

### III. Otras disposiciones

## MINISTERIO DE JUSTICIA

**28119** *RESOLUCIÓN de 6 de noviembre de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Catalina Vergés Andreu, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Tarrassa número 3, a inscribir una escritura de constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en virtud de apelación de la recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por doña Catalina Vergés Andreu, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Tarrassa número 3, a inscribir una escritura de constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en virtud de apelación de la recurrente.

#### Hechos

##### I

El día 30 de octubre de 1985, ante don Ladislao Narváez Acero Notario de Barcelona, doña Catalina y doña Dolores Vergés Andreu otorgaron, como únicas dueñas, escritura de división horizontal de una casa sita en la ciudad de Tarrassa con frente a la rambla de Egara, número 279 (hoy 281) y otro frente a la calle Arquímedes, número 256, finca registral número 7.711, inscrita en el Registro de la Propiedad de dicha localidad. En la citada escritura se forman las siguientes entidades. Uno. Local comercial en la planta baja del inmueble. Dos. Piso entresuelo, situado en la primera planta alta del inmueble. Tres. Piso primero, situado en la planta segunda del inmueble. Cuatro. Piso segundo, situado en la planta tercera del inmueble. Las propietarias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario y disposiciones concordantes, establecen con carácter real, respecto al vuelo del edificio, los siguientes derechos: 1. Doña Catalina y doña Dolores Vergés Andreu, para sí y para sus sucesores por cualquier título se reservan el derecho de elevar las plantas que ahora o en lo sucesivo permitan las ordenanzas municipales, sobre el total edificio. En su consecuencia doña Catalina y doña Dolores Vergés Andreu, podrán en el tiempo y en la forma y condiciones que permitan las ordenanzas municipales, construir una o más plantas sobre el edificio. 2. Doña Catalina y doña Dolores Vergés Andreu, no precisarán autorización de ningún género de los copropietarios del inmueble para elevar o construir dichas plantas, y proceder de la descripción de las mismas. 3. Este derecho será enajenable y sobre el mismo podrán realizarse toda clase de actos dispositivos, sin limitación alguna, en la forma permitida por las leyes. 4. Si doña Catalina y doña Dolores Vergés Andreu, hiciesen uso de tal derecho de elevar una o más plantas sobre el inmueble, los trabajos y obras de apuntalamiento o refuerzo de muros que acaso fuesen necesarios realizar serán de cuenta de dichas señoras. 5. Las nuevas plantas que acaso se construyan se ajustarán a las características señaladas por las disposiciones vigentes. 6. Al edificarse las nuevas plantas, se señalarán de acuerdo con lo establecido en la Ley y en especial en el artículo 5.º de la de 21 de julio de 1960, el coeficiente de las nuevas unidades, a cuyo efecto se distribuirá entre ellas y las ahora existentes el coeficiente que en esta escritura se ha señalado. La distribución se

efectuará proporcionalmente a la superficie de las nuevas unidades que puedan crearse y las ahora existentes. 7. En tanto en cuanto no se construyan nuevas unidades en virtud del derecho de elevar precedentemente establecido, éste quedará exento de la participación en los gastos comunitarios.»

