

Una nueva reflexión sobre la singularidad jurídica de algunas propiedades inmobiliarias: especial referencia a los adarves, engalabernos y cobertizos. Cuestiones actuales y proyección de futuro

por

MARÍA JESÚS LÓPEZ FRÍAS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA LÓGICA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO INMOBILIARIO.
- III. ¿Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO INDIVIDUAL?
- IV. ALGUNOS PROBLEMAS CONCRETOS DEL PROPIETARIO INDIVIDUAL ANTE CASOS SINGULARES DE PROPIEDAD EN LOS CONJUNTOS HISTÓRICOS:
 1. LOS ADARVES.
 2. LOS ENGALABERNOS.
 3. LOS COBERTIZOS.
- V. LA PROYECCIÓN DE FUTURO DE ESTAS CONSTRUCCIONES.
- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El paisaje urbano que presentan muchas de nuestras ciudades no es el resultado de un pensamiento preconcebido y ordenado propio de un planeamiento diseñado y dirigido como ocurre en la actualidad. Por el contrario, salvo ciudades de reciente «creación» y las nuevas expansiones de las mismas, la ciudad histórica representa un ente complejo que ha ido desarrollándose a lo largo de los siglos, superponiendo sobre un determinado territorio una trama viaria y un conjunto de edificios de diferentes tipologías y estilos arquitectónicos. Según la definición del artículo 26.2 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (en adelante LPHA), «*son conjuntos históricos las agrupaciones de construcciones urbanas o rurales junto con los accidentes geográficos que las conforman... con coherencia suficiente para constituir unidades susceptibles de clara delimitación*».

Lo que caracteriza, por tanto, a muchas de nuestras ciudades y sobre todo a sus conjuntos históricos es precisamente la agrupación de construcciones diversas sobre un mismo soporte geográfico. Lo que ocurre con la ciudad de Granada (como con otras de nuestra geografía) es paradigmático de esto que afirmamos porque una ciudad de origen hispano-musulmán al tiempo de la reconquista, se encuentra con dos tendencias contrapuestas en su desarrollo: la antigua cultura castellana y el renacimiento de Italia que entró con fuerza en la idea de la ciudad (1).

Este enfrentamiento se hace patente desde que los primeros viajeros europeos llegan a Granada tras la reconquista de la ciudad por los Reyes Católicos. Así, a Jerónimo MÜNZER, que visitó dicha ciudad en 1494, le llamó la atención la estrechez de sus calles: «*Tiene las calles tan estrechas y angostas, que las casas en su mayoría se tocan por la parte alta, y por lo general un asno no puede dejar paso a otro asno, como no sea en las calles más famosas, que tienen de anchura quizá cuatro o cinco codos, de manera que un caballo puede dejar paso a otro*»; así como el tamaño y distribución de las casas, en comparación con las cristianas: «*En tierra de cristianos, una casa ocupa más espacio que cuatro o cinco casas de sarracenos. Por dentro son tan intrincadas y revueltas, que las crearías nidos de golondrinas*» (2).

Este contraste entre la forma de la ciudad cristiana y musulmana tiene su origen en su propia concepción jurídica. Para TORRES BALBÁS, «*el derecho, inseparable de la religión en la sociedad islámica, no preveía organización alguna urbana o municipal como la que tuvieron las ciudades romanas y la incipiente que surgió en las cristianas a partir de los siglos XI-XII... a falta de*

(1) Vid. GÓMEZ-MORENO, *Guía de Granada*. Universidad de Granada. Instituto Gómez Moreno de la Fundación Rodríguez-Acosta, Granada, 1982, págs. 6 y 7.

(2) MÜNZER, Jerónimo, *Viaje por España y Portugal. Reino de Granada*. Asociación Cultural Hispano-Alemana, Granada, 1981, pág. 30.

instituciones municipales, todo lo referente al aspecto urbano y a las edificaciones regíase por la tradición y la ciudad se renovaba por voluntad individual apenas limitada» (3).

También la configuración islámica de las calles, distinguiendo las principales, de tránsito, de las que dan acceso a las viviendas, en forma arborescente, choca radicalmente con la concepción occidental, de origen romano, en base a un trazado más o menos hipodámico. Como señala CHUECA GOITIA: *«la ciudad occidental, sea clásica, medieval o moderna, se organiza de fuera a dentro, desde la calle, espacio colectivo, hacia el interior de la casa, espacio doméstico. Pero siempre es la calle lo predominante desde el punto de vista morfogenético. En cambio, en la ciudad islámica todo se constituye de dentro a fuera, perdiendo, todo valor estructural el espacio colectivo, es decir, la calle. Por eso no ha de extrañarnos la falta de sentido que tienen las “pseudocalles” de las ciudades islámicas si queremos entenderlas con un enfoque occidentalista. Carecen de sentido si aplicamos las nociones nuestras a una realidad que parte de unos supuestos totalmente diferentes. En cambio, si tratamos de comprender estos supuestos, los que dieron origen a este tipo de ciudad, todo nos resultará más claro y descubriremos el sentido que antes no acertábamos a desentrañar» (4).*

Con estas palabras iniciales lo que se pretende es incidir en la idea de que el legado histórico inmobiliario que nos ha llegado es de un valor extraordinario, porque supone una forma de vida que hace ciudad. Por ello, es deber de todos hacer lo necesario para solucionar los problemas que estas formas singulares de propiedad inmobiliaria plantean. Eso sí considerando, con carácter general, que no se puede tratar todas las situaciones especiales de propiedad urbana de la misma manera o desde un único punto de vista.

Y es que, efectivamente, veremos que no toda la propiedad se desarrolla en vertical sobre un determinado terreno; la realidad es mucho más rica y compleja.

Y esta realidad, que preexiste en las ciudades históricas, tiene que ser entendida y protegida desde la perspectiva pública (quizá no solo protegiendo lo preexistente sino incluso facilitando —si los diseños y soluciones constructivas lo permiten— su formulación en la ciudad moderna) y también desde el Derecho Privado, proponiendo soluciones para las cuestiones que surjan entre particulares y de estos con los organismos públicos.

Y ello porque, además, como tendremos ocasión de analizar, esa protección, estudio o consideración de estas formas históricas de propiedad urbana tiene gran interés en la actualidad porque curiosamente se están produciendo

(3) TORRES BALBÁS, Leopoldo, *Ciudades hispano-musulmanas*, Tomo I, Ministerio de Asuntos Exteriores, Dirección General de Relaciones Culturales, Instituto Hispano-Árabe, Madrid, pág. 71.

(4) CHUECA GOITIA, Fernando, *Breve historia del urbanismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pág. 76.

circunstancias constructivas que bien pudieran parecerse, en cuanto a la forma de configurarse jurídicamente, a determinadas figuras inmobiliarias históricas. Pero vayamos por partes.

II. LA «LÓGICA» PROTECCIÓN LEGAL DEL PATRIMONIO HISTÓRICO PREEXISTENTE INMOBILIARIO

Lo primero a considerar en este estudio en el que nos referimos a formas arquitectónicas históricas es la protección que nuestro rico patrimonio tiene hoy día que, ciertamente, cuenta con una importante trayectoria. ¿Cómo protege la Ley el patrimonio histórico? En primer lugar, establece para los propietarios de bienes inmuebles el deber de conservación, deber que la legislación urbanística establece con carácter general para todos los inmuebles. Así, se ve con claridad en el artículo 9.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo (en adelante TRLS), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (5), y en el mismo sentido se pronuncian las Comunidades Autónomas (por ejemplo, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, especifica el deber de conservación, en su art. 155) (6).

Pero este deber de conservación «general» para los propietarios de todos los inmuebles, se hace especialmente incisivo y gravoso para los edificios pertenecientes al Patrimonio Histórico, que son no solo los declarados Bien de Interés Cultural (BIC), sino también los incluidos en sus entornos, los pertenecientes a Conjuntos históricos, y los catalogados por el planeamiento urbanístico. Es decir, que una gran parte de los inmuebles de las ciudades históricas están afectados por este deber «especial» de conservación, establecido en las leyes urbanísticas y sobre todo en la legislación de Patrimonio Histórico.

(5) Señala el precepto que: *«el derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones comprende, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes de dedicarlos a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles, así como realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación».*

(6) *«Los propietarios de terrenos, construcciones y edificios tienen el deber de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, realizando los trabajos y obras precisos para conservarlos o rehabilitarlos, a fin de mantener en todo momento las condiciones requeridas para la habitabilidad o el uso efectivo»*, añadiendo a continuación que: *«el deber de los propietarios alcanza hasta la ejecución de los trabajos y obras cuyo importe tiene como límite el contenido normal del deber de conservación»*, que se concreta en el párrafo siguiente señalando que: *«el contenido normal del deber de conservación está representado por la mitad del valor de una construcción de nueva planta, con similares características e igual superficie útil o, en su caso, de dimensiones equivalentes que la preexistente, realizada con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable».*

Así, el artículo 36.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante LPHE) establece que: «*Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes*». Y en Andalucía, la LPHA señala en su artículo 14.1, que «*las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andalúz, se hallen o no catalogados, tienen el deber de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos de manera que se garantice la salvaguarda de sus valores*» (7).

En otro orden de cosas, y para los conjuntos históricos, la LPHE establece en su artículo 21.3 que «*la conservación de los Conjuntos Históricos declarados Bienes de Interés Cultural comporta el mantenimiento de la estructura urbana y arquitectónica, así como de las características generales de su ambiente. Se considerarán excepcionales las sustituciones de inmuebles, aunque sean parciales, y solo podrán realizarse en la medida en que contribuyan a la conservación general del carácter del conjunto. En todo caso, se mantendrán las alineaciones urbanas existentes*». La LPHA, por su parte, establece en el artículo 31 el contenido mínimo de los planes urbanísticos que afecten a los conjuntos históricos o a sus ámbitos, determinando el «*mantenimiento de la estructura territorial y urbana*» (1.b), «*la conservación de las características generales del ambiente*» (1.f), «*el mantenimiento de las alineaciones, rasantes y el parcelario existente*» (2.a), y «*la regulación de los parámetros tipológicos y formales de las nuevas edificaciones con respeto y en coherencia con los preexistentes*» (2.b), añadiendo así nuevas limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad de bienes inmuebles enclavados en conjuntos históricos, de manera que, en la práctica, para estos propietarios el deber de conservación no tiene límite.

III. ¿Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO INDIVIDUAL?

Vista, con carácter general, la necesidad legal de la protección a nuestro patrimonio histórico, vamos a ver también cómo afecta dicha legislación al propietario de uno de estos inmuebles protegibles. Como ya se sabe, desde que el artículo 348 del Código Civil reconociera el derecho a la propiedad

(7) Referido a los bienes inmuebles, este deber genérico viene articulado en el Capítulo III del Título IV. Así, el artículo 33 establece la necesidad de autorización de la Consejería competente con carácter previo a las licencias para realizar obras sobre inmuebles declarados BIC o en sus entornos; los artículos 35 y 36 señalan la posibilidad de que la Consejería competente paralice las obras o suspenda las actuaciones sobre bienes integrantes del Patrimonio histórico; y los artículos 37 y 38 prohíben la demolición de inmuebles catalogados, aunque tengan declaración firme de ruina.

privada de forma casi absoluta, las cosas han variado mucho. Nuestra Constitución supuso una importante transformación en su entendimiento. Por su localización, no es uno de los derechos a los que se otorga una protección más acusada, ya que se regula en la Sección 2.^a, Capítulo II, Título I, concretamente en el artículo 33: «*Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo a las leyes*».

