

Breves consideraciones en torno al
Derecho de elevación y a las
modificaciones introducidas por el
Reglamento Hipotecario de 1998.
Análisis de la sentencia del Tribunal
Supremo de 24 de febrero de 2000
(Estudio jurisprudencial del Derecho
de elevación) (1)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ELEVACIÓN: A) PRIMERA FASE: LA RESERVA ACTUAL DE LA PROPIEDAD DEL VOLUMEN EDIFICABLE NO EJERCITADO PARA SU UTILIZACIÓN FUTURA. B) SEGUNDA FASE: DERECHO REAL SOBRE COSA AJENA SUSCEPTIBLE DE CONVERTIRSE EN PROPIEDAD SEPARADA AL MATERIALIZARSE SU CONTENIDO. C) TERCERA FASE: CONCURRENCIA DE TITULARIDADES. COMUNIDAD EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—III. ESTUDIO CONCRETO DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REGLAMENTO HIPOTECARIO EN EL DERECHO DE ELEVACIÓN: A) INTRODUCCIÓN. B) ANÁLISIS CONCRETO DEL LÍMITE TEMPORAL EN EL EJERCICIO DEL OBJETO DEL DERECHO: a) *Antecedentes*; b) *Plazo del párrafo c) del apartado 2.º del artículo 16 RH*; c) *Incidencia de la sentencia de 24 de febrero de 2000 en el plazo del derecho de elevación*. C) ANÁLISIS CONCRETO DE LA EXTENSIÓN MATERIAL DEL CONTENIDO DEL DERECHO: a) *Antecedentes*; b) *Estudio del requisito registral de la determinación del número máximo de plantas a edificar*.—IV. CONCLUSIONES.

(1) Siempre hemos sido partidarios de utilizar otra terminología, concretamente me parece más precisa la utilización del término *derecho de sobreedificación* para referirse a esta figura jurídica, aunque en el presente estudio vamos a utilizar el de *elevación* por ser el que se utiliza en el Reglamento Hipotecario. No olvidemos que la doctrina cien-

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como consecuencia de la publicación de la Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, aparece en nuestro ordenamiento una nueva figura jurídica: el derecho de elevación de nuevas plantas sobre finca ajena (2). Figura que no tiene una regulación expresa en el Código Civil y que la doctrina civilista la enmarca dentro del artículo 350 del citado texto legal al establecer las facultades y la extensión del derecho de propiedad.

El Reglamento Hipotecario, como no podía ser menos, se refiere únicamente a la necesidad de su inscripción y consiguientemente a la obligación de hacer constar en dicho asiento los requisitos registrales necesarios para que la nueva institución —surgida de la práctica edificatoria— tuviera acceso al

tífica ha sido quien ha acuñado los distintos términos, creando con ello una gran confusión.

El DERECHO DE VUELO es uno de los términos más utilizados por los autores, entre otros NÚÑEZ RUIZ, «Dictamen sobre el Derecho de superficie, la división horizontal del dominio y otras figuras afines», en *RDU*, 1972, pág. 123 y sigs.; SOTO BISQUERT, «El derecho de vuelo», en *RCDI*, 1971, pág. 924 y sigs.; ESCRIVÁ DE ROMANÍ, «LO imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», en *RCDI*, 1967, pág. 1249, y AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 1970», en *Comentarios a las Resoluciones de la DGRN*. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, años 1962 a 1982. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 197 y sigs.

No obstante, entiendo que este término puede crear confusión con el Derecho de superficie rústica, regulado en el artículo 30 del Reglamento Hipotecario.

Con mayor acierto aparecen los términos de DERECHO DE SOBREVUELO O SUB-SUELO, que han sido utilizados por GARRIDO DE PALMA, «¿Superficie solo cedit? El principio de accesión y el derecho de superficie», en *RDN*, 1969, pág. 163; FONT BOIX, «El Derecho de vuelo y el derecho de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *RDN* 1967, pág. 11 y sigs., y ROCA SASTRE, «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1960, pág. 7 y sigs.

Otra fórmula de gran aceptación por la doctrina es la utilización del vocablo DERECHO DE LEVANTE. Autores que siguen este modelo son CAMPOS PORRATA, «El renacido derecho de superficie», en *AAMN*, T. 17, 1967, pág. 255 y sigs., y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, EDESA, Madrid, 1973, págs. 314 y 315.

La utilización del término DERECHO DE SOBREELEVACIÓN, de origen italiano, es usado por FUENTES LOJO, «Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación», en *RJC*, 1967, pág. 560 y sigs., y BATTLE VÁZQUEZ, «Las casas divididas por pisos y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1961, pág. 421.

Para finalizar, debemos señalar que el Fuero Navarro utiliza los términos de DERECHOS DE SOBREENEDIFICACION Y SUBEDIFICACION para designarlos. Y algún autor ha seguido esta corriente, entre otros DOMENGE AMER, *El Derecho de sobreedificación y subedificación*, Palma de Mallorca, 1983.

(2) Aunque en el presente estudio vamos a referirnos únicamente al derecho de elevación, queremos hacer constar que todas las referencias son válidas para el derecho de subedificación o derecho de edificar plantas en el subsuelo.

Registro de la Propiedad y quedará reflejada fielmente (siempre teniendo en cuenta los principios informadores de la publicidad registral) (3).

Así pues, nos encontramos con que el artículo 16-2.º del RH de 1959, disponía que:

«El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número tercero del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

- a) las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación.*
- b) Las normas de régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción».*

Precepto que ha sido nuevamente objeto de estudio por la Reforma del Reglamento Hipotecario de 4 de septiembre de 1998 (Real Decreto 1867/98) motivada, como se señala en su Exposición de Motivos por la necesidad de acomodar «...la regulación del derecho de vuelo al principio de especialidad, exigiendo la fijación de un plazo máximo para su ejercicio, sin perjuicio de que una vez ejercitado lo construido sea propiedad de su titular».

Reforma que se ha concretado en el establecimiento de dos requisitos, primero en la concreción del número máximo de plantas a construir, y, además, de la fijación del plazo máximo de ejercicio del derecho de elevación cuyo límite máximo se fija en diez años. La modificación registral se ha explicitado en su párrafo *d)*, y en la introducción de dos nuevos párrafos [el *b)* y el *c)*] en los siguientes términos:

- «b) Determinación concreta del número máximo de plantas a construir.*
- c) El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo que no podrá exceder de diez años.*

(3) La Exposición de Motivos de la Reforma de 1959 indicó que «mención especial merece el artículo 16...» y, tras referirse al derecho de superficie, señaló que «el mismo artículo da cauce, por primera vez, al derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o realizar construcciones bajo su suelo sin constituir derecho de superficie. En esta materia se ha tenido muy en cuenta, además del Derecho comparado y de las aportaciones de la doctrina, la experiencia de quienes autorizan y califican documentos con estipulaciones o pactos de tal especie, que responden a una realidad vivida, bien necesitados de la regulación que ahora reciben. No es aventurado suponer que en la lucha por la vivienda se ha alcanzado una posición más».

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

Tras la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000, se anula la nueva redacción dada por el Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, a ciertos artículos, entre los que se encuentra el párrafo c) del apartado 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

De ahí que consideremos preciso hacer algunas observaciones en torno a la figura en general, y concretamente, a las innovaciones introducidas, esto es, al requisito de la constatación registral del número máximo de plantas a construir y a la constatación registral del límite máximo de plazo a fin de ejercitar el derecho, para lo cual, y muy brevemente, vamos a referirnos a la institución poniendo especial énfasis en el estudio de la doctrina jurisprudencial y registral de los últimos tiempos.

II. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ELEVACIÓN

A) PRIMERA FASE: LA RESERVA ACTUAL DE LA PROPIEDAD DEL VOLUMEN EDIFICABLE NO EJERCITADO PARA SU UTILIZACIÓN FUTURA

Con el nacimiento de esta nueva dimensión construible, el espacio aéreo de una edificación y, por consiguiente, apto para el aprovechamiento urbanístico, se facilita la extensión del contenido del derecho de edificación sobre finca ajena, dando lugar, en todo caso, al derecho de tener una edificación en propiedad separada horizontalmente (4).

