

El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento (Consideraciones a propósito de unas recientes resoluciones)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. POSIBILIDAD.—3. SU CONSTITUCION:
A) EL DERECHO REAL COSA PROPIA. B) EL DERECHO REAL SOBRE COSA FUTURA.
—4. DETERMINACION DEL DERECHO.—5. ACCESO AL REGISTRO.

1. INTRODUCCION

El presente estudio tiene por objeto el llamado derecho de vuelo. Y viene motivado por la lectura comparativa de dos casos de este tipo que se han producido muy recientemente. Nos estamos refiriendo a los supuestos contemplados en la Resolución de la DGRN, de fecha 29 de abril de 1999, y en la STS, de 10 de mayo de ese mismo año. De ellas resulta destacable, lo primero y más inmediato, la diferente solución que en cada una se sostiene. Pero también, y sobre todo, el defectuoso entendimiento de la figura que de las mismas se desprende que entre nosotros existe hoy, que es el que determina las vacilaciones y los equívocos que a la hora de su tratamiento se advierten. Esto creemos que justifica el que le dediquemos las siguientes reflexiones.

No pretendemos aquí, sin embargo, proceder a un estricto comentario de las referidas sentencia y Resolución, sino más bien, con base en ellas, esbozar las líneas fundamentales del tratamiento jurídico que al citado derecho, a nuestro modo de ver, mejor conviene. Para ello, tocaremos los puntos siguientes: *a)* su posibilidad, tanto en un plano general como en el más concreto de su verificación en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, que es el que ahora más nos interesa; *b)* su forma y momento de constitución; *c)* su determinación, esto es, los límites o contornos con que este derecho debe ser

establecido; d) finalmente, la eficacia que al mismo corresponde atribuir o reconocer, lo que es lo mismo que plantear el tema de su acceso al Registro.

2. POSIBILIDAD

¿Es éste un derecho posible, viable, en nuestro Ordenamiento actual? Antes de contestar a ello, creemos conveniente esbozar el concepto de este derecho del que aquí **partimos**.

De entrada, «derecho de vuelo» es una expresión que inmediatamente nos lleva a pensar en algo que se produce en el medio aéreo, y por tanto en un poder jurídico que de una u otra forma nos habilita para operar en él. Esto es correcto, pero resulta demasiado genérico como para tener una idea cabal de a qué nos estamos refiriendo. Considérese a este respecto que la extensión del dominio en sentido vertical, en relación con los inmuebles, decía la concepción clásica, con raíces romanas, que llegaba *usque ad coelos et ad inferos*. Ahí estaría ya comprendido ese «vuelo». Pero ocurre que eso, no sería sino una parte del contenido que integra el derecho de propiedad sobre el inmueble, sin consideración jurídica de derecho autónomo por tanto. Y es, precisamente, su entendimiento como derecho propio y distinto el que determina su actual consideración. Un derecho que, siendo autónomo, atribuye a su titular un poder para operar sobre el dicho espacio aéreo, realizando en él obras de construcción o edificación, y además que se apoya sobre la base previa de un edificio, no sobre un solar en sentido estricto. Por eso se habla de derecho de vuelo o, también, de sobreelevar edificaciones (1).

Esto dicho, tenemos ya una idea aproximada del fenómeno al que estamos haciendo referencia. La pregunta ahora es la siguiente: ¿es posible este derecho en nuestro Ordenamiento? En términos generales la respuesta es afirmativa, sin perjuicio de que su regulación positiva sea entre nosotros (relativamente) reciente: a partir del Decreto 393/1959, de 17 de marzo, por el que se modificaron determinados artículos del Reglamento Hipotecario. En concreto, el precepto que aquí nos interesa es su artículo 16, en el que se lee lo siguiente: «1.º Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. (...) 2.º El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscri-

(1) Sin perjuicio de lo dicho, conviene advertir aquí que ése es un razonamiento que hoy se extiende y se predica igual del subsuelo.

bible conforme a las normas de número tercero [hoy cuarto] del artículo 8 de la Ley y sus concordantes (...)».

A su vista, ahora bien, y cuando se presente combinado con el régimen de Propiedad Horizontal, se ha pensado que cabe advertir un obstáculo para su admisibilidad, cifrado en la contradicción en que incurriría ese precepto reglamentario con el artículo 396 del Código Civil (2). Y es que, ateniéndonos a la letra, resulta que para aquél el vuelo puede ser objeto de aprovechamiento privativo, mientras que para éste es elemento común, que por tanto no podría desligarse de la titularidad de los pisos ni ser objeto de consideración autónoma. Y esta contradicción entre ambos preceptos, así planteada, se dice que debe ser siempre resuelta en favor del segundo, a la luz tanto del criterio de jerarquía normativa —Ley frente a Reglamento— como de fecha o tiempo —la actual redacción del citado art. 396 del Código Civil es obra de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960 (3), mientras que el RH es de 1959—. De esto se quiere extraer como consecuencia que, al menos en el marco de la propiedad horizontal, el derecho de vuelo no resulta hoy viable entre nosotros. Esta solución, sin embargo, no parece aceptable, con sólo pensar que supondría excluir un fenómeno que se presenta con cierta habitualidad en la vida actual y además, y sobre todo, que responde a un interés perfectamente plausible. Repárese, en este sentido, que la adquisición de vivienda constituye una operación muy importante, desde el punto de vista económico, para una gran parte de la población, que lleva a acudir a vías diversas, en función de cuál sea en cada caso la más conveniente, y que una de esas posibles vías consiste en la construcción de nuevas plantas sobre edificios ya existentes y sometidos al régimen de la Propiedad Horizontal, de tal modo que participen de las ventajas de ésta. ¿Cómo puede, entonces, salvarse aquella aparente contradicción? La solución no es difícil, y hoy hay coincidencia, al menos relativa, en ella (4): entendiendo que, dentro de esa serie de elementos que el artículo 396 del Código Civil relaciona, y que califica de comunes, unos lo son por naturaleza mientras que

(2) Así, precisamente, la STS de 10 de mayo de 1999, a la que hacíamos referencia al inicio de este estudio (la comenta, en tono crítico, MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO, *CCJC*, núm. 51, septiembre-diciembre de 1999). Vid. F. D.º 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, aunque a tenor de lo que se dice en el F. D.º 7.º quede la duda de si lo anterior tiene carácter de *ratio decidendi* o de mero *obiter dictum*. Lo alegaba también el Registrador, en el informe en defensa de su nota, en el caso planteado y resuelto en la Resolución de 7 de abril de 1970.

(3) El artículo 396 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley de 26 de octubre de 1939, no mencionaba al vuelo entre los elementos comunes.

(4) FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANI, «LO imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», en *RCDI*, 1967, pág. 1249; VICENTE FONT BOIX, «El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *RDN*, julio-diciembre de 1967, págs. 48 y sigs.; ANTONIO SOTO BISQUERT, «El derecho de vuelo», en *RCDI*, 1967, nota 26.

otros lo son por destino, y que si bien los primeros llevan impreso ese carácter de forma indeleble, no ocurre igual con los segundos, en relación con los cuales la autonomía privada tiene cierta capacidad de decisión. Pues bien, resulta así que el «vuelo» es elemento que pertenece al segundo de los tipos dichos, lo que excluye la dificultad apuntada, pues esto significará que previamente habrá quedado desafectado de tal función. En este sentido, y abundando en lo dicho, creemos que es importante distinguir entre «cubierta» y «vuelo» de los edificios, pues a la primera ciertamente parece convenir la idea de «común por naturaleza», pero no puede decirse lo mismo del segundo (5). No hay, por tanto, razones que impidan admitir que el propietario o los propietarios de un edificio puedan separar, del conjunto de facultades que integran su dominio, un poder sobre ese «vuelo», lo constituyan en derecho autónomo y lo transmitan a tercero.

Esto dicho, y admitida ya la posibilidad en nuestro Ordenamiento de este derecho sobre el vuelo, conviene ahora hacer algunas precisiones para clarificar su concreta configuración. ¿Cuál es su naturaleza jurídica? La doctrina ha apuntado diversas explicaciones:

- a) Que se trata de un derecho de propiedad del espacio aéreo que existe sobre un inmueble con construcción realizada o proyectada, perteneciente a distinto titular, y en régimen de propiedad horizontal (ya existente o, al menos, previsto para cuando se ejercite el referido derecho de sobreelevación) (6).
- b) Que se trata de un poder de hacer surgir, o modificar si ya existe, el régimen de propiedad horizontal sobre el edificio en que aquél se apoya. En este sentido se dice que, aunque en los primeros momentos se presenta bajo la apariencia de un *ius in re aliena*, esto no responde sin embargo a su más auténtica realidad, ya que el derecho a sobre-elevar, al ejercitarse, se transforma y diluye en el de propiedad horizontal. En definitiva, se trataría de un caso de concurrencia de titularidades jurídico-reales sobre un edificio (7).

(5) ANTONIO VENTURA-TRAVERSE Y GONZÁLEZ (*Derecho de Propiedad Horizontal*, 5.^a ed., Barcelona, 1992, pág. 101), por su parte, hace aquí una distinción entre vuelo —siempre elemento común— y espacio aéreo concreto —susceptible de ser objeto de propiedad privativa—, que aunque permite llegar en este punto a un resultado parecido, no la consideramos aceptable, por lo que más adelante se dirá en el texto.

(6) SOTO BISQUERT, *op. cit.*, págs. 927 y sigs. Parte este autor de la consideración de que, en nuestro Derecho, la accesión tiene sólo dos excepciones: el derecho de superficie y la propiedad horizontal, y por tanto que el derecho de vuelo, «al no encajar en el primero, necesariamente debe incluirse en el segundo supuesto: propiedad horizontal, pero propiedad en definitiva».

(7) BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, I, Granada, 1969, págs. 367 y sigs. Este autor emplea para este caso la denominación

- c) Se ha sostenido también que, para la correcta configuración de este derecho, es oportuno distinguir en su operatividad una doble fase: una primera, cuya esencia se cifra en facultar a su titular para realizar una construcción —sobre elevación— en edificio ajeno; y después, una vez realizada la anterior, en el sometimiento de ésta a un mismo régimen —el de la propiedad horizontal— junto con la edificación preexistente, con la que pasa a formar una unidad orgánica. La primera fase tendría pues una naturaleza medial, orientada a la segunda, que podría calificarse de plenitud (8).

Esta última explicación, a nuestro modo de ver, es la más correcta. Hablar, como hace la primera, de un derecho de propiedad sobre el espacio aéreo, nos parece —aun reconociendo que la corporalidad del objeto no es hoy un requisito tan absoluto como lo fue en otros tiempos— que es excesivo, sobre todo teniendo presente que existen otras vías para alcanzar ese resultado, y que son más naturales. Y la explicación apuntada sub b), aunque atendible en su idea de fondo, resulta sin embargo poco clara en su formulación técnica: si se trata de derecho real y no lo es en cosa ajena, por fuerza ha de serlo entonces de propiedad. Pero, ¿desde el principio, desde el mismo momento de su constitución? Esto no parece posible, y el mismo autor que sostiene esta explicación admite que la propiedad horizontal es el resultado al que se llega cuando el derecho a sobre elevar se ejercita. Y entonces, ¿qué es éste, hasta que se ejercita? Esto no se aclara.

Por lo dicho, repetimos, la más correcta configuración de este derecho pensamos que es la expuesta sub c). Tal como ha sido apuntada, sin embargo, nos parece que dice poco de la primera de las dos fases que comprende, y aclarar y explicar bien ésta creemos que es necesario, ya que es ella precisamente la que centra nuestras consideraciones en este momento.

En este sentido, y de entrada, cabe decir que ese poder para sobre elevar, a tenor de lo dispuesto en el propio artículo 16 RH, admite dos variantes, que pueden calificarse de *superficiaria*, la del párrafo 1.º, y de *no superficiaria* (por emplear ahora un término genérico) la del 2.º. Las diferencias más destacadas entre una y otra son las siguientes (9):

«derecho de construir nuevas plantas en un edificio», distinguiéndolo del derecho de vuelo, que reserva para el que recae sobre fincas rústicas (art. 30.3 RH).

(8) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *Suplemento al Derecho Hipotecario*, Barcelona, ed. 1960, pág. 28; hoy en la 8.ª ed. de su *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1997, t. V, pág. 509 y sigs. FONT BOIX, *op. cit.*, págs. 50 y sigs. También puede incluirse aquí a RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, que habla de un derecho real potencial, en tanto que legitima para la construcción a que tiende, pero que si ésta no se llega a realizar queda vacío de contenido (*Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 38).

(9) Vid. FONT BOIX, *op. cit.*, págs. 38 y sigs. También la Resolución de 5-2-1986.

En primer lugar, la diferente relación que en esos dos casos existe entre el suelo o el edificio y el vuelo. El derecho de superficie, por hipótesis, significa distinguir las propiedades de uno y otro plano, que permanecen separados. De esta forma resulta que el concedente se reserva, en plenitud y con exclusividad, la propiedad del suelo y del edificio ya construido o en construcción, mientras que el superficiario, aunque también con exclusividad, adquirirá sólo aquello que efectivamente edifique en su día, a resultas del ejercicio del derecho de sobreelevar. En la modalidad no superficiaria las cosas ocurren de manera distinta. Aquí esa separación de planos no existe, de modo que, cuando el titular haga uso de su derecho de vuelo, lo que por tal concepto construya, pasa a integrarse en el edificio ya existente. Por eso se dice que su constitución y transmisión a tercero debe ir siempre acompañada de la cesión de una cuota parte de los elementos comunes del dicho edificio (10). Y por eso se dice también que la relación entre el derecho de vuelo (o de sobreelevación no superficiaria) y la Propiedad Horizontal es tan estrecha: porque el primero, para ser tal, ha de orientarse y terminar forzosamente en la segunda (11).

El segundo dato de distinción viene dado por la faceta temporal, pues mientras que en la modalidad superficiaria el derecho sobre lo construido resulta limitado en el tiempo, en el supuesto del derecho de vuelo la situación resultante de su ejercicio es tendencialmente perpetua.