En nuestro caso, como antes veíamos, la necesaria protección legal del patrimonio inmobiliario es incuestionable, pero junto con ello hay que advertir que, en muchos casos, esas medidas legales de protección, de conservación de los centros históricos, están recayendo de forma prácticamente absoluta sobre las espaldas de los propietarios privados de inmuebles sitos en los perímetros históricos sin ayuda alguna de las distintas administraciones, que parecen no darse cuenta de que en la mayoría de los casos, los inmuebles están en manos de particulares que no pueden asumir los altos costes que supone mantener adecuadamente un inmueble en una ciudad histórica para beneficio de la comunidad.

El deber de conservación que aparece en nuestra legislación de patrimonio histórico y en la legislación urbanística para el titular de este tipo de bienes tiene que tener un límite, más allá del cual el derecho subjetivo de propiedad carece de sentido porque no le reporta al individuo rentabilidad alguna. La doctrina, con más o menos matizaciones, ha considerado que para hacer reconocible el derecho de propiedad hay que predicar de él la existencia de cierta utilidad privada, cierta rentabilidad para el propietario, que es la esencia del contenido de este derecho y en el que no se puede incidir so pena de hacerlo desaparecer, vulnerando un derecho protegido por la Constitución. ¿Se puede fijar el *quantum* a partir del cual la propiedad privada pierde su esencia, ya no es rentable? Creemos que, con la legislación urbanística en la mano, podemos decir que hay un límite al deber de conservación. Ese límite está fijado en el 50 por 100 del valor de reposición del inmueble. A partir de ese límite (en el que se entiende que el inmueble ha alcanzado el final de su vida útil), al propietario no le es rentable su propiedad por lo que si, en aras a la protección arquitectónica y cultural del entorno, resultara necesaria la conservación del mismo, tendría que ser la Administración la que asumiera el coste por encima de ese límite, como indica el artículo 155.5 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, precepto que en la práctica no se aplica.

Por eso insistimos en que en la propiedad inmobiliaria histórica pueden darse situaciones, debidas a las cargas y limitaciones que impone la ley, en las que ese *minimum minimorum*, a que nos hemos referido, para poder hablar de propiedad privada, se ve amenazado gravemente, pues a ellas debe enfrentarse el propietario solo, sin que la comunidad —que en definitiva va a ser la destinataria del resultado de ese deber de conservación— coopere en modo alguno. Y en

esto consiste la denuncia en la que insistimos: son muchos los gravámenes y muy pocas las medidas de fomento (8), de ayuda al propietario a las que puede acogerse para conservar, en aras a esa función social que aquella está llamada a cumplir, por encima del límite del deber de conservación. Así, por ejemplo, para el titular de una casa, sita en cualquiera de nuestros barrios históricos, nos encontramos con que el propietario no solo carece de ayudas sino que padece numerosas limitaciones en su derecho.

En este sentido, si nos fijamos en el propietario de una casa, sita en un centro histórico (por ejemplo, en Granada), comprobamos que ha de soportar una serie de cargas en su propiedad que paradójicamente no afectan a los inmuebles fuera del perímetro histórico y que pueden llegar a superar la rentabilidad que es propia a este derecho:

- Pago de la Inspección Técnica de Edificios.
- Prohibición de hacer sótanos en ciertas zonas por cuestiones arqueológicas.
- Restricción de alturas respecto a las que permite el PGOU.
- Prohibición de letreros luminosos.
- Si existe patio, debe arrancar desde la planta baja, mientras que en el resto de la ciudad puede ocuparse el patio y dedicarlo a locales.
- No demoler aunque esté en estado ruinoso si el edificio está catalogado (30 por 100 de los del centro)...

Y como estas algunas más, por lo que en general el titular no puede hacer frente a lo que va a constituir un beneficio para todos; se produce la sensación de que la función social funciona para todos menos para él.

Y ello es importante si, como queremos hacer hincapié en este trabajo, hay que proteger verdaderamente las figuras arquitectónicas que han surgido en el

(8) El Preámbulo de la LPHE se refiere a la importancia de las medidas de fomento de la conservación, pero esta declaración de principios se concreta de forma totalmente decepcionante en el Título VIII, reduciéndose las medidas de fomento a las siguientes:

- El acceso preferente de las obras de conservación, mantenimiento y rehabilitación al crédito oficial (art. 67), créditos que, al fin y al cabo, hay que devolver, y para eso ya están las entidades financieras.
- La regulación del denominado «1 por 100 cultural» de la aportación estatal al presupuesto de las obras públicas financiadas por el Estado, destinado a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico español (art. 68), figura esta que podría ser de sumo interés por el elevado coste de las obras públicas, pero de poca efectividad práctica y escasa transparencia en su aplicación.
- Una serie de beneficios fiscales, aplicables exclusivamente a los Bienes declarados de Interés Cultural o inventariados (arts. 69 a 74).

Vid., en este sentido, mi trabajo: «Las vicisitudes de los propietarios de inmuebles situados en un conjunto histórico: el deber de conservación y sus límites», en *RCDI*, enero-febrero de 2002, pág. 86.

devenir histórico y no destruirlas; lo más fácil es adquirir los solares afectados y hacer tabla rasa con tales situaciones, demoliendo y adecuando las nuevas edificaciones estrictamente a la parcela o parcelas existentes. Sin embargo, creemos, al contrario, que es necesario crear las condiciones que hagan posible proteger estas figuras arquitectónicas. Y ello porque, además, están surgiendo nuevas situaciones que participan de su esencia y parece absurdo no proteger las que pueden constituir el apoyo para estas últimas; pero, eso sí, ayudando a los titulares de estas singulares construcciones históricas a que puedan ser rentables y no a que sean un gravamen más que un derecho, que no se pueda mantener.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS CONCRETOS DEL PROPIETARIO INDIVIDUAL ANTE CASOS SINGULARES DE PROPIEDAD EN LOS CONJUNTOS HISTÓRICOS Y EN LA CIUDAD ACTUAL

De entre las dificultades que se le presentan al propietario de inmuebles dentro de un conjunto histórico, muchas de ellas proceden de los problemas técnico-jurídicos que ofrecen las formas singulares de propiedad, en las que se entrecruzan la propiedad privada con el dominio público, o bien se superponen distintas propiedades privadas. Pero, como hemos adelantado y más adelante veremos, en realidad, estas formas arquitectónicas se están configurando también en la ciudad actual, y naturalmente llevan a problemas singulares no regulados específicamente en nuestro Ordenamiento Jurídico. Quizá, por ello, en muchos casos, ni el planeamiento urbanístico ni muchos profesionales del derecho «entienden» estas formas singulares, las cuales no caben dentro de los límites normativos usuales, y tienden a rechazar su validez, reconduciéndola a figuras jurídicas más «convencionales». Pero, como decimos, deben darse las condiciones normativas oportunas que las perfilen adecuadamente para que dichas figuras puedan preservarse, y por qué no, utilizarse en el futuro.

Vamos a exponer algunos casos de estas «formas singulares» de propiedad, analizando para cada una de ellas su definición, su origen histórico y su configuración jurídica y los problemas que pueden plantear tanto desde el punto de vista civil como urbanístico, deteniéndonos por su especial problemática y utilización actual en alguna de las mismas.

1. LOS ADARVES

La palabra «adarve», que en castellano tiene el significado de «muro de una fortaleza», «camino situado en lo alto de una muralla» o «protección, defensa», procede de la árabe *darb* (en plural *durub*), que designaba la calle o callejón, casi siempre sin salida, con una o varias puertas para su cierre, mientras que la calle

ciega no tenía nombre especial (9). Caracterizaba, pues, al adarve la existencia de puertas para su aislamiento nocturno. Este es el término con que designa en las ciudades de origen hispano-musulmán a las calles sin salida, que pueden cerrarse con puertas por la noche y que dan acceso a una o varias viviendas.

Vamos a analizar ahora el adarve histórico y el adarve en las construcciones modernas:

- a) En cuanto al adarve histórico: Al referirse a estos espacios, ya comentábamos antes que CHUECA GOITIA (10) destaca el contraste entre el concepto occidental de calle, como espacio público y corredor funcional, frente al concepto musulmán de adarve, espacio semiprivado de acceso exclusivo a las viviendas a las que sirve, indicando que *«el adarve, en este aspecto, es algo así como la negación de la calle, la negación del valor estructural de la calle en la formación de la ciudad. La calle formativa es la que conduce de un lado a otro, siendo pieza esencial de ese espacio público condicionante. El adarve no tiene salida, no tiene continuación, no sirve a un interés público, sino a un interés privado, el del conjunto de casas en cuyo interior penetra para darles entrada. Es, por tanto, una calle privada que de hecho se cerraba de noche, aislando y protegiendo una pequeña comunidad de vecinos»*.

Presentan estos casos importantes conflictos de orden jurídico. La cuestión fundamental deriva de si su naturaleza es pública o privada. Y es fundamental, hoy día, esta catalogación a efectos de algunos problemas que se están planteando con asiduidad: por ejemplo, la posibilidad de cerrarlo o no por motivos de seguridad y salubridad.

Para su determinación es claro que solo se puede estar al caso concreto. Los indicios que nos pueden llevar a una conclusión u otra no son otros que el estudio de las escrituras de propiedad, las inscripciones registrales, las del Catastro (11), y ello sin olvidar el planeamiento urbanístico. Otros detalles que pueden ser importantes para darnos norte

(9) Vid. TORRES BALBÁS, Leopoldo, *ob. cit.*, pág. 369 y sigs.

(10) *Ob. cit.*, pág. 76. En este sentido, VILLANUEVA RICA destaca la abundancia en la Granada musulmana de calles sin salida y la escasez de espacios públicos: *«Se citan gran número de calles sin salida, característica de las ciudades musulmanas medievales donde no es preciso que la calle conduzca a algún sitio, ya que no se ha trazado la calle previamente y a sus lados se han ido levantando las casas como en las poblaciones medievales cristianas, sino que la calle ha nacido como consecuencia de la unión consecutiva de casas y así, las calles formadas son tortuosas, se entrecruzan e incluso no tienen salida. La calle para el musulmán no es lugar de esparcimiento, sino solo de tránsito, por eso no precisa embellecerla, si bien las casas ricas están pintadas, y enjalbegadas las pobres»*. Casas, mezquitas y tiendas de los hábices de las Iglesias de Granada, Instituto Hispano-Árabe de Cultura, Madrid, 1966, pág. 7.

(11) Aunque la discrepancia en las descripciones registrales y catastrales de las fincas constituye frecuentemente un problema añadido, en lugar de un dato que coadyuve a resolver la situación.

de su carácter público o de su pertenencia privada son la existencia o no de alumbrado, saneamiento público, placa de señalización de calle...



