

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2563 *Resolución de 11 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Bilbao n.º 4, por la que se deniega la inscripción de la sucesión en un derecho de levante.*

En el recurso interpuesto por doña M. B. E. E. contra la calificación del registrador de la Propiedad de Bilbao número 4, don Carlos María Caviedes Inestrillas, por la que se deniega la inscripción de la sucesión en un derecho de levante.

Hechos

I

Para mejor comprensión del expediente, el historial registral de la finca número 2.354 de Basauri, objeto del mismo, es el siguiente: En la inscripción 1.^a, de fecha 20 de junio de 1958, y por segregación, se forma la finca, que se describe como terreno de 42,35 metros cuadrados, y sobre dicho terreno una lonja, a favor de don L. E. L. por segregación y edificación, en virtud de escritura autorizada por el notario de Bilbao, don José Osorio Samaniego, el 4 día de marzo de 1958. En la inscripción 2.^a, de fecha 20 de junio de 1958, don L. E. L. vendió el derecho de levante de esta finca a don C. E. L. y esposa, en virtud de escritura autorizada por el notario de Bilbao, don José Osorio Samaniego, el día 4 de marzo de 1958. Por la inscripción 3.^a, de fecha 9 de junio de 1964, don L. E. L. y su esposa, habiendo vendido el derecho de levante por la inscripción 2.^a, donaron la nuda propiedad de la finca a favor de doña M. A. E. A., en virtud de escritura autorizada por el notario de Bilbao, don José Osorio Samaniego, el día 15 de octubre de 1963. Por la inscripción 4.^a, de fecha 2 de abril de 1975, por fallecimiento de don C. E. L., se adjudicó por herencia el derecho de levante de la finca a favor de doña C. E. A., en virtud de escritura autorizada por el notario de Bilbao, don José Ignacio González del Valle, el día 19 de diciembre de 1974. Por la inscripción 5.^a, de fecha 20 de abril de 2005, se describe la totalidad de la finca y por doña C. E. A., en ejecución del derecho de levante del que era titular, por adjudicación según la inscripción 4.^a, se declara la edificación sobre la lonja existente en la finca, una vivienda sita en la planta primera, con una superficie de 42,25 metros cuadrados, en virtud de escritura autorizada por el notario de Basauri, don Javier Pablo Rodríguez Santamaría, el día 9 de febrero de 2005. Por la inscripción 6.^a, de fecha 28 de mayo de 2013, por fallecimiento de doña M. A. E. A., se extinguió el usufructo vitalicio reservado en la inscripción 3.^a a favor de sus padres, y se adjudicó por herencia el terreno y la lonja, a favor de doña F., doña C. y doña M. L. E. A., una sexta parte indivisa cada una; a don E. y don J. M. C. E., una doceava parte indivisa cada uno; a doña M. B. y doña M. A. D. E., una doceava parte indivisa cada una; y a doña M. E. A., una sexta parte indivisa, en virtud de escritura autorizada por el notario de Basauri, don Javier Pablo Rodríguez Santamaría, el día 25 de abril de 2013. Y por la inscripción 7.^a, de fecha 23 de septiembre de 2014, por fallecimiento de doña C. E. A., se adjudicó la vivienda y dos doceavas partes del terreno y lonja, a favor de doña M. B. E. E., en virtud de la instancia de único heredero suscrita por la misma en Bilbao el día 6 de junio de 2014. Pero no se practica la inscripción a su favor del derecho de levante.

