eólico Loma de los Pinos, S.L. en virtud del contrato de fecha 14 de diciembre de 2022, ha construido sobre una superficie de 5.675,75 m² en la parcela 25 del polígono 11 con referencia catastral 41053A011000250000YG perteneciente a la finca registral, el centro de seccionamiento (...) 132 kV, en las coordenadas UTM ERT89 (huso30) siguientes: (...) y vial de acceso a éste conforme al Proyecto realizado por D. D. V. M. visado N.º6254/2022-A00 de fecha 28/07/2022 por el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Sevilla, habiendo sido transmitido a Edistribución Redes Digitales, S.L.U. para su operación y explotación por contrato de cesión de instalaciones de fecha 14 de diciembre de 2022. – Se aclara que dichas construcciones se ha llevado a cabo por Parque Eólico Loma de los Pinos, S.L. no en su condición de arrendataria... sino en virtud del citado contrato de fecha 14 de diciembre de 2002 firmado con la propietaria Doña M. C. G. T. y contrato de la misma fecha en virtud del cual Parque Eólico Loma de los Pinos, SL, cede dichas instalaciones a Edistribución Redes Digitales, S.L.U. para su operación y explotación. – Quedando por tanto con la siguiente redacción: – (...) II.–Parque Eólico Loma de los Pinos, S.L. en virtud de contrato de instalaciones de fecha 14 de diciembre de 2022 (...). – (...) III.–(...) Habiendo sido transmitida a Edistribución Redes Digitales, S.L.U. para su operación y explotación mediante un contrato de cesión de instalaciones de fecha 14 de diciembre de 2022. (...). Segundo.–Se aclara la parte dispositiva “características y contenido del derecho de superficie” la redacción del siguiente párrafo: – (...) El derecho de superficie aquí constituido se establece en favor de Edistribución Redes Digitales, S.L. – Unipersonal– que será por lo tanto la superficiaria, y comprende un terreno, con una superficie de 5.675,75 m², y sobre el que se ha construido el Centro de seccionamiento 132 kV (...) y el vial de acceso a éste tal y como aparecen delimitados en el plano unido a la presente, e incluye aquellas líneas y equipos de telecomunicaciones que por ella puedan transcurrir, tanto si lo son para el servicio de la autoprestación de la explotación eléctrica, como para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. y cuyas características los señores comparecientes manifiestan que conocen y aceptan... –Valoran el derecho de superficie en la cantidad de trescientos cuarenta y siete mil trescientos cincuenta y cinco euros con noventa céntimos (347.355,90 €). El citado importe –más el importe del Impuesto del Valor añadido que devenga esta operación, que asciende a setenta y dos mil novecientos

cuarenta y cuatro euros y setenta y cuatro céntimos (€ 72.944,74),–, ha sido abonado por Parque Eólico Loma de los Pinos, S.L. a la Propiedad mediante transferencia bancaria con cargo a la cuenta (...) a la cuenta de destino (...), de la que es titular Doña M. C. G. T., según consulta de movimientos que se aporta como documento unido, a requerimiento de las partes. – Dicho pago se ha realizado por Parque Eólico Loma de los Pinos, S.L. en virtud de los acuerdos establecidos por las partes comparecientes en el citado contrato de cesión de instalaciones de fecha 14 de diciembre de 2022 (...). Cuarto Aceptación e inscripción: Los comparecientes aceptan esta escritura y sus efectos y solicitan la inscripción del derecho de superficie y la servidumbre aquí constituida en el Registro de la Propiedad pertinente. Y no teniendo nada más que hacer constar, de conformidad al artículo 153 del Reglamento Notarial se subsana la escritura que precede, solicitando del encargado del Registro competente así lo haga constar en los libros de su cargo.