Las preguntas se multiplican en estos casos porque, como adelantábamos antes, si fueran públicos, ¿se pueden cerrar por motivos de seguridad?; y si son privados, ¿pertenecen a todos los titulares de los edificios que dan al mismo en copropiedad? (12) Por otro lado, ¿pueden tener consideración de espacio público a efectos de las condiciones de habitabilidad (ventilación e iluminación) de las viviendas que dan a ellas? Parece claro que estas consideraciones suponen un problema en el que no es fácil deslindar la naturaleza pública o privada. Son situaciones peculiares; en muchos casos no habrá título alguno que determine su pertenencia, precisamente, por cómo se ha formado. Solo con los índices o indicios, antes mencionados, se podrá conseguir la prueba que demuestre su titularidad. Y puede ser que en muchos de los casos se alegue el uso inmemorial del adarve por los vecinos propietarios de los edificios que lo delimitan, habiéndose formado una comunidad incidental, aunque de carácter permanente por la imposibilidad de su división.

(12) Para VAN STAEVEL, en la tradición musulmana, «el adarve consiste en un bien común indiviso. Sin embargo, si su uso se efectúa en el marco estricto de una copropiedad, ya no es patrimonio del conjunto de la comunidad, sino más restringido: de los moradores de las viviendas comunicadas por el callejón en cuestión». VAN STAEVEL, Jean Pierre, «Casa, calle y vecindad en la documentación jurídica», en *Casas y palacios de Al-andalus*. Julio NAVARRO PALAZÓN, editor. El Legado andalusí. Lunwerg Editores, Granada, 1995, pág. 54.

- b) Adarves actuales: Los adarves que se pueden «crear» en la actualidad son normalmente consecuencia de la reconstrucción de situaciones existentes con anterioridad que, por estar debidamente acreditados, se permiten a través de los planes especiales.

En otros casos se crean como zonas de paso comunes a distintas casas o a edificios en régimen de propiedad horizontal o en urbanizaciones o complejos privados (art. 24 LPH) que, necesariamente, han de existir para dar acceso a algunos de dichas casas o edificios sitos en el fondo del solar. En estos casos, la configuración jurídica aparece más sencilla en cuanto que se consideran como elementos comunes (en comunidad ordinaria o en propiedad horizontal) de tales inmuebles, siendo de cuenta de las distintas propiedades su cuidado, y siendo suyo también el derecho a su cerramiento o limitación de paso. A este supuesto se le podría asimilar, aunque sean casos distintos, los edificios que tienen abierto un paso entre calles que es de propiedad particular de los mismos. En estos casos las escrituras y las inscripciones registrales serán determinantes para su catalogación y ello sin perjuicio de los convenios con el Ayuntamiento que pudieran suscribir en relación al alumbrado, por ejemplo.

Por lo tanto, en esta figura urbanística encontramos las siguientes características:

- Se trata de un espacio libre de edificación, conectado por uno de sus extremos por una vía pública y sin salida por el otro, que da acceso a uno o varios inmuebles.
- Puede ser público, lo que se puede deducir del catastro, del hecho de contar con servicios públicos (pavimentación, alumbrado público, alcantarillado...), de estar abierto al paso público, en cuyo caso se incluye dentro de los espacios de dominio y uso público.
- Pero también puede ser privado, si así lo indica el título de propiedad, el Catastro o el Registro de la Propiedad, si los servicios urbanos (alumbrado, pavimentación, recogida de aguas...) son privados o hay un convenio al efecto con el Ayuntamiento, si está cerrado al paso público; en este caso, se tratará de un elemento común (en comunidad ordinaria o en régimen de propiedad horizontal con las cuotas que corresponda) de los inmuebles a los que dé acceso.

2. LOS ENGALABERNOS

A esta especial figura arquitectónica, que encontramos en muchas ciudades de la geografía nacional por la orografía de nuestro suelo y por nuestra tradición

histórica cultural, ya nos referimos (13) hace unos años, porque son muchos los problemas que surgen en su configuración jurídica. Otros estudios recientes en el tiempo (14) han tenido como objeto perfilar la naturaleza jurídica de esta figura que ha tendido a ser obviada en la práctica, tanto desde el punto de vista jurídico como técnico-urbanístico, por los problemas de diverso tipo que normalmente conlleva.

En cuanto a su concepto y características, creo que podemos ahora precisar más y entender que se trata de una situación en que se encuentran dos o más fincas distintas superpuestas, de forma que comparten uno o varios elementos horizontales. No se trata, por tanto, solo de «*la parte de una edificación que no se encuentra dentro de los límites de la finca que le corresponde, sino que se apoya en el inmueble de la parcela colindante*» (STS de 20 de mayo de 2008, RJ 2008/3156) sino de la situación en que se encuentran dos fincas independientes.

La primera característica fundamental es el origen independiente de cada una de las fincas, habiéndose construido una de ellas sobre la otra (15).

La segunda, sería la «irreversibilidad» (o la indivisibilidad), en el sentido de la imposibilidad de «deshacer» el engalaberno para crear fincas «ajustadas en vertical» al parcelario, sin destruir las fincas afectadas.

Quizá por ello, si somos estrictos en el concepto, debería excluirse de este régimen aquellos casos que impliquen la simple unión de una parte de una finca con la colindante (por ejemplo, para ampliar una vivienda en la planta segunda de un inmueble se compra un apartamento en la planta segunda del edificio colindante, y se unen abriendo un hueco en la pared o paredes separadoras, que pueden ser o no medianeras. En este caso, cada una de las fincas integrantes del conjunto puede volver a formar parte del inmueble originario, simplemente cerrando el hueco practicado, por lo que se trataría más bien de una «unión

(13) «La superposición de inmuebles: estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo», en *RCDI*, 1999, págs. 87 y sigs.

(14) MEDINA DE LEMUS, «Engalabernos», en *RGLJ*, 2000; GOMÁ LANZÓN, «Las insuficiencias del régimen de la propiedad horizontal. Casas empotradas y a caballo: la finca tridimensional», en *La Notaria*, núm. 9-10, septiembre de 2001, pág. 68; GONZÁLEZ-SANTIAGO GRAGERA, *Casas empotradas con origen común: comunidad sui generis y no medianería horizontal*. BIB 2008/505, sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 3/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008; ARNAU MOYA, «La variable naturaleza jurídica del engalaberno», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2011-1, núm. 26, pág. 195; MATHEU DELGADO, *Derecho de vuelo y subsuelo*. Madrid, 2011, págs. 409 y sigs.

(15) En este sentido, insistiendo en esta característica fundamental, GONZÁLEZ-SANTIAGO GRAGERA, que estudia la jurisprudencia de nuestros Tribunales analizando si consideran o no este requisito esencial para aplicar la medianería horizontal, ya que, en caso de origen común, esta no sería el régimen aplicable. *Casas empotradas con origen común: comunidad sui generis y no medianería horizontal*. BIB 2008/505, sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 3/2008, cit.

funcional», expresamente permitida por algunas figuras de planeamiento (así, en el Plan Especial del Área Centro de Granada) (16).

La tercera característica hace referencia a que lo común es únicamente el elemento (o elementos) estructural horizontal (suelo para el superior, techo para el inferior); aunque también podrían serlo los muros de carga que soporten dicho elemento.

Cada propiedad tiene su propia carga: la superior sirve de cubierta a la inferior; la inferior soporta la superior, y además tiene limitado su vuelo.

En cuanto a su naturaleza jurídica, realmente, ya se ha destacado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia cómo estas situaciones constructivas no caben, por esencia, dentro de determinadas instituciones: así no hay servidumbre *oneris ferendi* (y no hay tal situación en estos casos porque no hay fundo dominante ni sirviente), ni una situación de comunidad ordinaria (en la que se puede pedir la división).

Sin embargo, sabemos que el régimen de propiedad horizontal puede ser aplicable en algunos casos, que habría que analizar, pero no cuando solo se compartan determinados elementos estructurales (17). Por ello, en muchas de estas situaciones —si estamos ante las características mencionadas— lo que nos vamos a encontrar es una medianería horizontal, con el estatuto de derechos y obligaciones para los medianeros que ella conlleva (18). Las objeciones teóricas que se han venido achacando a esta forma de solucionar tales situaciones no han sido más que intentos de no querer enfrentarse a algo nuevo que, aunque existente en la realidad extrarregistral, no encuentra buen acomodo en un or-

(16) Aunque, en otro momento, pensando en un origen remoto o inmemorial del caso, con carácter general, lo incluyéramos como posible origen de este tipo de situaciones.

(17) Ya consideramos esta cuestión, que creo que es fundamental, al hablar de las distintas situaciones que se podrían presentar, según los elementos que se compartían, pues caben distintas posibilidades: *a)* un edificio con varios pisos y otro colindante con vivienda única, en que alguna de sus habitaciones pisa o apoya sobre el anterior y existiendo derecho de vuelo no atribuido especialmente a ninguno de los inmuebles. En base a los muros horizontales de separación y a ese derecho de vuelo, se puede configurar una propiedad horizontal, aunque con algunas matizaciones en cuanto la contribución en determinados gastos; *b)* en caso de que la situación de superposición afectara a dos edificios divididos en pisos e igualmente no se pudiera determinar que el vuelo pertenece a uno solo de ellos parece apropiado el régimen de la propiedad horizontal genérica a los edificios afectados sin perjuicio de los elementos comunes específicos a cada uno de ellos; *c)* si el engalaberno afecta a viviendas individuales, en principio sería descartable el régimen de propiedad horizontal porque son muchos de sus requisitos los que no se cumplen. El problema es si, además, de los muros medianeros verticales y horizontales no ha habido distribución del vuelo, en cuyo caso se puede plantear por este la existencia de una comunidad horizontal atípica porque realmente el problema de la atribución del vuelo genera, en estos casos, muchas dudas si el empotramiento ocurre en el piso superior.

(18) Hoy día se ha incluido la medianería horizontal en los llamados consorcios reales simples, si se dan unos determinados datos. Vid. PÉREZ PÉREZ, «Consortio real y propiedad consorciada», en *RCDI*, mayo de 2011, págs. 16 y sigs.

denamiento que pretende ser completo (19). Pero, de hecho, la doctrina actual, al estudiar la medianería, comenta la existencia junto a los elementos de separación vertical, los de separación horizontal, en supuestos de construcciones superpuestas (20).