Más que entrar en el examen a fondo de la configuración jurídica del derecho de elevación, pues estas breves notas no son el lugar oportuno, en este momento, vamos a deslindar las diferentes fases por las que, a nuestro juicio, transcurre el derecho, a fin de poder llegar a una definición o al menos a una aproximación de la naturaleza de la institución. Fases que se determinan según el momento en que se encuentre el titular con relación a su derecho de vuelo. Para ello vamos a ayudarnos principalmente de la *jurisprudencia* y de la escasa *doctrina científica* que ha tratado el tema.

(4) Análisis de la Institución realizado en profundidad por DOMENGE AMER, *El derecho de sobreedificar y subedificación*, Palma de Mallorca, 1983. Para el análisis de estos derechos en el ámbito foral, vid. el estudio realizado por GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, «Derechos de sobreedificación y subedificación», en *Conferencias sobre Derecho Foral*. Seminario de Derecho Foral. Curso 1975-1976. Facultad de Derecho de San Sebastián, Universidad de Bilbao, 1978, págs. 119 y sigs.

En principio cabe destacar que el derecho de elevación tiene lugar, cuando el dueño de la edificación (5) cede a otra persona el derecho a levantar nuevas construcciones sobre el vuelo de un edificio de su propiedad, o bien, el propietario se reserva el derecho en caso de enajenación de la construc-

(5) Hasta ahora se mantenía por la doctrina (MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Espasa Universidad, Madrid, 1987, pág. 65), que para el nacimiento de estos derechos, el edificio podía estar construido, comenzado o meramente proyectada su construcción.

Hoy tenemos que tener en cuenta el artículo 22 de la LRSV de 1998, antiguo artículo 37 del Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992. Dicho artículo dispone que los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado... (Norma que fue introducida por el precepto 25 de la Ley 8/90, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo).

En relación con el edificio meramente proyectado, hay que señalar que con anterioridad a esta normativa, los autores se escindían en dos grupos en cuanto a la posibilidad o no de su existencia. Así los defensores de la tesis negativa, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español...*, cit., pág. 265, argumentaban que siendo la propiedad horizontal un derecho real, se requería la existencia de un objeto para que surgiera la inmediatitud entre el mismo y su titular.

Por otra parte, SOTO BISQUERT, «El derecho de vuelo», en *RCDI*, 1971, pág. 934, y DOMENGE AMER, *El derecho de sobreedificación y subedificación...*, cit., pág. 171, mantenían la posibilidad de que en el edificio meramente proyectado pudieran surgir estos derechos, al estar claramente determinado y especificado, siempre que el proyecto estuviera perfectamente definido.

También pueden establecerse sobre edificios en construcción. SOTO BISQUERT, *El derecho de vuelo...*, cit., pág. 934; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español...*, cit., pág. 260, y DOMENGE AMER, *El derecho de sobreedificación y subedificación...*, cit., pág. 172, sostienen la viabilidad de constituir el régimen de propiedad horizontal en un edificio en construcción, siempre que éste se hubiese otorgado en el título constitutivo. Aunque podría argumentarse que esta situación es bastante difícil, ya que la relación jurídica de propiedad horizontal supedita su eficacia a que el edificio exista, y que a su vez pertenezcan sus pisos y locales a diferentes personas.

Nosotros somos partidarios de su existencia, pues la división horizontal puede realizarse con carácter previo a la venta de los distintos pisos y locales, por el promotor.

Hay que señalar que el artículo 22 de la LRSV dispone que ...para las escrituras de declaración de obra nueva en construcción deberá acompañarse a la licencia de edificación la certificación del técnico competente de que se ajusta al proyecto... Situación análoga a la de los edificios meramente proyectados. Vid. HERNÁNDEZ DE MARCO Y FERNÁNDEZ VERDUGO, «El artículo 37.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación urbana: La declaración de obra nueva y el Registro de la propiedad», en *ADC*, 1993, pág. 1401 y sigs.

La admisión del derecho de sobreedificación sobre el edificio construido no parece que plantee ningún problema. Únicamente señalar que si se trata de un inmueble en propiedad ordinaria, el ejercicio de estos derechos obligaría a someter todo el edificio resultante al régimen de propiedad horizontal, tal y como del artículo 16-2 RH se deduce. Si con anterioridad a la ejecución de los derechos estudiados, el edificio se encuentra sometido a ese régimen, las plantas resultantes se incluirán en el mismo.

ción. Se considera al derecho de sobreedificación como un *derecho real que faculta al titular para edificar —en el sentido técnico-jurídico de levantar plantas—* (6) *en el inmueble ajeno*. Se parte de una cierta analogía con el derecho de superficie, pero teniendo en cuenta que el titular del derecho, una vez ejercitado, hace suyas en propiedad separada las edificaciones resultantes sin ninguna limitación —entre otras la temporal— como ocurre en el derecho de superficie (7).

El mecanismo esencial de constitución del derecho es *la reserva «actual de la propiedad del volumen edificable no ejercitado para su utilización futura»* (8). Reserva que se puede hacer para el propietario ac-

(6) Resulta imprescindible que el objeto de la construcción sean pisos. Incide en ello la STS de 11 de octubre de 1991 (R.A. 6910) que establece que la reserva del derecho de elevación por el propietario único «al constituir la propiedad horizontal y enajenar los pisos, se reservó el derecho a elevar el edificio, pero en modo alguno a convertir en habitable, ni elevación de la casa, la parte abuardillada y constitutiva de cámara de aire intermedia entre el tejado y el techo del último piso».

«La reserva del antiguo propietario del derecho a elevar permitirá, en su caso, y previo cumplimiento de las disposiciones estatutarias y administrativas, levantar una planta y trasladar el tejado y su espacio vano inmediato a nivel superior, pero no convertir éste en otra vivienda...»

En este sentido se pronuncia también la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.^a), en sentencia de 30 de marzo de 1998, la cual diferencia el derecho de vuelo que ostentan los demandados con la ejecución de obras —instalación de paneles solares para obtener agua caliente en las viviendas— que suponen una innovación que altera la cubierta-terraza del edificio. La citada sentencia señala que «el derecho de vuelo sobre los edificios desde su altura declarada hasta hoy... (es un) derecho que ni resulta ilimitado, ni puede contravenir la ley, de manera que habrá de determinarse si las obras en ejecución se encuentran amparadas dentro del derecho de vuelo indiscutiblemente perteneciente a los codemandados en la forma precisada, o por el contrario, exceden de dicho derecho... las obras ejecutadas exceden del derecho de vuelo conferido y adquirido por los codemandados pues no se trata de dar mayor elevación al edificio mediante la construcción de nuevas plantas cuyo techo quedaría en la misma forma que ahora lo está, sino que, para la instalación de los paneles solares de producción de agua caliente, se han ejecutado obras de fábrica que afectan al uso común de la terraza como, entre otras, obras de levantamiento de tabiques... obras que por ello deben ser calificadas como de innovaciones que alteran un elemento común como es la cubierta-terraza del edificio...»

(7) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, T. IV, Pamplona, 1971.

(8) Entre la jurisprudencia que se hace eco del mecanismo de la reserva para la constitución del derecho nos encontramos con la STS de 7 de noviembre de 1979 (R.A. 3644), que establece que «...la donante se reservó al realizar la donación a la recurrente, primera de las hijas favorecida, todo el resto del edificio, así como el derecho a elevar otras plantas... no se oculta que tal reserva es a todas luces válida con posibilidades de constancia tabular conforme a lo dispuesto en el artículo 16-2.º RH, debiendo añadirse que tal conclusión se acomodaría de otra parte, en caso de duda y en defecto de otros medios de convicción para establecerla a la regla interpretativa del artículo 1.289 del Código Civil...»

Por su parte, la Resolución de 5 de febrero de 1986, donde el supuesto de hecho se centra en la cesión que R realiza a J del derecho a elevar plantas sobre un solar edifi-

tual (9) o para su cesión a un tercero (10). Recordemos cómo es el propio legislador quien utiliza el término «reserva» («*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*

cable (concretamente, J realizará un edificio de tres plantas de las que devendrá propietario de las dos elevadas, reteniendo J la propiedad del solar y la futura planta baja), el Registrador entiende que el artículo 16-2 RH únicamente se basa en la preexistencia de la edificación que constituye en todo caso una *conditio iuris* y, por consiguiente, el documento calificado no constituye un derecho real, pues faltan las notas de inmediatez y eficacia *erga omnes*.

La DGRN afirmó en su tercer considerando que «efectivamente en el caso examinado no existe aún la planta baja sobre la que ha de recaer la sobreelevación, pero es indudable también —a la vista de la escritura calificada— que no se constituye al tiempo del otorgamiento un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja».