Con dicha diligencia de subsanación, hecha de conformidad al artículo 153 del Reglamento Notarial, se subsana el defecto que se hizo constar en la calificación del documento en el que se solicitaba que se expresase la causa del pago del derecho de superficie a Doña M. C. F. T. [sic] de 347355,90 euros por parte de Parque Eólico Loma de los Pinos SL y no por la superficiaria que es Distribución de Redes Digitales SL Unipersonal y que resultan del contrato de cesión de “instalaciones” contemplado en el contrato de fecha 14 de diciembre de 2022 cuyo original deberá presentarse junto con la diligencia de subsanación que ahora se está calificando.

Pero, por contra, no sólo no queda subsanado el defecto señalado en la nota de calificación de referencia, sino que se vuelve a afirmar con mayor claridad que dicha obra (Instalación) está construida sino que el derecho de superficie. se constituye sobre la misma.

Se mantiene por parte de esta Registradora la necesidad de declarar dicha obra o instalación (que indudablemente las partes reconocen construida) para cumplir el requisito de tracto sucesivo que impera en nuestro procedimiento registral (art 20 LH).

Indudablemente que el derecho de superficie constituido lo podría haber sido sobre el suelo (para después construir), o bien señalando como deberían ser las características de dichas construcciones, o bien (como permite el art 53 de RD Legislativo 7/2015) sobre una construcción ya existente.

Doña Montserrat Álvarez, en su diligencia de subsanación, reconoce que la construcción existe. Pero no registralmente sino en la realidad extra registral. Sobre la finca registral 26626 [sic] de Lebrija sólo existe inscrita una superficie de terreno de secano, labor y dehesa. Dicho de otra manera, no consta inscrita la construcción (instalación) sobre la que se constituye el derecho de superficie.

En consecuencia de todo lo anterior, se mantiene la nota de calificación de fecha 19 de abril de los presentes en tanto no se proceda a declarar la obra o instalación sobre la que constituir el derecho de superficie.

Se podrá proceder a declarar la misma por parte de la entidad Parque Eólico las Lomas SL tomando su legitimidad del contrato de cesión de fecha 14 de diciembre de 2022 en el que la titular de la finca, Doña M. C. G. T., el autorizaba expresamente.

Por último se acompaña en formato electrónico (pen) con lo que parece un archivo GML de la superficie ocupada por el derecho de superficie. Sin embargo, no reúne los requisitos de la Resolución Conjunta Catastro-DGSJFP de 26 de octubre de 2015, que establece:... “2.5 La aportación de las coordenadas de la servidumbre o derecho de superficie ha de hacerse en formato GML u otro tratable por la aplicación gráfica registral. La propia DG reconoce que, aunque la resolución conjunta con el Catastro sólo impone la exigencia del formato GML para las coordenadas de las fincas, y no para las edificaciones o gravámenes sobre tales fincas, es imposible que la calificación registral pueda comprobar que las coordenadas de tales edificaciones o gravámenes se ubiquen dentro de la finca si tales coordenadas no se aportan en formato tratable (procesable) por la aplicación gráfica registral. Y tal formato es, precisamente, el GML, y otro alternativo que permita generar al registrador el correspondiente GML. Así, por ejemplo,

en la primera resolución conjunta DGRN+DGC ya se dice que ‘con el fin de evitar errores materiales en la captura y tratamiento de datos a efectos de inscripción, los documentos electrónicos que se presenten telemáticamente en los Registros de la Propiedad conforme a la Ley Hipotecaria deberán permitir, en todo caso, las funciones de selección y copiado de su contenido, y en particular de las referencias catastrales, códigos seguros de verificación y listados de coordenadas...’

Por todo ello, la DGRN/DGSJ, aunque en alguna ocasión no respetó este principio básico y dijo que “será igualmente válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las concretas coordenadas de dicha finca”, luego matizó o corrigió esta afirmación diciendo que el formato aportado ha de permitir en todo caso su tratamiento y la remisión de la información al Catastro en los términos previstos en el punto sexto de la Resolución conjunta Catastro-Dirección General de los Registros de 26-10-2015. (R. 10-4- 2018, R. 8-10-2021 y R. 8-11-2021).

Por ello, resuelvo suspender la inscripción solicitada en el precedente documento.