Aun así, siempre habrá que insistir en la necesidad de estar muy encima del caso concreto porque no se pueden tratar todas estas situaciones con la misma medida o criterio. Ciertamente, contamos hoy con muchos casos resueltos en los que se aprecia esta situación, por ejemplo, en las SAP de Granada, de 14 de julio de 2003 (*JUR* 2003/219428), de 3 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/13497) y de 30 de junio de 2006 (*JUR* 2007/26421); de Madrid, de 17 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/144451); de Burgos, de 13 de abril de 2009 (*JUR* 2009/284265); de Sevilla, de 11 de mayo de 2010 (*JUR* 2010/372039); de Lleida, de 6 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/259346) (21). También en la STS de 14 de abril de 2005

(19) Los inconvenientes teóricos a esta posibilidad que acogió la RDGRN de 25 de junio de 1987 estaban, en realidad, ya bastante superados por la doctrina y la jurisprudencia en tanto que la extensión vertical del dominio *ex* artículo 350 venía interpretada, en cuanto a sus límites, entre otras, por la STS de 3 abril de 1984 (*RJ* 1984/1924); por otro lado, el inconveniente de la accesión que se menciona no cabe si tenemos en cuenta que es presupuesto de su aplicación considerar un elemento de los que se une como principal y otro accesorio, cuestión que no cabe apreciar en estos supuestos; sin mencionar las excepciones que legal y doctrinalmente se aplican a este principio. Finalmente, el entendimiento de que el engalaberno forma parte del inmueble colindante por lo que no puede ser objeto de Derecho es un último argumento que cae por su base, si tenemos en cuenta que es susceptible de aprovechamiento independiente (vid., en este sentido, argumentando en contra de estas objeciones de la RDGRN, los estudios de GOMÁ LANZÓN, «La propiedad tridimensional. Un ejemplo más de la creación notarial del Derecho», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 16, y «Las insuficiencias del régimen de la propiedad horizontal. Casas empotradas y a caballo: la finca tridimensional», *ob. cit.*, págs. 84 y sigs.). Por otro lado, la propia DGRN desmonta tales argumentaciones en Resoluciones recientes como las de 5 de abril de 2002 y 24 de febrero de 2007.

(20) Así, entre otros, ROCA JUAN, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, T. VII, vol. II, Jaén, 1978, artículos 530 a 608; ALONSO PÉREZ, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1472; y DÁVILA GONZÁLEZ en su comentario al artículo 571 en *Jurisprudencia Civil comentada*. Tomo I (dir.: PASQUAU LIAÑO, coord.: ALBIEZ DOHRMANN; LÓPEZ FRÍAS, A., Granada, 2009, pág. 1146).

(21) En concreto, esta sentencia hace referencia a un engalaberno en el subsuelo, pues existía una bodega perteneciente a un edificio sobre parte del cual se construyó un nuevo edificio. Afirmar la sentencia que, como recuerda la SAP de Burgos, Sección 2.ª de 13-4-2009, se trata de fenómenos que «...desafiaban a los milenarios principios de accesión y extensión del dominio en sentido vertical, según los cuales el dueño del suelo es dueño del vuelo (y del subsuelo, añadimos nosotros, *ex* art. 350 del CC)...». Y añade la sentencia que, según la precitada sentencia de Burgos, «la doctrina del TS... se ha visto complementada, por un lado, con las RRDGRyN de 5-4-2002 y 24-2-2007, donde se admite la inscripción separada del suelo y del subsuelo, sin constituir propiedad horizontal y, por otro, en los artículos 8 y 17-4 de la Ley del Suelo, Ley 8/2007, de 28-5, donde se admite el desdoblamiento de suelo público y privado y la posibilidad de propiedades independientes sobre el rasante, el subsuelo o el suelo, sin constituir propiedad horizontal y sin previa desafectación y con las limitaciones o servidumbres que procedan».

(RJ 2005/3238) y en las RRDGRN de 5 de abril de 2002 (RJ 2002/8121) y de 24 de febrero de 2007 (RJ 2007/6137).

Pero también es cierto que existen otros casos en que la medianería ha sido rechazada por falta de justificación, pues esta tiene que estar especialmente determinada para poder ser apreciada; esto ocurrió en el caso estudiado por la RDGRN de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2009/5724) y en la RDGRN de 7 de marzo de 2011 (RJ 2011/3706).

Hechas estas apreciaciones de carácter general sobre el régimen jurídico de estas situaciones, vamos a centrarnos ahora en el análisis de dos cuestiones prácticas en orden a ellas: la cuestión del vuelo y las de las reparaciones.

- a) *En cuanto al primero, ¿cómo se distribuye el vuelo (el aprovechamiento o edificabilidad, en términos urbanísticos) entre las distintas propiedades?*

Normalmente, el planeamiento urbanístico otorga la edificabilidad permitida en cada parcela catastral, en forma de coeficiente expresado en m² construidos por cada m² de parcela, resultado de una altura y una ocupación de parcela uniformes, buscando una imagen urbana homogénea.

Pero en los inmuebles que estamos estudiando, en que las distintas propiedades se interfieren entre sí, sucede que en la proyección vertical de una determinada parcela se están incluyendo superficies construidas que, en realidad, pertenecen a propietario distinto del de esta, con lo que se puede plantear la cuestión, si se permitiera una mayor edificabilidad de la parcela (es decir, la posibilidad de construir en ella), de a quién correspondería ese derecho, a falta de título que lo determine.

Lo que esto quiere decir es que en estos casos, que son frecuentes, no debería ser aplicable este cálculo de la edificabilidad mediante un coeficiente homogéneo, más propio de desarrollos más o menos recientes de las ciudades, sino que debería hacerse mediante un estudio volumétrico o tridimensional, que asignara a cada propietario un volumen construido en m³ (o en m², pero especificando el nivel en el que están situados).

El Catastro ya está reflejando estas situaciones, indicando las zonas en las que existen superposiciones mediante indicaciones en las consultas gráficas: por ejemplo, IV-II.01-II.02, que significan que esa zona de la edificación tiene cuatro plantas, de las que dos pertenecen a la parcela 01 y las otras dos a la parcela 02.

¿Qué parcela se debe considerar a estos efectos?

El planeamiento y el Registro parten de la parcela entendida en su sentido clásico, como espacio poligonal cerrado; y ello porque se basan en un modelo de origen «romano», mientras que en nuestro entorno (en muchas ciudades y pueblos de España) es frecuente el origen o desarrollo de raíz islámica, con una muy diferente concepción de la propiedad. Sin embargo, puesto que es la

base de la que partimos, deberemos arrancar de la parcela registral-catastral; en principio, la definida por la planta baja de las edificaciones, salvo que sea fácilmente reconocible una disposición distinta.

Como veremos más adelante, en estos casos, en que las plantas inferiores pertenecen a un propietario y las superiores a otro, frecuentemente la propiedad del vuelo se disocia de la del suelo, de forma que una posible ampliación del vuelo no corresponde al propietario del suelo, sino al propietario de las plantas superpuestas; y ello porque no tiene sentido que esa posible ampliación perteneciera también al propietario de las plantas inferiores, con las que no va a ser posible la conexión; de la misma forma que una posible construcción en el subsuelo pertenecería solo al propietario de dichas plantas inferiores. Por otra parte, hay que considerar que este último propietario, o de los que el traiga causa, ha consentido la edificación sobre su propiedad, renunciando así implícitamente a esa facultad.

¿Se puede mantener esta situación en caso de demolición y sustitución de una de las fincas?

Vamos a ilustrar esta cuestión con un caso: nos encontramos ante una finca registral —hoy solar— en la que estaba construida una vivienda con dos cuerpos de altura. La planta baja tenía una superficie de 28,9562 m² y la segunda una superficie mayor, de 53,2168 m², por la introducción y carga sobre un callejón que sirve para paso y usos de otras casas. Tal descripción se deriva del primer asiento registral de 1864 (fecha del primer asiento de la finca). La superficie total de la vivienda era, por tanto, de 82,1730 m².

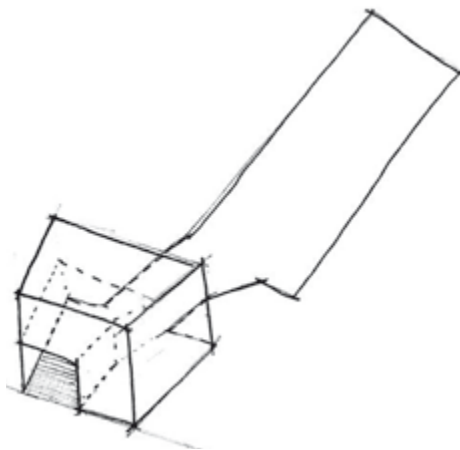
Dicha edificación, en un primer momento volaba, en parte, sobre un paso perteneciente a distinto dueño. Del inmueble, demolido a finales del siglo XX, han quedado algunos vestigios o «huellas» en la medianera del edificio colindante por la izquierda, y en algunos elementos estructurales de madera que han permanecido en pie tras el derribo, como prueba física de la realidad jurídica.

Si tenemos en cuenta —a pesar de que la vivienda esté hoy derruida— que los derechos de edificación están reconocidos y consolidados, ya que ello se desprende de la inscripción registral, y que la normativa urbanística permite la elevación de dos plantas más (en total hasta cuatro plantas en esa zona), lo interesante es conocer a quién corresponde ese derecho de edificación o vuelo respecto a la totalidad de las dos nuevas plantas que permite la mencionada normativa.

Está claro que nos encontramos, en este caso, con la existencia de un supuesto de disociación de propiedades inmobiliarias en el plano correspondiente a la parte de suelo del callejón, que es paso para distintas casas. Dicho callejón (o adarve) y su paso está en manos de particulares, pero el vuelo correspondiente a tal paso ha pertenecido a la finca colindante —formando parte de su edificación— por tiempo inmemorial.

Lógicamente, si hay consentimiento en esta situación hay también necesariamente una renuncia a las consecuencias que esa cesión lleva consigo. Teniendo

en cuenta esto, hay que decir que ese vuelo construido sobre finca ajena (sobre el paso) en la planta superior de la vivienda, parece que debe ser considerado como de pertenencia del titular de la edificación (22). Nos explicamos.



Estamos, como se decía, ante una disociación de la propiedad en dos distintas, que recaen sobre diferentes planos. Esto nos lleva a considerar que el propietario de lo construido es titular de un derecho de propiedad de la misma entidad que el que recae sobre el suelo, cuyo vuelo ha sido interferido por virtud de título o paso del tiempo, etc... Por ello, hay que entender que hay que atribuir al derecho de propiedad sobre lo edificado los mismos caracteres, la misma entidad, que tiene el derecho de propiedad sobre el suelo.

Si esto es así, si hay dos propiedades inmobiliarias sobre distintos planos que coexisten y que se separan en planos horizontales, la cuestión es, insistimos, a quién corresponde y con qué extensión el derecho a edificar nuevas plantas que el planeamiento concede a los edificios de esa determinada zona donde está, o mejor «estaba» situada la vivienda de referencia. Ese *ius aedificandi* consiste en la facultad de construir y adquirir la propiedad de lo edificado como manifestación del derecho de propiedad (arts. 348 y 350 CC), hasta agotar las posibilidades constructivas que ha generado la normativa urbanística.

(22) La STS de 9 de julio de 1988 (RJ 1988/5601) resuelve el caso relativo a un derecho de propiedad sobre el vuelo de lo que era planta baja de la casa de los demandados, derecho patente e indubitadamente exteriorizado porque sobre la mencionada planta baja existía un desván que los demandados destruyen al edificar, condenando a los demandados a la demolición de determinadas obras y a reparar los daños causados.