Nuestro caso, evidentemente, es el segundo, y a él es al que denominaremos derecho de vuelo, de sobreedificar o de sobreelevar edificaciones. Pero, además de conceptuarlo negativamente —como modalidad no superficiaria—(12), conviene hacerlo también en términos positivos. Y en este sentido creemos cabe decir que el derecho de vuelo es un derecho de naturaleza real, que en su fase inicial recae sobre finca ajena (un edificio), y cuyo significado es facultar a su titular para construir sobre él uno o varios pisos o plantas, que se integrarán en lo ya construido en un régimen de propiedad horizontal, de forma que la propiedad de esos nuevos pisos, que le corresponde en exclusiva, llevará aneja la copropiedad de todas las partes del edificio resultante que sean necesarias para el adecuado uso y disfrute de aquéllos (13). Y lo mismo hay que decir de los propietarios de pisos o locales preexistentes, ya que su derecho sobre los elementos comunes se verá modi-

(10) La STS de 14-3-1968 parece no coincidir en esto, por lo que cabe dudar si se trata de un verdadero y propio derecho de vuelo, o más bien de superficie.

(11) FONT Boix, *op. cit.*, págs. 50 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., V, pág. 509. Vid., también, la Ley 439 de la Compilación navarra.

(12) Aunque JUAN V. FUENTES LOJO entiende que se trata de un derecho de superficie, sustancialmente semejante al considerado en el párrafo 1.º del artículo 16 RH, salvo por lo que hace a su duración temporal (*Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1964, pág. 603). Semejante parece ser la idea de fondo de VENTURA-TRAVERSE, *Derecho de edificación sobre finca ajena y propiedad horizontal*, Barcelona, 1963.

(13) En sentido parecido, FONT Boix, *op. cit.*, pág. 11.

ficado en su objeto al comprender partes nuevas. Inicialmente es pues un derecho real limitado, que al ejercitarse se convierte y disuelve en una situación de propiedad horizontal.

3. SU CONSTITUCION

Es ésta una cuestión que en términos generales no plantea dificultades. Como la gran mayoría de los derechos reales, se puede decir que su constitución se sujeta al sistema del título y el modo (aunque este último, por el modo de ser del supuesto, adopte siempre o casi siempre la modalidad instrumental del art. 1.462.2 del Código Civil). Y no está sometido, al menos con carácter esencial, a requisito alguno de forma (art. 1.278 del Código Civil).

Ahora bien, esto dicho, conviene aquí plantear lo siguiente: ¿cuál es el «lugar» más adecuado para su constitución? Las posibilidades son varias: en un negocio específico con este fin, en el título constitutivo de la propiedad horizontal, o en los estatutos de la comunidad. La realidad muestra con frecuencia casos del tercer tipo, esto es, casos en que nuestro derecho se constituye —normalmente se «reserva»— y se refleja como un artículo más de los estatutos (14). A nuestro entender, sin embargo, no es éste el sitio más adecuado. Los Estatutos, contemplados en la Ley de Propiedad Horizontal en su artículo 5, además de no ser estrictamente necesarios, son un conjunto de normas que miran a regular el uso y la recta administración del edificio. No tiene ahí pues encaje, de forma natural, la constitución de nuestro derecho de vuelo. Su lugar propio creemos es el título constitutivo de la propiedad horizontal, que es el negocio que imprime este destino al edificio, con la peculiaridad de que en nuestro caso vendrá modalizado por la concurrencia de un derecho de sobreelevación que se sustrae a lo común, a que en principio pertenecería (15). Aunque no hay necesidad de que el establecimiento del derecho se produzca desde el primer momento. Esto puede suceder posteriormente, en un negocio específico para ello, si bien entonces, puesto que afecta al título constitutivo, conllevará modificar éste, exigiéndose los oportunos requisitos de quorum.

Con lo dicho queda expuesta la cuestión en sus líneas generales. Quedan por considerar, ahora bien, las dos principales dificultades con que puede encontrarse esa constitución, que aunque no tienen carácter necesario resultan muy habituales en la praxis. A saber: *a)* la posibilidad o no, en nuestro Derecho, de constituir un derecho (real limitado) en cosa propia; *b)* la posibilidad o no de constituir este tipo de derecho (de vuelo) sobre un edificio todavía no exis-

(14) Vid. Resoluciones de 7-4-1970 y 29-4-1999.

(15) Vid. *infra*, págs. 14-15.

tente sino futuro. Se trata de cuestiones que, aunque pueden presentarse conjuntamente, son en todo caso susceptibles de ser estudiadas individualmente. Esto creemos que facilita la tarea, y así lo hacemos a continuación.

A) EL DERECHO REAL EN COSA PROPIA

Es esta cuestión que no se plantea a nivel de regulación positiva —pues el art. 16.2 RH contempla sólo los casos de que el constituyente del vuelo, o bien enajene el todo o parte de la finca, quedándose con el derecho (*deductio*), o bien transmita este derecho a un tercero, quedándose él con la finca (*traslatio*)—, sino de lo que ocurre en la vida diaria, en la que es fácil contemplar cómo el propietario de un edificio, al someterlo al régimen de la propiedad horizontal, pero antes de enajenar los pisos o locales que lo componen, se reserva con frecuencia este derecho. ¿No se produce aquí una situación de concurrencia, en cabeza de un mismo titular, de un derecho de propiedad y de un derecho real limitado como es el de vuelo? ¿No es esto contrario a esa regla que se expresa en el aforismo *nemini res sua servit...* ? (16). La respuesta a estas preguntas no parece, en principio, que pueda ser sino forzosamente afirmativa, lo que ha llevado a algún autor a sostener taxativamente que tal posibilidad debe ser «excluida» en nuestro Derecho (17).

Y no es sólo eso, sino que a lo dicho se suma una segunda consideración, que tiene su sede en el marco de la propiedad horizontal —ya sabemos la íntima conexión que hay entre ésta y nuestro derecho de vuelo—, y que parece orientarse en el mismo sentido. Y es que el régimen de la propiedad horizontal, al decir de una opinión muy extendida entre nosotros, exige necesariamente que se dé una situación de pluralidad de titulares (18).

A la vista de lo dicho, cabe preguntar: ¿es esa respuesta negativa inexorable? A nuestro entender, no, al menos con ese tono tan tajante y radical que se emplea. Nos mueven a ello, sobre todo, consideraciones de orden práctico: considérese, por ejemplo, en este sentido, el rodeo absurdo que significa que el propietario de un edificio, que tiene intención de vender los pisos y locales de que éste consta (hay además una vocación objetiva a ese fin) pero reservándose el derecho de vuelo, tenga primero que configurarlo como propiedad horizontal sin la dicha reserva y luego, al llevar a cabo la primera enajenación

(16) Aisladamente, ha habido quien ha defendido la posibilidad de admitir, al menos en casos concretos, la constitución de servidumbre en cosa propia: vid., en este sentido, el dictamen de DE DIEGO publicado en *RDP*, 1917, IV, págs. 167 y sigs.

(17) JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, II, 1994, pág. 943 y sigs.

(18) Vid. la STS de 10-5-1999. También VENTURA-TRAVERSE, *Derecho de propiedad horizontal*, cit., núm. 46 y sigs.

de aquéllos, proceder a la mencionada reserva, teniendo entonces que modificar, al tiempo, todas las cuotas anteriores (19).

En este punto las cosas, y sobre la base de que el Derecho no debe nunca venir predeterminado por fríos planteamientos de índole lógico-formal, sino por la consideración del caso real y su valoración a efectos de justicia y racionalidad, esa posibilidad antes descrita, tenemos que decir que nos parece plausible, al menos en un plano general.

Ahora bien, una cosa es la idea de fondo y otra la concreta construcción técnica a través de la cual se articula la misma. Esta segunda, aun tratándose de una cuestión instrumental, es de suma importancia. Y es, de hecho, el punto donde se encuentra hoy centrada la polémica, pues son varios los expedientes que se han ideado con vista a darle solución (20):

- a) Esperar hasta el momento de la primera enajenación de un piso o local para, simultáneamente, constituir el hasta entonces único propietario junto con ese primer adquirente, el derecho de vuelo. De esta forma se logra la dualidad de partes (aunque su participación en el edificio pueda ser desigual) y se puede constituir ya ese derecho de sobreelevación, con lo que la cuestión queda resuelta, pues los restantes pisos y locales, que el propietario inicial puede enajenar posteriormente, irán gravados ya con el mismo (21).
- b) A través del cauce previsto en el artículo 541 del Código Civil, dándole una operatividad más amplia que aquélla en que su letra está pensando, aunque sea a costa de forzar ésta algo. En este sentido se dice que, al igual que en otros casos ha sucedido (se suele hacer referencia a la *traditio*), en el nuestro ese signo al que se hace referencia en el artículo 541 del Código Civil podría perder su componente físico o material tradicional y así, espiritualizándose, podría terminar desembocando en una simple escritura pública (por ejemplo, aquélla en que se documente el título constitutivo de la propiedad horizontal). De esta forma, y teniendo en cuenta que el derecho en cuestión no surge hasta que no tiene lugar la primera enajenación de un piso o local, la dificultad condensada en el *nemini res sua servit iure servitutis* queda superada, y el propietario tiene en sus manos un

(19) Así lo pone de relieve SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 935 y sigs.

(20) Sobre todo se han elaborado pensando en el derecho de servidumbre, pero el razonamiento y los argumentos pensamos que cabe aplicarlos igualmente a nuestro caso. Vid., un elenco en FRANCISCO JORDANO FRAGA, «Prehorizontalidad y servidumbre de propietario», en *RDN*, 1981, págs. 218 y sigs.

(21) Así lo sostiene, para el caso de las servidumbres, ROCA SASTRE, «La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas urbanísticas», Ponencia para el Congreso de Derecho Registral, Madrid, 1961, en *Estudios varios*, Madrid, 1988, pág. 144.

instrumento legal que le permite organizar su propiedad y satisfacer así sus intereses en ese sentido (22).

- c) Teoría de la condición o de la *conditio iuris*. En la Resolución de 21-10-1980, Cdo. 5.º, se adopta y expone esta idea con claridad (aunque en relación con el derecho de servidumbre que el todavía único propietario pretende establecer entre los pisos o locales que integran el edificio, aprovechando la ocasión que le brinda el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal): «...el primer obstáculo que podría oponerse a la servidumbre que se pretende inscribir sería el derivado del principio romano *nulli res sua servit*, que aparece recogido en el artículo 530 del Código Civil, al exigir que pertenezcan a distintos dueños las fincas dominante y sirviente, por lo que al no haber más que un solo propietario faltaría el requisito fundamental requerido en este precepto legal, pero este obstáculo resulta salvado al constituirse las servidumbres discutidas bajo la condición suspensiva de que nazcan cuando un tercero adquiriera alguna de las fincas registrales que van a ir surgiendo de la principal, por permitir su inscripción los artículos 9-2.º LH y 51-6.º RH» (23).
- d) Constitución por voluntad unilateral del (por el momento) único propietario (24). En este grupo puede incluirse la construcción sostenida (en relación con servidumbres) por MACHADO, quien, aun sin llegar a proclamar abiertamente que el resultado sea obra de la voluntad unilateral del dueño del predio sirviente, afirma que esta voluntad es la que tiene carácter principal, ya que es en ella donde radica la energía dispositiva, y que la del titular del fundo dominante, aun siendo necesaria, más que a la constitución atiende a la adquisición de ese derecho (25).

(22) Así lo hace la DGRN en su Resolución de fecha 21-10-1980, Cdo. 6.º También JOSE BONET CORREA, «La servidumbre a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», en *RDN*, 1961-II, págs. 263 y sigs. Lo sostiene también ROCA SASTRE, a pesar de lo dicho en la nota anterior, cuando se trata del derecho de vuelo: *Derecho Hipotecario*, t. III, pág. 360; t. V, pág. 508. Esta misma es la solución que defiende, en relación con el derecho de servidumbre, JORDANO FRAGA, *op. cit.*, págs. 172 y sigs., 189 y sigs., y 218 y sigs.

(23) Al margen de lo acertado o no de la explicación, lo que en todo caso resulta difícil de entender es que la Resolución citada (de 21-10-1980) involucre juntamente esos dos expedientes: el del recurso al artículo 541 del Código Civil, considerado inmediatamente antes, y el de la constitución condicionada, que emplea ahora.

(24) Esta tesis ha encontrado acogida —aunque, de nuevo, en relación con las servidumbres— en el Derecho suizo y en el Tribunal Supremo alemán.

(25) J. MACHADO CARPENTER, «Servidumbre en beneficio de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», en *Estudios de Derecho privado*, dir. por A. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, Madrid, 1965, págs. 406 y sigs., y 419 y sigs.

Ninguna de estas explicaciones, sin embargo, nos parece del todo satisfactoria ni correcta.

La primera, porque en realidad significa impedir la constitución y adquisición de ese derecho hasta el último momento (el de la enajenación de un piso o local), y esto no siempre permite dar respuesta a las necesidades y circunstancias de la vida diaria. Considérese, por ejemplo —**aunque** con esto involucramos la cuestión de que se trate de un edificio todavía no terminado—, que el propietario del suelo asume personalmente la construcción del mismo, y que para ello necesita obtener un crédito. ¿Acaso no variará la hipoteca que en garantía de la devolución de aquél se constituya, en función de cómo venga descrito ese edificio: con o sin derecho de vuelo? Y esto tanto si se tratara de gravar alguno o algunos de los elementos privativos que integran aquél, de distribuir entre los diversos departamentos del mismo la concreta responsabilidad hipotecaria, o de gravar el edificio en su conjunto. Así planteado, es fácil entender que el admitir o no que el derecho de vuelo esté constituido y pueda ser inscrito *ab initio* tiene carácter decisivo por las distintas consecuencias que de ello derivan.

La segunda porque, cuando se dé el caso, incurre en las mismas dificultades que se han señalado a la explicación anterior, y porque no encaja con facilidad y de forma natural en nuestro supuesto —la sustitución del signo aparente físico por la escritura pública es una licencia más modificativa que interpretativa, para la que no hay base legal (26)— siendo así además que existen otras vías más adecuadas para ello.