De conformidad con el artículo 323 del Reglamento Hipotecario el asiento de presentación arriba indicado que ha causado el precedente documento queda prorrogado automáticamente por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la notificación de la presente calificación.

De conformidad con el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria (...)

Utrera, a 18 de julio de 2023. La Registradora, Reyes Muñoz Grijalvo.

– Anexo 1. Nota de calificación emitida con fecha 19 de abril de 2023.
Registro de la Propiedad número dos de Utrera.

“Previo examen del precedente documento, escritura otorgada en Sevilla el 1 de marzo de 2023 por la Notaria Doña Monserrat Álvarez Sánchez, protocolo 496/2023, que causó el asiento de presentación 1158 del Diario 64, que se presentó el 1 de marzo de 2023, a las trece horas y dos minutos, y por la que Doña M. C. G. T., constituye sobre parte de la finca registral 26.626 de Lebrija, un derecho de superficie sobre 5.675'75 m², (parcela catastral 25 del polígono 11 de Lebrija), y con Referencia catastral 41053A011000250000YG, en la que se ha construido el centro de seccionamiento 132 kV (...) en las coordenadas UTM ERT89 (huso30) siguientes: (...) y el vial de acceso a dicha instalación. El derecho de superficie, tiene por objeto los terrenos en los que se ha construido para el establecimiento y explotación del Centro de Seccionamiento 132 kV (...) y vial de acceso a éste.

Resultando: Que en la misma estipulación primera, al tratar las características y el contenido del derecho de superficie que se constituye, dice que el derecho de superficie constituido se establece en favor de Edistribución Redes Digitales, S.L. –Unipersonal– que será por lo tanto la superficiaria, y comprende el derecho a construir en el terreno, sobre la superficie de 5.675,75 m², el Centro de seccionamiento 132 kV (...) y el vial de acceso a éste tal y como aparecen delimitados en el plano unido a la presente, e incluye aquellas líneas y equipos de telecomunicaciones que por ella puedan transcurrir, tanto si lo son para el servicio de la auto prestación de la explotación eléctrica, como para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Por otra parte, en el Expositivo III, Parque Eólico Loma de los Pinos, S.L., arrendataria de la finca, en virtud de contrato de arrendamiento suscrito el 14 de diciembre de 2022, ha construido sobre las referencias catastrales 41053A011000220000YA perteneciente al Polígono 11 parcela 22; 41053A011000240000YY perteneciente al polígono 11 parcela 24 y Referencia Catastral 41053A011000250000YG perteneciente al Polígono 11 parcela 25 compartidas por las fincas descritas en el exponen I, sobre una superficie total de 28.542 m² parte de la Línea Área de Alta Tensión 132 kV D/C entrada y salida en la SET (...) desde la línea 132 kV simple circuito ‘(...)’ conforme al proyecto visado n.º 0828/2021-A00, de fecha 22/02/2021 por el Colegio Oficial de Graduados e Ingenieros Técnicos Industriales

de Sevilla, complementado, tras la ejecución del citado proyecto, por la Adenda de Proyecto: 'Línea Aérea 132 kV Doble Circuito de Evacuación Parque Eóica (...)' con visado n.º 0828/2021-A01, de fecha 04/07/2022. Habiendo sido transmitida a Edistribución Redes Digitales, S.L.U. para su operación y explotación habiendo sido cedida mediante contrato de cesión de fecha 14 de diciembre de 2022.

Por último hay que destacar, que se manifiesta en el otorgamiento primero de la escritura cuya inscripción se solicita, que se incorpora para su adecuada identificación del derecho de superficie que sobre 5.675'75 m² que se constituye un plano con la identificación de las coordenadas UTM ERT89 en fichero GML, sin que se haya incorporado el mismo y solo un plano de la instalación centro de seccionamiento 132 Kv en X-Y. Y el pago del precio del derecho de superficie construido, esto es, de 347.355'90 euros, más IVA de 72.944'74 euros ha sido abonado a Doña M. C. G. T., propietaria del terreno, no por la superficiaria, sino por la arrendataria de la finca, esto es, Parque Eólico Loma de los Pinos, S.L.