Pues bien, trasladando estas consideraciones al caso que comentamos, hay que decir que ese derecho de edificación ha de venir atribuido a la propiedad inmobiliaria correspondiente a lo edificado, pues se presume —salvo prueba en contrario— que el vuelo es adquirido por el titular de lo construido y con la extensión de dicha construcción.

El derecho de vuelo a la nueva edificación tiene su base en esa propiedad inmobiliaria que queda disociada de la del suelo (paso) y tiene la extensión de dicha construcción. Por tanto, civilmente, se produce la adquisición del vuelo posible en su integridad sin perjuicio, claro es, del paso.

Siguiendo con la argumentación anterior, otra cosa no es pensable porque hay un título que rompe la extensión normal o expansión de la propiedad del suelo hacia su vuelo. Sería un sin sentido jurídico que se produjera una doble discontinuidad entre suelo y vuelo y vuelo construido y sobrevuelo si no hay aquí título que lo avale.

Un argumento que abunda en la tesis mantenida es analizar qué ocurre respecto al subsuelo. Si este en algún momento fuera aprovechable, porque así lo permitiera la normativa urbanística, al no existir título alguno que legitimara, respecto al paso, su utilización y aprovechamiento, está claro que la titularidad de la propiedad de ese paso mantendría íntegra sus derechos, sus expectativas, a participar de los resultados o beneficios del aprovechamiento del subsuelo en su extensión correspondiente (manifestación y ejercicio de su derecho de propiedad) porque aquí no hay ningún título que «rompa» esa consecuencia lógica.

Por tanto, la propiedad de la vivienda cuya planta superior fue construida sobre el vuelo correspondiente al paso es la que tiene el derecho a las nuevas posibilidades de edificación que concede la norma urbanística. Hay que entender que, en realidad, la situación es la misma que la que existía con anterioridad, con la salvedad de que ahora se puede ejercitar una facultad que procede de ese derecho de propiedad que es edificar, ocupando el espacio, en dos plantas más.

Y, efectivamente, el titular de suelo, del paso, no participa de esas posibilidades de edificación con respecto a la extensión de ese paso porque hay que entender que, al consolidarse la propiedad sobre ese vuelo construido, ha perdido sus derechos sobre él, ya que estos han pasado a ser del titular de la vivienda colindante que podrá hacer suyas las nuevas plantas permitidas en toda la extensión correspondiente a la planta primera de la vivienda que existía.

No hay comunidad en este supuesto (23) ya que, en realidad, tendríamos un supuesto de engalaberno en el vuelo sobre suelo privativo (teniendo en cuenta,

(23) El TS considera que tales elementos no se pueden considerar cosas en sentido jurídico, sino partes integrantes, y por ello, de forma rotunda, excluyó la posibilidad de una comunidad en la STS de 24 de mayo de 1943 (*RJ* 1943/576); también en la de 6 de febrero de 1967, en la que rechazó la existencia del retracto de comuneros porque el derecho a apoyar una construcción sobre paredes de determinadas fincas no significa una atribución del condominio de estas en favor del dueño de aquella; así como en la de 7 de marzo de 1969

además, que la construcción engalabernada ha sido demolida y que quiere volver a edificarse con la mayor posibilidad de elevación que le concede ahora la normativa urbanística). Es, por tanto, un caso peculiar dentro de la singularidad que suponen estas figuras constructivas, pero que, por la vetustez de alguna de estas construcciones, se están planteando en muchos centros históricos.

Y que esto es así y que cada situación requiere un especial estudio, lo vemos también en el caso resuelto por la SAP de Burgos, de 28 de enero de 2002 (*JUR* 2002/98489) en donde, reconocida la existencia del engalaberno, pero demolida la finca engalabernada, se estima que no es posible su reconstrucción apoyando sobre el local colindante porque la construcción sobre el vuelo de este haría peligrar el local de los demandados por los refuerzos que la terraza prevista requería.

- b) *En cuanto a las reparaciones: ¿A quién corresponden los deberes de conservación y reparación, en caso de mal estado o ruina de los dos edificios? ¿Está obligado el propietario de cualquiera de las fincas a soportar las obras necesarias para mantener la seguridad y salubridad de la otra? ¿Qué ocurre en caso de demolición?*

Si, como ocurre en muchos casos, no se dan las condiciones para constituir una superestructura jurídica como es la de propiedad horizontal porque lo compartido por las fincas engalabernadas son solo unos muros horizontales y verticales, parece claro que la contribución a la reparación de los mismos corresponde a ambos propietarios afectados respecto a esos elementos constructivos que comparten. La contribución a los gastos se haría en la forma determinada para la medianería. Esto significa que los medianeros están obligados al mantenimiento, reparación y construcción del elemento común en proporción al derecho de cada uno (24).

Por ello, los gastos a sufragar serán los precisos para la conservación o mantenimiento de la pared o elemento divisorio. Ya dijimos, en su momento, que no es lógico que queden comprendidos los gastos suntuarios que un propietario realice en su parte de medianería (por ejemplo, un suelo de gran calidad) ni los que tengan por origen la culpa de uno solo de los medianeros, en cuyo

(*RJ* 1969/1179), que afirmó que en caso de empotramiento de una casa respecto a otra, el titular de las habitaciones empotradas no tiene derecho alguno de propiedad sobre el ático y el sótano que están encima y debajo de ellas respectivamente.

(24) En la SAP de Ciudad Real, de 11 de noviembre de 2009 (*JUR* 2009/462552), sentado el particular régimen jurídico de la medianería, se permite la realización de obras en las condiciones del artículo 579 del Código Civil, por tanto, sin necesidad de consentimiento, aunque, obviamente, sin menoscabo del derecho del otro medianero y sin impedirle el uso común. Lo que analiza a continuación la sentencia es si se ha producido el menoscabo que se dice.

caso serán de su cargo (25). Sin embargo, es lógica la obligación de contribuir proporcionalmente a los gastos cuando los deterioros se originan como consecuencia de fuerza mayor, vicios del suelo o de los elementos utilizados en el elemento divisorio, desgaste por el uso o por el transcurso del tiempo. Sabemos que, salvo peligro urgente, se habrá de contar con el consentimiento de todos los afectados. La contribución tendrá que ser en proporción al derecho de cada uno, y así, si no hay pacto que establezca la proporción y cuantía de tal contribución, tendremos que remitirnos a la titularidad de cada medianero en el elemento común. La doctrina y la jurisprudencia proponen que ante la inexistencia de una proporcionalidad prefijada de los derechos de los medianeros se puede estar a la presunción de la igualdad de cuotas establecida en el artículo 393.2 del Código Civil (26). En materia de reparación, creo sin embargo interesante citar la SAP de Sevilla, de 11 de mayo de 2010 (*JUR* 2010/372039), en la que en una situación de engalaberno, o más precisamente de casa a caballo (fincas independientes, una encima de otra a la que «pisa» y que tienen salida propia a diferentes calles), se pretendió, por parte del dueño de la casa superior, que contribuyera el de la casa «pisada» a los gastos originados por la reparación del tejado o cubierta. La SAP afirma que la medianería horizontal se circunscribe a techo del demandado y al suelo del demandante únicamente, además de considerar que las obras de reparación acometidas por el demandante eran muy amplias y realizadas unilateralmente. La Sala considera esas actuaciones sobre la cubierta como una manifestación de las relaciones de vecindad como la que tiene lugar cuando un colindante acomete las obras necesarias para evitar filtraciones de agua en la finca de su vecino.

Por otro lado, y en referencia a la demolición del edificio, sabemos que la medianería se configura como irrenunciable por aplicación analógica del artículo 575 del Código Civil, ya que aquí se apoya horizontalmente el «muro» de separación de las construcciones superpuestas. En el caso de que renuncie a ella, derribando el edificio (o permitiendo que esto ocurra, como sería un caso de abandono del inmueble y su consecuente declaración de ruina), serán de su cuenta las reparaciones u obras necesarias para evitar los daños que el derribo pueda ocasionar a la pared medianera. Es decir, en caso de demolición del edificio inferior, el dueño de este tendría que realizar todo aquello que fuera necesario para la subsistencia en perfectas condiciones del edificio soportado, y así apuntalar, reforzar o afianzar con los elementos y las técnicas constructivas oportunas según dictamen de perito en la materia. Tarea esta ardua y delicada,

(25) Vid., mi trabajo, «La superposición», *ob. cit.*, pág. 100.

(26) La naturaleza de esta obligación es la relativa a una obligación real o *propter rem* de origen legal y naturaleza imperativa, es decir, que tendrán que hacer frente a los gastos los dueños de las fincas que tengan a su favor la medianería, aunque no lo fueran en el momento en que el deterioro se produjo.

pues tendrá que calcularse con exactitud el peso a soportar por la estructura proyectada y llevarse esta a cabo con el máximo rigor.

La doctrina parece unánime al considerar que son reparables todos los daños que el derribo origine en la pared medianera (y, en nuestro caso, sustentante o divisoria de los inmuebles en plano horizontal) y en los edificios que en ella descansan, tanto los ocasionados al demoler como los sobrevenidos posteriormente, que puedan tener relación probada —directa o indirecta— con el derribo, porque tiene que quedar indemne, tras la demolición, toda construcción que se apoye en el muro divisorio en plano horizontal (27). A este supuesto hace referencia el caso resuelto por la SAP de Granada, de 14 de julio de 2003 (*JUR* 2003/219428), en la que la demandada demolió su edificio en el que existían engalabernos de la vivienda de la actora. La demolición en estos casos exige una especial diligencia en previsión de daños a los edificios contiguos y aquí no solo no tuvo un normal desarrollo, sino que se ejecutó de modo tosco y violento cuando, debido a aquellos, debieron acentuarse las precauciones sin que se justifique que la vivienda de la actora se hallaba en situación de deficiente conservación. La Sala menciona expresamente los artículos 576 y 1902 del Código Civil como argumentos de peso para sostener la responsabilidad de la demandada.

3. LOS COBERTIZOS

Los cobertizos, también llamados cabalgavías, son la prolongación de una propiedad particular a nivel de planta alta, por encima de la vía pública, hasta unirse con la propiedad vecina al otro lado de la calle. Suponen un vuelo privado sobre un suelo público. Esta figura se diferencia del engalaberno en que, mientras este último es una superposición de propiedades *privadas*, en el cobertizo una propiedad privada vuela sobre un *dominio público* (28).

Pudieron tener su origen en la prolongación de los ajimeces o voladizos de dos propiedades vecinas hasta poner en contacto las mismas. TORRES BALBÁS señala que «*respondían a lo apretado del caserío dentro de la cerca. Falto de espacio para acrecentarse, prolongaban sus pisos altos sobre la calle, unas veces por el vuelo de las fachadas, apeado en tornapuntas o jabalcones, y otras por su prolongación hasta la fachada frontera —sobrado— con lo que la*

(27) ASÍ, ROCA JUAN, «Comentarios al Código Civil», *ob. cit.*, pág. 188; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III, Madrid, 2000, pág. 262; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, III. *Derecho de Bienes*, 11.ª ed., revisada por Encarna CORDERO LOBATO, Madrid, 2010, pág. 258 y sigs. (en el que se menciona expresamente los arts. 555.4-5-6 del Código Civil catalán en relación al derecho de carga, pago y derribo; y ALONSO PÉREZ, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, *ob. cit.*, pág. 1472.

(28) En otro sentido, se manifiesta MEDINA DE LEMUS, quien considera estas situaciones también como engalabernos sin tal matización, *ob. cit.*

calle quedaba parcialmente cubierta» (29). Al referirse a esta figura, este autor destaca nuevamente el contraste entre las concepciones romana e islámica de la propiedad: «El Derecho romano prohibía todo vuelo o saliente avanzado sobre la vía pública. En el Islam la propiedad del inmueble construido se extendía virtualmente a su alrededor» (30).

En su afán por convertir la ciudad de Granada en una ciudad castellana (31), los Reyes Católicos publicaron en julio de 1503, la «Carta para que el corregidor de Granada haga derribar los cobertizos que están en las calles», señalando que *«nos es fecha relación que en esa dicha çiudad ay muchos cobertizos que ocupan las calles della, y que algunos dellos son muy peligrosos y que para el noblecimiento de la dicha çiudad conviene que los dichos cobertizos se derruequen»* (32). En la imagen adjunta vemos el cobertizo de Santa Inés en el Albaicín.



No obstante, este procedimiento de ampliación se continuó realizando en épocas más recientes. TORRES BALBÁS menciona que *«a partir del siglo XVI, palacios y conventos están estrechos en las manzanas que ocupan, y para su*

(29) TORRES BALBÁS, Leopoldo, *ob. cit.*, pág. 389.

(30) TORRES BALBÁS, Leopoldo, *ob. cit.*, pág. 399.

(31) LÓPEZ GUZMÁN, Rafael, *Tradición y clasicismo en la Granada del XVI. Arquitectura civil y urbanismo*. Diputación Provincial, Granada, 1987, pág. 14.

(32) Archivo Histórico Municipal de Granada. Libro Primero de Provisiones del Archivo de esta M. N. C. que contiene reales cédulas, pragmáticas y privilegios de S. M. concedidas a Granada desde el año 1490 hasta el 1544. Folio 27 r. Reproducido por LÓPEZ GUZMÁN, Rafael, *ob. cit.*, pág. 764.

ampliación recurren al procedimiento tradicional de extenderse por la manzana frontera al otro lado de la calle, unidas ambas partes por un sobrado volado sobre ella» (33). Este fue el procedimiento seguido en 1744 en el Cobertizo de Santo Domingo, que une la Iglesia de Santo Domingo con la antigua Casa del Arte de la Seda sobre la calle, para ampliar el camarín de la Virgen del Rosario (ver imagen adjunta).



Pero estas situaciones que parecen una «reliquia» del pasado que conviene proteger y conservar, resulta que las estamos volviendo a ver en edificaciones modernas, cuando lo permite la normativa urbanística. Así, hoy día, nos encontramos con construcciones privadas que vuelan sobre la vía pública (permitiendo la prolongación de una calle a través de lo que era una propiedad privada o dando salida a una vía existente que no la tenía, y ello en aras del interés público), compensando al propietario la superficie utilizada por dicha apertura mediante la elevación sobre la misma calle de una mayor altura.

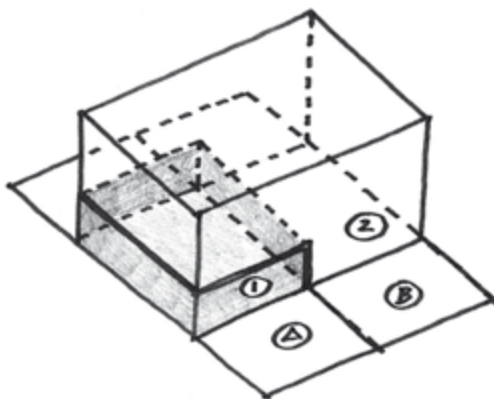
V. LA PROYECCIÓN DE FUTURO DE ESTAS CONSTRUCCIONES

Como se decía, en la actualidad, dada la escasez de suelo y a la vez la necesidad de dinero por las corporaciones locales, se están produciendo —pues la técnica constructiva actual lo permite— determinadas situaciones constructivas

(33) TORRES BALBÁS, Leopoldo, *ob. cit.*, pág. 390.

curiosas en las que se podría apreciar «identidad de razón» con alguna de estas figuras que nos ha dejado el devenir histórico y que hemos ido analizando (34). O sea, que puede ser que la configuración de una figura en principio arcaica u obsoleta (de los que ciertos sectores pretendían su desaparición) podrían servirnos, hoy día, de base para dar configuración jurídica a estas recientes situaciones.

Así por ejemplo, en primer lugar, podemos encontrarnos con la siguiente situación: por determinados motivos, el titular de la superficie construible sobre una determinada parcela no la aprovecha por completo y, por ello, quiere ceder parte de la misma a la parcela colindante: supongamos que el planeamiento permite construir sobre dos parcelas A y B con 100 m² de superficie cada una, tres plantas de 60 m² en cada una de ellas (en total 180 m² en cada parcela). Ahora bien, el propietario de la parcela A vive solo, y tiene suficiente con los 60 m² de la planta baja. Por el contrario, el de la parcela B tiene seis hijos y además quiere tener su despacho profesional dentro de la vivienda. La construcción que podría hacerse sería la siguiente: una finca «1», sobre la parcela «A», con 60 m² en planta baja; y una finca «2», con 60 m² en planta baja sobre la parcela «B», 120 m² en planta primera (60 en la parcela A y 60 en la B) y 120 m² en planta segunda (60 en la parcela A y 60 en la B), con 300 m² construidos en total. El propietario de la parcela A transmitiría al de la B los 120 m² edificables que le sobran; y el conjunto quedaría dentro de los límites definidos por el planeamiento.



(34) En este punto se va a dejar de lado la figura de los adarves, por ser más clara su configuración jurídica, y nos vamos a centrar en las otras dos figuras analizadas de construcciones superpuestas.

Por lo que vemos, cómo en la actualidad se podría aprovechar el suelo y el vuelo y dar satisfacción a las distintas necesidades personales y familiares que se pueden plantear, utilizando esta forma de superposición de fincas independientes privativas. En la inscripción de estas fincas, la descripción de la finca 1 sería: construcción de una planta de 60 m² de superficie; sobre ella existen otras dos plantas de 60 m² que pertenecen al titular de la finca 2. Y la de la finca 2 sería: construcción con una planta de 60 m² de superficie y dos plantas más de 120 m² cada una; la mitad de cada una de estas últimas plantas está construida (vuela) sobre la finca 1.

Por otro lado, y en segundo lugar, estamos viendo cada vez con más frecuencia casos de edificaciones en el subsuelo y en el suelo, constituyendo fincas independientes. GOMÁ LANZÓN (35) menciona, en este sentido, un caso concreto que se le presentó y que lo resolvió aplicando al supuesto la idea de la medianería horizontal (36).

Hoy día estas situaciones jurídicas, de difícil configuración, cuentan con la base de las recientes resoluciones de la DGRN de 5 de abril de 2002 y 24 de febrero de 2007 (37) y, sobre todo, con la base legal que supone el artículo 17.4 de la TRLS, de 20 de julio de 2008, que abre la posibilidad de constituir «complejos inmobiliarios» compuestos por superficies superpuestas destinadas a la edificación o uso privado y al dominio público que tengan el carácter de fincas especiales de atribución privativa, siempre que lo permita la ordenación urbanística previa a la desafectación del dominio público

(35) «La propiedad tridimensional», *ob. cit.*

(36) Con motivo de los Campeonatos Mundiales de Esquí Alpino de 1995-1996, se construyó en Sierra Nevada un gran aparcamiento subterráneo, de carácter público, sobre el cual se abrió la Plaza de Andalucía y, sobre ella, se edificaron varios inmuebles privados, todo ello aprovechando el desnivel del terreno para dar una nueva fachada urbana a la urbanización. Es decir, sobre un subsuelo de carácter público existe una superficie que, en parte, está ocupada por un espacio público y, en parte, por edificaciones privadas, produciéndose esta superposición de propiedades públicas y privadas.

Otro ejemplo más reciente es el aparcamiento subterráneo promovido por la Empresa Pública de Suelo de Andalucía en el barrio del Albaicín, sobre el cual se desarrollaba en parte un espacio libre de uso público y, en parte, una serie de viviendas privadas. En este caso, tanto el subsuelo como la superficie se consideran privados, pero sobre esta última se ha establecido una servidumbre de uso público, de forma que su mantenimiento corresponde al titular privado del subsuelo, beneficiando así a la Administración, que queda eximida de esta obligación.

(37) La Resolución de 5 de abril de 2002 solucionó, por primera vez a través del recurso, al «complejo inmobiliario» la coexistencia de suelo público y subsuelo privado, existiendo algún elemento común entre suelo y subsuelo: la línea de separación entre uno y otro a través del forjado. Las Resoluciones de 2007 plantean los supuestos de inscripción de suelo y subsuelo de titularidad pública y privada, respectivamente, sin constituir un régimen de propiedad horizontal.

y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección de este (38) (39).

Así, aunque el 17.4 se refiere a un supuesto particular, la cuestión está en si podría ampliarse o generalizarse su aplicación a todos los supuestos de construcción superpuesta a los que nos hemos referido (en concreto a los engalabernos y cobertizos). A ellos nos referiríamos como complejos inmobiliarios simples (40) (que suponen, en definitiva, compartir un elemento estructural horizontal medianero) (41). Pero tal complejo inmobiliario no sería de aquellos a los que se refiere el artículo 24 de la LPH. El conjunto inmobiliario es una suerte de género o supuesto básico de situación inmobiliaria, como afirma GÓMEZ DE LA ESCALERA (42), y este complejo simple no tendría base objetiva para la aplicación de la estructura jurídica que supone el régimen de propiedad horizontal.

Para la utilización del subsuelo, el artículo 17.4 TRLS habla de la posibilidad de constituir un complejo inmobiliario que se le ha identificado con los del artículo 24 LPH. Está claro que ello será muy posible si existen o comparten distintos elementos o servicios comunes, además de los propiamente estructurales arquitectónicos. En otro caso, el complejo habría de configurarse como simple, ya que estaríamos ante propiedades separadas, distintas e independientes que solo comparten el elemento divisorio de separación horizontal (43). En los ejemplos de las imágenes adjuntas se observa la superposición de fincas en la

(38) Este precepto permitiría que un Plan General de Ordenación Urbanística estableciera la posibilidad de crear una conexión entre dos edificaciones privadas volando sobre la vía pública, previa desafección del vuelo de esta del dominio público, estableciendo las condiciones para ello (por ejemplo, que no se incremente el volumen construido permitido en el conjunto de las dos parcelas; la necesidad de redacción de un estudio de detalle para ordenación de volúmenes o un Plan Especial, o la altura mínima que debe dejarse libre de edificación sobre la vía pública).