(9) Ejemplo de la reserva por el propietario actual lo tenemos en la Resolución de 29 de abril de 1999, la cual recoge en su Fundamento de Derecho Primero, que «Se divide un edificio en propiedad horizontal en dos locales y ocho viviendas; el dueño del mismo se reserva en los Estatutos, aparte de otros derechos, el derecho de vuelo sobre el edificio desde la altura declarada hoy y en la vertical máxima que permitan en cada momento las ordenanzas municipales con previsión de distribución del porcentaje —en el supuesto de que se quisiera hacer uso de ese derecho— entre todas las plantas, construidas y nuevas por igual y a su vez se distribuiría entre los pisos o locales que se formasen de cada una de ellas en proporción a su superficie útil. El *derecho reservado* será transmisible por cualquier título a terceros sin consentimiento de los propietarios restantes posibles. El Registrador inscribe la división horizontal efectuada, pero suspende tal cláusula estatutaria por no fijarse expresamente el *plazo concreto* dentro del que puede ser ejercitado el derecho de vuelo en aras del principio de especialidad».

También el Fundamento de Derecho cuarto de la STS de 10 de mayo de 1999, *reconoce que con frecuencia se autorizan escrituras notariales en las que el constructor de una casa de pisos, constituye el edificio en régimen de propiedad horizontal y, con vistas a la próxima enajenación de las viviendas, se reserva el derecho a levantar una o varias plantas, derecho que ejercerá cuando ya los diferentes pisos pertenezcan a terceros adquirentes*, es decir, dispone de lo que no es suyo.

Jurídicamente considerado, el negocio es muy sutil. Cuando todavía el edificio es suyo, el constructor se reserva el derecho de levantar una o más plantas, lo cual guarda congruencia con el *ius edificandi* o facultad de construir *usque ad cáelos et ad inferos* que caracterizó tradicionalmente a la *propietas plena*. Pero este derecho reservado se ejercerá normalmente cuando ya los diversos pisos pertenezcan a extraños, con lo que funcionará como un auténtico *ius in re aliena* o propio derecho real en cosa ajena.

(10) La DGRN ya señaló esta posibilidad en la Resolución de 14 de mayo de 1984, donde se establecía que «del propio artículo 16-2 RH puede deducirse que al Reglamento Hipotecario no le repugna la posible existencia de un derecho a construir bajo el suelo... haciendo suyas las edificaciones resultantes, que puede reservarse el propietario en caso de enajenación... o transmitir a un tercero».

Ejemplo de la cesión del derecho a un tercero se recoge también en la STS de 18 de julio de 1990 (R.A. 5949).

Como veremos al final del presente análisis, cuando tratemos el tema de la extensión material del derecho y su concreción en el número máximo de plantas a construir, cabe

la finca o transmita a un tercero...»). Y utiliza bien el término empleado, porque según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, *reserva*, de reservar como primera acepción implica «guardar algo para lo futuro», y, en segundo lugar «dilatar para otro tiempo lo que se podía o debía ejecutar o comunicar al presente» (11).

Anticipando ideas debemos señalar que este derecho conlleva la facultad de construir y de hacer suyo lo construido en el futuro cuando se ejercite la reserva realizada anteriormente (segunda fase) y, a su vez, la exigencia de constituirse e incluirse dentro del régimen de Propiedad Horizontal (tercera fase), ya que las plantas adquirirán una participación indivisa en los elementos comunes de la propia finca global (12). Se incluye dentro del grupo de derechos reales de concurrencia de titularidades (13).

recordar en este momento que otro de los requisitos de este tipo de derechos es el *volumen de edificabilidad*. Teniendo en cuenta que son las normas urbanísticas las que establecen el volumen de edificabilidad, a la hora de la constitución de estos derechos habrá que estar a lo pactado por las partes en el título constitutivo de los mismos, que deberá a su vez someterse a aquéllas. En este supuesto las dudas que surgen se centran en si es posible que el promotor o el dueño del suelo se reserve ya sea para sí o para disponer de él en un futuro, tanto el derecho de sobreedificación como el de subedificación. Evidentemente si es posible siempre que no se haya construido ya hasta la altura máxima permitida.

Y, una vez ejercitado este derecho de sobreedificación, ¿qué ocurre con el espacio aéreo?, ¿se le considera común? Entiendo que sí, es común tanto para los propietarios de la construcción como para él o los propietarios de las plantas sobreedificadas o subedificadas, y ello porque la reserva se ha ejercitado y el vuelo se convierte en elemento común.

Sobre este tema, vid., MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Madrid, 1964; TORRES LANA, *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Euns, Pamplona, 1975.

(11) Expresión que tiene su conexión jurídica y su plasmación en el Código Civil que utiliza el término *reserva* en relación con el Derecho hereditario para hacer referencia a la «Fijación que hace la ley respecto de determinados bienes que tienen un origen concreto, asignándoles un destino determinado, con el fin último de que no salgan del tronco o línea familiar».

(12) La opinión de la doctrina que ha estudiado este tema, DE LA CÁMARA; GARRIDO CERDA y SOTO BISQUERT, «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana», en *RDN*, 1969, págs. 200 y sigs.; FONT BOIX, *El derecho de vuelo...*, cit., pág. 11 y sigs.; GARRIDO DE PALMA, *¿Superficie solo cedit?...*, cit., pág. 163 y sigs.; LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, cit., pág. 272 y sigs.; MONTES PENADES, «La propiedad horizontal como colectividad organizada», en *RDN*, julio-septiembre 1972, págs. 879 y sigs.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., págs 173 y sigs., y CARRASCO PÉREZ, *lus aedificandi y accesión...*, cit., pág. 400, es que son derechos reales sobre todo el edificio, que comportan la facultad de construir y de hacer suyo lo construido y a su vez la exigencia de constitución en régimen de Propiedad Horizontal, ya que las plantas adquirirán una participación indivisa en los elementos comunes de la propia finca global.

En cuanto a la jurisprudencia que reafirma esta tesis, nos encontramos con la STS de 23 de julio de 1990 (RA. 6128) que afirma que, «...en el presente caso las dudas se suscitan en punto a la *potestad del constructor-propietario que haya hecho reserva en el título constitutivo del derecho de levante*, para modificar, por sí, aquél título inicial, no

La reserva recae sobre un bien actual para una utilización en el futuro. Derecho de vuelo que podía haberse ejecutado en el presente —en el momento de realizar la edificación y de transmitirla a diferentes copropietarios— pero que prefiere reservarse para el futuro. Futuro que significa «lo que está por venir», y que en cierto modo implica condicionalidad, pero que no lo es tal. Y ello porque el propietario actual reservista mantiene el derecho actual de elevar plantas, pero la condicionalidad estriba en la adquisición futura de las plantas cuando todo el edificio pertenece ya a otros propietarios. Así, lo aclara con tajantes términos la STS de 10 de mayo de 1999 (R.A. 2886), que en su Fundamento de Derecho Cuarto señala que «el examen de la reserva del derecho de elevación propicia una cierta proclividad a considerar que estamos en presencia de una situación condicional, a pensar que todo depende de que, en su día, se levante o no un nuevo piso».

Pero lo cierto es que no hay tal, sobre todo si ponemos la vista en las condiciones propias, en las determinaciones accesorias de la voluntad, emanadas de la voluntad de las partes contratantes. Sin olvidar, por otra parte, la posible incidencia de una *condictio inris*. Para que admitiésemos la existencia de una condición negocial sería preciso que la adquisición del derecho de elevación se hiciera depender de un hecho incierto. Por ejemplo, si se utilizara esa o parecida fórmula: «si vendo el ático del inmueble me reservo el derecho de levantar un nuevo piso...»

En las escrituras más corrientes, el constructor se reserva el derecho de una forma rotunda y sin hacerlo depender de futuras contingencias. Por tanto no existe auténtica condición.

obstante, lo dispuesto en los párrafos 2.º y 4.º del artículo 5 en relación con el 16-1.º LPH, cuando hizo uso de la reserva y consiguiente elevación del edificio, *no siendo ya propietario único y, por tanto, provocando un aumento del número de viviendas o locales cuya existencia ha de repercutir necesariamente en las cuotas de participación primitivamente fijadas*, ni siquiera pueden incoarse en la situación aquí contemplada en la que no consta, como subraya con todo acierto la sentencia combatida la reserva, en el inicial título, por el constructor-propietario de la facultad de atribuir el aprovechamiento de un elemento común, cual es la cubierta a uno de los condueños, excluyendo a los restantes disconformes, no siendo admisible la cláusula de reserva del derecho de elevación en el sentido de comprenderse en ella, la de atribuir el uso exclusivo de la superficie sobre la que tal derecho hubiera podido materializarse...»