Otro tanto cabe decir de la tercera. Sobre la base de las dos categorías que en tema de requisitos de eficacia del negocio se distinguen —**condición** y *conditio iuris*—, según vengan establecidas por voluntad de las partes o por disposición de ley, nótese que ninguna conviene enteramente a nuestro caso: desde luego no la primera, pues los particulares no suelen hacer previsión en este sentido, pero tampoco la segunda (que sería la más plausible, por razón del interés tutelado), pues no existe tal disposición. Esto último hay que admitir que se podría solventar, por la vía de considerar que es algo inherente o consustancial a la propia naturaleza de las cosas, y por tanto directamente extraíble de ella, en defecto de norma expresa. Pero, aun así, y sin tener que profundizar aquí en esta cuestión, no pueden tampoco ignorarse las dificultades que esa falta supone, sobre todo si existen otras posibilidades que además encajan mejor con las características del caso. Esto último es importante, pues no puede olvidarse, en este sentido, que estamos claramente inmersos en el ámbito de lo negocial, lo que es tanto como decir allí donde la voluntad del sujeto o los sujetos actuantes tiene un valor fundamental como principio y

(26) Así lo reconoce JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pág. 191.

guía a seguir, mientras no colisione con otros intereses igualmente legítimos. Y esa voluntad, en el caso, es incuestionable que no considera el venir sometida a un condicionamiento de eficacia.

La cuarta, porque choca con dos obstáculos de peso. De un lado, con la regla contenida en la tan repetida máxima «*nemini res sua servit...*», pues ésta sería la situación en que inexorablemente se desembocaría. Y del otro, en principio y tal como ha sido apuntada esta explicación, sin más matizaciones, porque parece traer a colación el discutido tema de los negocios jurídicos unilaterales, en relación con el cual hemos de decir que, si bien a la voluntad de un solo sujeto ha de reconocérsele operatividad para crear obligaciones a su cargo y en favor de otro, no la tendría sin embargo para crear derechos a su propio favor, como ocurriría aquí (27).

Pero esto no es óbice para que pensemos que, con las debidas matizaciones, esa última construcción puede servir a nuestro propósito. Advuértase así que la reserva del derecho de vuelo se intenta establecer en el marco de un régimen de propiedad horizontal. Que es cierto que aquél, al igual que éste, sólo tiene plena justificación en una situación de pluralidad de titulares. Pero que, aun no siendo esto así momentáneamente, tanto aquél como éste no suponen siempre y necesariamente un absurdo ni un capricho injustificado, sino que responden (pueden responder al menos) a necesidades y razones atendibles. Por esto, y porque hay expedientes constructivos que permiten explicarlo convenientemente, creemos que, cuando se dé el caso, debe admitirse la posibilidad de constituirlos por el que todavía es propietario único del edificio, antes de proceder a la enajenación de sus pisos o locales. Considérese, en este sentido, que la situación que a resultas de la dicha reserva se produce, cumple en cierto modo con el requisito de pluralidad de titulares que en principio se exige, pues a ello resulta parangonable la situación de pluralidad de intereses que del establecimiento del régimen de propiedad horizontal y de la reserva de dicho derecho se deriva. Es cierto, repetimos, que tanto uno como otro encuentran su sentido pleno en una situación de pluralidad actual de titulares, pero también creemos lo es que nada obsta a admitir su eventual constitución por el propietario único, cuando haya un interés legítimo que lo justifique, quedando momentáneamente supeditadas o condicionadas (esta expresión debe entenderse en sentido no técnico) (28) en su defini-

(27) Sobre esto puede verse nuestro trabajo *Promesas unilaterales y donaciones (La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho español)*, Madrid, 1998.

(28) Hacemos esta matización porque, en sentido propio o técnico, la condición es una determinación accesorio de la voluntad, un requisito de eficacia que las partes adicionan voluntariamente al negocio, y por tanto que igual puede existir que faltar. Esto no es posible mantenerlo en nuestro caso, en el que la aparición de una pluralidad de titulares es circunstancia inherente a la propia esencia del supuesto, y por tanto de concurrencia

tiva eficacia u operatividad a que se produzca la dicha situación de pluralidad de titulares, a la que hay además una natural vocación por parte de ambos (29). Y no es necesario aquí extenderse en digresiones sobre la naturaleza jurídica de ese requisito de definitiva y plena eficacia. Nos basta con atender al modo en que las cosas se producen en la vida diaria, y apreciar su atendibilidad y su encaje en un expediente constructivo lógico, sin tener que profundizar ahora sobre esas cuestiones de calificación.

Sí resulta útil, en cambio, detenerse, aunque sea muy brevemente, a valorar y calificar la naturaleza jurídica del negocio que constituye el título constitutivo de la propiedad horizontal. En este sentido, podemos apuntar que la calificación que a nuestro entender mejor refleja su esencia es la de negocio de configuración o destinación (30). Negocio obligacional no lo es ciertamente. Dispositivo no parece tampoco que le cuadre bien, pues aunque de hecho, en la vida diaria, puedan darse simultáneamente y recogerse en el mismo documento la constitución de la propiedad horizontal y la reserva del derecho de vuelo, y la enajenación a tercero de un piso o local o del derecho de vuelo, no necesariamente ha de ser así. Y declarativo tampoco es, pues esto lleva implícita la idea de proyectarse sobre algo que ya existe previamente, lo que no necesariamente ha de ser así en nuestro caso. Lo que hay es pues un acto de configuración voluntaria del estatuto de un edificio, un acto que viene a imprimirle un destino determinado, sometiéndolo a un régimen de comunidad funcional, que en el caso viene modalizado por la concurrencia de un derecho de sobreelevación que se sustrae de lo común, a que en principio pertenecería (31).

B) EL DERECHO REAL SOBRE COSA FUTURA

Es otra de las dificultades importantes que en este tema se pueden plantear. ¿Es concebible pretender constituir un derecho real como es el de sobre-

necesaria. Por ello, posiblemente sería más adecuado hablar de presupuesto de eficacia o de ejercicio del derecho.

(29) Este fue el criterio aplicado en la Resolución de 7 de abril de 1970. Así lo piensa también SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 936. Lo mismo, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso gubernativo que terminó en la Resolución de 6 de noviembre de 1996.

(30) Así también FERNANDO MONET ANTÓN, «Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal», en *Estudios de Derecho Notarial*, Madrid, 1962, t. I, pág. 273 y sigs.; lo sigue FRANCISCO SOTO NIETO, «El título constitutivo de la Propiedad Horizontal», en el *Libro-homenaje a Ramón María Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, pág. 369 y sigs.

(31) Sea lo que sea de la concreta calificación del negocio, lo dicho supone que para la constitución de éste resultan legitimados, o todos los condueños —ya estén en comunidad ordinaria, ya en propiedad horizontal (en cuyo caso se someterán a lo dispuesto en el art. 12 LPH —antes 11—)—, o también el propietario único del edificio.

elevación, en los supuestos en que se predique de un edificio que, por el momento al menos, no existe? La respuesta negativa se hace presente de forma inmediata, con un fundamento que podría calificarse como de estricta lógica jurídica, y a nivel general incluso: puesto que hablamos de un derecho real, la existencia de una realidad que constituya su objeto, y sobre la que ejercitar los poderes que aquél suponga, es algo inexorable (32). Porque si bien es cierto que para que algo pueda ser objeto de negocio es suficiente con que sea posible, lícito y determinado o determinable, no lo es menos que ese negocio no parece pueda orientarse a una eficacia real sino meramente obligacional: la falta de existencia actual del objeto hace inviable el poder directo e inmediato sobre el mismo en que los derechos reales consisten. En este mismo sentido, pero más concretamente por lo que hace a nuestro caso, se ha dicho —y son palabras de LA RICA, uno de los redactores del Reglamento— que «el derecho a que se refiere el número 2.º del artículo 16 RH sólo se ha concebido sobre edificaciones ya construidas o en construcción» (33). En suma: que el derecho real de vuelo presupone la previa existencia de un edificio (34).

El planteamiento expuesto, sin embargo, no es actualmente pacífico, ni siquiera mayoritario en la doctrina. Y no lo es porque la lógica a que responde, fría y estricta, no es la que rige la vida real de hoy, ni la que permite dar la respuesta más satisfactoria a las necesidades que ésta plantea. Considérese en este sentido el supuesto ya planteado en un momento anterior, y que con mucha frecuencia ocurre en nuestro caso: que el propietario del solar, que pretende llevar a cabo la construcción del edificio a la vez que reservarse el derecho para una eventual y futura sobreelevación, obtiene la financiación necesaria para ello de terceros (de un prestamista, o de los propios compradores de los pisos o locales que en su momento integrarán aquél mediante cantidades satisfechas a cuenta).

Lo dicho exige, claro está, que la operación se encuentre perfectamente definida en todos sus elementos, lo que evidentemente comprende también el

(32) Así se deriva de lo que en principio sostiene, en relación con el supuesto llamado de prehorizontalidad, MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 2.ª ed., 1973, pág. 262. También FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, «La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir», en *RDN*, abril-junio 1967, págs. 296 y 320. Y VENTURA-TRAVERSESET, *Derecho de Propiedad Horizontal*, cit., pág. 30. Conviene aquí advertir que, al igual que en el caso de la dificultad anterior, muchos de los argumentos que a continuación se van a referir han sido formulados en relación con el supuesto de la prehorizontalidad, o de constitución de servidumbres a favor de edificio futuro. Aun así los reseñamos y empleamos, *mutatis mutandis*, sobre la base de la semejanza o identidad de las dificultades que en ellos y en nuestro caso se plantean.

(33) *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, cit., pág. 36.

(34) Vid. FONT BOIX, *op. cit.*, págs. 55 y 57-58.

derecho de vuelo (esa definición, además, no puede ser sólo desde un punto de vista físico —en el plano elaborado—, sino que ha de incluir también el concreto régimen a que se someterá el edificio). Pero con esto puede que no sea suficiente. En efecto, a los sujetos interesados —a todos ellos— puede que no les baste con la garantía que una simple relación crediticia *inter partes* (propietario/constructor - prestamista o compradores) les pueda ofrecer en ese sentido. Muy posiblemente exigirán que, desde el primer momento, la operación —la hipoteca que para garantizar la devolución del préstamo se constituya (que por pacto, y al decir de la doctrina mayoritaria, se puede extender, además de al solar, también al edificio que sobre él se construya), la adquisición de uno o varios pisos o locales y la reserva del derecho a *sobreelevar*—cuenta con el respaldo y la garantía que sólo la publicidad registral les puede ofrecer.

Cuando las cosas ocurren al modo descrito, efectivamente, el recurso al Registro de la Propiedad y al Derecho Inmobiliario registral se hace necesario, o al menos muy conveniente. Pero, llegados aquí, surge la pregunta: ¿cómo puede ser eso? ¿Cómo puede pretenderse inscribir el derecho de vuelo? Si no hay —según se dice— derecho real, no hay materia apta para ser objeto de inscripción ni de publicidad registral. ¿Cómo admitir entonces su acceso generalizado a un Registro que lo es de derechos reales (inmobiliarios)?

La solución más inmediata pasa por afirmar la naturaleza *jurídico-real*, a pesar de las circunstancias (edificio aún no existente), de ese derecho de vuelo. Pero esto no es pacífico. Así, por lo que hace a esta cuestión de la naturaleza, son varias las opiniones que en la doctrina se pueden encontrar:

- a) Que se trata de una relación de naturaleza obligacional: mientras el edificio no esté construido, no es posible constituir derechos reales sobre él, sino sólo obligaciones (35) (algunos, en una postura genérica, dicen que se trata de un *ius ad rem*, esto es, de una situación llamada a constituir derecho real pero que todavía no lo es). Y esa situación obligacional admite después variantes. Unos sostienen que se trata de una obligación cuyo contenido permitirá al acreedor exigir en su día —i.e., cuando se construya el edificio— la constitución efectiva del derecho real inicialmente considerado, con una nueva prestación de consentimientos (36). Otros han planteado que aunque

(35) Esta idea fue apuntada por el Registrador en el informe en defensa de su nota (denegatoria de la inscripción del derecho de vuelo), en el caso que desembocó en la Resolución de 5-2-1986.

(36) Sobre la base dicha, sostienen algunos que sería un supuesto de precontrato o de promesa de contrato. Por nuestra parte, y conscientes de que la explicación y operatividad de esa figura no es cosa pacífica, preferimos no entrar en esta cuestión.

inicialmente se trata de una relación obligacional, ésta, cuando la edificación venga a tener existencia, se transmuta automática e inmediatamente en real (37).

- b) Que se trata de una situación de tipo condicional. Es decir, se admite la viabilidad del derecho real de vuelo, pero entendiendo que se encuentra suspensivamente condicionado a la construcción del edificio (38). También aquí hay variantes, según se estime que el dicho requisito constituye una condición voluntaria o una *conditio iuris*, y si la operatividad del mismo incide en la propia existencia del derecho en cuestión o sólo en su ejercicio (pero ya constituido el derecho) (39).
- c) Que la existencia del edificio no es requisito estrictamente necesario para que el derecho de vuelo nazca, sino sólo para su posible ejercicio. El derecho nace y existe desde que el acto constitutivo tiene lugar, aunque transitoriamente no quepa un ejercicio efectivo del mismo, mientras el edificio no se construya y venga a la realidad. Este requisito, ahora bien, no se califica de condición, ni tampoco de

(37) Estas posturas fueron hipotizadas en Italia, en su día, en relación con el supuesto de constitución de servidumbres sobre edificio a construir, hoy regulado en el artículo 1.029 de su vigente *Codice*: «Se admite la constitución de una servidumbre para asegurar a un fundo una ventaja futura. / Se admite también a favor o a cargo de un edificio a construir o de un fundo a adquirir, pero en este caso la constitución no tiene efecto sino desde el día en que el edificio está construido o el fundo se adquiere». Por tratarse de un precepto que ha generado abundante polémica en su país de origen, y por el carácter limitado de este estudio, no haremos recurso al mismo en sentido ninguno.