II

La referida instancia de heredero único se presentó en el Registro de la Propiedad de Bilbao número 4 el día 28 de agosto de 2014, y fue objeto de inscripción de fecha 23 de

septiembre de 2014, en la que se inscribe parcialmente lo referido a las adjudicaciones y se extingue el derecho de levante sobre la finca número 2.354 de Basauri que, a continuación, se transcribe: «Previo examen y calificación favorable de la presente instancia de heredero único suscrita en Bilbao el día seis de junio de dos mil catorce, que causó el asiento de presentación número 2761 del Libro Diario 77, queda inscrito a favor de doña M. B. E. E., por el título de herencia, las fincas inventariadas con los números 5, 6 y 7, únicas radicantes en la demarcación de este Registro, con las superficies y linderos que constan en el mismo; y en cuanto: al pleno dominio de la finca 2355, en el Libro 650 de Basauri, folio 48, inscripción 4.^a; en cuanto a la plena propiedad de la vivienda y una participación indivisa de dos doceavas partes del terreno y lonja de la finca 2354, en el libro 548 de Basauri, folio 129, inscripción 7.^a, en relación al derecho de levante referenciado en la citada instancia, éste ha quedado extinguido al ya haberse edificado según resulta de la inscripción 5.^a; y en cuanto a una participación de dos doceavas partes del piso alto y camarote de la finca 454, en el Libro 574 de Basauri, folio 19, inscripción 14.^a Puestas notas de afección al impuesto. Se acompañan documentos complementarios, testamento otorgado en Basauri, el dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y uno, ante el Notario don Juan Luis Ramos Villanueva, certificados de defunción y últimas voluntades, escrito complementario referido al régimen matrimonial de la heredera. Se ha aportado para su toma de razón la Referencia Catastral, a los efectos de los dispuesto en la Norma Foral 9/1989 de 30 de junio, según Decreto Foral 133/2002, de 29 de junio. Se adjunta nota informativa en la que se hacen constar las cargas y la posible expedición de certificación en los procedimientos de ejecución. Bilbao, 23 de septiembre de 2014. El registrador (firma ilegible) Fdo. Carlos Caviedes Inestrillas».

III

Mediante escrito fechado el día 28 de octubre de 2014, con justificante de entrada en Oficina de Correos el día 31 de octubre de 2014, doña M. B. E. E. interpuso recurso contra la calificación en el que, en síntesis, alega lo siguiente: Primero.—El derecho de levante objeto de este recurso fue constituido el día 4 de marzo de 1958, previo a la actualización del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959, por lo que no se especifican el número de plantas construibles ni su participación en los elementos comunes del edificio. En consecuencia, la construcción de una primera planta no conlleva necesariamente la extinción del título, ya que en primer lugar es necesario que los que los interesados resuelvan la ambigüedad señalada, y en segundo lugar, en el supuesto de que se dé por concluida la construcción de nuevas plantas, es preciso que se constituya el régimen de propiedad horizontal; Segundo.—La cancelación de un título de derecho de levante con anterioridad a la constitución del régimen de propiedad horizontal, tiene como consecuencia una inscripción registral donde la finca base arrastra una asignación del 100% en partes comunes, lo que no deja porcentaje para la finca nueva, siendo esto incompatible con la Ley sobre Propiedad Horizontal (artículo 3), y sin ninguna mención explícita a eventuales derechos que pudiera disfrutar el titular de la planta alta, y Tercero.—Por otra parte, y por los mismos motivos, la información y publicidad del Registro resultaría engañosa, ya que presenta una planta baja con una participación del 100% en los elementos comunes, que ya no aparece gravada con ningún título o derecho de levante, sea cual sea la interpretación que se haga de este último.

IV

Mediante escrito, de fecha 17 de noviembre de 2014, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Se practica diligencia solicitando información al registrador para determinar la vigencia del asiento relativo al derecho de levante, ordenada a tenor del artículo 124 del Reglamento Hipotecario, y en cumplimiento del artículo 327 de la Ley Hipotecaria, para mejor proveer, pidiendo se certifique al Centro Directivo si la inscripción del citado derecho de levante aún está vigente, o en caso contrario, ha sido cancelado. El registrador certificó, con fecha 31 de