«...si no hubo reserva por el propietario-constructor de la facultad de atribuir el uso exclusivo de la terraza a un copropietario, puesto que la reserva lo fue para edificar y, en ella, no puede entenderse comprendida aquella otra, toda vez que, si el derecho de sobre-elevación siempre lleva consigo el de gravar elementos comunes... ya que ni bajo pacto expreso ni bajo cláusula *implícita reservarse el derecho a elevar un edificio comporta la reserva de la facultad de atribuir el uso exclusivo de un elemento común del mismo a un copropietario*, como sucede con la terraza en tanto cubierta del edificio poseído en común».

(13) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, cit..., pág. 122 y sigs.

Lo que ocurre es que la condicionalidad subyace en la entraña de esta figura jurídica. Evidentemente hay una *conditio iuris* que afecta, no al nacimiento del derecho de elevación, sino a la adquisición de la edificación resultante del ejercicio de tal derecho. Todo depende de que el reservista edifique o no. Adquirirá el nuevo piso superpuesto si edifica. No, en caso contrario.

En resumen, en esta primera fase del derecho, donde la reserva del vuelo es crucial para la constitución del derecho de elevación, no queremos dejar de mencionar dos posiciones claves, separadas por un período de treinta años. Por un lado, la innovadora, en su momento, Resolución de 7 de abril de 1970, partidaria de la reserva por el propietario del edificio, la Sociedad constructora, y por otro, una de las últimas sentencias que tratan el tema, y contraria a la regulación del derecho, tal y como se plantea en el Reglamento Hipotecario de reserva del derecho de levante por el inicial propietario del edificio.

Así pues, la Resolución de 7 de abril de 1970, recoge el supuesto de hecho en la que *la Sociedad propietaria del edificio se reservó el derecho a fijar por su propia cuenta la cuota de participación de las nuevas edificaciones en el valor total del inmueble, en proporción a su extensión, y de modificar las cuotas de los otros pisos ya construidos*. Para lo cual, los futuros propietarios de los pisos, por el mero hecho de serlo, y en cumplimiento de la aludida norma estatutaria, conferían poder a la Sociedad vendedora para realizar ella sola tales actos.

En el comentario que AMORÓS GUARDIOLA realiza de la señalada resolución (14), reconoce que parece perfectamente lógico y posible por su frecuencia y sus ventajas prácticas al enajenar el objeto concreto de su actual derecho de dominio (pisos ya construidos), que *se reserve una de las facultades que integran aquella titularidad dominical, cual es el levantar nuevas plantas en el edificio ya construido*.

La DGRN en la Resolución señala la posibilidad de que la Sociedad propietaria actual se reserva el derecho a elevar dos nuevas plantas y de determinar por sí sola los módulos de participación de los nuevos pisos y modificar los de los antiguos. Para ello, y a fin de no vulnerar el requisito legal de la unanimidad, los futuros propietarios de los pisos ya construidos y en trance de venta le conferían su representación en virtud del artículo de los Estatutos (15).

<14> AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 1970, en *Comentarios a las Resoluciones de la DGRN*. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, años 1962 a 1982. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 197 y sigs.

(15) AMORÓS entiende, a mi juicio con acierto, que ello no es legalmente posible, primero porque él y en escritura pública al efecto, no dentro de los apoderamientos debe conferirse por cada interesado individualmente; en segundo lugar porque el apoderamiento entraña una relación de confianza entre apoderado y poderdante; en tercer lugar porque

Por último, no podemos pasar por alto la existencia de una sentencia, que como tal aún no constituye jurisprudencia, que niega la consideración del derecho de vuelo tal y como está regulado en el Reglamento Hipotecario, al contradecir las normas de la Ley de Propiedad Horizontal.

Nos referimos a la STS de 10 de mayo de 1999 (R.A. 2886) que establece la imposibilidad de que el constructor realice tal reserva futura, y, además, afirma que serán los propietarios quienes en su momento pueden realizar su constitución.

El *Fundamento de Derecho tercero* señala que «el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, con su literalidad, desdibuja la característica de ser un derecho real en cosa ajena. Según este precepto, el propietario de un edificio puede reservarse el derecho de elevar una o más plantas sobre él en caso de enajenación de todo o parte de la finca.

Efectivamente, si no se enajena la totalidad del inmueble (si se trasmitiese todo el bien, éste pasaría a pertenecer a terceros y por tanto el derecho de elevación se constituiría sobre un bien de otro, siendo un auténtico derecho real en cosa ajena) si por ejemplo, el constructor transmite dos de los pisos de la casa y se reserva diez, es evidente que *el derecho reservado en una gran proporción no es un derecho real en cosa ajena, sino un derecho real sobre cosa propia*».

El *Fundamento de Derecho séptimo* reitera que «el derecho de elevación al que se refiere el artículo 16 del RH será tal derecho y estará legítimamente constituido cuando los titulares de todos los pisos y locales le otorguen a favor del beneficiario, bien a título oneroso, bien a título lucrativo» (16).

la cláusula estatutaria discutida encierra un pacto de adhesión, y cuarto, la validez del pacto podría implicar un fraude a la ley imperativa, al poder la sociedad constructora por sí sola establecer y modificar los porcentajes libremente.

No obstante, el comentarista es partidario de establecer vía artículo 16-2 RH, una delegación de los propietarios futuros de los pisos a favor del actual vendedor, siempre que se cumplan los requisitos del precepto.

(16) El fundamento de Derecho segundo señala que *«Este derecho, tal como se programa en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, es incompatible con el Código Civil y con la Ley de Propiedad Horizontal, y por tanto su regulación es inaplicable al caso por contrariar al principio de jerarquía normativa»*.

«Este aserto es verdadero, como lo demuestra la simple lectura combinada del artículo 396 del Código Civil y del artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

— El artículo 396 establece que los diferentes pisos o locales de un edificio podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, foso y cubiertas.

— El artículo 16 del Reglamento Hipotecario proclama la inscribibilidad del derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero.

B) SEGUNDA FASE: DERECHO REAL SOBRE COSA AJENA SUSCEPTIBLE
DE CONVERTIRSE EN PROPIEDAD SEPARADA AL MATERIALIZARSE SU CONTENIDO

Como *segunda fase*, debe apuntarse una nota más, que ya hemos anticipado, consistente en que se mantiene *la posibilidad de ser un derecho sobre cosa ajena que se convierte en dominio por vía de accesión*. El artículo 16-2 RH, al establecer la expresión «haciendo suyas las edificaciones resultantes», implica una vocación a la propiedad como consecuencia de la realización de una actividad. La dificultad para sostener este criterio nace de la excepción a las reglas del principio de accesión (art. 358 del Código Civil) (17).

Entre la jurisprudencia que consideramos avalan esta fase, se encuentra la STS de 9 de julio de 1988 (R.A. 5601) que mantiene que «...resulta que los actores ostentaban un derecho de propiedad sobre el vuelo de lo que era planta baja de la casa de los demandados, derecho patente e indubitadamente exteriorizado, porque sobre la mencionada planta baja existía construido un desván que ocupaba la extensión superficial señalada por el perito, cuyo desván, que se encontraba en comunicación con una habitación radicada en la primera planta del inmueble de los demandantes, colindante con el de los demandados, estaba coronado por su correspondiente tejado, y si bien en la demanda inicial de las actuaciones se califica al derecho así exteriorizado de servidumbre de vuelo, *la realidad es que tal derecho de trascendencia real e inscribible en el Registro de la Propiedad no constituye per se una servidumbre limitativa del dominio*, como lo demuestra el tratamiento que en el

Si hacemos pasar este último precepto por la piedra de toque del artículo 396 del Código Civil se advierte claramente que deviene inviable. El elevar plantas tiene que hacerse sobre el vuelo, sobre las cubiertas del edificio, que son elementos comunes, y como tales pertenecientes proporcionalmente a todos los propietarios del inmueble una vez que el constructor haya enajenado las diferentes partes determinadas. Y por tanto, para apoyar en un elemento común es preciso contar con el consentimiento de la Junta de propietarios; si no, lo construido por accesión será otro elemento común, también perteneciente a todos los condueños.