(38) Esta orientación es adoptada, a nivel positivo, por la Ley 395 de la Compilación navarra: «Se consideran constituidas bajo condición las servidumbres referidas a inmueble de futura construcción o derribo, así como aquéllas cuyo contenido consista en una utilidad futura». Vid., también, la Resolución de 21-10-1980. Puede aquí mencionarse a JORDANO FRAGA [*op. cit.*, págs. 216 y 224, aunque su postura no es muy decidida, pues en pág. 215 admite la explicación que apuntamos sub c)]; también VENTURA-TRAVESET, *Derecho de edificación sobre finca ajena...*, pág. 184.

(39) Partiendo de la categoría de la condición, una postura intermedia, en el tema de la operatividad, parece sostenerla (en relación con las servidumbres a favor de edificio futuro, pero el problema es semejante al nuestro, por eso lo reseñamos). BATISTA (*op. cit.*, pág. 192 y sigs.), quien se apoya en la idea, apuntada por CARIOTA-FERRARA, de los que denomina «supuestos de validez o invalidez suspendida». Suponen éstos que al tiempo de celebrar el negocio falta un requisito de validez, pero que la propia ley permite pueda aparecer más tarde. Así, en ese período que media entre uno y otro, el negocio no podrá decirse plenamente válido —porque le falta un requisito de validez— pero tampoco nulo —porque la ley permite su incorporación posterior—. Sería un caso de validez o invalidez (según se mire) suspendida. Y esto es, según BATISTA, lo que ocurre en el caso dicho de las servidumbres (al que el nuestro es parangonable en este punto): «nos encontramos ante una servidumbre sometida a condición suspensiva, la construcción del edificio, cuya validez queda en suspenso hasta que aquélla se verifique, momento en que reunirá el requisito de la *utilitas* que faltaba al constituirse» (*op. cit.*, pág. 194).

conditio iuris, sino que se dice resulta más propio hablar de «presupuesto de eficacia» o «presupuesto de ejercicio del derecho» (40).

Ninguna de las tesis apuntadas nos parece sin embargo que cuadre perfectamente con el caso.

(40) Dentro de este grupo hay que incluir a varios autores, sin perjuicio de matices propios de cada uno. Así, sostiene HIPÓLITO SÁNCHEZ VELASCO que «la existencia del objeto de un derecho es un presupuesto de hecho, no para que el mismo nazca sino para que se ejercite... La existencia del predio dominante o sirviente —dice— no es una condición suspensiva para que nazca el derecho, que... nace del acto constitutivo, sino un presupuesto necesario para el uso, disfrute y ejercicio de los derechos subjetivos que se han generado en el acto constitutivo» («Constitución de servidumbres en edificio a construir: su proyección registral», en RDP, 1969, pág. 248). Semejante es la tesis de BONET (*op. cit.*, págs. 255-256), quien, apoyándose en RUBINO habla de «negocios anticipados», esto es, supuestos en los que la declaración de voluntad se produce antes —*inversión cronológica*— que otros elementos típicos que normalmente la preceden (la existencia material de la cosa, en nuestro caso la construcción del edificio). Tales casos, dice, «se entienden como contratos perfectos y completos desde su comienzo, a pesar de que el objeto no exista *in rerum natura*. La falta actual del objeto no supone aquí más que un requisito de eficacia del negocio, pero no un requisito esencial de su constitución» (pág. 269). También se puede incluir aquí a ROCA SASTRE («La servidumbre predial como cauce adecuado...», en *Estudios varios*, cit., págs. 144 y sigs.), quien, de nuevo en relación con el supuesto de la servidumbre a favor de edificio futuro, y sobre la base de lo dispuesto en diversos textos romanos (principalmente D., 8, 2, § 23, 1: *futuro quoque aedificio quod nondum est, vel acquiri, vel imponi servitus potest*), sostiene que el supuesto planteado puede resolverse entre nosotros, hoy, con criterios semejantes. Parte ROCA de considerar una cuestión más general: si puede o no constituirse servidumbre en atención a una ventaja futura. Esto se admitió en Roma: «puede constituirse —se dice en D., 8, 3, § 10— la servidumbre de buscar agua y conducir la alumbrada, porque si es lícito igualmente constituir una servidumbre aún no construido un edificio, ¿por qué no será lícito igualmente constituir la servidumbre antes de encontrada el agua?» La equiparación entre uno y otro caso resulta ahí explícita. Pero, si toda servidumbre exige dos fundos, dominante y sirviente, ¿cómo se explica esto en el caso del edificio futuro, que aún no existe? Pues considerando que ese edificio no es más que un «modo de ser» del fundo (que sí existe), por consecuencia del principio de accesión: *quo inaedificatur solo cedit*. Resulta así que desde el principio existen los dos fundos. La falta momentánea del edificio sólo determinará que la ventaja de esa servidumbre no pueda ser actual. Pero esto no impide entender que la servidumbre esté válida y actualmente constituida. Lo único es que su ejercicio está momentáneamente en suspenso, mientras el edificio no se construya. Este mismo criterio, como decíamos, lo mantiene ROCA para nuestro Derecho actual, siempre que el edificio en cuestión no constituya una propiedad separada, por consecuencia de un derecho de superficie (que en el Derecho romano no existió). Un planteamiento similar —i.e., equiparando la servidumbre a favor de edificio futuro a la servidumbre constituida para ventaja futura— lo sostiene también MACHADO CARPENTER (*op. cit.*, pág. 416 y sigs.), quien apunta, como dato positivo en que apoyar esta solución, lo dispuesto en el artículo 546.3 del Código Civil: ¿por qué —se pregunta— no puede admitirse, en lo relativo a la constitución, lo que se admite con relación a la subsistencia? La única diferencia entre ambos supuestos es que la quiescencia de la servidumbre, en un caso es inicial y en el otro sobrevenida. Pero ello no afecta para poder sostener, en ambos, que se trata de una servidumbre perfectamente constituida y existente desde el principio, aunque momentáneamente su contenido no pueda ser actuado. También SÁNCHEZ-VELASCO se apoya en este artículo (*op. cit.*, pág. 253 y sigs.).

Las de tipo obligacional porque, o bien no dan plena satisfacción a legítimos intereses de quienes intervienen en el negocio, tal como líneas atrás quedó apuntado (la primera variante), o bien incurren en contradicción interna (la segunda): la naturaleza jurídica de una relación no puede cambiar en un momento dado, a resultas de un simple hecho material como es la construcción de un edificio (41).

A la que sostiene que se trata de una situación de tipo condicional, una primera objeción podría ser la siguiente: la construcción del edificio no puede calificarse con propiedad como «condición», pues no se trata de un requisito de eficacia que eventualmente se adicione al negocio por voluntad de las partes, y por tanto que igual puede existir que faltar, sino que se trata de una circunstancia inherente a la propia esencia del supuesto, de concurrencia necesaria por ende, y de índole extravoluntaria además. Esto podría tal vez solventarse hablando de *conditio iuris* —expresión con la que se designan los requisitos de eficacia que derivan del Ordenamiento jurídico—. Pero entonces (aparte de que tal previsión legal, explícita al menos, no la hay en nuestro Ordenamiento) nos vemos llevados a la otra alternativa que se planteaba: ¿se trata de un requisito para que el derecho nazca, o para que pueda ser ejercitado (pero habiendo ya nacido)? ¿Cuál es su operatividad propia? Aquí confluye y se puede considerar juntamente la tercera explicación apuntada, que hablaba de un presupuesto de eficacia o de ejercicio del derecho.

Estas últimas tesis, aunque escapan a las dificultades que conlleva calificar la construcción del edificio como condición voluntaria, lo hacen a costa de toparse con otras. En concreto: si hasta que la construcción no acontezca el derecho real no puede considerarse nacido, ¿qué es lo que hay en ese período que media desde el momento de celebración del negocio hasta entonces? Recuerdese lo que se ha dicho antes: si la situación no nace con naturaleza real desde el principio, el mero hecho material de la construcción del edificio no basta para **mutar** su naturaleza. Esto se puede salvar si se entiende que el derecho ya ha nacido, aunque momentáneamente, de hecho, no pueda todavía ejercitarse. Pero esto significa incurrir en otras dificultades: ¿qué es lo que permite calificar la construcción del edificio como requisito simplemente para el ejercicio del derecho, y no para su misma existencia? Repárese que estamos hablando de un derecho real, que como tal se caracteriza —al menos para la teoría clásica, y que hoy sigue siendo ampliamente **dominante**— por suponer un poder directo e inmediato sobre las cosas. Si el edificio es el objeto del mismo (42), ¿qué es lo que hay cuando éste todavía no existe?

(41) Estas explicaciones han sido también, de hecho, abandonadas en Italia, su país de origen.

(42) Esta idea la expresa muy claramente BATISTA: «...partimos de la base —dice— de que la servidumbre no puede proporcionar beneficio a un solar o a un predio rústico,

Llegados a este punto, y a la vista de lo dicho, ¿en qué queda la cosa? De entrada hemos de reafirmar la conveniencia, incluso la necesidad, de permitir, también en este caso, el acceso a la publicidad registral del derecho de vuelo. La seguridad de los bienes y del tráfico jurídico sólo se garantizan plenamente en la medida en que se permita hacer constar en el Registro, y desde el primer momento además, la verdadera situación jurídica del inmueble (43). Y ésta incluye ese derecho de vuelo. Pero, ¿cómo puede ser esto?

A tal solución podría llegarse considerando que, aunque la construcción del edificio sobre el que se proyecta ese derecho es, por hipótesis, requisito necesario para el nacimiento del mismo, entretanto existe una expectativa (fundada además) en ese sentido, que participa en cierto modo de la naturaleza del derecho al que tiende —real—, y que en consecuencia debe ser tratada como éste (44). Sería una previsión de futuro, ciertamente, pero que

sino exclusivamente a un edificio. Si la servidumbre, sea cual fuere el nombre que se le dé, puede beneficiar al predio sin consideración a que esté o no edificado, el problema no existiría» (*op. cit.*, pág. 192). De modo parecido, también el Registrador, en el caso de la Resolución de 5-2-1986.

(43) «Nada se opone... —dice la Resolución de 18-4-1988—, aun antes de iniciarse la construcción, a la inscripción de los acuerdos, tan conveniente para asegurar, frente a terceros, el interés de cada uno de los comuneros, en el concreto local o vivienda futura a él asignado, y cuya construcción le va a imponer gastos importantes». Así, a pesar de su postura de principio (transcrita infra nota 49), lo reconoce, en relación con la propiedad horizontal, JOSÉ LUIS ALVAREZ ALVAREZ: «el legislador —dice— conoce que hay edificios en los que desde que se pone la primera piedra se sabe que van a estar siempre en propiedad horizontal, pues tal es el propósito del constructor..., y hasta la edificación responde a esa finalidad. Sabiendo esto, es necesario permitir que su condición jurídica vaya paralela a su destino práctico desde el primer momento». «Incluso desde un punto de vista de seguridad del tráfico jurídico y garantía de bienes —añade—, es preferible que en el Registro conste inmediatamente la verdadera situación jurídica de los inmuebles, y figurando la constitución en propiedad horizontal del edificio en construcción, el posible adquirente conoce ya la especial situación de la casa» («El título constitutivo de la propiedad horizontal», en *Centenario de la Ley del Notariado. Secc. Segunda. Estudios de Derecho Notarial*, vol. II, Madrid, 1965, págs. 487 y sigs.). Así lo reconoce también LUCAS FERNÁNDEZ, al admitir que «la inscripción en el Registro de la Propiedad de los pisos meramente proyectados y de las reglas contenidas en el título y en los estatutos facilitarán, en su día, el mantenimiento y la puesta en marcha de la propiedad horizontal, y hasta puede juzgarse muy conveniente la previa inscripción cuando aún no ha surgido la propiedad horizontal, dadas las complejidades, las delicadas relaciones jurídicas que trae consigo esta inscripción, y las dificultades de un acuerdo partiendo de cero de los dueños de los diversos pisos desde el primer momento de la adquisición de su derecho» (*op. cit.*, pág. 296). También VENTURA-TRAVESET, que a pesar de su negativa inicial (vid., *supra* nota 32) matiza luego su postura: «sobre el edificio meramente proyectado —escribe— no puede existir un régimen de propiedad horizontal en sentido propio, sino tan sólo... prehorizontalidad, o sea, la regulación por vía de pacto de la fase anterior al nacimiento de la propiedad horizontal». Pero añade: «Estos acuerdos... pueden tener eficacia real, y como tal acceso al Registro de la Propiedad» (*Derecho de propiedad horizontal...*, cit., págs. 31 y 145).

(44) Así lo sostiene, aunque en relación con los derechos sometidos a condición suspensiva (la equiparación a estos efectos creemos es perfectamente posible, pues para

responde a un interés actual y que en determinadas condiciones, como las de nuestro caso, conviene hacer oponible frente a terceros mediante su publicidad registral. La inmediatez propia de los derechos reales, se puede pensar, no significa siempre y necesariamente actualidad del poder, sino sólo que para su efectividad (cuando sea) no precisa del comportamiento o actuación de otro sujeto (ni siquiera por obligación). De este modo se tendría así que, aun admitiendo que el derecho real no ha nacido propiamente todavía, en todo caso se trata de una situación que debe tener trascendencia *erga omnes* y, por tanto, que debe inscribirse (45). Esto permitiría resolver la cuestión, y sin

nada importa ahora la concreta calificación del requisito), ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, III, pág. 372 y sigs. Cercana en este punto es la postura de JORDANO FRAGA (*op. cit.*, págs. 140 y sigs.), quien parte de una doble consideración. De un lado, la necesidad de distinguir lo que es la constitución de los derechos reales y lo que es el marco de su publicidad registral. Del otro, que aunque el objeto de la publicidad registral son normalmente los derechos reales inmobiliarios, perfecta y definitivamente constituidos, en ocasiones pueden también serlo otros que todavía no lo están definitivamente: la posibilidad que la ley reconoce de inscribir los derechos constituidos bajo condición suspensiva —dice— avalaría esto. Y con esas premisas concluye entonces que «el régimen de propiedad horizontal no se puede constituir con anterioridad a la existencia material del edificio, pero sí se puede inscribir en el Registro de la Propiedad en tanto dicho edificio se construye». Y añade: «hablar de constitución condicionada o situación jurídica interina es lo de menos: se trata de una modificación jurídico-real cuya efectividad pende del cumplimiento de los presupuestos legales de eficacia, y que se da a conocer a terceros a través del Registro (art. 9.2 LH)». Por su parte, afirma FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (*op. cit.*, pág. 264 y sigs.) que, cuando el edificio carece de existencia real actual, pero no de especificidad y determinación (por estar descrito en el proyecto con todos sus caracteres propios, que permiten distinguirlo de cualquier otro), constituye una situación jurídica interina, una expectativa del derecho a que tiende. Pero entiende sin embargo —la diferencia es esencial— que se trata de vínculos de carácter estrictamente personal.