Fundamentos de Derecho:

Vistos los artículos 21 de L.H, 9.1 y 51.2 de R.H.; artículos 53 y 54 del R.D. legislativo 7/2015 de 30 de octubre; las Resoluciones de la DGSJ y FP de 21 de junio de 2022, y 28 noviembre de 2019, así como [sic] la Resolución de 26 de octubre de 2015; Vistos el art. 98 de la Ley 24/2001 y los artículos 1273 y 1447 del C.C. y art. 7 de la instrucción Conjunta de la DG del Catastro y DGSJ y FP, de 26 de octubre de 2015; y art. 202 de la L.H. y art. 20 de L.H, art. 45 y 55 del R.D. 1093/97 de 4 de Julio,

Resuelvo: Que es totalmente cierto que el derecho de superficie es aquel en cuya virtud el propietario de una finca, o parte de finca, la cede, constituyendo una propiedad separada a otra para que en ella construya obras o instalaciones o plantaciones, haciendo suyo el resultado de las mismas, y esto, con naturaleza real. También según reconoce el art. 53 del R.D. legislativo 7/2015, puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o en nuestro caso instalaciones, ya realizadas. En la escritura que tratamos, y como ha quedado expuesto en los hechos de esta calificación, se dice una cosa contraria. Es decir, Doña M. C. G. T. le concede a la sociedad superficiaria el derecho a construir sobre 5.675'75 m² de la finca registral 26.926 de Lebrija, el Centro de Seccionamiento 132 KV (...), lo cual sería una constitución de derecho real de superficie perfectamente inscribible si no fuera porque en los expositivos anteriores, concretamente el número III se dice literalmente, que la construcción está terminada, realizada por el arrendatario, Parque Eólico Loma de los Pinos, S.L., y que no ha tenido acceso al Registro mediante la declaración de obra nueva correspondiente y con los requisitos exigidos de proyecto y licencia municipal y certificación del autor del proyecto, así como las coordenadas de la superficie ocupada por la edificación, (art. 202 de L.H.) cosa que si se incorpora esta última, a la escritura calificada.

En definitiva, o se constituye el derecho de superficie sobre una obra o instalación que previa o simultáneamente [sic] se declare e inscriba en la finca en cuestión como requisito registral previo, art. 20 L.H.) o bien se constituye sobre un terreno sin construcción previa alguna, estableciéndose las características que deba reunir esa construcción futura. Dicha declaración de obra, en todo caso, deberá hacerlo el titular registral de la finca. En segundo lugar, si bien es cierto que, y así lo reconoce la DGRSJ y FP, de 28 de noviembre de 2019, se puede constituir el derecho de superficie sobre parte de una finca, como en nuestro caso. Esta parte, cuya segregación no se hace necesaria, si debe quedar perfectamente identificada. Se incorporan las coordenadas UTM del perímetro, pero se hace necesario para su perfecta transposición a la finca, que venga en formato GML. Se dice que se incorpora como anexo, pero puede ser que en la copia presentada no se haya hecho.

Y por último, el derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito, en el primer caso (que parece ser el nuestro), la contraprestación puede consistir en el pago de una suma alzada o en un canon. Así recibe la superficiante la cantidad de 347.355'90 euros más IVA, pero no es abonado por la superficiante, sino por la titular

de un derecho de arrendamiento que tiene en la finca Parque Eólico Loma de los Pinos, S.L., y según se dice fue la que construyó el Centro de Seccionamiento, para cuya declaración de obra no estaba legitimado en el contrato de arrendamiento. Parece que se está cediendo por la arrendataria una construcción o instalación a la superficiaria y además es la que paga el precio del derecho real de superficie que ahora se constituye.

Por ello, resuelvo suspender la inscripción solicitada en el precedente documento.»»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña Montserrat Álvarez Sánchez, notaria de Sevilla, interpuso recurso el día 27 de julio de 2023 atendiendo a los siguientes argumentos:

«Se solicita revisión, de la calificación registral estimando innecesario la declaración formal de la instalación existente sobre la que se constituye el derecho de superficie como requisito previo para poder inscribir tal derecho, en base a las siguientes consideraciones:

1) Partimos de la definición que del derecho de superficie hace R. S. “derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de edificación o plantación preexistente”.