##### II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Tarrassa número 3, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado nuevamente este documento, asiento 151 del Diario 23 se extiende a petición del presentador la siguiente nota de calificación: «Suspendida la inscripción del presente documento por haberse observado los siguientes defectos subsanables: 1.º La reserva del derecho a elevar las plantas que ahora o en lo sucesivo permitan las ordenanzas municipales, que se hace en el apartado 1 del número cuarto de la escritura, pudiendo en el tiempo y forma que permitan las ordenanzas construir una o más plantas es una expresión que no cumple el principio de especialidad pues no determina la extensión del derecho que haya de inscribirse (artículo 51, número 6, del Reglamento Hipotecario), ya que si se hace una declaración de obra nueva no se sabe si con ella se ha agotado o no el derecho de vuelo. En el caso que, por variación de las ordenanzas se permitan más alturas no se sabe si revive el derecho de vuelo aunque estuviera ya agotado anteriormente. Además, con esta fórmula indeterminada, el derecho de vuelo no podrá ser nunca elemento común, en contra del artículo 396 del Código Civil que lo califica así, porque no se conoce hasta donde alcanza el derecho de vuelo reservado. 2.º En dicha escritura se reserva el derecho de vuelo también para los sucesores de las señoras Vergés sin límite alguno, con lo que se vulnera lo dispuesto en los artículos 781 y 785 del Código Civil, y artículos 9 y 186 del Código de Sucesiones en el Derecho Civil de Cataluña. Además como en las herencias no se inventaría nunca un derecho de este tipo quedaría para siempre inscrito este derecho a favor de una persona cuyos herederos lo desconocen y no disponen de él con posible perjuicio de la comunidad de propietarios que tampoco puede utilizarlo. 3.º No se dice tampoco la proporción en que doña Catalina y doña Dolores Vergés se reservan este derecho (artículo 54, número 1, del Reglamento Hipotecario) o si una se reserva el derecho a elevar un piso y la otra, otro piso encima del anterior. 4.º No es lógico que las señoras Vergés se reserven el derecho de vuelo en esta escritura pues ellas son las únicas dueñas de la finca y por tanto les pertenece íntegramente no solo el edificio y su suelo, sino también el vuelo y el subsuelo. Esta reserva debería hacerse en la escritura en la que se enajene todo o parte de esta finca a un tercero. Contra esta nota puede interponerse recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el plazo de cuatro meses desde hoy. Tarrassa, a 29 de octubre de 1993. El Registrador, Fernando González Delso.»

##### III

Doña Catalina Vergés Andreu interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que en cuanto al primer apartado de la nota de calificación, se considera que en modo alguno se puede conculcar el artículo 51, número 6 del Reglamento Hipotecario, pues claramente aparece en el título el límite o derecho de las facultades de los titulares actuales o futuros adquirentes, por cuanto está determinado por una normativa urbanística, cual es la que permitan las ordenanzas muni-

cipales de edificación, por lo que el principio de especialidad queda observado fielmente, cumpliéndose así lo dispuesto en el artículo 9, 2.º de la Ley Hipotecaria, al hacerse expresa constancia de cual es el derecho que se inscribe, constancia integrada por una norma en blanco, al remitirse concretamente a lo que las ordenanzas permitan. Que si a consecuencia de lo que permitieran las ordenanzas municipales pudiere elevarse nuevas plantas, ello no chocaría con el derecho inscrito ni con ninguna falta de previa determinación (especialidad), pues bastaría con otorgar la oportuna escritura de declaración de obra nueva ajustándose a los requisitos que establece el artículo 37 del Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana o aquella otra que en su momento estuviera vigente. Que al ejecutarse el derecho de vuelo desaparece el mismo y el dueño de lo construido se integra dentro de la Propiedad Horizontal del inmueble en la cuota correspondiente. Que el artículo 396 del Código Civil no expresa que el derecho de vuelo sea un elemento común, éste lo será la cubierta que cierre el último piso o construcción. 2.º Que en lo referente al segundo defecto en modo alguno se vulnera la normativa legal citada en dicha nota. Que si la enajenación es a título oneroso, el derecho de vuelo se transmitirá al adquirente en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y 348 y 609 del Código Civil. Que si la transmisión es a título lucrativo, concretamente por título hereditario, hay que considerar que aparte de que el artículo 9 del Código de Sucesiones en el Derecho Civil de Cataluña es inocuo, para nada puede entrar en juego el artículo 186 del mismo Código porque está referido a los fideicomisos, circunstancia que no se da en este caso, pues se trata simplemente del reconocimiento de un derecho en favor de quienes adquieran de las propietarias; por esta razón no son de aplicación los artículos 781 y 785 del Código Civil. Que, por el contrario, si el derecho a edificar es un derecho innato a la propiedad por cuanto está referido a la cosa y como tal con facultad de disponer de la misma (tal como resulta de los artículos 348 en relación con el 350, 358 y 359 del Código Civil), no hay razón alguna para que ese derecho continúe estando atribuido a quien adquiera por el título que sea el dominio de una casa, dada la transmisibilidad de todos los derechos que no sean personalísimos, a tenor de lo dispuesto en los artículos 659 y 661 del Código Civil. En dicho defecto se confunde la prohibición de disponer con el derecho de disponer, pues mientras que aquella es una cuestión que restringe el derecho de propiedad, ésta constituye la plenitud de efectos de la misma, el uso del «ius disponendi», atribuido al dueño de la cosa. 3.º Que en lo que concierne al tercer apartado de la nota de calificación pues al tratarse de una copropiedad de dos hermanas, tal está atribuida a ambas en igual participación de sus cuotas, o sea, el 50 por 100 cada una, debiendo mediar el común acuerdo entre ambas para elevar uno o varios pisos, si las ordenanzas municipales lo permiten, a tenor de lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil, por lo que no se precisa consignar en la escritura estipulación alguna al respecto. Que al no establecerse la proporción en que las hermanas se reservan el derecho de edificar, en modo alguno puede vulnerar el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, y, en consecuencia, el principio de especialidad, si por normativa legal ese «ius edificandi» les pertenece como propietarios por igualdad de cuotas a tenor de lo establecido en el artículo 393 del Código Civil. 4.º Que respecto al defecto cuarto de la nota del señor Registrador, no se ampara en ningún precepto legal que se considere vulnerado y es una cuestión meramente subjetiva del mismo, pues no existe prohibición de poderse reservar el derecho de vuelo en una escritura de división en propiedad horizontal.

## IV

El Registrador, en defensa de su nota, informó: Que la reserva del derecho a elevar las plantas que «ahora o en lo sucesivo permitan las ordenanzas municipales», pudiendo construir una o más plantas, es una expresión que no cumple el principio de especialidad, pues no determina la extensión del derecho que haya de inscribirse. Que nuestra legislación hipotecaria ha admitido siempre el principio de especialidad, o determinación del derecho a inscribir, así el artículo 9, número 2, de la Ley Hipotecaria y el número 6, del artículo 5.º, del Reglamento Hipotecario. En el caso que aquí se trata falta totalmente la determinación del derecho, pues: a) Respecto al derecho, se produce indeterminación en cuál puede ser el número de plantas, ya que las ordenanzas pueden cambiar y al no poder constar en el asiento todo lo que, según el título determine el mismo derecho, se perjudica a cuantos puedan estar interesados respecto de esta finca que no podrán saber cuantas plantas edificables les podrán colocar encima de las ahora existentes. Esta indeterminación produciría el efecto de que en caso de hacerse una declaración de obra nueva debería indicarse si con ella se agota o no el derecho de vuelo reservado, y plantea

el problema de que si las ordenanzas varían en el sentido de permitir más altura no se sabe si renace el derecho de vuelo, aunque estuviese agotado anteriormente como consecuencia de su ejercicio hasta la altura de edificación antes permitida, y si las ordenanzas varían en el sentido de no permitir más alturas, este hecho no tiene nunca acceso al Registro con lo que los interesados se quedan sin saber que sucede con el derecho de vuelo inscrito, pudiéndose plantear el problema de si se podrá cancelar el derecho de vuelo reservado presentando una certificación administrativa que acredite que por modificación de las ordenanzas no se puede ya construir ningún piso más. Que el artículo 396 del Código Civil considera el vuelo como elemento común en los edificios construidos en régimen de propiedad horizontal. Pues bien, con el sistema de indeterminación y elasticidad del derecho de vuelo que se refleja en la escritura presentada, tal derecho de vuelo nunca podrá pasar a ser elemento común de los copropietarios que en el futuro lo sean del inmueble; b) Respecto a las personas de los titulares, en la escritura calificada se reserva también el derecho de vuelo para los sucesores de las señoras Vergés sin límite alguno, lo que vulnera los artículos 789 y 785 del Código Civil y 9 y 186 del Código de Sucesiones en el Derecho Civil de Cataluña. Los primeros se refieren también a los límites de todas las disposiciones sucesorias y en la escritura parece que se crea un derecho real sobre cosa ajena de carácter perpetuo, transmisible y del que sólo podrán liberarse los copropietarios del inmueble mediante la redención o recuperación. Que también se incumple el principio de especialidad o determinación por no indicar la proporción en que las citadas señoras se reservan el derecho de vuelo. Que la presunción del artículo 393.2.º del Código Civil es una presunción «iuris tantum», y ello va en contra de lo establecido en el párrafo primero del artículo 54 del Reglamento Hipotecario. Que tampoco está clara la forma de ejercitar el derecho de vuelo; y c) Respecto a la naturaleza y nacimiento del derecho de vuelo, si se considera que es un derecho real en cosa ajena que se convierte en derecho de propiedad sobre el piso en virtud de la edificación, no es lógico que las señoras Vergés se reserven el derecho de vuelo en la escritura calificada, pues ellas son las únicas dueñas de la totalidad de la finca y hay que atenerse a lo que dice el artículo 358 del Código Civil. Que, en consecuencia, parece que la reserva debería hacerse en la escritura en que se enajene toda o parte de la finca a un tercero, conforme a lo establecido en el número 2 del artículo 16 del Reglamento Hipotecario. Que, en virtud de lo expuesto, se entiende que el derecho que se pretende inscribir no está perfectamente determinado ni delimitado en cuanto a su contenido, ni en cuanto a su duración, ni en cuanto a su titularidad, por lo que no permite claridad en el correspondiente asiento que habría de extenderse y tal claridad es la base de la publicidad registral y del crédito territorial.

## V

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó los puntos 1.º, 2.º y 3.º de la nota de calificación y la revocó en cuanto al punto 4.º, fundándose en lo alegado por el señor Registrador y en lo referente al punto 4.º por no existir ningún inconveniente en que el derecho de vuelo se constate en una escritura de división horizontal, cuyo significado es, aparte de reconocimiento de la propiedad individualizada de cada piso, facilitar y preparar la transmisión sucesiva de los mismos.

## VI

La recurrente apeló el auto presidencial en la parte que confirma la nota del Registrador manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que el principio de especialidad queda ampliado desde el momento que el límite del derecho de vuelo queda determinado por lo que resulte de las ordenanzas municipales, por lo que la escritura contiene una norma en blanco y ese límite, queda determinado en su máximo en el que fije la licencia de edificación la cual está condicionada por las ordenanzas municipales. 2.º Que la presunción de legitimación registral, consagrada en los artículos 38 y 97 entre otros, de la Ley Hipotecaria, establece una presunción de exactitud en favor de la existencia, titularidad y extensión del derecho real, presunción que si bien admite pruebas en contrario a tenor del artículo 1.251 del Código Civil, hasta que ésta no se produzca la presunción mantiene todo su valor, como así lo ha proclamado el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 16 de noviembre de 1957, 5 de abril de 1961 y 4 de junio de 1965.

## Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 368 y siguientes, 393 y 1.198 del Código Civil; 1, 2 y 9 de la Ley Hipotecaria; 5, 8, 23, 26 y 31 de la Ley del Suelo; 7,

16.2.º, 51 y 54 del Reglamento Hipotecario, y Resoluciones de 9 de febrero de 1898, 16 de julio de 1902, 28 de marzo de 1903, 14 de diciembre de 1912 y 23 de marzo de 1994.

1. Dividido un edificio en régimen de propiedad horizontal, las dueñas del mismo se reservan en los estatutos respectivos, el derecho a elevar las plantas que ahora o en lo sucesivo permitan las ordenanzas municipales para ellas y sus sucesores, con previsión de fijación de cuotas entre las existentes y las que se edifiquen en proporción a la superficie resultante. El Registrador suspende la inscripción por indeterminación de dicha cláusula estatutaria, al conculcar el principio de especialidad ya que a) no se concreta el número de plantas a edificar, y b) no queda especificado hasta cuando las dueñas del edificio van a poder seguir haciendo uso de dicha facultad que se reservan ya que el derecho de vuelo no tiene fijado plazo para su ejercicio.

2. Ciertamente, las exigencias del principio de especialidad, que impone la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro así en sus elementos subjetivos y objetivos, cuanto en su contenido y alcance (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria, y 51 del Reglamento Hipotecario), impediría la inscripción de un derecho como el cuestionado que, además de presentar contornos especialmente difusos, produce una clara indeterminación en la extensión de los derechos de propiedad especial y separada recayente sobre los distintos pisos y locales configurados como elementos privativos en el régimen de propiedad horizontal constituido (la cuota que en los elementos comunes corresponde actualmente a cada uno de los pisos y locales, así como las características generales del complejo urbanístico, quedarán en una situación permanente de provisionalidad, en función de la siempre posible modificación de las ordenanzas municipales). Lo que ocurre en el caso debatido es que tras esa aparente falta de determinación (no especificación del número de plantas a construir, del plazo de desenvolvimiento o realización de la construcción, duración, imprecisión de los criterios de fijación de las futuras cuotas en la comunidad, etc.), lo que subyace no es un derecho real de los configurados en el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, imperfectamente definido, sino la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es, la materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística (vid. artículos 5, 8, 23, 26, 31 de la Ley del Suelo); se trataría, pues, de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso habría de integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales en los casos de los artículos 368 y siguientes del Código Civil), lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real (ni, por tanto, ser susceptible de inscripción, conforme al artículo 1 y 2 de la Ley Hipotecaria) pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro ordenamiento jurídico (vid. artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico-política y su trascendencia «erga omnes») que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (vid. artículos 513, 526, 546, 1.608, 1.655 del Código Civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad.

3. En cuanto al tercero de los defectos de la nota, debe confirmarse igualmente el criterio del Registrador toda vez como tiene declarado reiteradamente este centro directivo (vid. Resoluciones de 9 de febrero de 1898, 16 de julio de 1902, 28 de marzo de 1903, 14 de diciembre de 1912 y 23 de marzo de 1994) el principio de especialidad que impone la determinación precisa y complementaria del contenido y alcance de los derechos que pretenden su acceso al Registro (vid. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario), exige en los casos de cotitularidad sobre el derecho inscribible la especificación de la concreta participación que a cada cotitular corresponde (cfr. artículo 54 del Reglamento Hipotecario), sin que baste la mera presunción de igualdad derivada de los artículos 393 y 1.138 del Código Civil, presunción que en modo alguno define, dado su carácter de tal, la verdadera extensión del derecho de cada titular.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado.

Madrid, 6 de noviembre de 1996.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

**28120** RESOLUCIÓN de 11 de noviembre de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Andrés Morell Villar, en su calidad de Presidente y Consejero delegado de la mercantil «Objetivo 3000, Sociedad Limitada», contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid número XV, a inscribir una escritura de cese y nombramiento de cargo de una sociedad de responsabilidad limitada.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Andrés Morell Villar, en su calidad de Presidente y Consejero delegado de la mercantil «Objetivo 3000, Sociedad Limitada», contra la negativa del Registrador Mercantil número XV, a inscribir una escritura de cese y nombramiento de cargo de una sociedad de responsabilidad limitada.

#### Hechos

#### I

El día 27 de julio de 1995, mediante escritura pública autorizada ante el Notario de Barcelona don Carlos Cabadés O'Callaghan, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la sociedad «Objetivo 3000, Sociedad Limitada», en su Junta general extraordinaria y universal, celebrada el día 30 de junio de 1995. Entre los acuerdos adoptados se aceptó la renuncia presentada por una serie de miembros del Consejo de Administración de dicha sociedad. En la misma reunión, encontrándose la totalidad de los miembros del Consejo de Administración, se constituyeron en Junta del mismo, acordando revocar la condición de Vocal de dicho Consejo de don Andrés Morell y designándolo seguidamente y en el mismo acto Presidente del Consejo de Administración.

#### II

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica. Defectos: Al revocar a don Andrés Morell Villar la condición de Vocal del Consejo de Administración, dicho señor pierde la cualidad de Consejero por lo que no se le puede nombrar Presidente ni ostentar el cargo de Consejero delegado, siendo de advertir que el Consejo se quedaría con solo dos miembros, inferior al mínimo que establece el artículo 21 de los Estatutos sociales. Artículo 124.d) RRM. En el plazo de dos meses, a contar de esta fecha se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 11 de octubre de 1995. El Registrador, Juan Pablo Ruano Borrella.»

#### III

Don Antonio González de la Rubia, en su calidad de presentador de la escritura, interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: Que se considera que en la sesión del Consejo lo que se acepta es la dimisión de don Andrés Morell como Vocal del mismo, no como miembro del Consejo de Administración, ya que para nombrar y revocar tal condición, conforme al artículo 20 de los Estatutos de la sociedad, será competencia de la Junta general de socios. Que en este supuesto, el señor Morell ve revocada su condición de Vocal del Consejo quedando indemne su condición de Consejero delegado.

#### IV

El anterior escrito fue devuelto con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica. Defectos: Se insiste en el defecto señalado. Para entender el escrito presentado como recurso gubernativo es necesario legitimar la firma de quien lo suscribe (artículo 67 y 70 RRM). En el plazo de dos meses a contar de esta fecha se puede interponer recurso gubernativo