(45) No estimamos acertada, sin embargo, la distinción que en este punto hace SÁNCHEZ VELASCO (*op. cit.*, pág. 249 y sigs.) en relación con la constitución de servidumbre sobre edificio futuro, según se haga: *a)* por pacto accesorio al contrato principal (v.gr., segregar o vender una porción de terreno, sobre la que se construirá el edificio), o *b)* por contrato autónomo. En el primer caso, dice, la inscripción registral del mismo debe estar fuera de toda duda, por simple aplicación del artículo 9.2 LH. En el segundo también, siempre que se reúnan los requisitos de capacidad, poder de disposición, voluntad expresa y constancia de todos los requisitos exigidos en este sentido por los artículos 9 LH y 51 RH, describiendo convenientemente los predios (aunque sea en proyecto) y el derecho a constituir. Pero decíamos que no estimamos acertada ni justificada esta distinción, por lo siguiente. De entrada, hay que decir que la aplicación del artículo 9.2 LH a nuestro supuesto no es procedente (esto cabría aplicarlo también a JORDANO): en él no es la existencia del derecho la que no es firme y definitiva —a esto es a lo que se refiere el art. 9.2 LH—, sino la de la cosa sobre la que él se quiere constituir (caso distinto es el contemplado en la Resolución de 5-2-1986, en el que se constituye derecho de vuelo sobre la planta baja de un edificio proyectado, sujeto a la condición —ésta sí en sentido propio— de que el adquirente de ese derecho construya aquella en un plazo determinado). Pero es que, además, ese pacto accesorio de otro principal de que habla en la primera hipótesis no es tal, al menos en el sentido jurídico de modalizar o condicionar a éste. Aunque económicamente la operación sea unitaria, jurídicamente se pueden dis-

tener que entrar a dilucidar la naturaleza jurídica de esa situación: expectativa, condición, *conditio iuris*, presupuesto de hecho...

Pero, aun siendo esta explicación plausible, creemos que hay otra que permite llegar al mismo resultado y por camino más seguro, por lo cual resulta preferible. Se trata de la apuntada por DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO BISQUERT (46). Es la siguiente. Como premisa de partida, hay que convenir en que el derecho de vuelo o, en expresión aún más clara, de sobreelevar edificaciones, presupone un edificio. Esto se apoya no sólo en razones de tipo literal —el dictado del art. 16.2 RH— sino sobre todo en las que derivan de la propia hipótesis del supuesto, tal como se describe (47). Ahora bien, esto dicho hay que recordar también que el derecho de vuelo, para ser tal, y como ya quedó señalado en su momento, se enmarca en una situación de propiedad horizontal, puesto que cuando se ejercite y pase a convertirse en construcción efectiva, automática y simultáneamente se diluye en ella. Esta conexión tan íntima que entre uno y otra existe permite pensar que aquél (el derecho de sobreelevar) podrá darse en todo supuesto en que la propiedad horizontal se pueda producir (48). Lo dicho hace volver la vista a ésta.

En este sentido, se puede advertir que en el artículo 8.4 LH se supedita la inscripción de edificios en régimen de propiedad por pisos a que la construcción esté concluida o por lo menos comenzada. «La frase subrayada —dice CÁMARA, haciéndose eco de una opinión extendida en la doctrina— parece poner de relieve que no es posible la inscripción de un edificio simplemente proyectado» (49). Pero la dificultad se puede salvar del modo

tinguir dos pactos; el carácter accesorio o autónomo, con respecto a otro, de ese pacto de constitución del derecho real limitado, no tiene aquí pues justificación ni trascendencia. Resulta entonces una sola hipótesis y una misma dificultad: que el objeto sobre el que el derecho en cuestión recae no tiene existencia actual. Y entonces, la solución queda condicionada por las premisas de que se parta.

(46) «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *RDN*, 1969, págs. 176 y sigs. Esta explicación, elaborada por MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ con la colaboración de EMILIO GARRIDO CERDÁ y ANTONIO SOTO BISQUERT, fue presentada por España como Ponencia al X Congreso Internacional del Notariado Latino, y aceptada además por el I Simposio sobre Propiedad Horizontal, celebrado en Valencia en 1972. Parece seguirla (pero vid., *infra* notas 49 y 51) también SOTO NIETO, *op. cit.*, pág. 382 y sigs. (aunque él la refiere al supuesto de una pluralidad de propietarios-promotores, esto no afecta ahora al caso).

(47) SOTO BISQUERT, *El derecho de vuelo*, cit., pág. 933.

(48) Así lo dice SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 934.

(49) Estas palabras, aunque mantienen la tesis de la obra de 1969, antes citada, son de sus *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985, pág. 292. En cuanto a la opinión aludida, puede verse SOTO NIETO: «cuando el edificio concebido no ha trascendido de un mero proyecto, la perfilación del título constitutivo representaría una anticipación negociada vinculante, desde luego, en la esfera obligacional, para los que lo otorgan, pero intrascendente en el ámbito registral y público» (*op. cit.*, pág. 385). Semejante (en principio, pero vid., *supra* nota 43), ALVAREZ ALVAREZ, para quien «aunque el último inciso

siguiente: «es necesario advertir... —sigue diciendo CÁMARA— que tanto la palabra ‘proyectado’ como la palabra ‘comenzado’ son ambiguas y admiten cierta matización. La expresión ‘construcción comenzada’ puede referirse al comienzo de la edificación en sentido material o en sentido técnico. Técnica-mente, cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación del proyecto correspondiente, elaborado por persona capacitada para ello y aprobado por las autoridades competentes. Este criterio técnico nos permite establecer con exactitud —dice— el momento en que la construcción se ha iniciado. Por el contrario, si nos atenemos a la acepción puramente física, nos encontramos ante un callejón sin salida. ¿Cuándo podrá... considerarse que la construcción, en su dimensión material o física, ha comenzado? (...) Así las cosas, la incertidumbre sobre la fijación del momento en que debe considerarse que la construcción ha comenzado, a efectos de la inscripción del edificio en el Registro, es patente. ¿Bastará que se haya realizado la excavación o vaciado del terreno? ¿Será necesario que, al menos, se hayan plantado los cimientos? Y cualquiera que sea la contestación que demos a estos interrogantes, ¿qué diferencia sustancial media entre esas hipótesis y la del edificio definido, pero cuya fabricación material aún no ha principiado a acometerse?» (50).

Con lo dicho quedaría solventada una primera dificultad. Pero no es sólo esto, sino que también se salva aquélla de índole más general o teórica que al principio de este apartado se señalaba: la de cómo admitir un derecho real sin objeto actual sobre el que proyectarse. Un edificio proyectado, se podría decir, es un edificio por el momento inexistente, con independencia de lo ultimado y perfilado que pueda estar el proyecto para su construcción (51). Pero no es esto del todo cierto. Ello es debido a la operatividad propia del

del párrafo segundo del artículo 8-4.º LH hable de la inscripción de pisos meramente proyectados, diciendo que se harán constar en la inscripción del solar o del edificio en conjunto, hay que entender que se refiere a una edificación comenzada. (...) Desde un punto de vista sustantivo —añade— no hay inconveniente en que al describir el solar, el propietario manifieste que se propone construir una casa de tales características, en la que están proyectados tantos pisos, pero, naturalmente, esta declaración no tiene trascendencia registral ni es declaración de obra nueva, ni siquiera en construcción y, naturalmente, no conduce a nada el describir esos futuros pisos» (*op. cit.*, pág. 487).

(50) *Estudios...* cit., págs. 292-293.

(51) SOTO NIETO sostiene así que la expresión «edificación comenzada» del artículo 8.4 LH, «indudablemente se está refiriendo a aquélla que ha saltado del plan o intención a la realidad material, ofreciendo una tangibilidad avanzada y progresiva... Por muy definido que se halle el proyecto, minimizando al máximo las circunstancias de extensión, linderos, situación, etc., de los pisos, sólo la puesta en marcha de la empresa edificatoria, que comienza a delinear físicamente un nuevo objeto diferenciado, permite dar paso a la solemnidad constitutiva, con la secuela de la inscripción registral» (*op. cit.*, pág. 385 y sigs.).

régimen de propiedad horizontal. Y es que éste, entre los varios elementos comunes que comporta en el edificio que a este régimen se somete, incluye normalmente (52) el suelo, el solar o el terreno, ya que es el soporte físico del mismo. Es verdad que, en principio, las reglas de la accesión se orientan en sentido contrario: *quo inaedificatur solo cedit*, pero también lo es que éstas no son reglas imperativas, sino que admiten derogación, cuando los particulares así lo quieran y dispongan. Y esto es, precisamente, lo que la propiedad horizontal significa: la adscripción de ese solar, por voluntad de su propietario, al régimen de comunidad funcional que aquélla significa. Esto sentado, resulta entonces que en nuestro caso, aunque la fábrica arquitectónica no exista todavía, no puede decirse lo mismo del suelo, que sí está presente desde el primer momento. Y esto supone que el objeto sobre el que el derecho de vuelo recae no puede decirse sea total y propiamente futuro, válido únicamente para relaciones obligacionales. Aunque en formación, no puede negarse que, en determinada forma o medida al menos, se trata de un objeto material cierto y actual (53).

Llegados a este punto, los razonamientos anteriores y la conexión recíproca que entre ellos existe, pensamos que permiten dar respuesta positiva a la cuestión que aquí estábamos considerando. Aun antes de que haya edificio, en el sentido que esto tiene en el lenguaje y en el entendimiento común, el acuerdo de las personas legitimadas para ello, de constituir una comunidad funcional de casas de pisos y de adscribir a ella, desde ese mismo momento, un solar, basta para apreciar una realidad material suficiente para poder proceder a la constitución de un derecho real de sobreelevar en su momento (54). Se trata simplemente de configurar, sobre esa finca ya existente, este particular estatuto de la propiedad. Esperar a la completa y definitiva existen-

(52) Salvo que se apoye en un derecho de superficie.

(53) Con esto queda debidamente planteada y enfocada la objeción de BATISTA que se apuntaba en nota 42.

(54) En lo dicho puede apreciarse la diferencia conceptual que existe entre esta explicación y la sostenida por ROCA SASTRE (vid., *supra* nota 40). Es necesario, en todo caso, destacar la insistencia que a este respecto hacen los autores citados, para mantener las cosas en su justa medida. Y es que, tal como dice CÁMARA (*Estudios...* cit., págs. 291-292), «no parece viable la adscripción del solar al régimen de dicha institución [la propiedad horizontal] mientras el edificio no esté perfectamente definido, de modo que pueda saberse *a priori* cuáles serán sus características constructivas... La distinción entre edificio definido y edificio por definir (aunque se haya decidido construir sobre un terreno determinado) parece decisiva —afirma— a la hora de puntualizar desde qué momento es posible adscribir aquél al régimen de propiedad horizontal». Así también la Resolución de 18-4-1988: «desde que se produzca el acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y sobre el destino de cada vivienda o local, procede la inscripción, y los pisos proyectados pueden constar como términos de referencia de los derechos que sobre la finca tienen los titulares registrales».

cia de la cosa no es siempre posible o aconsejable, sobre todo cuando en la operación económica en curso va a intervenir más de un sujeto (55).

4. DETERMINACION DEL DERECHO

En este punto las cosas, nos parece que no debe haber reparos en orden a admitir la configuración de la sobreelevación de edificaciones como un derecho real propio y autónomo, y posible en nuestro Ordenamiento jurídico actual. De hecho, la idea se había ido ya imponiendo en la realidad (sin perjuicio de eventuales tropiezos).

Ahora bien, aunque a nivel teórico o de principio esa posibilidad sea ya cierta, quedan sin embargo cuestiones importantes por resolver. Fundamentalmente las que hacen referencia a la concreta determinación de ese derecho, de sus contornos y de su contenido. ¿Basta la mera alusión a un derecho a sobreedificar en el futuro, o es necesario describir perfectamente la hipotética construcción, quedando vinculado por ella? Este es, de hecho, el punto en que en los últimos tiempos se han presentado las mayores dificultades. En este sentido, las cuestiones que se plantean son las siguientes:

- a) Las relativas a la determinación del régimen de comunidad en que el derecho de vuelo se enmarca o enmarcará, en caso de que se ejercite.
- b) Las relativas a la determinación de las circunstancias que configuran el contenido del derecho de vuelo: características de la construcción y plazo para llevarla a cabo.

...

a) La primera cuestión se traduce, principalmente, en la fijación de las cuotas o coeficientes de participación que corresponderán a la eventual sobreelevación, en caso de llevarse a cabo, y en prever cómo repercutirá eso en las de los pisos y locales hasta ese momento existentes.