Lo mismo cabe decir de la otra modalidad del derecho, la realización de construcciones bajo el suelo del edificio. El suelo y las cimentaciones son elementos comunes que pertenecen en copropiedad compartida a todos los vecinos, y a todos corresponderá por accesión, lo que se construya subterráneamente, ya que no se puede disponer aisladamente de los elementos comunes sin transmitir al mismo tiempo la propiedad de cada piso.

El que este derecho de elevación se mencione en las escrituras de venta de los diferentes pisos no implica consentimiento tácito de los adquirentes de los apartamentos, dada la indisponibilidad institucional y aislada de los elementos comunes».

(17) LA RICA Y ARENAL, «Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario». *Libro Homenaje a Ramón de la Rica y Arenal*, T. II. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976.

ámbito del Derecho inmobiliario registral al mismo se le concede... el artículo 16-2.º del propio Reglamento declara inscribible conforme a las normas del número 3 del artículo 8 de la Ley y sus concordantes el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio».

Y la resolución que va a constituir uno de los antecedentes de la posterior reforma reglamentaria de 1998. Nos referimos a la Resolución de 13 de mayo de 1996, la cual estudia un supuesto en el que el derecho de vuelo no se puede llevar a cabo, pues no se consigue la obtención de la licencia urbanística debido a que la normativa no permite nuevas construcciones sobre la vivienda.

Así afirma que «...es cierto que la esencia del derecho real de vuelo supone la realización de la construcción contemplada dentro del plazo predeterminado al efecto [arts. 16-1º c) RH] (18); ahora bien, de aquí no puede deducirse que cuando su constitución se hace por vía de donación, dicho negocio nazca sujeto a la condición de la efectiva realización de la obra contemplada; la extinción del derecho transmitido puede suponer una alteración de las consecuencias jurídicas del negocio transmisivo, incluso puede determinar si ese derecho es ya imposible jurídicamente al tiempo de la celebración de la inexistencia o nulidad del negocio mismo, pero en modo alguno implica una condición del negocio en sí, y ello resulta obvio si se piensa que sobrevenida la extinción del derecho donado, *siendo éste un derecho real limitativo del dominio* que retiene el donante, es innecesario el ejercicio de esta facultad revocatoria para la planificación del dominio hasta entonces gravado. La configuración del negocio como puro o sujeto a condición no depende de las vicisitudes posteriores de los derechos negociados, sino de la voluntad de los otorgantes en el momento de la celebración, y en el caso debatido resulta evidente la inexistencia de condicionamiento inicial».

(18) Confusión que realiza la Resolución porque el precepto mencionado [art. 16-1.º c) RH] no se refiere al derecho de sobreedificación o de elevación, sino que se refiere al derecho de superficie. El derecho objeto de estudio se regula en el apartado 2.º y no en el 1.º El requisito del plazo no es aplicable al derecho de elevación. Ambas figuras jurídicas se corresponden con realidades jurídicas distintas.

Ya que estamos realizando un estudio jurisprudencial del tema, para reafirmar mi tesis baste recordar las palabras de la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.ª) de 13 de mayo de 1991, donde se exponen claramente las analogías y diferencias del derecho de vuelo en relación con el derecho de superficie. En su Fundamento de Derecho segundo señala que «el derecho de vuelo o de levante... presenta analogías evidentes con el derecho de superficie, *pero también en la regulación legal, sustanciales diferencias*, ya que mientras éste requiere unos requisitos de forma *ad solemnitatem* como requisito de su válida constitución, la escritura pública y la inscripción registral y además tiene una naturaleza temporal que no puede exceder de cincuenta años, según el Reglamento Hipotecario; setenta y cinco cuando es concedido por el Estado, y noventa y nueve si lo es por particulares, según la Ley del Suelo; el derecho de vuelo no requiere ningún requisito especial de forma, transmite la propiedad de manera definitiva...»

Pero más importante aún resulta ser la Resolución de 6 de noviembre de 1996. En ella el supuesto de hecho versa sobre la existencia dentro de la escritura de división horizontal de un edificio de una cláusula en la que *las propietarias del edificio se reservan el derecho a elevar las plantas que ahora o en lo sucesivo permitan las ordenanzas municipales sobre el total edificio, pudiendo en el tiempo y en la forma y condiciones que permitan las ordenanzas municipales, construir una o más plantas sobre el edificio.*

La DGRN señala que «lo que ocurre en el caso debatido es que tras esa aparente falta de determinación (no especificación del número de plantas a construir, del plazo de desenvolvimiento o realización de la construcción, duración, imprecisión de los criterios de fijación de las futuras cuotas en la comunidad...) lo que subyace *no es un derecho real de los configurados en el artículo 16-2.º RH, imperfectamente definido, sino la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es, la materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico*, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística; 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, lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real, pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro ordenamiento, pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible, si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad» (19).

(19) Siguiendo la doctrina marcada por esta Resolución y apoyándose en ella, nos encontramos con la Resolución de 29 de abril de 1999, que en el Fundamento de Derecho segundo establece que, «Ciertamente las exigencias de tal principio, que impone la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro, así en sus elementos subjetivos y objetivos, cuanto en su contenido y alcance (art. 9 LH y 51 RH), impediría la inscripción de un derecho como el cuestionado que, además de presentar contornos especialmente difusos, produce una clara indeterminación en la extensión de los derechos de propiedad especial y separada recayente sobre los distintos pisos y locales configurados como elementos privativos en el régimen de Propiedad Horizontal constituido (la cuota que en los elementos comunes corresponde actualmente a cada uno de los pisos y locales, así como las características generales del complejo urbanístico quedarán en una situación permanente de provisionalidad, en función de la siempre posible modificación de las ordenanzas municipales). *Lo que ocurre en el caso debatido, dadas sus peculiaridades, es que tras esa aparente falta de determinación lo que subyace no es un derecho real de los configurados en el artículo 16-2.º RH, 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*

C) TERCERA FASE: CONCURRENCIA DE TITULARIDADES. COMUNIDAD EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Como *tercera fase* del derecho de elevación debemos apuntar cómo el vuelo supone el nacimiento de *una situación especial de cotitularidad sobre el inmueble, que culmina en una comunidad en régimen de propiedad horizontal*.

Se trata de una situación pura de prehorizontalidad. Su vida jurídica da lugar a dos situaciones: o se ejercita en cuyo caso las construcciones se integran en la comunidad; o se extingue, como consecuencia de su falta de ejercicio (20).

La finalidad de estos derechos es la propiedad del espacio aéreo (21) de una finca con construcción existente y su fundamento es responder a la necesidad económica de dar consistencia jurídica a la negociabilidad del espacio de los bienes inmuebles (22). Como ya hemos apuntado anteriormente, su viabilidad surge cuando el derecho aparece estructurado en un régimen de

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 (arts. 5, 8, 23, 26 y 31 TRLS de 1992); se trataría pues de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso habría de integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales en los casos de los arts. 368 del Código Civil), lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real (ni, por tanto, ser susceptible de inscripción, conforme a los arts. 1 y 2 LH) pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro ordenamiento jurídico (art. 2 LH y 7 RH), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico-política y su trascendencia erga omnes) que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (arts. 513, 526, 546, 1.608 y 1.655 del Código Civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad».

(20) SOTO BISQUERT, *El derecho de vuelo...*, cit., pág. 923 y sigs., y ARNÁIZ EOUREN, *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Civitas, Madrid, 1993.

(21) En principio, la nota que determina la existencia de dichos derechos es que se constituyan sobre edificios, sin que sea necesario que éstos estén encuadrados dentro de fincas urbanas, aunque es probable que tales construcciones puedan recaer sobre edificios situados en suelo rústico. Tales supuestos pueden parecer más bien de laboratorio como, por ejemplo, el otorgar un derecho de sobreedificación sobre una bodega, o un silo... Tesis defendida por DOMENGE AMER, *LOS derechos de sobreedificación y subedificación...*, cit., pág. 170. También señala que no puede aceptarse la constitución del derecho de sobreedificación sin la existencia de un inmueble, según se desprende tanto de la interpretación literal del artículo 16-2.º, como de que la esencia de estos derechos es desembocar en una Propiedad Horizontal.

(22) SOTO BISQUERT, *El derecho de vuelo...*, cit., págs. 924 y sigs.

propiedad horizontal, ya sea éste potencial o al menos se establezcan unas bases previas para su configuración futura.