Acorde con dicha definición es la descripción que del derecho de superficie recoge el artículo 53 del RD Legislativo 7/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, artículo que en su apartado 1, define el contenido del derecho de superficie y en sus apartados 2-3, recoge los requisitos para que el derecho de superficie quede válidamente constituido. Entrando en el análisis de este precepto legal:

2) Artículo 53.1 Contenido del derecho de superficie [sic].

De acuerdo al posible contenido del derecho de superficie que se describe en este apartado primero, copiando literalmente la Resolución de 26 de julio de 2022 “(...) la propiedad temporal que el derecho de superficie atribuye al superficiario sobre lo edificado o construido puede ser adquirida por aquel de modo originario, cuando el derecho se proyecta sobre una construcción ya realizada o bien adquirida de modo sobrevenido, cuando es el superficiario el que lleva a efecto la construcción. (...)”

En base a este posible contenido del derecho de superficie la doctrina establece que en su modalidad ordinaria o sobrevenida este derecho presenta dos fases, una primera en la que hay un derecho real limitado de goce sobre cosa ajena que permite la edificación en suelo ajeno y una segunda fase en la que concluida la construcción, se disocia la propiedad del suelo y la propiedad de lo edificado; en la segunda modalidad originaria, sólo existe la propiedad separada desde el primer momento sobre lo edificado o construido.

Artículo 53.2-3 Requisitos para que el derecho de superficie quede válidamente constituido.

Se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie que no podrá exceder de noventa y nueve años. El derecho de superficie podrá ser oneroso o gratuito.

El único requisito legal obligatorio que debe constar en la escritura de constitución del derecho de superficie es su plazo de duración, su carácter gratuito u oneroso y en este último caso especificar la contraprestación del superficiario. En ningún caso puede

deducirse que sea obligatoria la declaración de la obra realizada para la inscripción del derecho de superficie

Con esta consideración previa y tomando como base la regulación legal del derecho de superficie se discrepa de la calificación registral según la cual para inscribir el derecho de superficie debe declararse previa o simultáneamente la obra o instalación, argumentando al efecto:

1. A la luz del citado artículo 53, no parece que pueda concluirse que para inscribir el derecho de superficie sobre una obra ya existente deba previa o simultáneamente hacerse la declaración formal de dicha obra, más allá de si voluntariamente las partes efectivamente quieren declararla

Exigir la declaración formal de la obra existente para inscribir el derecho de superficie sería dotar a la declaración de obra de una naturaleza que no tiene, dado su carácter meramente declarativo, librario y acto de mera administración. La declaración de obra constituye la constatación de un hecho existente en la realidad extrarregistral afectante a una finca inscrita [sic], o como declara la R de 21 de noviembre de 2002 "...Una vez realizada la obra, su acceso al registro tiene lugar como la simple constatación de un hecho". Naturaleza que en ningún caso se ve afectada por los requisitos urbanísticos que deba cumplir la obra en orden a la legalidad de la misma.

2. Si en reiteradas resoluciones se ha rechazado la exigencia previa de segregar una finca inscrita para constituir el derecho de superficie sobre parte de la misma, por ser una mera modificación hipotecaria de la finca, igual criterio debe seguirse con la obra o edificación que sea objeto de la propiedad superficiaria, al ser la simple constatación de un hecho e igualmente una modificación hipotecaria de la finca inscrita.