diciembre de 2014, conforme al artículo 348 del Reglamento Hipotecario, lo siguiente: «1) Insertado a la letra los asientos 2.º y 5.º de la finca 2.354 de Basauri: 2.º: “Trozo de terreno y sobre él una lonja descrita en la inscripción 1.ª No tiene cargas. Don L. E. L., jornalero, casado con doña F. A. G., sin profesión, vecinos de Basauri, mayores de edad, es titular de esta finca según la inscripción 1.ª y acompañado y con el consentimiento de su esposa vende el derecho de levante sobre esta finca y la totalidad de otra, a don C. E. L., albañil, casado con doña C. E. A., mayores de edad, vecinos de Basauri, en precio en junto y confesado, y sin expresarse el parcial, de dos mil quinientas pesetas. En su virtud, don C. E. L. inscribe su título de compraventa del derecho de levante sobre esta finca. Escritura otorgada en Bilbao el cuatro de Marzo último ante el Notario don José Osorio Samaniego. Presentada a las diez y diez del diecisiete de Junio actual, asiento 710, folio 106, Diario 3. Archivada carta de pago. Bilbao, veinte de Junio de mil novecientos cincuenta y ocho.» 5.º: «Trozo de terreno en el término de Basauri, hoy calle (...), que mide cuarenta y dos metros y treinta y cinco decímetros cuadrados. Linda: al Norte, con casas de herederos de A. A. y don F. G.; Este, el terreno que constituye la finca 2.355, de Basauri; por Oeste, casa de don M. S.; por Sur, con resto de finca matriz, de donde se segregó, propiedad del señor E. L. Sobre dicho terreno existe construida una lonja. Referencia catastral: no consta. Gravada con el usufructo a favor de don L. E. L., casado con doña F. A. G., reservado en la inscripción 3.ª Doña M. A. E. A., mayor de edad, soltera y vecina de Basauri, es titular de la nuda propiedad de esta finca por donación, según la inscripción 3.ª, y doña C. E. A., mayor de edad, viuda y vecina de Basauri, calle (...), y con D.N.I. (...), es titular del derecho de levante sobre esta finca, por adjudicación, según la inscripción 4.ª Por la escritura que se registra, dicha señora, doña C. E., en ejecución del citado derecho de levante, declara haber construido sobre la lonja existente en la planta baja, una vivienda sita, por tanto en planta primera o alta, que tiene una superficie de cuarenta y dos metros cuadrados con veinticinco decímetros cuadrados, y los mismos linderos que la finca donde se ubica, acreditando haber sido construida en el año mil novecientos cuarenta aproximadamente, según resulta de cédula catastral, que se incorpora mediante testimonio notarial en la escritura que se registra, sin que exista ni conste anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística. En su virtud, inscribo a favor de doña C. E. A., la vivienda descrita, por el título de edificación. Así resulta de escritura autorizada por el Notario de Basauri don Javier Pablo Rodríguez Santamaría, el día nueve de Febrero de dos mil cinco, cuya primera copia fue presentada a las doce horas del día quince de marzo de dos mil cinco. Asiento 1.614 del Diario 56. Pagado el impuesto y archivada la carta de pago. Bilbao, veinte de abril de dos mil cinco.”». El registrador de la Propiedad certificó además que «dada la redacción del asiento 5.º, donde se citan todos los titulares de la finca en ese momento, se ejecuta el derecho de levante, sin expresión de que la ejecución sea parcial y se interpretó a efectos de despacho de la instancia de heredero único en que se inventariaba tanto la vivienda ejecutada como el derecho de vuelo, que el mencionado derecho de vuelo había hecho tránsito registralmente por su concreción y ejecución en un derecho de propiedad sobre la vivienda declarada, con aplicación del artículo 76 de la Ley Hipotecaria, habiéndose extinguido el derecho ejecutado, salvo mejor criterio de esa Dirección General de Registros y del Notariado». Con fecha 14 de enero de 2015, fue preguntado de nuevo sobre si el asiento estaba cancelado o la vigencia en su caso del mismo. En respuesta de fecha 16 de enero de 2015, resulta lo siguiente: «Se hace constar que en la inscripción 5ª de la finca 2.354 de Basauri, donde se ejercita el derecho de levante, no consta que su ejercicio sea total ni parcial. Y al margen de la inscripción 2.ª de constitución del derecho de levante, no consta ni que se haya ejercitado, ni que se haya extinguido, por lo que dicho asiento 2.º está vigente».