En palabras de algunos autores (23), «no es que sean derechos reales que afecten, graven o limiten la propiedad, sino que recaen en una parte potencial no materializada que ostenta un contenido económico en relación con su facultad expansiva». Tales derechos están integrados dentro de la propiedad y vinculados a la misma con un coeficiente proporcional a la titularidad, conteniendo una participación comunitaria de la finca.

Entre la doctrina registral que reafirma la existencia de esta fase se encuentra la Resolución de 31 de octubre de 1988, señala que «el citado artículo 16 RH es perfectamente aplicable al derecho que las hermanas Parayre García tienen inscrito en su favor. Efectivamente, *el ejercicio del derecho provocará la concurrencia de varias titularidades sobre el mismo predio*, teniendo la particularidad de recaer sobre volúmenes determinados de vuelo y subsuelo de la finca. Pues bien, *para regular esa concurrencia de titularidad exige el Reglamento Hipotecario determinadas circunstancias que deben fijarse en el momento de constitución del derecho de construir, lo que supone una especie de preconstitución del régimen de Propiedad Horizontal, que, desde luego, habrá que constituir en el momento que se declare la construcción realizada*».

En conclusión, de todo lo analizado parece desprenderse que el derecho de elevación entra en juego a través del mecanismo señalado por el legislador de la «reserva». La matización legal significa que el propietario actual del bien (espacio aéreo que no ha sido objeto de construcción) se lo reserva en un momento presente para que no salga de su patrimonio, y además lo delimita asignándole un destino determinado como es la realización futura de una construcción que suponga además elevar más plantas con un carácter de edificación.

Y así, precisamente, lo ha entendido la Jurisprudencia que señala la diferencia entre el derecho de elevación o sobreedificación de la posibilidad de aprovechamiento urbanístico futuro, posibilitado o permitido por el cambio en las disposiciones urbanísticas; o, de las meras obras o innovaciones en el vuelo que no tienen como objeto un piso.

(23) SANAHUJA TOMÁS, «En tomo al vuelo de las fincas urbanas», en *Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 1966-1985. T. I, págs. 432 y sigs.

III. ESTUDIO CONCRETO DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REGLAMENTO HIPOTECARIO EN EL DERECHO DE ELEVACIÓN

A) INTRODUCCIÓN

Como ya hemos señalado en la introducción de este estudio, el artículo 16-2.º RH, modificado por la reforma del mismo a través del Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, ha sido objeto de estudio y modificación por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000.

En dicha sentencia se señala que los recurrentes solicitaron la declaración de nulidad del Real Decreto arriba referenciado o, subsidiariamente, en su defecto, la anulación de la nueva redacción dada a diferentes artículos del mismo, entre los que se encontraba el artículo 16-2.º RH, y ello porque entendían que se hallaba en abierta contradicción con el artículo 1.255 del Código Civil en cuanto que introducía una limitación temporal para el ejercicio del derecho de vuelo al disponer que su duración no podrá exceder de diez años para tener acceso al Registro de la Propiedad (24).

La sentencia en cuestión aborda el estudio y análisis de esta pretensión en el Fundamento de Derecho cuarto, estableciendo que «Aún cuando puede estimarse como cierto que el precepto impugnado no regula de manera directa el derecho de vuelo, sino que se limita a señalar los requisitos para que dicho derecho pueda acceder y beneficiarse de la publicidad registral, así como que tampoco afecta al principio de libertad de pactos contenido en el artículo 1.255 del Código Civil, ya que lo dispuesto en el precepto impugnando no impide en absoluto que pueda pactarse un derecho de vuelo con una duración superior a diez años, no lo es menos que, al establecerse como requisito para que tal derecho acceda al Registro de la Propiedad que el plazo máximo para su ejercicio tenga una vigencia no superior a diez años, de alguna manera se está alterando su alcance y eficacia frente a terceros, puesto que los derechos reales tienen acceso al Registro de la Propiedad sin limitación de tiempo por imperativo del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, siendo necesario, cuando se trata de derechos reales o de cargas o limitaciones del dominio, el derecho de vuelo es un derecho real que supone una limitación del dominio para los propietarios o copropietarios de inmuebles que no son partícipes del mismo, que conste su inscripción para que surtan efectos frente a terceros. Por esa

(24) De la lectura de la sentencia nos ha parecido observar que los recurrentes impugnan toda la modificación introducida por el Real Decreto 1867/98, en el artículo 16-2 RH (Antecedente de Hecho primero), aunque luego en el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia sólo se hace referencia a la limitación temporal y, en conexión con él, el fallo de la sentencia sólo se refiere a esta limitación temporal.

razón, aún reconociendo que el principio de determinación no tolera gravámenes indefinidos o indeterminados, una limitación del tipo de la que pretende el artículo 16 RH, impugnado en relación con el derecho de vuelo, debe necesariamente venir establecida por Ley al afectar a lo dispuesto en el precepto mencionado de la Ley Hipotecaria, así lo demuestra el hecho de que otras limitaciones, como las relativas al alcance de la garantía hipotecaria, se establecen en la propia Ley, en este caso en el artículo 114 de la misma.

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

El fallo de la sentencia en cuestión *estima el recurso en parte y «anula» el párrafo c) del apartado 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario*, esto es, anula la novedad introducida por el Real Decreto en cuanto al plazo, pero no el resto del apartado referido a la determinación concreta del número máximo de plantas a construir (parr. b), ni la concreción de las normas de régimen de comunidad (parr. d).

B) ANÁLISIS CONCRETO DEL LÍMITE TEMPORAL EN EL EJERCICIO DEL OBJETO DEL DERECHO

a) *Antecedentes*

Como antecedentes del precepto en cuestión podemos señalar que pese a existir bastantes decisiones judiciales respecto al derecho objeto de estudio (25), únicamente han sido dos de las decisiones de la DGRN las que han

(25) Sentencias del Tribunal Supremo: 7 de noviembre de 1979 (R.A. 3644); 31 de marzo de 1980 (R.A. 1233); 30 de abril de 1982 (R.A. 1969); 9 de julio de 1988 (R.A. 5601); 18 de julio de 1990 (R.A. 5949); 23 de julio de 1990 (R.A. 6128), y 11 de octubre de 1991 (R.A. 6910).

— Audiencia Territorial de Barcelona Sala 2.ª (RJC 1980, pág. 609), sentencia de 4 de febrero de 1980. Audiencia Territorial de Pamplona (RGD 1982, pág. 60). Sentencia de 17 de junio de 1981. Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.ª) de 13 de mayo de 1991, y Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) de 30 de marzo de 1998.

— Resolución de 7 de abril de 1970. Resolución de 14 de mayo de 1984. Resolución de 5 de febrero de 1986. Resolución de 13 de mayo de 1987. Resolución de 18 de abril

tenido en cuenta el problema planteado del plazo del derecho (26). Nos referimos a las Resoluciones, ya citadas, de 5 de febrero de 1986, y a la Resolución de 6 de noviembre de 1996.

La primera de ellas aborda, como cuestión principal, la inscribibilidad del derecho de vuelo constituido sobre la planta baja de un edificio proyectado, sujeto precisamente a la condición de que el adquirente del derecho *construya la citada planta baja dentro de un plazo determinado*.

Y se trata precisamente el tema del plazo por el estudio de la cláusula y el contenido de la misma. Pues, el objeto del derecho que se constituye es «un derecho de vuelo o de elevar ... dependiente de construir la planta baja del edificio proyectado en un plazo determinado». Y al no existir la planta baja sobre la que ha de recaer la sobreelevación, se insiste en que «no se constituye al tiempo del otorgamiento un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja».

En cuanto a la Resolución de 6 de noviembre de 1996, donde primordialmente se incide en que el principio de especialidad *exige que la reserva del derecho de vuelo* sobre un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, determine el número de plantas a edificar, así como en caso de cotitularidad la participación que a cada titular corresponde, se hace mención también en su Fundamento de Derecho primero de la suspensión por el Registrador de la inscripción del derecho porque «se conculca el principio de especialidad, ya que no queda especificado *hasta cuándo las dueñas del edificio van a poder seguir haciendo uso de dicha facultad que se reservan, ya que el derecho de vuelo no tiene fijado plazo para su ejercicio*».