Siguiendo el hilo argumental de estas mismas resoluciones, reiteran que una cosa son los requisitos legalmente exigibles para constituir el derecho de superficie y otra cosa los requisitos que deben cumplir las edificaciones o instalaciones según la legislación estatal o autonómica aplicable, requisitos estos últimos que deberán acreditarse sólo si voluntariamente se pretende su acceso al registro de la propiedad

El carácter voluntario de la inscripción que como regla general rige en nuestro ordenamiento, sólo se ve alterado si una norma exige expresamente el carácter constitutivo de la misma, como así se entiende en el caso de la inscripción del derecho de superficie. Es constitutiva la inscripción del derecho de superficie constituido con los requisitos del artículo 53 sin que de este precepto pueda deducirse que sea constitutiva la inscripción de la obra objeto de tal derecho.

Sin desconocer los importantes beneficios que conlleva la inscripción registral, en el caso de inscripción de la obra tampoco se pueden olvidar las consecuencias de dicha declaración de orden fiscal dada su sujeción a AJD; pero dado el carácter voluntario de la inscripción y que el artículo 53 no exige declarar la obra objeto del derecho de superficie para su inscripción, por el principio fiscal de economía de opción, el interesado pueda prescindir de la inscripción de un hecho que no obliga la ley por no convenir a sus intereses.

3. Por las razones expuestas, el principio de tracto sucesivo registral, artículo 20 LH, alegado por la señora registradora para exigir previa o simultáneamente la declaración de la obra, en nada resulta vulnerado, ya que lo que tiene que estar inscrito es el derecho de propiedad sobre el suelo de quien constituye el derecho de superficie; así lo exige literalmente el artículo 53 "El derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado."

Otra cosa es que, si voluntariamente se declara la obra, en este caso, el principio registral de tracto sucesivo exigiría que dicha declaración se hiciera por quien tenga inscrito previamente o simultáneamente su derecho. Pero en ningún caso se incumple el tracto sucesivo por no declarar una instalación realizada sobre finca inscrita.

4. Y a mayor abundamiento, podemos traer a colación el artículo 564.3 del Código civil catalán que en cuanto a la obra en su número 2 letra b), dice que la escritura pública debe contener las características esenciales de la construcción o plantación existente o futura.

En conclusión, retomando la definición que del derecho de superficie daba Roca Sastre, la doctrina concluye que lo fundamental del derecho de superficie es el derecho de mantener la propiedad separada de lo edificado y por tanto entiendo que para inscribir el derecho de superficie los requisitos deben ser los mismos cualquiera que sea el contenido de ese derecho; y esos requisitos no son otros que los que determina el artículo 53.2 de la ley del suelo; si la ley no distingue tampoco nosotros podemos distinguir.

No se entiende que para inscribir un derecho de superficie “sobrevenido”, no se exija la declaración de la obra (en construcción) que una vez realizada el superficiario hará suya, bastando en este caso, según la calificación registral, que se mencionen las características que deba reunir esa construcción futura, y que en cambio para inscribir un derecho de superficie “originario” se exija que previa o simultáneamente se declare la obra ya realizada no bastando igualmente con la mención de las características de la obra o de la instalación existente, como es el caso del derecho de superficie constituido en la escritura objeto de este recurso.

En definitiva, el derecho de superficie objeto de la escritura calificada, queda válidamente constituido ex artículo 53, bastando con mencionar, como así se ha hecho, las características de la instalación objeto de la propiedad superficiaria.

Por los argumentos expresados, se solicita de la señora registradora la revisión de la calificación comunicada accediendo a practicar los asientos solicitados, o en otro caso, en el plazo de cinco días, eleve el presente recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, con el fin de que declare si a la vista de lo alegado es inscribible o no conforme a la legislación vigente».

IV

La registradora de la Propiedad emitió informe en el que mantuvo íntegramente su calificación y formó el oportuno expediente que elevó a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 1.3.º, 18, 20, 29, 39, 40 y 98 de la Ley Hipotecaria; 16 del Reglamento Hipotecario; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de septiembre de 2002, 28 de mayo de 2011, 16 de junio y 5 de octubre de 2012, 9 de mayo de 2014, 29 de marzo de 2017 y 4 de enero y 28 de noviembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de febrero de 2020 y 23 y 29 de junio de 2021.