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 1, 8, 38, 40, 76, 82, 83 y 327 de la Ley Hipotecaria; 12 de la Ley sobre propiedad horizontal; 16.2, 124 y 348 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

de 28 de marzo y 25 de agosto de 2008, 15 de septiembre y 4 de diciembre de 2009, 10 de noviembre de 2011, 1 de febrero de 2012, 16 de diciembre de 2013 y 14 de mayo de 2014.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible el derecho de levante en una instancia de adjudicación a heredero único en la que concurren las circunstancias siguientes:

A juicio del registrador, de las inscripciones 2.^a y 5.^a se desprende que el derecho de levante inicialmente indeterminado, quedó determinado en cuanto a su contenido como derecho real en la inscripción 5.^a, dando paso al dominio sobre la vivienda declarada. En consecuencia se agota de esta manera, el derecho de levante a través de su ejercicio, conforme resulta de las referidas inscripciones, inscribiéndose a su favor en la relación de bienes de la herencia el dominio de la indicada vivienda y por lo tanto el citado derecho de levante está extinguido y su asiento no vigente.

La recurrente alega que la cancelación de un título de derecho de levante con anterioridad a la constitución del régimen de propiedad horizontal, tiene como consecuencia una inscripción registral donde la finca base arrastra una asignación del 100% en partes comunes, lo que no deja porcentaje para la finca nueva, siendo esto incompatible con la Ley sobre propiedad horizontal (artículo 3), y sin ninguna mención explícita a eventuales derechos que pudiera disfrutar el titular de la planta alta. La construcción de una primera planta no conlleva necesariamente la extinción del título.

2. La resolución de este expediente depende en primer lugar de la vigencia del asiento objeto del derecho de levante. Si no es vigente y ha sido cancelado, no es el recurso el medio para sostener la subsistencia del mismo. En el caso de que esté vigente, habrá que determinar si se debe inscribir la transmisión del derecho de levante con independencia de la extensión y facultades de su contenido, no correspondiendo al registrador determinar si se ha agotado o no su ejercicio salvo en los casos tasados por la ley. Por esto, se ha solicitado por el Centro Directivo diligencia para mejor proveer, de la que ha resultado informe del registrador en el sentido de que «el mencionado derecho de vuelo había hecho tránsito registralmente por su concreción y ejecución en un derecho de propiedad sobre la vivienda declarada, con aplicación del artículo 76 de la Ley Hipotecaria, habiéndose extinguido el derecho ejecutado». Ciertamente, el registrador hizo su certificación en los términos expresados por el artículo 348 del Reglamento Hipotecario: «Cuando el Registrador dudare si está subsistente una inscripción, por dudar también de la validez o eficacia de la cancelación que a ella se refiera, insertará a la letra ambos asientos en la certificación, cualquiera que sea la forma de esta, expresando que lo hace así por haber dudado si dicha cancelación tenía todas las circunstancias necesarias para sus efectos legales y los motivos de la duda». Al no resultar claro si el asiento estaba cancelado, se solicitó de nuevo informe sobre esta circunstancia, del que resultó que «no consta ni que se haya ejercitado, ni que se haya extinguido, por lo que dicho asiento 2.^o está vigente». En consecuencia no ha sido cancelado.

Aclarado esto, el supuesto de este expediente no es la determinación de la vigencia de un asiento, sino una vez determinada ésta, establecer si procede la inscripción de la transmisión del derecho inscrito como consecuencia de la aceptación de la herencia y por lo tanto, la procedencia o no de la práctica de una inscripción a favor de la heredera única de la titular registral. El registrador entiende que está extinguido por el agotamiento de su contenido tras la construcción de una planta.