(39) GONZÁLEZ-PÉREZ afirma que frente a la insatisfacción que la fórmula concesionaria produce, la opción acogida expresamente en la Ley del Suelo ya estaba utilizándose y se admitía en la práctica registral. Comentarios a la Ley del Suelo (dir.: GONZÁLEZ-PÉREZ), vol. I, Pamplona, 2007, pág. 829.

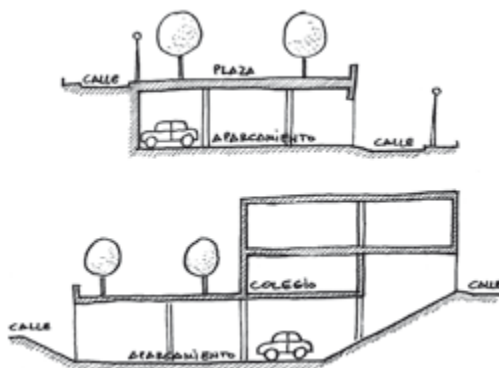
(40) En realidad, ya PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS utilizó la terminología de complejo inmobiliario como género en el que la medianería es un supuesto, ya que presupone derechos principales que recaen sobre dominios que, en lo principal, son independientes entre sí. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 508.

(41) Hablamos de un conjunto inmobiliario que se originaría porque la existencia de un muro o estructura horizontal de separación lleva aparejada, necesariamente, una cimentación de apoyo que será compartida por todo el conjunto inmobiliario que se crearía.

(42) «El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de la propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 719, pág. 2006.

(43) Y no es un complejo inmobiliario del artículo 24 de la LPH porque el régimen de la copropiedad sobre otros elementos comunes (viales, instalaciones o servicios) no se cumple en estos casos. Vid. RAGEL SÁNCHEZ en su comentario al artículo 24, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coord.), Pamplona, 1999, pág. 737.

rasante y en el subsuelo que funcionan con total independencia y no comparten más que el elemento horizontal de separación, ya exista en la rasante un espacio público o un equipamiento de carácter privado.



Aunque hay que reconocer que, con carácter general, se ha considerado que la Ley del Suelo ha consagrado esta forma de propiedad inmobiliaria en el artículo 24 de la LPH como la más apropiada para regular las relaciones que han de existir cuando hay una propiedad pública en el suelo o vuelo y una propiedad privada en el subsuelo. Sin embargo, creemos que hay que ser coherentes con la premisa de partida y, de ahí, la insistencia de que esto solo es posible cuando hay otros elementos a compartir (pasos, escaleras, ascensores, servicios...) (44). Porque, en otro caso, estamos de nuevo aplicando un intrincado régimen normativo cuando las propiedades funcionan perfectamente

(44) GÓMEZ DE LA ESCALERA afirma que se puede definir el conjunto inmobiliario como aquella situación inmobiliaria que existe cuando se da una pluralidad de fincas o unidades inmobiliarias independientes, vinculadas entre sí por un punto de conexión jurídica, llamadas a pertenecer a una multiplicidad de personas y que integran una unidad orgánica o funcional superior, sujeta a un mismo régimen jurídico real. Por tanto, los elementos del conjunto inmobiliario son: la pluralidad de fincas, la pluralidad de titularidades, un punto de conexión jurídica que las integra en una unidad inmobiliaria orgánica o funcional superior y un régimen jurídico estatutario unitario (*ob. cit.*, pág. 1038 y sigs.). El problema, a mi modo de ver, aparece con el tercer punto, porque el elemento estructural, si es lo único que comparten, no parece suficiente para construir un complejo inmobiliario del artículo 24 LPH, donde cabe la aplicación del régimen de propiedad horizontal. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ manifiesta también sus dudas en estos casos en cuanto que el forjado, entendido como el punto de contacto entre planos, no siempre se convertirá en vinculación con trascendencia jurídica («Calificaciones superpuestas sobre y bajo rasante: notas en torno al deslinde tridimensional de parcelas y su alcance práctico en el marco de la normativa estatal vigente», en *Actum. Actualidad Mementos*. Ediciones Francis Lefebvre, pág. 9).

separadas y lo único que necesitan es un estatuto que regule los problemas de reparaciones o gastos del elemento de separación (45).

VI. CONCLUSIONES

¿Se podrían perfilar unos criterios, unos principios o mejor una normativa que solucionaran los problemas civiles y registrales de estos supuestos sin tener que acudir a la vía judicial?

Al finalizar este estudio sobre nuestra rica propiedad histórica inmobiliaria y el deber de conservarla, ayudando al propietario individual en las cargas que ese deber supone, y visto que determinadas formas inmobiliarias de nuestro pasado, necesitadas de respuestas, están volviéndose a producir en la actualidad se llega a varias conclusiones:

La primera conclusión, quizá muy básica pero muy importante, es que hay que tener siempre muy presente que no se pueden tratar todas las situaciones de la propiedad urbana con la misma medida: la medida o criterio de que toda propiedad se desarrolla en vertical sobre un determinado terreno. La realidad de la propiedad urbana, en las ciudades históricas y también en su desarrollo actual, es mucho más rica y compleja.

La segunda conclusión, referida a los supuestos englobados en la medianería horizontal, hace referencia a que la realidad nos lleva a la necesaria superación del concepto de parcela como porción de un plano, para pasar a una concepción espacial de la propiedad, constituida por una trama tridimensional de celdas (celular, volumétrica). En este sentido, el artículo 17.1 TRLS, ya distingue entre «finca» (concepto más amplio) definida como «unidad de suelo o de edificación» y «parcela», concebida como «unidad de suelo» (46).

(45) En este sentido, LUQUE JIMÉNEZ afirma que «aunque el complejo inmobiliario se presenta como una solución idónea, no es la única, pues se reconoce clara y explícitamente por la Dirección General la opción de la segregación del subsuelo, cuando la escisión es total respecto del suelo. En estos casos, existe una desconexión total de la superficie terrestre y no hay elementos comunes que impongan la necesidad de división horizontal o complejo inmobiliario, evitando de esta forma perpetuas relaciones de comunidad. Las relaciones entre suelo y subsuelo habrán de plantearse entonces en términos de fincas colindantes desde un plano vertical. «Configuración registral del subsuelo dissociado del suelo», en *RCDI*, núm. 712, pág. 716.

(46) En realidad, hasta la Ley de Suelo de 2007, ninguna norma estatal había definido los conceptos de finca y parcela. Así se ha afirmado que el artículo 17 de la LS viene a definir los tres conceptos básicos en esta materia, la finca civil, la finca registral y la parcela. Vid., *Comentarios a la Ley del Suelo* (coords.: AVEZUELA CÁRCEL y VIDAL MONFERRER), Valencia, 2007, págs. 190 y sigs. Igualmente, GONZÁLEZ-PÉREZ afirma que el concepto de finca viene definido como la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusivamente a un propietario o a varios; la idea de la titularidad dominical es la que está presente. La parcela, la unidad

Por ello, quizá el Registro de la Propiedad debería recoger las propiedades con esta concepción; y si ello no fuera posible, sí al menos inscribir estas propiedades que afectan y relacionan varias fincas, mediante el número de anotaciones que sean necesarias (como se ha visto en el ejemplo del apartado anterior).

Por otro lado, el planeamiento urbanístico (especialmente el de protección de los conjuntos históricos) no debe limitarse a asignar un coeficiente unitario de m² construidos por m² de parcela, sino que debería establecer unas condiciones volumétricas, en superficie y altura, que permitan el mantenimiento y, por qué no, la nueva construcción de edificios con esta configuración, que harían posible la materialización de inmuebles con una gran riqueza espacial y arquitectónica (47).

Y la tercera conclusión a la que llegamos es que si a la vista de estas figuras, propias u originarias de tiempos pasados pero que, como hemos dicho, se están reproduciendo en los presentes con distintas modalidades, cabría plantearse la necesidad de clarificar conceptos, principios y normas a través de un estatuto que abarcara todos estos complejos inmobiliarios que hemos analizado y que no caben en las instituciones tipificadas por la Ley. Y ello, teniendo presente la base del artículo 17.4 de la Ley de Suelo, que abre la posibilidad de establecer complejos inmobiliarios que pueden ser simples si solo tienen en común los elementos horizontales de separación, o de los del artículo 24 LPH, si tienen más elementos o servicios comunes (48).

Se trataría de ampliar los efectos del artículo 17.4 del TRLS, que se refiere al subsuelo y al vuelo, también a las superposiciones de inmuebles privados. Tal norma es efectivamente una vía importante (49), pero es un precepto de orden urbanístico que permite una determinada actuación sobre suelo público

de suelo que tenga atribuida edificabilidad y uso o solo uso urbanístico independiente, viene definida por otro criterio, que es el de tener atribuida la posibilidad de materializar por sí sola un aprovechamiento urbanístico, Comentarios a la Ley del Suelo (dir.: GONZÁLEZ-PÉREZ), vol. I, Pamplona, 2007, pág. 796 y sigs. En el mismo sentido, ALLÍ ARANGUREN y ALLÍ TURRILLAS, que consideran que el concepto de finca de la Ley del Suelo ha buscado una mayor identificación con la definición catastral. *Estudio Sistemático del Texto Refundido de la Ley de Suelo*, Madrid, 2008, pág. 444.

(47) El Plan especial de protección del Albaicín de 1990, ya recogía en su plano de ordenación y alineación, las condiciones de edificación de cada parcela mediante la definición gráfica de las alineaciones exteriores e interiores (de patios) y alturas.

(48) Si bien es práctica comúnmente aceptada la inscripción registral del subsuelo como finca independiente del suelo, para poder abrir finca registral, se deberá constituir entre el dominio público superficiario y el subsuelo de propiedad privada, bien una propiedad horizontal, o bien un complejo inmobiliario, tal como señala la LS, o bien una medianería de la capa de separación o servidumbres recíprocas, esto es, deberán tener un elemento en común por mínimo que sea (ALLÍ ARANGUREN y ALLÍ TURRILLAS, *ob. cit.*, pág. 209).

(49) Así se manifestó ya GOMÁ LANZÓN, quien consideró que esta norma supone la culminación de la evolución jurídica de esta materia y parece extensible a los supuestos de superposición de propiedades privadas («La propiedad tridimensional», *ob. cit.*).

recogiendo la superposición de suelo y vuelo de propiedad privada y pública. La idea que potenciamos sería generalizar tal situación, sin ningún tipo de matices, a todos los supuestos, resolviendo no solo los problemas urbanísticos sino también los civiles y registrales.

Y es que efectivamente, estos complejos simples constituyen supuestos no regulados expresamente en la actualidad, pero creemos que sería factible dar unas líneas o criterios generales de solución, en defecto de voluntad de las partes, a los problemas que, entre los partícipes de tal situación, se pueden presentar (50).

Es cierto que el Código Civil catalán recoge la posibilidad de la medianería horizontal con carácter general en el artículo 555 (51), especificando su concepto y características y regulando las cuestiones relativas a los gastos, pero ahora se trataría de avanzar más para completar esa comunidad especial por razón de medianería en nuestro Ordenamiento Jurídico, que abarcara desde los supuestos procedentes de los orígenes históricos de nuestras ciudades hasta estas nuevas construcciones de aprovechamiento del suelo y subsuelo a las que se refiere el artículo 17.4 del TRLS.