Ambas Resoluciones son el antecedente claro de la reforma, objeto de comentario, porque en ellas se conjuga la necesidad del plazo del derecho, y como veremos más adelante, la extensión material del derecho con el principio de especialidad o determinación registral.

b) *Plazo del párrafo c) del apartado 2.º del artículo 16 RH*

El pronunciamiento del plazo señalado favorablemente y argumentado por la decisión registral de 1996, anteriormente expuesta, es el que fue recogido precisamente por la modificación reglamentaria de 4 de septiembre de 1998,

de 1988. Resolución de 28 de octubre de 1988. Resolución de 31 de octubre de 1988. Resolución de 28 de octubre de 1998. Resolución de 25 de junio de 1993. Resolución de 13 de mayo de 1996. Resolución de 6 de noviembre de 1996. Resolución de 29 de abril de 1999.

(26) Lo que nos da la pauta para conocer que la figura ha sido únicamente modificada por cuestiones registrales.

donde expresamente se contenía que «c) *El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo que no podrá exceder de diez años*»(27).

Es cierto que las exigencias del principio de especialidad imponen la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro tanto en sus elementos subjetivos y objetivos, como en su contenido y alcance. También es indudable que es el principio registral el que impide la inscripción de un derecho que presente contornos especialmente difusos, a fin de que no se produzca una clara indeterminación en la extensión de los derechos de propiedad. Se refiere tanto a su extensión material (plantas) como a su extensión temporal (plazo).

Consideramos necesario profundizar en los términos en los que se regula la Institución en el precepto reglamentario, a fin de buscar la intención del legislador al establecer la limitación del plazo y su acceso al Registro. Precepto que, recordemos, aparece reformado en los siguientes términos:

«El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número tercero del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

- a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación.*
- b) La determinación concreta del número máximo de plantas a construir.*
- c) El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo que no podrá exceder de diez años.*
- d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».*

La Reforma ha impuesto la constatación registral de un nuevo requisito: el del plazo de ejercicio del derecho. Determinación que es uno de los aspec-

(27) En consonancia con dicha normativa, ya se ha pronunciado la DGRN en la en la Resolución de 29 de abril de 1999, la cual recoge en su Fundamento de Derecho primero, que «Se divide un edificio en propiedad horizontal en dos locales y ocho viviendas; el dueño del mismo se reserva en los Estatutos, aparte de otros derechos, el derecho de vuelo sobre el edificio desde la altura declarada hoy y en la vertical máxima que permitan en cada momento las ordenanzas municipales con previsión de distribución del porcentaje —en el supuesto de que se quisiera hacer uso de ese derecho— entre todas las plantas, construidas y nuevas por igual y a su vez se distribuiría entre los pisos o locales que se formasen de cada una de ellas en proporción a su superficie útil. El derecho reservado será transmisible por cualquier título a terceros sin consentimiento de los propietarios restantes posibles. El Registrador inscribe la división horizontal efectuada pero suspende tal cláusula estatutaria por no fijarse expresamente el *plazo concreto* dentro del que puede ser ejercitado el derecho de vuelo en aras del principio de especialidad».

tos fundamentales del principio de especialidad, sobre todo en aquellos derechos reales limitados y limitativos del dominio, donde entendemos que es necesario hacer constar su duración claramente en el asiento de inscripción, a los efectos de seguridad jurídica, cuando se proceda a la misma (28).

Se entiende necesaria la existencia de un plazo de tiempo en el ejercicio del derecho porque, como hemos señalado, es un derecho real, y no sería deseable que tuviera una duración indefinida —esto es, que implique que no se sabe cuándo se va a ejercitar—, lo cual no significa que no sea posible su existencia si así lo han pactado las partes (al amparo precisamente del art. 1.255 del Código Civil).

El legislador no ha dejado duda alguna en cuanto a la clase de plazo al que hace referencia: *plazo máximo*. Plazo, término o tiempo señalado para una cosa, que implica una limitación temporal en la ejecución material de la reserva. Duración o tiempo que transcurre entre el comienzo y fin del plazo y que como tal no es muy amplio, se fija en diez años. Entiendo que el porqué de este «plazo corto» reside en el interés del legislador de acortar la provisionalidad que implica la reserva del derecho por el propietario (29). Y el interés de los demás copropietarios del edificio en si el reservista va a proceder o no a la construcción, o si va a ceder su derecho a un tercero. Pero sobre todo, el poner de manifiesto a terceros interesados la duración del derecho real que se inscribe en el Registro y se le dota de publicidad.

Realizamos estas aseveraciones porque recordemos como el propio legislador es quien señala en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, que «se acomoda la regulación del derecho de vuelo al principio de especialidad, exigiendo la fijación de un plazo máximo para su ejercicio, sin perjuicio de que una vez ejercitado lo construido sea propiedad de su titular».

Plazo de duración que se establecía por el legislador registral a los efectos de su inscribibilidad. De modo que podría pensarse en la posibilidad de pactar

(28) Pues recordemos que no estamos estudiando un derecho cuya inscripción tiene el carácter de constitutiva. La Resolución de 5 de febrero de 1986, en su tercer resultado, último inciso, realiza una afirmación que debemos valorar, «que el derecho de vuelo o de elevar, igual que el de superficie, ha de inscribirse en el Registro para su eficaz constitución; que este hecho y su regulación en el artículo 16 RH demuestran su carácter real».

Esperemos que los, a mi juicio, «equivocos» términos empleados por la Resolución se refieran a la eficacia frente a terceros que produce el acceso de la institución al Registro de la Propiedad, y no que se refiera a la necesidad de inscripción constitutiva del derecho de vuelo —como ocurre con el derecho de superficie— que sí supondría, sin duda alguna, una extralimitación registral.

(29) Provisionalidad que implica que el reservista tiene el derecho temporalmente en vez de los verdaderos dueños, quienes lo adquirirán cuando se cumpla el período pactado. Recordemos que provisionalidad remarca el carácter no definitivo sino lo que se tiene temporalmente en lugar de otra persona.

el derecho en una duración superior aunque sólo tuviera acceso al Registro con una duración de diez años.

Resulta interesante destacar cómo en la reforma del RH de 1998, donde la modificación del plazo del derecho de superficie (recordemos que se halla regulado en el apartado 1.º del precepto 16 del RH que estamos estudiando) se adecúa al establecido legalmente en el ámbito urbanístico, y por ello ampliado de cincuenta a setenta y cinco o noventa y nueve años, según sea el sujeto concedente del mismo (es decir, la modificación se utiliza para resolver un desfase existente), en el caso del apartado 2.º, esto es, del derecho de elevación se impone y a la vez se coarta el límite temporal de lo que en definitiva va a ser una propiedad separada.

Pero debemos profundizar en el por qué el legislador ha introducido la modificación. Sin duda el legislador con la innovación persigue resolver y adecuar el acceso al Registro de la Propiedad de la institución con el principio hipotecario de especialidad. Pues en el ámbito privado el establecimiento de un plazo de ejercicio desde luego no va a suponer mayor interés por la figura (es decir, no se va a producir una mayor atracción social para su constitución) ni va a dotar de una mayor estabilidad a la relación creada (ni entre las partes ni tampoco en relación con los terceros).

El legislador señalaba que el plazo máximo se refería al *ejercicio del derecho*, pues evidentemente una vez contruidos los pisos elevados se convierte en un derecho de propiedad separada. Lo que a mi juicio demuestra que su sentido reside únicamente en erradicar la provisionalidad que supone la reserva del derecho, pues se insiste en que el objetivo del plazo es el *ejercicio* del derecho no su *objeto* esto es, la construcción, pero si las bases que la delimitan (ya que en el derecho se deben contener los contornos, extensiones, y caracteres del mismo...). Límite del plazo que era de carácter imperativo tal y como se recoge de los términos y la expresión empleada: «no podrá exceder de diez años».

Principio de especialidad que debemos poner en conexión con la perfecta delimitación del derecho de elevar pisos —su especificación del número concreto (máximo) de plantas a construir, el plazo de desenvolvimiento o realización de la construcción— con la finalidad de diferenciarlo con una figura urbanística, cada vez más utilizada en el tráfico jurídico inmobiliario como es el aprovechamiento urbanístico adicional (facultad integrada en el derecho dominical) posibilitado por el propio planeamiento, susceptible de transferencia.