En este tema, ya desde la primera regulación de la figura, en la reforma de 1959 del Reglamento Hipotecario, se cuenta con previsión normativa ex-

(55) En relación con el *spatium temporis* que media entre el momento de constitución del derecho y el de su ejercicio, y con las dificultades que en él pueden surgir, la explicación aceptada resulta perfectamente operativa. Y no es necesario siquiera acudir al expediente (con resultados semejantes, hay que reconocerlo) de los efectos preliminares que el artículo 1.121 del Código Civil prevé para los casos de condición, al que tanto han venido recurriendo las tesis que defendían (en cualquiera de sus variantes) una situación de quiescencia o de pendencia del derecho (vid., BATISTA, *op. cit.*, pág. 194 y sigs.; JORDANO, *op. cit.*, págs. 145 y sigs., y 216 y sigs.). Como en la explicación aquí aceptada el derecho real ya ha nacido, hay que entender que éste va acompañado del habitual conjunto de facultades y acciones anejas que le permiten realizar cuanto sea necesario para la conservación y efectividad de su derecho, y con efectividad *erga omnes*.

presa. En efecto, dice el artículo 16.2 del mismo, que «en la inscripción se harán constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes, o las normas que se establezcan para su determinación». La razón es clara: la determinación de esas cuotas, siendo, como es, requisito fundamental de la Propiedad Horizontal, lo es también, por consecuencia, del derecho de vuelo. Tanto es así que, cuando no se fijan, hay que pensar que lo que se ha constituido no es un verdadero derecho de vuelo (art. 16, ap. 2.º, RH) sino de superficie (ap. 1.º de ese mismo precepto) (56). La única variante que se admite, con base en el carácter «potencial» que el derecho en cuestión tiene mientras no se ejercite, es que esa determinación puede no ser actual sino diferida para un momento posterior en el tiempo, siempre que se haga con arreglo a módulos objetivos que —éstos sí— deben quedar clara y definitivamente establecidos ya en ese momento (57). En todo

(56) La Ley 439 de la Compilación navarra admite sin embargo que las cuotas, ni se hayan establecido ni se hayan fijado los criterios a emplear para ello, en cuyo caso dice que para constituir las en régimen de propiedad horizontal con el resto del edificio, «se requerirá el consentimiento de todos los copropietarios del inmueble».

(57) Se ha producido en este punto una cierta discrepancia entre autores muy señalados en este tema, que a nuestro juicio carece de razón de ser. Dice así FONT BOIX (*op. cit.*, págs. 39 y sigs., y 50 y sigs.), que la cesión de la cuota parte de los elementos comunes del edificio, al tercero adquirente del derecho de sobreelevar, puede ser actual o futura, cuando no se establezcan directamente las que hayan de corresponder a las eventuales plantas que se levanten, sino sólo las normas para su determinación. SOTO BISQUERT (*op. cit.*, pág. 943 y nota 19), por su parte, critica esto diciendo que la cesión en cuestión ha de ser siempre actual. Por nuestra parte, decíamos que la discusión no tiene razón de ser, por referirse a cuestiones distintas. Una es la determinación de las cuotas, que ciertamente debe quedar resuelta desde el primer momento, sin que esto sea óbice para admitir la doble modalidad que la propia norma permite en ese sentido, esto es, concretarla ya desde el primer momento en cifra numérica porcentual, o bien remitir a lo que resulte de aplicar en su momento los criterios que para ello se fijan. La otra cuestión es la de si eso conlleva o no una cesión actual del suelo y de los elementos comunes del edificio, a favor del titular del derecho de vuelo, desde el mismo momento de su adquisición. A nuestro entender, no cabe pensar en una cesión actual y efectiva cuando aún no se ha ejercitado ese derecho (en el caso de remisión a reglas objetivas de determinación, ni siquiera es posible). La cuota sólo puede existir cuando hay una integración efectiva en el régimen de propiedad horizontal, y el derecho de vuelo, aunque se orienta a ello, no lo está de hecho mientras no se ejercite (incluso puede que no llegue a ejercitarse nunca). En esa situación, dice ROCA SASTRE que esas cuotas son «potenciales» (*Suplemento al Derecho Hipotecario*, pág. 28). Y recordamos aquí las palabras de LA RICA: el derecho de elevar es un derecho real potencial que legitima una cosa futura, pero que si no se ejercita queda vacío de contenido y de soporte objetivo (*Comentarios...* cit., pág. 38).

Conexa con lo dicho, se plantea aquí la cuestión (aunque seguramente más a nivel teórico que de realidad) de determinar cuál sea la situación en que queda el titular del derecho de vuelo, en caso de que el edificio se derruya. A este respecto, creemos que se puede decir lo siguiente. Si el derecho en cuestión ya se había ejercitado, y por tanto diluido en la propiedad horizontal, no hay problema: se sigue lo que para ésta proceda. Pero la respuesta no es tan fácil en el caso contrario, por la ausencia de normas. De entrada, hay que tener en cuenta que el titular del derecho de vuelo siempre ha dispuesto de acciones para asegurar

caso, hay que decir que los criterios que se emplean para fijar esa cuota de participación son, de hecho, los mismos que en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal se señalan para ésta (58).

Lo dicho tiene como consecuencia que, llegado el momento —esto es, cuando el derecho de vuelo se *ejercite*—, será preciso proceder a un reajuste de las cuotas de los pisos y locales que hasta entonces integraban *de facto* el edificio. Esto, ahora bien, no supone problema alguno, pues se trata de una simple consecuencia de la fórmula que en su momento se estableciera, que necesariamente hubo de prever esta cuestión. Los propietarios de los pisos o locales iniciales nada pueden, por tanto, objetar en este sentido, pues ya compraron conociendo —el Registro la *anunciaba*— esa posibilidad, perfectamente determinada en sus circunstancias y consecuencias. Por ello, ese reajuste en las cuotas no necesita de su concurso: es que no se trata de un acto unilateral y arbitrario del titular del derecho de vuelo, sino de la «aplicación de una regla matemática de proporcionalidad, cuya corrección puede perfectamente calificar el Registrador de la Propiedad» (59). Por esto mismo resultan innecesarios los «apoderamientos» que en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la misma se establecen habitualmente a favor de aquél por parte de los propietarios de los pisos y locales (60).

Fijadas las cuotas, dice el Reglamento que en la inscripción del derecho de vuelo se harán constar también «las normas de régimen de comunidad, si

la conservación y efectividad de su derecho. En cualquier caso, supuesto el resultado dicho, cabe pensar en tres soluciones: el derecho de vuelo se extingue; el titular del derecho de vuelo puede obligar a los ex-propietarios de los pisos y locales a reconstruir el edificio; el titular del derecho de vuelo se integra, junto con los anteriores, en una comunidad ordinaria sobre el solar. En la doctrina no hay postura pacífica (vid. FONT BOIX, *op. cit.*, pág. 57; SOTO BISQUERT, *op. cit.*, págs. 943 y 956). A nuestro entender, y salvo previsión convencional que sobre esto se hubiera hecho, la respuesta no puede ser sino considerar extinguido el derecho. La razón es clara: porque la destrucción del edificio no afecta sólo a la fábrica material, sino que también extingue el régimen de propiedad horizontal (art. 23.1 LPH, antes 21.1), y eso era la «cosa» en que el derecho de vuelo se proyectaba y que gravaba. Es simple aplicación de la regla general en materia de derechos reales: el derecho se extingue por destrucción de la cosa. Y no se siguen para el titular del derecho de vuelo las mismas consecuencias respecto del solar que para los propietarios de los pisos o locales del edificio, porque aquél no estaba aún integrado en la propiedad horizontal.

(58) La DGRN, en este sentido, considera inscribible el criterio de que la cuota sea proporcional a la extensión que las nuevas plantas y pisos tengan, en relación con el total del edificio. Vid. Resolución de 7-4-1970, y las escrituras que están en la base de las Resoluciones de 6-11-1996 y 29-4-1999.

(59) LA RICA, *op. et loc. cit.*; SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 943.

(60) Vid. la Resolución de 7-4-1970, y nuestra STS de 10-5-1999 (aunque lo rechaza). Esos apoderamientos, tal como apunta SOTO BISQUERT (*op. cit.*, pág. 944), normalmente se producen «por adhesión», en el sentido de que se establecen en el título constitutivo o en los estatutos otorgados por quien en ese momento es todavía propietario único del edificio, de modo que a los que luego vayan entrando en la comunidad, al adquirir un piso o local, no les queda más opción que «asumirlo».

se establecieren, para el caso de hacerse la construcción» (61). Con esto se trataba, sin duda alguna, de perfilar al máximo la situación de comunidad en que se desembocaría al ejercitar el derecho de vuelo, con vistas a convertir ese paso en algo lo más automático posible. Por lo dicho, no hay objeciones de fondo que hacer a esta previsión, salvo quizá apuntar que la Ley de Propiedad Horizontal no configura los Estatutos como algo obligatorio o necesario (aunque normalmente existan): en defecto de los mismos rige la propia Ley, que se caracteriza además por su pretensión de ser autosuficiente en la regulación de la figura (62).

Cuestión distinta, aunque unida a las anteriores, es la de qué ocurre en ese tiempo de *impasse*, mientras la sobreedificación es sólo una posibilidad: ¿debe el titular del derecho de vuelo contribuir a sufragar los gastos comunes del edificio a que se refiere? Y, supuesta la respuesta afirmativa, ¿todos los gastos o sólo algunos? Se han producido aquí opiniones diversas, que van desde la que defiende la obligación de contribuir desde el primer momento (Le., desde que se adquiere el derecho de vuelo) (63) a la que la excluye mientras no se lleve a cabo la construcción (i.e., hasta que el derecho de vuelo se ejercite efectivamente) (64). Por nuestra parte, la solución a esta cuestión creemos que corresponde, en primer lugar, a las partes, lo que significa acudir a los pactos contenidos en el negocio constitutivo del derecho de vuelo, o incluso a lo que en este sentido se haya podido disponer en el título constitutivo de la propiedad horizontal, o en los Estatutos (65). Si esta previsión existe, no debe haber problemas en este sentido, que sólo se plantearán en caso de que falte. Cuando así sea, la solución más correcta, a nuestro juicio, es la que parte de una valoración finalista de los gastos, esto es, discriminando entre los mismos en función de a qué se destinan o de dónde proceden. Se trata de una tesis intermedia, que hace depender el sufragio o no de los gastos del apro-

(61) En su redacción de 1959, esa previsión tenía la letra b). Actualmente es la letra d), con ligerísima (pero intrascendente) variante de redacción.

(62) Vid SOTO BISQUERT, *op. cit.*, págs. 944-945, donde apunta —se trata de una observación muy lúcida— que esa disposición reglamentaria puede recibir un juicio más positivo si se la considera como una anticipación del criterio que legislativamente se establecería un año después, por la modificación que la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, introdujo en la LH (art. 8), de permitir el acceso al Registro de la Propiedad de los Estatutos.

(63) VENTURA-TRAVERSET: «pese a que el que se reserve el derecho no haya aún construido el piso o pisos, debe ya contribuir a los gastos con arreglo a la cuota que se asigne a los pisos o locales, como si estuvieran construidos. Lo contrario conduciría a unas oscilaciones en las cuotas de los demás, según la libérrima voluntad del presunto constructor y contraría, hasta cierto punto, al artículo 1.256 del Código Civil y al principio de especialidad del Registro, así como a la fecha desde la que habrían de regir las nuevas cuotas...» [*Derecho de Propiedad Horizontal*, cit., pág. 341].

(64) MONET, *op. cit.*, pág. 309; ROCA, *Suplemento*, cit., pág. 28.

(65) Vid. la escritura que está en la base de la Resolución de 6-11-1996.

vechamiento que el titular del derecho de vuelo pueda hacer, en ese estado, de los elementos de que aquéllos derivan (66). Más concretamente: nos parece que, hasta que la sobreelevación no se haya ejercitado, el titular de este derecho sólo debe contribuir a los gastos e impuestos del suelo (67).

b) Más complicadas han sido las cosas hasta hace poco, por lo que toca a la configuración concreta del contenido del derecho de vuelo. De hecho, aquí es donde tradicionalmente se han planteado los problemas. En este sentido, un rápido vistazo a las Resoluciones de la Dirección General nos presenta como muy frecuentes estipulaciones del siguiente tenor literal: «D.^a... y D.^a..., para sí y para sus sucesores por cualquier título, se reservan el derecho de elevar las plantas que ahora o en lo sucesivo permitan las Ordenanzas municipales sobre el total edificio. En su consecuencia..., podrán en el tiempo y en la forma y condiciones que permitan las Ordenanzas municipales, construir una o más plantas sobre el edificio» (68). U otras en las que el propietario se reserva «el derecho de vuelo sobre el edificio, desde su altura declarada hasta hoy y en la vertical máxima que permitan en cada momento las Ordenanzas municipales» (69).

A la vista de ello, y aunque conscientes de que la realidad casi siempre desborda los análisis y descripciones que de la misma se hagan, creemos cabe decir que dos son las cuestiones que en este punto se presentan. La primera, saber cuál es la medida exacta de ese derecho de que se hace reserva: ¿una planta más, dos, tres...? La segunda —que desde siempre ha estado presente en la realidad del día a día y en las deliberaciones de la doctrina (70)— es la del plazo para la edificación. Y es que de la lectura de la jurisprudencia se deriva que la reserva de este derecho ha sido habitual estipularla sin circunscripción temporal alguna, *sine die* podríamos decir.

Tanto una como otra son exigencias perfectamente razonables, incluso desde la lógica más elemental (71). Se trata, en efecto, de una demanda plenamente fundada, por varias razones. En términos generales, por el propio concepto de *derecho* (en sentido amplio): un poder que el Ordenamiento

(66) Vid. SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 944; ALVAREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pág. 526.

(67) Así también FONT BOIX, *op. cit.*, pág. 52.

(68) Resolución de 6-11-1996.

(69) Así en la Resolución de 29-4-1999, una de las que motiva este estudio.

(70) Vid., por todos, LA RICA, *op. cit.*, pág. 38 y sigs.