1. El presente recurso tiene como objeto la calificación de una escritura por virtud de la cual doña M. C. G. T. constituye sobre parte de la finca registral 26.926 de Lebrija, un derecho de superficie sobre 5.675,75 metros cuadrados, en los que se ha construido el centro de seccionamiento 132 kV (...) y el vial de acceso a dicha instalación. Dicha edificación no se encuentra inscrita. La registradora considera que la previa inscripción de la referida obra nueva es requisito indispensable para inscribir un derecho de superficie sobre la propia edificación.

A juicio de la notaria recurrente, la inscripción de la obra nueva es voluntaria y no puede considerarse requisito previo para la constatación registral del derecho de superficie.

2. Nuestra doctrina más autorizada ha definido el derecho de superficie como «el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho ajeno de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación existente».

De esta definición resulta con claridad la posibilidad de distinguir dos modalidades de derecho de superficie: a) aquel derecho que se constituye directamente sobre el suelo

ajeno y atribuye a su titular la facultad de edificar y, posteriormente, de mantener en propiedad separada dicha edificación, y b) el derecho que se limita a atribuir a su titular la propiedad separada de la edificación ya existente en el momento de su constitución. En el primer caso, el superficiario adquiere dos facultades: la de realizar la edificación y la de mantener la titularidad de dicha edificación de forma separada respecto al titular del suelo. Por el contrario, en la segunda modalidad el superficiario adquiere directamente la segunda de estas facultades, puesto que la edificación preexiste a la constitución de su derecho de superficie.

3. En el caso ahora analizado, tanto la notaria autorizante de la escritura calificada, como la registradora coinciden en que se trata de un supuesto encuadrable en la segunda de las modalidades descritas en el apartado anterior. En el momento en el que se constituye el derecho de superficie, sobre la finca ya existe la edificación que, en virtud de tal derecho, va a poder ser mantenida en propiedad separada por el superficiario.

La discrepancia que ha dado lugar a la calificación negativa y al recurso subsiguiente radica en si es o no necesario que dicha edificación preexistente objeto del derecho de superficie conste previamente inscrita en virtud de la oportuna declaración de obra nueva.

4. Sin perjuicio del carácter voluntario de la inscripción en nuestro sistema hipotecario, es cierto que constituye una aspiración lógica de la mecánica registral la plena coherencia entre el contenido de los libros registrales y la realidad externa. Por eso, el artículo 39 de la Ley Hipotecaria señala que: «Por inexactitud del Registro se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral».

Precisamente por el carácter voluntario de la inscripción, uno de los más frecuentes casos de inexactitud registral es que describe la letra a) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria: «Cuando la inexactitud proviniera de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, la rectificación tendrá lugar: primero, por la toma de razón del título correspondiente, si hubiere lugar a ello; segundo, por la reanudación del tracto sucesivo, con arreglo a lo dispuesto en el Título VI de esta Ley, y tercero, por resolución judicial, ordenando la rectificación».

El principio de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria) impone la necesaria delimitación del objeto sobre el que recae el derecho para poder inscribir éste. Por este motivo, este Centro Directivo, en la Resolución de 28 de mayo de 2011, exigió la previa inscripción de la declaración de obra nueva de una casa y un almacén cuya propiedad había sido atribuida a los demandantes en un procedimiento judicial.

Esta necesidad de previa inscripción de la edificación no inscrita también viene impuesta por el principio de especialidad registral, que impone la precisa descripción de la finca en el título que pretenda su acceso al Registro como medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales y el desenvolvimiento de la institución registral.

5. Las razones expuestas conducen a la desestimación del recurso y a confirmar la necesidad de que para inscribir un derecho de superficie sobre una edificación ya existente en una finca conste previamente inscrita la oportuna declaración de obra nueva de dicha edificación.

Téngase en cuenta que la constatación de la existencia de una edificación en una finca determinada es un acto susceptible de inscripción específica, por lo que la inscripción de un derecho sobre dicha edificación sin que esta conste antes inscrita podría suponer una mención de un derecho susceptible de inscripción separada y especial, mención prohibida por los artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

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, 25 de octubre de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.