3. El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. Hemos de tener en cuenta que el derecho de vuelo es un derecho de carácter siempre urbano que no lleva consigo el deslinde de la propiedad del suelo y la del edificio, al contrario de lo que ocurre en el derecho de superficie. En el derecho de vuelo, por el contrario, la nueva planta construida se integra en un régimen de propiedad horizontal, de modo que el dueño de dicha planta es copropietario del suelo, al considerarse éste un

elemento común. Tiene su regulación en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, que tras la reforma de 4 de septiembre de 1998 dispone que el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. Pero esta normativa fue posteriormente derogada en parte, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001. En la inscripción se harán constar las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento y las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción.

Así pues, es un derecho real en cosa ajena con vocación de ser un derecho perpetuo, que nace limitado para convertirse en una cotitularidad dominical. Su origen es una comunidad inicial que culmina necesariamente en un régimen de propiedad horizontal.

4. El derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo, de lo contrario nos encontraríamos con una simple facultad del dominio. Por tanto, el derecho de vuelo sólo puede nacer por transmisión a un tercero o por reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él, como ha determinado la reiterada doctrina de este Centro Directivo, (Resoluciones en los «Vistos»). Puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 28 de marzo de 2008, que es indudable que el ejercicio del derecho de vuelo constituido comporta necesariamente una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, que podrá llevar a término por sí solo el titular de tal derecho si se le atribuye al constituirse éste, sin que sea necesario el concurso del resto de los propietarios del inmueble, tanto para ejercitarlo como para reflejar, documentalmente, las modificaciones que el ejercicio de tal derecho necesariamente ha de comportar en el título constitutivo, siempre que se realice dentro de los límites legalmente establecidos (entre ellos los relativos a la necesaria fijación de las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento –artículo 16.2, letra a, del Reglamento Hipotecario–).

En una primera fase, el titular tiene derecho a construir una o más plantas dentro de las limitaciones urbanísticas. En la segunda fase, el titular adquiere la propiedad de lo construido y no hay duda de que es éste es un derecho perpetuo.

Si el edificio no estaba constituido en régimen de propiedad horizontal se constituirá. Si lo estaba, se fijarán las nuevas cuotas por unanimidad al ser una modificación del título constitutivo, aunque este Centro Directivo permitió la cláusula estatutaria por la que el propietario antes de la enajenación de los diferentes pisos o locales, se reservase el derecho a elevar plantas en un tiempo determinado, expresando que las cuotas serían proporcionales a su extensión y fijadas por el titular del derecho en su día, pudiendo alterar las de las demás. Por esto, el hecho del agotamiento del 100% de las cuotas de participación en los elementos comunes, es una circunstancia determinante de la extinción del derecho de levante.

5. El derecho de vuelo objeto de este expediente data de 1958, anterior a la reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959, por lo que no se especificaron el número de plantas construibles, ni su participación en los elementos comunes del edificio. En un supuesto como el del presente expediente se deduce la importancia del principio de especialidad hipotecaria en la exigencia de una absoluta determinación del objeto del derecho, que sirva de seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario.

Vigente y no cancelado el asiento relativo al derecho de vuelo, el principio de legitimación implica una presunción «iuris tantum» de existencia y pertenencia del derecho inscrito a favor del titular registral.

En consecuencia, la construcción de una primera planta no conlleva necesariamente la extinción del derecho, salvo que los interesados den por concluida la elevación de nuevas plantas para lo que es preciso que se constituya el régimen de propiedad horizontal o así lo determinen los titulares de común acuerdo. De esta forma, una inscripción registral donde la finca matriz contenga una asignación del 100 % de las

cuotas de participación en los elementos comunes, sin establecerse una reserva del derecho de vuelo, determinaría su extinción por agotamiento del derecho. Pero no ocurre así en este expediente, en el que no se ha distribuido horizontalmente, ni establecido la participación en la cuota de elementos comunes. En consecuencia, dentro de las limitaciones urbanísticas, subsiste el derecho de vuelo.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar 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, 11 de febrero de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.