(71) En este sentido es muy claro, v.gr., el comentario que hace ROCA SASTRE al decir que «no parece equitativo que el promotor-constructor de un edificio, que construye agotando el volumen de edificabilidad, y que se desvincula definitivamente de dicho edificio al vender todos los pisos o locales, se reserve tales derechos *sine die*, cuyo ejercicio siempre queda sujeto a lo que permitan las futuras modificaciones de la legislación urbanística y de las ordenanzas municipales» (*Derecho Hipotecario*, cit., III, pág. 360). Vid., v.gr., los problemas que esto plantea en la Resolución de 13-5-1996. En sentido contrario parecen orientarse, sin embargo, las Leyes 428.3 y 437 de la Compilación navarra.

reconoce a los particulares desde la premisa de que responden a un interés legítimo y plausible; más aún cuando, como en este caso, se trata de un derecho de naturaleza **jurídico-real**, esto es, que supone un poder directo e inmediato sobre las cosas, con vocación de oponibilidad *erga omnes* además. Pues bien, en este sentido resulta que ese interés no es posible valorarlo, si el poder que implica no está perfectamente delimitado en sus contornos y contenido. Y en esa misma dirección se orienta el Registro, a través del cual se viabiliza la oponibilidad frente a terceros: en efecto, las exigencias condensadas en el principio registral de especialidad o determinación (arts. 9.2 LH y 51.6 RH) imponen la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden acceder al Registro (72).

Lo dicho se traduce, por lo que hace a la primera cuestión, en la necesidad de determinar con total precisión el contenido y la medida —la **extensión**— del derecho que se reserva (73). Esto es exigencia que en los recursos planteados (sobre todo ante la DGRN) se pone repetidamente de manifiesto. Tanto es así, que ni siquiera cabe dar por buena esa «cláusula de estilo», que en las escrituras se repite con cierta frecuencia, en la que se hace referencia a lo que las Ordenanzas municipales puedan disponer en este punto, entendiéndola como norma en blanco que se integra por remisión a éstas (74). Y es que, como dice la DGRN, eso supone (teniendo en cuenta que aquí va implicada también la cuestión del plazo) que «la cuota que en los elementos comunes corresponde actualmente a cada uno de los pisos o locales, así como las características generales del complejo urbanístico, quedarán en una situación permanente de provisionalidad, en función de la siempre posible modificación de las Ordenanzas municipales» (75).

(72) En la presentación inicial de este punto 4, se planteaba si la descripción del derecho de vuelo que se hiciera era o no vinculante para el constituyente del mismo. La respuesta exige distinguir. Mientras la sobreelevación no se ejercite efectivamente, esa descripción no es declaración de obra nueva terminada, y por tanto, si la construcción que resulte no coincide con ella, siempre se puede rectificar. Otra cosa es que esa variación, esa **sobreedificación** en términos distintos a los previstos, sea posible o no. Para esto hay que partir de la consideración de que el derecho de vuelo se enmarca en una situación de propiedad horizontal. Resulta así que, mientras el constituyente de la propiedad horizontal y del derecho de vuelo siga siendo único y pleno (o varios, pero estando todos de acuerdo), aquella descripción no le vincula, y puede cambiarla. Pero si realiza negocios dispositivos sobre los pisos y locales, eso ya no será posible sin el consentimiento de todos los implicados.

(73) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., t. V, pág. 512 y sigs.

(74) La STS de 14-3-1968 (Cdo. 1.º de la primera sentencia), sin embargo, admitió esto (aunque no parece ser ello la *ratio decidendi* del supuesto).

(75) Resolución de 6-11-1996. Así también VENTURA-TRAVERSE, *Derecho de edificación sobre finca ajena...*, cit., pág. 170. En contra, sin embargo, SOTO BISQUERT (*op. cit.*, pág. 946), quien dice que «el titular del derecho de vuelo tiene, en cuanto a contenido, exactamente el mismo derecho que tenía el propietario del inmueble antes de la creación de aquél como independiente, si no se le ha puesto ninguna limitación». Pero esto no lo

Lo plausible de las consideraciones anteriores ha hecho que la nueva redacción que se ha dado al artículo 16.2 RH (entre otros), obra del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, haya añadido en este sentido, a los requisitos que en la redacción de 1959 se decía habían de hacerse constar en la inscripción del derecho de vuelo —y por tanto también en el título constitutivo del mismo—, el de la «determinación concreta del número máximo de plantas a construir» (76).

Otro tanto hay que decir de la segunda cuestión (el plazo para construir), y por las mismas razones. Y esto vale, lo mismo para la postura más extrema —la que sostiene la no necesidad de ese límite, sobre la base de que la letra del art. 16.2 RH (en su redacción de 1959) no decía nada a este respecto (77)— que para las que fijan límites pero excesivos (v.g., el de los treinta años que

creemos nosotros correcto. El propietario tiene esa posibilidad en cuanto que integrada en su derecho, que al ser pleno tiene un contenido en cierta forma elástico, expansible. El dominio es el más amplio poder sobre las cosas que el Ordenamiento permite; así, si las normas cambian y permiten un mayor aprovechamiento, éste queda comprendido en aquél. Pero la situación del titular del derecho de vuelo no es la misma. Este, en cuanto tal, no es propietario de la cosa sino que sólo tiene un derecho limitado sobre ella, que grava la propiedad. Y ese gravamen tiene que tener un contenido preciso, no puede delimitarse por referencia a una norma variable, sobre todo cuando, además, no se fija plazo. En este sentido, dice la Resolución de 6-11-1996 (a la que copia la nuestra de 29-4-1999) que «lo que ocurre en el caso debatido es que, tras esa aparente falta de determinación (...), lo que subyace no es un derecho real de los configurados en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, imperfectamente definido, sino la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es la de materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística (...); se trataría, pues, de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso habría de integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales...)».

(76) Por supuesto, esta previsión estará supeditada a lo que las Ordenanzas Municipales permitan. Cuestión conexa que se plantea aquí es la de las obras instrumentales y accesorias en orden al efectivo ejercicio de la sobreedificación. Las plantas que se sobreeleven, ciertamente, tienen que apoyarse en la construcción ya existente. Esto es así por hipótesis, y los propietarios de los pisos y locales del edificio previo han de tolerar por tanto las obras necesarias para llevar a término las nuevas plantas. Lo que aquí se plantea es si el titular del derecho de vuelo puede ir en esas obras un poco más allá, en el sentido de reforzar o mejorar las condiciones estáticas del edificio con vista a permitir un mayor aprovechamiento del vuelo. La cuestión se planteaba sobre todo antes de la reciente modificación introducida en el artículo 16.2 RH, ya que el número de plantas a sobreelevar podía no ser precisado (vid. FONT BOIX, *op. cit.*, pág. 55 y sigs.; SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 949 y sigs.). Ahora que no es así, la cuestión deja de tener sentido: serán factibles las obras orientadas a hacer efectivo el derecho de vuelo, tal como se constituyera, pero nada más.

(77) Así lo alegó el Notario autorizante de la escritura, en el caso que desembocó en nuestra Resolución de 29-4-1999. También parece admitirlo, aunque sea con resignación, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., V, pág. 513.

como plazo de prescripción establece el Código Civil para los derechos reales inmobiliarios) (78). Se hace necesario buscar unos límites, precisos y ajustados a la realidad de la figura (79). En este sentido, ha planteado algún autor la posibilidad de recurrir a la regla que el Código Civil (art. 1.128) establece para el caso de obligaciones que no tengan expresamente señalado plazo, pero que de su naturaleza y circunstancias se derive que sí se le ha querido fijar: acudir a los tribunales para que lo determinen (80). Esto significa un avance con respecto a las posturas anteriores. Pero aun así pensamos que no resulta plenamente satisfactorio en la práctica, por una doble razón. De un lado, porque se trata de un plazo cuya concreción puede variar en cada caso, en función de la apreciación que el juez haga de las circunstancias concurrentes. Y del otro, porque significa el recurso necesario a los tribunales, con los inconvenientes de falta de agilidad, rapidez y simplicidad que ello conlleva.

Consciente de todo ello, el legislador, con ocasión de la modificación operada en 1998 en el Reglamento Hipotecario, antes citada, ha venido a resolver la cuestión, añadiendo un nuevo dato, de obligada constancia en la inscripción registral y también, por tanto, en el negocio constitutivo del derecho: «c) El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, que no podrá exceder de diez años» (81). A nuestro entender, este añadido es merecedor de aplauso (82).

(78) Así, LA RICA, *op. cit.*, pág. 39. También, a pesar de lo dicho en la nota anterior, ROCA SASTRE, *op. et loc. cit.*

(79) Se ha apuntado así que, aun siendo cierto el silencio normativo que a este respecto existe, éste puede ser suplido por vía analógica: artículos 30.3 RH, para el derecho de vuelo sobre fincas rústicas (para SOTO BISQUERT —*op. cit.*, pág. 926 y sigs.—, lo que hay aquí, a pesar de la letra del precepto, es un derecho de superficie, y no de vuelo), y 16.1 RH, para el derecho de superficie (regulado en el mismo precepto que nuestro derecho de vuelo, y con el que en este punto presenta innegable semejanza). En contra se orienta la Ley 428.2 de la Compilación navarra, que admite la constitución de este derecho por tiempo indefinido. Por nuestra parte creemos que, en términos generales, y sea lo que sea en el Derecho navarro, la postura más adecuada es la que se apuntará en el texto.

(80) SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 945.

(81) Se trata de un plazo máximo de operatividad general, válido por tanto para todos los supuestos, incluso el del derecho constituido sobre edificio aún no construido, tan discutido tradicionalmente (vid., por todos, BATISTA, *op. cit.*, pág. 195, y JORDANO, *op. cit.*, pág. 217), cuya única singularidad consistirá en que en este caso el titular del derecho de vuelo podrá exigir a los concedentes del mismo que levanten materialmente el edificio sobre el que aquél se apoya, y así pueda ejercitarse. En cuanto a la calificación de este plazo, SOTO BISQUERT (*op. cit.*, pág. 945) se inclina por considerar que se trata de un supuesto de resolución del negocio por incumplimiento del fin, con posible aplicación del artículo 1.124 del Código Civil. Para LA RICA (*op. et loc. cit.*) se trata de un plazo de prescripción. A nuestro juicio es preferible entender, con ROCA SASTRE (*Suplemento*, cit., pág. 29), que se trata de un plazo de caducidad.

(82) Recentísimamente, sin embargo, la Sala 3.^a del TS (sentencia de 24-2-2000) ha anulado esta letra c) del precepto, en su nueva redacción de 4 de septiembre de 1998.

5. ACCESO AL REGISTRO

Llegados aquí, queda sólo por considerar la cuestión del reflejo registral de nuestra figura, que aun no teniendo carácter constitutivo (este supuesto se mantiene fiel al sistema transmisivo del art. 609.2 del Código Civil) resulta tan importante a efectos prácticos. En este sentido, el artículo 16.2 RH establece que «el derecho de elevar... será inscribible conforme a las normas del apartado 3.º [hoy 4.º] del artículo 8 de la Ley y sus concordantes». Esto, y la propia configuración de este derecho, hace pensar que el acceso del mismo al Registro irá condicionado por lo que para la propiedad horizontal se disponga en las normas. Se puede afirmar así que, desde el momento en que ésta puede acceder al Registro, el derecho de vuelo, en la medida en que incide en su concreta configuración, tiene también acceso al mismo.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, se aprecia en este punto una cierta confusión en la doctrina, que bascula entre dos posturas distintas muy nítidas:

Alega para ello (FD 4.º) que tal plazo supone una limitación a la posibilidad de ese derecho de acceder al Registro, y por tanto a su oponibilidad frente a terceros, y que esto es contrario a lo dispuesto en el artículo 1 LH, que no establece limitación alguna en este sentido. En otras palabras: que configura para ese derecho un régimen jurídico diferente al que aplicando los principios generales de la LH le correspondería, como derecho real que es. Todo lo cual hace concluir al TS que esa modificación (la fijación del plazo) resulta impugnabile, no en sí misma pero sí por la vía seguida para su establecimiento —un Reglamento, siendo así que debía haberse hecho mediante Ley—, y que por tanto procede anularla.

No nos convence a nosotros esta argumentación, que se basa fundamentalmente en considerar que los derechos reales —todos, sin distinción— son temporalmente ilimitados, y por tanto que toda restricción en ese sentido ha de venir dispuesta por Ley. Esto no es correcto. El único derecho real con potencial duración indefinida es el derecho real pleno, el derecho de propiedad. Los demás (entre ellos el de vuelo, mientras no se ejercite y diluya en el de propiedad horizontal), además de ser limitados en su contenido, lo son también en el aspecto temporal. Esto es lo que resulta de nuestro actual sistema de Derechos reales y también de nuestro Derecho hipotecario (sin que por otra parte comprendamos el sentido del recurso que el TS hace al art. 1 LH, en el que se dispone que «el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles»; mucho menos entendemos la alusión al art. 114 de la Ley). La circunscripción temporal es, en relación con los derechos reales limitados, una exigencia intrínseca en la que ya antes de la reforma del RH de 4-9-1998 había coincidencia. Lo que no había era plazo normativamente fijado, teniendo que ser los tribunales y la DGRN (sobre todo) quienes valoraran esta cuestión en cada caso concreto de los que se les planteaban, con lo que esto supone de variabilidad. El señalamiento de ese plazo máximo, que con la citada reforma se establece, viene a resolver esto, pero —lo volvemos a repetir— no en el sentido de introducir un límite nuevo, sino simplemente en el de precisarlo y darle fijeza. Esto es positivo, ya que se gana en seguridad jurídica. Por otra parte, esto mismo es lo que ocurre en otros casos, que sin embargo no han suscitado esta cuestión, v.gr., el derecho de superficie (art. 16.1 RH, también modificado en esta misma ocasión), el derecho de opción (art. 14 RH)...

Una es la sostenida por ROCA SASTRE, quien considera que el reflejo registral del derecho de vuelo tiene su lugar propio en la inscripción del edificio sobre el que se proyecta, no pudiendo constituir finca registral independiente hasta que se ejercite y la construcción del piso en que aquél se traduzca esté terminada, o cuando menos comenzada. Hasta ese momento, su *status* es equiparable al de los «pisos meramente proyectados», que dice el artículo 8.4, ap. 2.º *in fine*, de la Ley Hipotecaria, que «se harán constar» en aquélla (83).

