

A. DERECHO CIVIL	DERECHO DE LEVANTE	Núm. 2/2004
-----------------------------	---------------------------	------------------------

Patricia ORTIZ SEIJAS
Licenciada en Derecho

• **ENUNCIADO:**

El artículo 8.º de los Estatutos de la comunidad de propietarios del edificio sito en la calle Alegría, número 1, de la ciudad de Felicidad establece una reserva expresa a favor de la sociedad promotora Muchos Edificios, S.A. «del derecho de elevar una o más plantas».

El citado artículo establece que: «en caso de que Muchos Edificios, S.A. hiciera uso de esta facultad, procederá a reajustar los coeficientes de participación en las diferentes propiedades del edificio».

Los citados Estatutos fueron protocolizados en virtud de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal otorgada el 2 de noviembre de 1985 por Muchos Edificios, S.A., y debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad.

La sociedad Muchos Edificios, S.A. pregunta sobre la posibilidad de elevar, en la actualidad, una planta más en el citado edificio.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Regulación del derecho de levante.
2. Consideración en nuestro ordenamiento jurídico.
3. Vigencia del derecho de levante.
4. ¿Adolece de algún requisito necesario para su efectivo ejercicio?

• **SOLUCIÓN:**

1. El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio está regulado en el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario (RH), que dispone:

«2.º 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.º del artículo 8.º de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.

(...)

d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción.»

2. El derecho de levante está, en la actualidad, consolidado dentro de la categoría de los denominados derechos reales.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (TS) y la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) reconocen, expresamente, el derecho de levante como derecho real.

Sirva como ejemplo la Sentencia del TS de 9 de julio de 1988 en la que reconoce la posible existencia y el carácter de derecho real -acreditado también por contenerse su regulación en el RH- del derecho de levante:

«Si bien en la demanda inicial de las actuaciones se califica al derecho así exteriorizado de servidumbre de vuelo, la realidad es que tal derecho de "trascendencia real" e inscribible en el Registro de la Propiedad no constituye *per se* una servidumbre limitativa del dominio, como lo demuestra el tratamiento que en el ámbito del Derecho inmobiliario registral al mismo se le concede, pues partiendo de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, que permite el acceso al Registro de la Propiedad de los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan los derechos reales que especifica, y la expresión con que termina de "y otros cualesquiera reales" y que el artículo 7.º de su Reglamento reitera, el artículo 16.2.º del propio Reglamento declara inscribible conforme a las normas del número 3.º del artículo 8.º de la Ley y sus concordantes "el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio".»

La DGRN, en su Resolución de 5 de febrero de 1976, también se pronuncia en igual sentido:

«El derecho contemplado en la escritura calificada no puede estimarse que carece de trascendencia real, pues se trata de un derecho de vuelo o sobreelevación, es decir, un derecho de construir plantas en fincas edificadas ajenas, figura nítidamente diferenciada del derecho de superficie, no sólo por la distinta base física sobre la que se constituye, sino por la perpetuidad de la propiedad que origina el derecho de sobreelevar frente a la temporalidad de la propiedad superficiaria.»

No obstante, y por si existía cualquier tipo de duda al respecto, el TS, en su Sentencia de 24 de febrero de 2000 [que anula la letra c) del apdo. 2 del art. 16 del RH, que establecía que el plazo máximo para el ejercicio del derecho de levante no podría exceder de dos años], establece de forma rotunda que el citado derecho es de carácter real:

«Cuarto. Entrando ya a analizar los preceptos concretos impugnados, nos ocuparemos en primer lugar del artículo 16.2 del que los recurrentes afirman está en abierta contradicción con el 1.255 del Código Civil en cuanto, sostiene, introduce una limitación temporal para el ejercicio del derecho de vuelo al disponer que su duración no podrá exceder de diez años para tener acceso al Registro de la Propiedad.

Aun cuando pueda estimarse como cierto que el precepto impugnado no regula de manera directa el derecho de vuelo, sino que se limita a señalar los requisitos para que dicho derecho pueda acceder y beneficiarse de la publicidad registral, así como que tampoco afecta al principio de libertad de pactos contenido en el artículo 1.255 del Código Civil, ya que lo dispuesto en el precepto impugnado no impide en absoluto que pueda pactarse en derecho de vuelo con una duración superior a diez años, no lo es menos que, al establecerse como requisito para que tal derecho acceda

al Registro de la Propiedad que el plazo máximo para su ejercicio tenga una vigencia no superior a diez años, de alguna manera se está alterando su alcance y eficacia frente a terceros, puesto que los derechos reales tienen acceso al Registro de la Propiedad sin limitación de tiempo por imperativo del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, siendo necesario, cuando se trata de derechos reales o de cargas o limitaciones del dominio, el derecho de vuelo es un derecho real que supone una limitación del dominio para los propietarios o copropietarios de inmuebles que no son partícipes del mismo, que conste su inscripción para que surtan efecto frente a terceros. Por esa razón, aun reconociendo que el principio de determinación no tolera gravámenes indefinidos o indeterminados, una limitación del tipo de la que se pretende en el artículo 16 del Reglamento impugnado en relación con el derecho de vuelo debe necesariamente venir establecida por Ley al afectar a lo dispuesto en el precepto mencionado de la Ley Hipotecaria, así lo demuestra el hecho de que otras limitaciones, como las relativas al alcance de la garantía hipotecaria, se establecen en la propia Ley, en este caso en el artículo 114 de la misma.

Podrá sostenerse, como decimos, que no se afecta con el precepto impugnado el contenido del derecho de vuelo ni de libertad de pacto, pero no es menos cierto que al limitar la posibilidad de su acceso al Registro, en contra de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria que no establece limitación alguna, condicionando así su eficacia frente a terceros, supone en definitiva el establecimiento de un régimen jurídico diferente al que con arreglo a los principios generales de la Ley Hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que esa modificación sólo puede hacerse por Ley.»

3. Como hemos dicho, los Estatutos de la comunidad de propietarios del edificio de referencia no establecen un plazo de duración concreto para el ejercicio del derecho de levante.

Por todo ello, y habida cuenta de la naturaleza del derecho de referencia (real) habrá que estar a la regulación general de los derechos reales.

De acuerdo a los artículos 1.932 y 1.963 del Código Civil, la posible prescripción extintiva por no uso tendría lugar a los 30 años desde el día que pudo ejercitarse (art. 1.969 del CC), plazo que no ha transcurrido.

Por tanto, el derecho de levante a favor de Muchos Edificios, S.A. se encuentra vigente, por cuanto no ha prescrito formalmente.

4. Muchos Edificios, S.A. consulta la posibilidad de que el citado derecho de levante no sea válido y eficaz frente a terceros por no incluir los Estatutos las cuotas que habrían de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes.

Como se ha dicho, el artículo 16, apartado 2, letra a), del RH obliga a que en la inscripción se hagan constar las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.

La DGRN es estricta en el cumplimiento del anterior requisito.

En su Resolución de 7 de abril de 1970 establece:

«Que no obsta a la anterior conclusión que el art. 16.2.º del Reglamento Hipotecario permita que en la inscripción del derecho de elevar una o más plantas de un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo, se hagan constar, bien "las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas", bien "las normas que se establezcan para su determinación", ya que este precepto debe interpretarse en forma conjunta con los de la Ley de Propiedad Horizontal, a la que, ni por su rango ni por su fecha, puede derogar, por lo que será necesario que si no se hacen constar las nuevas cuotas, sí al

menos, existan reglas de las que se deduzcan aquéllas en forma indubitada, evitando así que la modificación del título constitutivo sea un acto unilateral y arbitrario del transmitente.»

Es decir, si no se hacen constar las cuotas que han de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes, al menos deberían hacerse constar las normas («de las que se deduzcan aquéllas en forma indubitada») para su establecimiento.

En otro sentido, la Sentencia de 23 de febrero de 1993 del TS entiende que la inscripción del derecho de levante es declarativa por lo que su no inscripción no implica su inexistencia:

«La acogida del motivo primero del recurso exime del análisis de los dos restantes porque la sentencia de la Audiencia ha de ser casada y anulada, y revocada la de primera instancia, confirmada por aquélla, absolviendo a los demandados de las peticiones de la demanda por las razones que han quedado expuestas en el fundamento de derecho anterior, excepto la referente a la cancelación de la constancia en el Registro de la Propiedad del derecho de vuelo a favor del piso 2.º, en cuanto que no se ha practicado con los requisitos que exigía desde su reforma por Decreto de 17 de marzo de 1959, el ap. 2.º del art. 16 del Reglamento Hipotecario, y sin que ello implique que no ha existido tal derecho, dado que la inscripción en este caso no es constitutiva como en el derecho de superficie, según el ap. 1.º del mismo precepto, además de lo prevenido en el párrafo último del art. 1.º de la Ley Hipotecaria.»

No obstante, debe entenderse que el derecho de levante de Muchos Edificios, S.A. podría ser impugnado en vía judicial por los copropietarios del inmueble con posibilidades de que se considerase indebidamente constituido e inscrito (por falta de determinación de cuotas o normas de las que se deduzcan) y, en consecuencia, que se declarase su invalidez como un derecho real de elevación de los regulados en el artículo 16.2 del RH.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Decreto de 14 de febrero de 1947 (RH).**
- **SSTS de 9 de julio de 1988, 23 de febrero de 1993 y 24 de febrero de 2000.**
- **Rs. de la DGRN de 7 de abril de 1970 y de 5 de febrero de 1976.**