(50) Recordemos que para ALONSO PÉREZ, en la medianería, la prelación de fuentes sería: en primer lugar, el régimen específico estatuido *ad hoc* por los artículos 571-579 del Código Civil. También los artículos 580, 590 y 593 del Código Civil. Los preceptos relativos a las servidumbres o a la comunidad de bienes se tendrán en cuenta si en algún momento sirvieran para disciplinar aspectos de la medianería, al ser manifestaciones de las relaciones de vecindad. En segundo lugar, las ordenanzas y la costumbre del lugar. Finalmente, las lagunas frecuentes que puedan existir podrán llenarse con lo que acuerden o pacten los propietarios de las fincas colindantes. A falta de regulación legal, administrativa, consuetudinaria o pactada, se estará a la aplicación de los principios generales del derecho y el complemento de la jurisprudencia del TS. Afirma el autor citado que los principios han de extraerse de las reglas que disciplinan las servidumbres, la comunidad de bienes y las relaciones de vecindad («Comentarios al Código Civil», *ob. cit.*, pág. 1457). Quizá, sin embargo, hoy día, sería conveniente estar primero a lo estipulado por las partes, que será lo que mejor se adapte a su situación específica, es decir, a la constitución voluntaria, pues así se regulará el sistema de derechos y obligaciones, contribución a gastos e incluso la previsión de las servidumbres que sean necesario establecer. Y a falta de previsión de una determinada cuestión, sí que se podría aplicar subsidiariamente toda la normativa a la que antes se ha hecho referencia.

(51) El artículo 555.1 se refiere al concepto y al régimen jurídico. 1. Es pared medianera la que se levanta en el límite y en el suelo de dos o más fincas con el fin de servir de elemento sustentador de las edificaciones que se construyan o de servir de valla o separación. 2. Es suelo medianero la estructura horizontal que tiene la finalidad de servir de elemento sustentador y de división de construcciones a diferentes niveles en altura o en el subsuelo. 3. La existencia de una pared medianera o de un suelo medianero comporta una situación de comunidad entre los propietarios de las dos fincas colindantes que se regula por pacto y, supletoriamente, por las normas del presente capítulo. A continuación el precepto habla de medianería de cargas, de su constitución voluntaria y características. Pero sin embargo, no se refiere específicamente, como lo hace en los párrafos anteriores, a los gastos, pagos y derechos de derribo de ese suelo medianero. Con lo que parece que, respecto de dicho suelo, esas especificaciones no serían de aplicación; y ello no tiene sentido porque también para el suelo medianero han de perverse lo relativo a los gastos que tal situación puede generar.

Ahí se lanza de nuevo la propuesta (52) de disciplinar estas situaciones de una manera genérica a través de un «estatuto» normativo coherente y actualizado, porque hasta ahora solo contamos con alguna norma suelta (como la citada del TRLS) e indicaciones doctrinales y jurisprudenciales que han resuelto problemas concretos y que son insuficientes para los problemas civiles y registrales que estas situaciones plantean. Quizá a través de esas normas de referencia, con las líneas marcadas por la normativa catalana (que explicarían su naturaleza jurídica y el conjunto de derechos y obligaciones de los afectados en torno a gastos y reparaciones y posibles derechos futuros con más precisión que lo hace la medianería y las relaciones de vecindad) se podría terminar con tantos problemas de tipo teórico y práctico como se han suscitado y evitar que tales cuestiones se puedan producir respecto a los nuevos fenómenos que estamos viendo en la actualidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Suelo* (coords.: AVEZUELA CÁRCCEL y VIDAL MONFERRER), Valencia, 2007.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, III. Derecho de Bienes*, 11.ª ed., revisada por Encarna CORDERO LOBATO, Madrid, 2010.
- ALLÍ ARANGUREN y ALLÍ TURRILLAS: *Estudio sistemático del Texto Refundido de la Ley de Suelo*. Madrid, 2008.
- ALONSO PÉREZ: *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, artículos 571 y sigs.
- ARNAU MOYA: «La variable naturaleza jurídica del engalaberno», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2011-1, núm. 26.
- CHUECA GOITIA, F.: *Breve historia del urbanismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- DÁVILA GONZÁLEZ en su comentario al artículo 571, en *Jurisprudencia Civil comentada*. Tomo I (dir.: PASQUAU LIAÑO, coords.: ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, A., Granada, 2009).
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *La ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 1983.
- FUENTES LOJO: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*. T. II, Barcelona, 2002.

(52) Ya lo decía FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: en esta materia la evolución es constante y el Derecho no puede quedar ajeno a las nuevas situaciones en que en la vida real van a plantearse: *La ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 1983, pág. 223. Y, mencionando supuestos que exceden de este estudio, vid., por ejemplo, FUENTES LOJO, al analizar los supuestos de ciudades colgadas y subterráneas. *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000*. T. II, Barcelona, 2002, págs. 1306 y sigs.

- GOMÁ LANZÓN: «Las insuficiencias del régimen de la propiedad horizontal. Casas empotradas y a caballo: la finca tridimensional», en *La Notaría*, núm. 9-10, septiembre de 2001.
- «La propiedad tridimensional. Un ejemplo más de la creación notarial del Derecho», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 16.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: «El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de la propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 719.
- GÓMEZ-MORENO: *Guía de Granada*. Universidad de Granada. Instituto Gómez-Moreno de la Fundación Rodríguez-Acosta, Granada, 1982.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, C.: «Calificaciones superpuestas sobre y bajo rasante: notas en torno al deslinde tridimensional de parcelas y su alcance práctico en el marco de la normativa estatal vigente», en *Actum. Actualidad Mementos*, Ediciones Francis Lefebvre, 8 de marzo de 2011.
- GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo* (dir.: GONZÁLEZ-PÉREZ), vol. I, Pamplona, 2007.
- GONZÁLEZ-SANTIAGO GRAGERA: *Casas empotradas con origen común: comunidad sui generis y no medianería horizontal*. BIB 2008/505, sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 3/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, III. Madrid, 2000.
- LÓPEZ FRÍAS, M. J.: «La superposición de inmuebles: estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo», en *RCDI*, 1999.
- «Las vicisitudes de los propietarios de inmuebles situados en un conjunto histórico: el deber de conservación y sus límites», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 2002.
- LÓPEZ GUZMÁN, R.: *Tradición y clasicismo en la Granada del XVI. Arquitectura civil y urbanismo*. Diputación Provincial, Granada, 1987.
- LUQUE JIMÉNEZ: «Configuración registral del subsuelo disociado del suelo», en *RCDI*, núm. 712.
- MATHEU DELGADO: *Derecho de vuelo y subsuelo*, Madrid, 2011.
- MEDINA DE LEMUS: «Engalabernos», en *RGLJ*, núm. 9, 2000.
- MÜNZER, J.: *Viaje por España y Portugal. Reino de Granada*, Asociación Cultural Hispano-Alemana, Granada, 1981.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- PÉREZ PÉREZ: «Consorcio real y propiedad consorciada», en *RCDI*, mayo de 2011.
- RAGEL SÁNCHEZ en su comentario al artículo 24, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Pamplona, 1999.
- ROCA JUAN: *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, T. VII, vol. II, Jaén, 1978.
- TORRES BALBÁS, L.: *Ciudades hispanomusulmanas*. Tomo I, Ministerio de Asuntos Exteriores. Dirección General de Relaciones Culturales, Instituto Hispano-Árabe, Madrid.
- VAN STAEEVEL, J. P.: «Casa, calle y vecindad en la documentación jurídica», en *Casas y palacios de Al-andalus*, ed. Julio Navarro Palazón, El legado andalusí. Lunwerg Editores, Granada, 1995.
- VILLANUEVA RICA, M. C.: *Casas, mezquitas y tiendas de los hábices de las Iglesias de Granada*, Instituto Hispano-Árabe de Cultura, Madrid, 1966.

JURISPRUDENCIA CITADA

STS de 24 de mayo de 1943 (*RJ* 1943/576).
STS de 7 de marzo de 1969 (*RJ* 1969/1179).
STS de 3 de abril de 1984 (*RJ* 1984/1924).
STS de 9 de julio de 1988 (*RJ* 1988/5601).
STS de 14 de abril de 2005 (*RJ* 2005/3238).
STS de 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008/3156).
SAP de Burgos, de 28 de enero de 2002 (*JUR* 2002/98489).
SAP de Granada, de 14 de julio de 2003 (*JUR* 2003/219428).
SAP de Granada, de 3 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/13497).
SAP de Granada y de 30 de junio de 2006 (*JUR* 2007/26421).
SAP de Madrid, de 17 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/144451).
SAP de Burgos, de 13 de abril de 2009 (*JUR* 2009/284265).
SAP de Ciudad Real, de 11 de noviembre de 2009 (*JUR* 2009/462552).
SAP de Sevilla, de 11 de mayo de 2010 (*JUR* 2010/372039).
SAP de Lleida, de 6 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/259346).
RDGRN de 25 de junio de 1987.
RDGRN de 5 de abril de 2002 (*RJ* 2002/8121).
RDGN de 24 de febrero de 2007 (*RJ* 2007/6137).
RDGRN de 15 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009/5724).
RDGRN de 7 de marzo de 2011 (*RJ* 2011/3706).

RESUMEN

PROTECCIÓN PROPIEDAD HISTÓRICA SUPERPOSICIÓN DE INMUEBLES COMPLEJOS INMOBILIARIOS SIMPLES

La finalidad de este estudio es doble: por un lado, se trata de hacer hincapié en la necesidad de proteger, con carácter general, nuestro rico patrimonio inmobiliario histórico, sin olvidar a sus propietarios, analizando algunos supuestos singulares que, por su falta de clara configuración jurídica, han dado lugar a numerosos problemas de tipo práctico. Por otro lado, y basándonos en esas formas singulares inmobiliarias históricas que deben ser preservadas, se hace una propuesta de regulación general de estos complejos inmobiliarios más «simples»,

ABSTRACT

HISTORIC PROPERTY PROTECTION OVERLAP OF BUILDINGS SIMPLER PROPERTY COMPLEXES

This study has a double target: on the one hand, we will try to emphasize the necessity of protecting with general character our rich historic real-estate heritage, and also its proprietaries, analyzing some singular assumptions that, lacking of legal settings, have lead to numerous practical problems. On the other hand, basing on these singular real-estate historic form, that must be preserved, it is done a proposal of general regulation of these «simpler» property complexes, based on some isolated rules and on the teaching of the doctrine and jurisprudence, with the

fundamentada en algunas normas aisladas y en la enseñanza de la doctrina y la jurisprudencia, con el propósito de que pueda servir también a situaciones arquitectónicas y urbanísticas que se están produciendo en la actualidad, y con las que se aprecia «identidad de razón».

purpose of it to also serve to architectonic and urbanistic situations taking place nowadays, and with which it is appreciated «ratio identity».

(Trabajo recibido el 27-5-2012 y aceptado para su publicación el 16-7-2012)