Otra postura es la defendida por SOTO BISQUERT, para quien al derecho de vuelo han de aplicarse las mismas normas de inscripción que para los pisos construidos o en construcción. Esto es, que ese derecho es perfectamente inscribible desde el primer momento, en sí mismo y por sí mismo, como un piso más. Equipararlo a la situación del piso meramente proyectado supone —dice— que registralmente no tenga más protección que la de esa constancia, de valor bastante escaso, al sentir de la corriente doctrinal dominante (84).

En realidad, en esa discrepancia se mezclan dos cuestiones que conviene distinguir y tratar separadamente. Y es que, tal como ha dicho algún autor, la confusión que en este tema cabe apreciar seguramente es debida, en buena medida al menos, a la relación que habitualmente se establece entre la registración de nuestro derecho y la de esos «pisos meramente proyectados» a que antes se hacía alusión (85). Pero decíamos que son dos las cuestiones que aquí cabe distinguir. Una es la de si esa registración del derecho de vuelo conlleva o no la apertura de un folio propio e independiente para el mismo. La otra es la de determinar el concreto tipo de asiento registral que se practicará: si de inscripción (en sentido propio), o en esa ambigua «constancia» de que habla la Ley Hipotecaria. Las veremos por separado y en el orden en que han sido expuestas.

(83) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., III, pág. 334 y sigs. También LA RICA, *op. cit.*, pág. 38.

(84) SOTO BISQUERT, *op. cit.*, págs. 946 y sigs.

(85) Así lo piensa CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pág. 944. Esa asimilación se puede ver muy nítidamente en las consideraciones que hace BATLLE (*Las casas divididas por pisos...*, cit., pág. 421), en principio en relación con el supuesto de inscripción registral de los pisos proyectados que permite el artículo 8.4.º LH, pero que relaciona y se pueden trasladar a nuestro supuesto. En este aspecto, critica BATLLE a quienes denostan, o cuando menos consideran anómala, la posibilidad que ese artículo permite de incorporar al Registro algo (el piso o el edificio proyectado) que no tiene entidad real actual y que por tanto —entienden— no puede ser sino de naturaleza obligacional. Y no es así, dice BATLLE: el aspecto real existe y se manifiesta en la limitación que supone con respecto al solar o a la parte del edificio ya construida. El piso proyectado, sigue diciendo, es ordinariamente un piso que se ha de construir, y que grava la parte ya materialmente existente en términos idénticos, o al menos muy semejantes, al derecho de superficie o al de sobreelevación que se regulan en el artículo 16 RH.

Por cuanto hace a la primera, y para quienes, como SOTO BISQUERT, proceden sobre la base de que el derecho de vuelo es ya, en sí mismo, un elemento integrante de la propiedad horizontal, equiparable a cualquier piso o local ya construido, la respuesta no puede ser sino afirmativa, esto es, que el vuelo abre folio registral propio, aparte del que corresponde al edificio o al solar (86). El derecho de vuelo encajaría pues en el supuesto contemplado en el artículo 8.5 LH.

A nuestro entender, sin embargo, esto no es posible. La Ley Hipotecaria, que en su artículo 8 se encarga de determinar qué es lo que constituye finca registral, y qué es lo que por tanto abre folio en el Registro, no ofrece base alguna para ello. Y la razón es clara: porque ese derecho de vuelo, aunque está llamado a desembocar y diluirse en una situación de propiedad horizontal, esto será cuando efectivamente se ejercite, pero no hasta entonces. Hasta que tal ocurra —y ya en alguna ocasión se ha apuntado que ese ejercicio es posible que no se produzca **nunca**—, lo que hay es un derecho real en cosa ajena. Y así, el reflejo registral del mismo debe hacerse pues en el folio del edificio ya construido, o del solar sobre el que se haya proyectado levantar aquél y al que está ya adscrito como base física común, según se vio en su momento (87).

Cuando el derecho de vuelo se ejercite, entonces se procederá a abrir folio propio al piso o pisos que se levanten (88).

(86) «Con arreglo a mi tesis —dice SOTO BISQUERT—, la constitución del derecho de vuelo puede acceder al Registro en los términos que cualquier otra unidad de propiedad horizontal» (*op. cit.*, pág. 947).

(87) Sin perjuicio de que, en caso de existir pisos o locales dentro del edificio que figuren ya como fincas registrales independientes (art. 8.5 LH), el derecho de vuelo se haga constar además en éstas mediante nota marginal. Vid. ROCA, *Suplemento*, cit., pág. 27; CAMY, *op. cit.*, pág. 687; LA RICA, *op. et loc. cit.*

(88) ¿De qué forma se hará constar esto? No es firme aquí la doctrina (vid., v.g., CAMY, *op. cit.*, pág. 688; ALVAREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pág. 525), pues mientras unos entienden que el procedimiento a seguir es semejante al establecido para los casos de cumplimiento de condición —esto es, haciendo constar la circunstancia de la sobreelevación en nota **marginal**—, otros se inclinan por exigir acuerdo de la Junta de Propietarios en ese sentido. La razón de la distinción es simple: depende de si en el Registro constan inscritas o no las características concretas del piso o pisos en que la sobreelevación se va a traducir. En el segundo caso, así, ese acuerdo se orienta a que los propietarios de los pisos o locales que inicialmente integran el edificio afirmen que el piso sobreelevado se ha levantado respetando los términos en que se convino ese derecho, que registralmente no están precisados, y den su consentimiento de tal modo que pueda inscribirse. A nuestro juicio, sin embargo, lo más lógico, y creemos que hoy confirmado por los cambios que la modificación de 1998 ha introducido en el artículo 16.2 RH, en el sentido de exigir una perfecta delimitación registral del derecho de vuelo, es entender que no es en absoluto necesario el acuerdo o consentimiento de los titulares de los pisos o locales iniciales. Puesto que registralmente han de constar la extensión y los términos de ese derecho de vuelo que ahora se ejercita, la escritura de declaración de obra nueva puede ser otorgada por el solo titular del mismo, ya que el Registrador puede perfectamente comprobar su

La segunda cuestión es la del tipo de asiento en que lo anterior se traduce. El problema deriva del escaso valor, por no decir nulo, que al sentir de la doctrina más común (89) tiene esa «constancia» registral de los pisos meramente proyectados, a los que el derecho de vuelo se suele equiparar a este efecto. Si esto fuera así, si esa constancia careciera en efecto de trascendencia real actual, ciertamente habría razones para entender, con SOTO BISQUERT, inadmisibles tal solución, por las razones que a lo largo de este estudio se han venido poniendo de relieve continuamente.

Lo que ocurre es que no es ése el caso de nuestro derecho de vuelo, pues, aunque no se trata de un piso *in facto esse* (ni terminado, ni siquiera físicamente comenzado), no se trata tampoco de un «mero proyecto» (signifique esto lo que signifique) sino de un derecho real, limitado pero ya cierto, actual y perfectamente constituido (lo único eventual es su efectivo ejercicio y el resultado en que ello se traduce). Sentado lo cual, la cuestión se ve aclarada y la respuesta a la misma se deriva con naturalidad: su reflejo registral será en asiento de inscripción —el art. 16.2 RH emplea este término precisamente, y con **propiedad**—, en el folio del edificio, al amparo del artículo 2.2 LH (90).

concordancia o no (así SOTO BISQUERT, *op. cit.*, págs. 948-949, aunque con premisas distintas de las que aquí hemos aceptado). Se trata, como dice ALVAREZ ALVAREZ, de una simple actualización de lo que ya existía en germen en el título constitutivo de la propiedad horizontal, y que constaba en el Registro. De ello se tomará razón mediante nota marginal, extendida tanto en el folio del edificio (en donde hasta entonces figuraba el derecho de vuelo) como en las inscripciones de los pisos y locales que tuvieran ya folio propio (así, LA RICA, *op. cit.*, pág. 38; CAMY, *op. et loc. cit.*).

(89) Vid., entre otros, ALVAREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pág. 487; VENTURA-TRAVERSE, *Derecho de propiedad horizontal*, cit., pág. 153; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, cit., pág. 684; MONET, *op. cit.*, pág. 356 y sigs.

(90) Aunque ya se ha dicho que la asimilación no es en este punto viable, y por tanto queda fuera de nuestro objetivo, queremos abundar de algún modo en esa polémica en torno a los pisos meramente proyectados de que habla el artículo 8.4, ap. 2.º, *in fine*, LH, apuntando nuestra opinión. El problema deriva de la letra del precepto, que por un lado dice que se trata de «pisos meramente proyectados», y por otro que éstos «se harán constar» en el Registro, contraponiendo esta expresión a la de «inscripción». Esto hace concluir, primero, que no se trata de derechos reales actuales, y después, por consecuencia, que su acceso al Registro, aunque a la vista del precepto no pueda negarse, en todo caso carece de trascendencia. Ante esto, ¿qué se puede decir? A nuestro entender, y con la prudencia que demanda el ser una cuestión incidental para nosotros, creemos que conviene distinguir dos aspectos. Uno es el de la determinación de a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de «pisos meramente proyectados». El otro es saber cuál es la trascendencia que a su constancia registral cabe atribuir.

Por lo que hace al primero, lo que en el sentir general significa esa expresión —«pisos meramente proyectados»— es que los mismos no sólo no están terminados sino que ni siquiera han comenzado a construirse, que es lo mínimo que exige el artículo 8.4 LH. Esto equivale a decir que carecen absolutamente de base física, y de ahí la consecuencia de considerar que no se trata de verdaderos derechos reales actuales. ¿Es esto correcto? A nuestro modo de ver, no del todo. Y es que, aunque la letra del artículo 8.4 LH, *in*

princip., no sea del todo clara, al decir que se inscribirán «los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada», la doctrina (vid., por todos, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., III, pág. 334) ha venido entendiendo desde el primer momento que esa construcción comenzada se refiere al edificio, no a todos y cada uno de los pisos y locales que lo integran (de ser así, dicen DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO —*op. cit.*, pág. 177, nota 35—, la propiedad horizontal sólo podría inscribirse cuando el edificio hubiera cubierto aguas, y esto no es razonable, ni sistemáticamente atendible: para eso ya estaría el núm. 3 del artículo 8 LH, resultando inútil el núm. 4). Y sin embargo todos esos pisos y locales que van a componer el edificio, incluyendo aquéllos cuya construcción material no ha comenzado siquiera, se inscriben en el Registro, aunque en el caso de estos últimos sea en el folio propio del edificio. ¿A qué se refiere entonces el ap. 2.º *in fine* de ese mismo precepto, cuando dice que los pisos meramente proyectados *se harán constar* en la inscripción del edificio o del solar? Aun reconociendo que se trata de una conjetura, pensamos cabe entender que mientras unos son pisos o locales perfectamente definidos e integrados en el proyecto a que responde la construcción en curso, los otros no pasan de ser una mera declaración de intenciones (en contra parece orientarse la Resolución de 18-4-1988). Esto, de hecho, concuerda con lo que para otorgar título constitutivo de la propiedad horizontal exige el artículo 5 LPH, que entre otras cosas habla de describir cada uno de los pisos y locales que integran el edificio, expresando su extensión, linderos, planta en que se hallaren y sus eventuales anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano, sin que haya en el precepto base alguna para distinguir entre pisos materialmente comenzados (al menos) y pisos cuya construcción física aún no ha principiado: todos ellos integran el edificio que se somete a PH, y todos, por tanto, han de cumplir con los requisitos que se señalan (vid. MANUEL BATALLA, «La Ley sobre propiedad horizontal y el Registro», en *RCDI*, 1961, pág. 659; en contra, sin embargo, ALVAREZ ALVAREZ —*op. cit.*, págs. 490-491—, quien entiende que el artículo 8.4., 2.º *in fine* LH, se refiere a edificios en construcción, en los que exigir una perfecta descripción de los pisos podría ser molesto y costoso al coartar la libertad del constructor de introducir cambios sobre la marcha: en tal caso, dice, basta con describir el inmueble en su conjunto, sin que haya que hacer lo mismo con los pisos y locales). Los segundos, en cambio, presentan una diferencia a la hora del otorgamiento de escritura pública. Estos, al decir de la doctrina más común (por todos, ROCA, *op. cit.*, págs. 334 y 344; en contra, sin embargo, DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO BISQUERT, *op. cit.*, texto y nota 36), no requieren esa descripción tan detallada, lo que conviene a algo que no pasa de ser una intención o un «mero proyecto», como reza el propio precepto. Nótese que «proyecto» a secas podría comprender los pisos del grupo anterior que no estuvieran aún comenzados. Y no se dice tal, sino «mero proyecto». ¿Qué es esto? ¿Qué diferencia puede haber entre un «proyecto» y un «mero proyecto»? A nuestro entender, esos dos factores —el ser parte de un proyecto firme y en curso, o el ser un simple propósito o intención; y el estar o no perfectamente delimitado— podrían salvar esta dificultad. Téngase en cuenta, además, en este sentido, que para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva basta con acompañar certificación, expedida por técnico competente, en la que acredite que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia (art. 37.2 de la Ley del Suelo, texto refundido de 1992, hoy art. 22 de la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones de 13-4-1998), no siendo necesario expresar la fase de la construcción, que no se somete tampoco a control.

Lo dicho no basta sin embargo para resolver por entero la cuestión. Queda el tema de la registración. ¿Cómo puede admitirse que un simple propósito o intención tenga acceso al Registro? Siendo sinceros, hemos de confesar que no alcanzamos a encontrar explicación, y que esto puede llevar a rechazar las ideas antes expuestas. Aunque volvemos a entrar en juego cuando advertimos que, al decir de la doctrina más general, esa «constancia registral» carece de todo tipo de efectos y de trascendencia. Ese «constar en el Registro» resultaría pues indiferente: ni perjudica, ni beneficia. Esto no podría ser, si se

tratara de un piso como los demás aún no materialmente comenzados. Ha de ser «otra cosa». Y ésta pensamos que bien podría ser un simple propósito o intención, un «mero proyecto» que por desconocidas razones (al menos para nosotros) ha tenido acceso al Registro, pero que (seguramente por su propia esencia) no alcanza ni produce efecto jurídico registral alguno.

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla