

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**3008** *Resolución de 20 de febrero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Talavera de la Reina n.º 1 a inscribir una escritura de elevación a público de documento privado de cesión de derecho de vuelo sobre determinado inmueble.*

En el recurso interpuesto por don A. G. T., como administrador único de la sociedad «Inmobiliaria San Javier, S.L.», contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Talavera de la Reina número 1, doña María del Carmen de la Rocha Celada, a inscribir una escritura de elevación a público de documento privado de cesión de derecho de vuelo sobre determinado inmueble.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el notario de Talavera de la Reina, don Fernando-Félix Picón Chisbert, el 24 de septiembre de 2012 se elevó a público un documento privado con fecha de 20 de abril de 2012 por el que la sociedad «Inmobiliaria San Javier, S.L.» cede a la sociedad «Promoción y Gestión Castillo de Belvís, S.L.», mediante precio, el derecho de vuelo que se había constituido a favor de la sociedad cedente en escritura otorgada ante el notario de la misma ciudad don Julio Gómez-Amat Fernández el 11 de febrero de 1999, aclarada y subsanada por otra autorizada por este mismo notario el 29 de junio de 1999, en las cuales se pactó lo siguiente: «El plazo máximo para el ejercicio del derecho a construir será de diez años a contar de hoy transcurrido el cual la parte de solar sobre la que se reserva el derecho será elemento común del edificio ...».

##### II

Dicha escritura de cesión de derecho de vuelo fue presentada en el Registro de la Propiedad Talavera de la Reina número 1 el día 28 de septiembre de 2012; y, por haber sido objeto de calificación negativa el 11 de octubre de 2012, fue complementada por otra escritura otorgada ante el mismo notario el 18 de octubre. Y fue objeto de la siguiente calificación negativa: «María del Carmen de la Rocha Celada, Registrador de la Propiedad, previo examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 del Reglamento Hipotecario, ha resuelto no practicar la anotación [sic] solicitada por defecto, conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: Asiento Diario: 1305/161; F. Presentación: 28/09/2012. Núm. entrada: 3384/2012; Adquirente: Promoción y Gestión Castillo de Belvís, S.L. Autorizante: Fernando Félix Picón Chisbert. Núm. Protocolo: 3178/2012. Calificado desfavorablemente con fecha 11 de octubre del corriente, la escritura que motivó el asiento 1305 del Diario 161. Se ha presentado con fecha 23 de octubre del corriente escritura de complemento otorgada ante el mismo Notario con fecha 18 de octubre del corriente con el número 3468 de su protocolo, en la que se describe y se identifica la finca objeto del derecho de vuelo con los requisitos exigidos por el artículo 51 del Reglamento Hipotecario. Y comprobada la inscripción del derecho de vuelo que es objeto de cesión, inscripción 5.ª de la finca registral 39242 Duplicado, de ella resulta que el plazo máximo para la ejecución del derecho a construir será de diez años a contar desde el día de la firma de la primera de dichas escrituras (Escritura de 11-02-1999 ante don Julio Gómez-Amat Fernández, número 400 de su protocolo y la de aclaración y subsanación de 29-06-1999 ante el

mismo Notario, con el número 1.566 de su protocolo). El plazo para la ejecución del derecho se ha extinguido. Conteniendo además dicha inscripción que transcurrido dicho plazo, la parte del solar sobre la que se reserva el derecho de vuelo, será elemento común del edificio y las cuotas se redistribuirán entre los distintos elementos en proporción a las previamente existentes. Fundamentos de Derecho. No es posible la transmisión o cesión de un derecho que se ha extinguido (art. 1932 del Código Civil). No es posible la transmisión de un elemento común de un edificio (art. 3 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21-07-1960). Contra esta (...). Talavera de la Reina, a dos de noviembre del año 2012. El Registrador. (Firma ilegible y sello del Registro). Fdo. María del Carmen de la Rocha Celada».

## III

La calificación se notificó al presentante el 6 de noviembre de 2012. Y, mediante escrito que causó entrada en el Registro de la Propiedad el 6 de diciembre, don A. G. T., como administrador único de la sociedad «Inmobiliaria San Javier, S.L.», interpuso recurso contra la anterior calificación, con los siguientes razonamientos: 1. Para una mejor comprensión del asunto a efectos de considerar la situación de la finca registral en cuestión, debe manifestarse que la mercantil «Inmobiliaria San Javier, S.L.» adquirió mediante escritura pública de compraventa, otorgada ante el notario de Talavera de la Reina, don Julio Gómez-Amat Fernández, en fecha 7 de marzo de 1995, bajo el número 473 de su protocolo, dicho solar para edificar..., de una superficie de 7.675 m<sup>2</sup>. Era propietaria de toda la manzana. Y el indicado plazo de diez años fue fijado así por cuanto en aquellos momentos existía una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que estableció la limitación del plazo máximo para la ejecución del derecho a construir a diez años. Ya la doctrina y parte de la Jurisprudencia venía exigiendo la limitación temporal del derecho de vuelo a fin de no dejar «sine die» una situación de indefinición, pero posteriormente la Dirección General de los Registros y del Notariado limitó en todas sus Resoluciones el plazo a los diez años. Dicha limitación del plazo en diez años, fue declarada contraria a Derecho por el Tribunal Supremo, que aunque entendía que había que dejar constancia de un plazo para el ejercicio del derecho de vuelo, a fin que operara como límite temporal, éste no tenía que constreñirse precisamente a los diez años, pudiendo ser de más tiempo, veinte años, treinta años, o lo que se acordase en el otorgamiento de la escritura pública. En este sentido, muchos de los derechos de superficie similar al derecho de vuelo, se limitan a veinticinco años. Y cuando la sociedad representada otorgó la escritura pública en la que se declaró el derecho de vuelo existía dicha limitación temporal que luego fue declarada contraria a Derecho por el Tribunal Supremo, razón por la cual se auto estableció la limitación a dicho plazo del todo punto ilegal. Es en concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, la que determinó literalmente que: «Una limitación del tipo de la que se pretende en el art. 16 Rh en relación con el derecho de vuelo debe necesariamente venir establecido por Ley». Pero como el principio hipotecario de determinación no admite limitaciones del dominio perpetuos, ha de estipularse en la práctica un plazo máximo en la constitución del derecho de vuelo. En el presente caso, se fijó el plazo de 10 años, si bien no se concretó el momento en que debía empezar a computarse dicho plazo, cabiendo la posibilidad de que dicho derecho fuera válidamente constituido desde el otorgamiento de la escritura...» «... o bien que el cómputo fuera desde el otorgamiento de la licencia de obras, por ejemplo, en cuyo supuesto el derecho seguiría vigente»; 2. Por otro lado, el derecho de vuelo en cuestión no se ha extinguido por cuanto hasta ahora ha sido el Excmo. Ayuntamiento de Talavera de la Reina el que ha venido impidiendo que la sociedad representada pudiera iniciar la ejecución de la edificación de las siete plantas del edificio a realizar sobre los garajes, pues no ha concedido la necesaria licencia para la realización de las citadas obras tal. Por lo que, existiendo una causa o hecho de fuerza mayor que ha impedido pudiera realizar las obras, el «dies a quo» para el inicio del plazo de caducidad de diez años deberá iniciarse desde la concesión de la licencia, es decir desde que se elimina el acto de fuerza mayor que imposibilita el inicio o la ejecución del

mismo. No se puede pretender la declaración de la caducidad del derecho de vuelo, cuando ni siquiera se ha podido iniciar la ejecución de las obras por carecer de la necesaria licencia. El día 5 de enero de 2011, el Excmo. Ayuntamiento de Talavera de la Reina acordó denegar la licencia particular de obra interesada por «Inmobiliaria San Javier, S.L.», pues a su juicio el Proyecto presentado adolecía de falta de requisitos formales (pese a que en un expediente anterior caducado 865/97CM, en el que se presentó una copia de este mismo proyecto, sí fue concedida licencia de obras por la Administración demandada, contravinando ahora sus propios actos), y en las dos fases anteriores de construcción de viviendas en la misma manzana existía un exceso de superficie edificada y un proceso de restauración de la legalidad que hacía inviable supuestamente la autorización de la licencia que da origen a este asunto. Al no encontrar ajustado ni conforme a Derecho dicho acuerdo de denegación de licencia, la mercantil «Inmobiliaria San Javier, S.L.» interpuso en tiempo y forma el correspondiente recurso de reposición. Y al no contestar el Excmo. Ayuntamiento a dicha resolución, antes de que finalizara el plazo por desestimación presunta por dicho silencio, la sociedad representada interpuso el 2 de septiembre de 2012 el correspondiente recurso contencioso-administrativo que se tramita actualmente ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Toledo, bajo el número de autos Procedimiento Ordinario 420/11, estando previsto la práctica de la prueba para el día 9 de abril de 2013. Por lo que es obvio que existe una causa de fuerza mayor como es un acto administrativo que ha impedido la cristalización material del derecho en abstracto y por lo tanto su ejecución. Y en consecuencia, la caducidad no debe iniciar su cómputo desde la firma de la escritura pública correspondiente, sino desde el momento en que puede ejercitarse el mismo y puede materializarse el derecho real de propiedad, sin que por el momento y hasta que no recaiga sentencia firme en el procedimiento judicial aludido pueda la sociedad representada o la cesionaria iniciar el ejercicio de su derecho, momento en el que habrá de iniciarse el cómputo del «dies a quo» para la ejecución del derecho a construir sobre la superficie de ese solar. En este sentido, la jurisprudencia viene regulando la fuerza mayor como un hecho imprevisto, que impide la realización de una obra o de hacer algo, entre los que se encuentran los actos administrativos, conocidos por la doctrina jurídica como «Actos del príncipe», siendo obvio que estamos ante un hecho de fuerza mayor, cual es la denegación de una licencia que ha impedido la realización de las obras y del derecho de vuelo, cuya cesión ahora se pretende inscribir y que hasta el momento no ha podido ser ejercitado a consecuencia de los acontecimientos sucedidos a lo largo de la tramitación del expediente administrativo mencionado, cuya resolución que agotó la vía administrativa ahora se encuentra recurrida en vía judicial ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Toledo; y, 3. Por último, el derecho de vuelo cedido no es un elemento común del edificio puesto que aún no se ha construido ni se ha llevado a cabo ejecución alguna, habiéndose pactado que efectivamente cuando se ejercite el derecho de vuelo, el resultado de lo construido será elemento común del edificio en cuestión y las cuotas se redistribuirán entre los distintos elementos en proporción a las previamente existentes. Es decir, que el derecho de vuelo en sí es un elemento privativo de la mercantil «Inmobiliaria San Javier, S.L.», sobre el que posee libre y entera disposición a su favor, en tanto en cuanto aún conserva dicho derecho y no han podido realizarse las obras previstas sobre dicha superficie por imperativo legal proveniente del Excmo. Ayuntamiento de Talavera de la Reina, al no conceder la licencia urbanística que corresponde. El derecho de vuelo se constituyó porque la sociedad representada una vez que se le concediera la licencia y los garajes tuvieran acceso al Registro de la Propiedad, los mismos serían vendidos y pasarían a formar parte de la comunidad de propietarios, no siendo así por cuanto dicha sociedad representada no ha obtenido licencia, los garajes no han tenido acceso como fincas independientes al Registro de la Propiedad, y por tanto dicho derecho de vuelo no ha podido nacer a la vida jurídica, y no puede ser elemento común de una edificación que no se ha ejecutado hasta el momento. Resulta de aplicación lo dispuesto en el Código Civil sobre la extinción de los derechos reales, así como la doctrina y la jurisprudencia al respecto que determinan que

el derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena con vocación de dominio, por el que su titular adquiere la facultad de elevar una o varias plantas, o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. Y dado que este derecho aparece regulado en la legislación española de un modo insuficiente, han sido la jurisprudencia, doctrina y la práctica notarial y registral las que han introducido en cuanto a su extinción, que ésta puede tener lugar por varias causas: por su ejercicio, por el transcurso del plazo fijado para el ejercicio sin que la edificación se haya realizado, o bien por prescripción, transcurrido el plazo de treinta años de las acciones reales sobre inmuebles. Sin que en el presente asunto, se de ninguno de estos supuestos por los hechos relatados en el presente escrito.

## IV

Mediante escrito de 20 de diciembre de 2012 la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe expresa que no se han formulado alegaciones por el notario autorizante de la escritura calificada.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 348, 350, 396, 397, 1261, 1271 y 1274 y siguientes del Código Civil; 3, 16 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal; 1, 2 y 38 de la Ley Hipotecaria; 16 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala Tercera– de 31 de enero de 2001; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1986, 13 de mayo de 1996, 19 de mayo de 2007 y 3 de septiembre de 2012.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se eleva a público un contrato, celebrado el 20 de abril de 2012, por el que la sociedad titular de un derecho de vuelo sobre determinado inmueble lo cede mediante precio a otra sociedad. De la escritura de constitución de tal derecho (otorgada el 11 de febrero de 1999, aclarada y subsanada por otra de 29 de junio de 1999), así como de la inscripción registral del mismo resulta que el plazo máximo para el ejercicio del derecho a construir es de diez años a contar desde el otorgamiento de dicha escritura, «transcurrido el cual la parte de solar sobre la que se reserva el derecho será elemento común del edificio...».

La registradora resuelve no practicar la inscripción solicitada porque, según expresa en la calificación impugnada, el derecho que se pretende transmitir se ha extinguido por transcurso del plazo para su ejercicio y no es posible la transmisión de un elemento común del edificio.

La sociedad recurrente alega que la limitación temporal de diez años se estableció por exigirlo así una disposición (artículo 16 del Reglamento Hipotecario) que fue posteriormente anulada por Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001; y que dicho plazo no debe empezar a contarse sino desde que se obtenga la licencia municipal para realizar la construcción, hecho que no se ha producido.

2. El criterio de la registradora debe ser confirmado. Resulta del Registro que el derecho de vuelo se constituyó para ejercitarse en el plazo máximo de diez años a contar desde el otorgamiento de la escritura, sin que se condicionara en modo alguno a la vigencia de la disposición reglamentaria anulada, y sin supeditar el «dies a quo» del cómputo de dicho plazo a la concesión de la licencia municipal para la construcción, por lo que no puede tenerse en consideración cualquier otra fecha distinta de aquélla.

La esencia del derecho real de vuelo supone la realización de la construcción contemplada dentro del plazo determinado al efecto (cfr. artículos 348 y 350 del Código Civil). En el presente caso el pacto de caducidad del derecho está redactado con indudable claridad, por lo que extinguido tal derecho por falta de construcción en el plazo pactado se consolida el dominio hasta entonces desmembrado. Por ello, la cesión pretendida es ya imposible jurídicamente al tiempo de la celebración del contrato formalizado en la escritura calificada (artículos 1261, 1271 y 1274 y siguientes del Código

Civil). Además, una vez consolidado el dominio, no pueden ser transmitidos los elementos comunes de una propiedad horizontal sin la correspondiente desafectación de los mismos, con cumplimiento de los requisitos para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal y para la ulterior disposición de aquéllos (cfr. artículos 396 y 397 del Código Civil y 3, 16 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal).

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

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

Madrid, 20 de febrero de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.