En relación con los *efectos* que tenía la imposición de plazo que limitaba el ejercicio del derecho, debemos señalar, en principio, que al ser la duración del derecho de diez años, es en ese período cuando debe realizarse la construcción. Si las partes no establecen plazo alguno, el Registrador devolverá el título para su subsanación y la fijación del mismo. Si las partes establecen un

plazo superior, el Registrador entendía que el límite máximo era el de diez años, en base a la disposición reglamentaria, y a la misma se refería. Como se imponía con carácter imperativo, una vez transcurrido el plazo máximo fijado por las partes, que debía ser de diez años, se revitalizaban las reglas de la accesión y se recuperaba la posibilidad de ejercitar el derecho de sobreedificación por los actuales copropietarios.

En base a todo lo mantenido hasta ahora, cabe cuestionarse si la duración es un elemento esencial del derecho de sobreedificación. A mi juicio, si la extensión temporal resulta importante en los derechos reales limitados, en el supuesto objeto de estudio, sí adquiere especial importancia, sobre todo en la reserva del mismo por el primitivo propietario que enajena la construcción a diferentes copropietarios con posterioridad. No cabe duda del interés para ambas partes en imponer un plazo de duración del ejercicio de la reserva de tal derecho. Pero en ningún caso es esencial o de vital importancia que se establezca un plazo limitativo, y que éste además, tenga una duración tan corta y sea impuesta por el legislador. El hecho de que sea el legislador el que establezca el límite máximo del plazo, utilizando la vía reglamentaria, argumentando para ello, y no sin razón, el principio hipotecario de especialidad implica una extralimitación que coarta la libertad privada individual, como bien señala la sentencia de 24 de febrero de 2000. Por otro lado, no debemos olvidar que el derecho no se halla regulado legalmente sino que tiene cabida a través de la vía reglamentaria —solo a los efectos de determinación de los requisitos registrales—, y del *numerus apertus* de derechos reales existente en nuestro ordenamiento jurídico y reafirmado por la Ley Hipotecaria.

En cuanto a la *doctrina científica* debemos señalar que únicamente tenemos noticia de la referencia que al plazo realiza ARNÁIZ EGUREN (30). El citado autor no debate sobre la importancia o necesidad del plazo, ni sobre la posibilidad o no del acceso al Registro del límite temporal del derecho, sino que se refiere al acceso al Registro de la Propiedad de la prórroga del plazo pactado cuando no transpase el límite de diez años reglamentario (31).

(30) ARNÁIZ EGUREN, «Notas sobre el contenido de los artículos 13, 16, y 68 RH, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. El derecho de superficie, la permuta de suelo por edificación futura, el derecho de vuelo urbano y la inscripción de plazas de aparcamiento y trasteros», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecarios y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre*. Centro de Estudios Registrales, 1998, págs. 61 y sigs.

(31) Así, señala que «El artículo 16 RH no establece si el plazo de diez años tiene carácter esencial o puede ser objeto de prórroga». Continúa manteniendo que «a favor de su carácter esencial podría aducirse la aplicación analógica del artículo 400 del Código Civil, sobre todo si se parte de una concepción del vuelo como un supuesto de cotitularidad. En tal sentido, si el plazo pactado fuese inferior a diez años, podría admitirse la prórroga, siempre que sumados ambos términos, su duración sucesiva no excediese del límite reglamentario. Por otra parte, abona este criterio la interpretación defendida en el

c) *Incidencia de la sentencia de 24 de febrero de 2000 en el plazo del derecho de elevación*

La nulidad del párrafo c) del artículo 16-2.º RH por la STS de 24 de febrero de 2000, va a suponer dejar la regulación de la figura como se hallaba antes, es decir, sin mención alguna a duración o plazo de la misma. No obstante, el Registrador a la hora de realizar la calificación documental para el acceso del derecho al Registro de la Propiedad, no cabe duda que estudiará la duración del derecho. Duración que se deja al pacto de los contratantes, pero que necesaria aunque no obligatoriamente debe fijarse (art. 1.255 del Código Civil), pues recordemos que el derecho de propiedad es de duración indefinida, mientras que los derechos reales limitados son siempre de duración temporal y deben serlo así por su propia naturaleza.

La sentencia confirma la necesidad de plazo del derecho real limitado porque, a su vez, es un derecho limitativo del dominio de los demás copropietarios (presentes o futuros), pero niega la limitación reglamentaria que supone la limitación de un derecho privado nacido en la realidad extrarregistral y al que le interesaría beneficiarse del acceso registral en base a su eficacia frente a terceros. Se debe diferenciar entre: la constitución y nacimiento del derecho en la realidad extrarregistral; la necesidad o al menos el interés para las partes de que el derecho tenga un plazo de ejercicio del derecho; el acceso al Registro de un derecho cuya inscripción tiene un carácter declarativo a efectos de terceros, y la imposición registral de un plazo limitativo de ejecución del contenido del derecho.

Parece pues que tras la publicación de la sentencia y la anulación del precepto, las partes pueden pactar con carácter dispositivo el plazo de duración del derecho, plazo que no tendrá restricciones en su acceso al Registro ni limitación alguna.

Pero si el establecimiento del precepto se realizó en aras del principio de especialidad o determinación registral, ¿qué ocurrirá ahora? No olvidemos que dicho principio está relacionado con la necesidad de dar claridad al Registro. Su finalidad reside en que sólo accedan al mismo situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, porque sólo de ese modo se producirá una gran claridad en los asientos, que es la base de la publicidad registral. Necesidad de determinación que se predica de la finca, del titular, del derecho real y del acto jurídico. Por otro lado, al seguir nuestro sistema el *numerus apertus* de derechos reales hay una interrelación con el principio de especialidad, pues surgirá un derecho real y tendrá acceso al Registro

caso del término a que se refiere el inciso último del apartado 1.º del artículo 13, referido a la modalidad comunitaria de contrato de cesión a cambio de obra futura, y sobre todo del artículo 16-1.º a) RH, sobre la prórroga del término del derecho de superficie».

siempre que quede perfectamente delimitado en cuanto a su contenido, duración y titularidad.

Con esto queremos resaltar que la no imposición de un plazo limitativo y máximo en la ejecución del contenido del derecho no va a suponer que el derecho no quede perfectamente delimitado en su duración y contenido.

Lo deseable sería que todos los derechos de este tipo llegaran al Registro con una duración determinada, pero al no poder imponerse por vía reglamentaria la duración limitada del derecho, éste accederá con la que se contenga en el título constitutivo pactado, o no, por las partes, sin que ello suponga ir en contra del principio de especialidad.

C) ANÁLISIS CONCRETO DE LA EXTENSIÓN MATERIAL DEL CONTENIDO DEL DERECHO

a) *Antecedentes*

Junto a la introducción del límite temporal introducido por la Reforma del Reglamento Hipotecario por Real Decreto tuvo lugar la inclusión de otra innovación en relación con el derecho de elevación referida a la constatación registral de la extensión material del objeto del derecho y la concreción del número máximo de alturas reservadas.

Concretamente el precepto modificado, y como veremos seguidamente aún en vigor, señala que: «...En la inscripción se hará constar: b) *La determinación concreta del número máximo de plantas a construir*». No obstante, la Exposición de Motivos no hace referencia alguna a esta determinación del número de plantas a construir, sino que únicamente se menciona el plazo.

Como antecedentes del precepto en cuestión podemos señalar, al igual que ocurría con el plazo, la existencia de la Resolución de 6 de noviembre de 1996, donde para argumentar el principio de especialidad se exige que la reserva del derecho de vuelo sobre un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, *determine el número de plantas a edificar* (32).

b) *Estudio del requisito registral de la determinación del número máximo de plantas a edificar*

El requisito registral de la constatación de la extensión material se predica también por la necesidad de conectar el derecho de elevación y el principio

(32) Aunque también debemos exponer la incidencia de la modificación en resoluciones posteriores, por ejemplo en la Resolución de 29 de abril de 1999, la reserva del derecho de vuelo recae sobre el edificio «desde la altura declarada hoy y en la vertical máxima que permitan en cada momento las ordenanzas municipales...»

de especialidad. Recordemos que la necesidad de determinación registral afecta a la finca, a sus extensiones y al derecho real que recae sobre la misma. Pero es que además, el legislador establece la necesidad de que acceda al Registro el número máximo de plantas que se ha reservado el propietario para su realización.

Por otro lado, al no haberse mencionado ni por los recurrentes ni por el Tribunal Juzgador la determinación del número de plantas, parece deducirse el acuerdo tácito con respecto a esta parte del precepto. Y ello porque precisamente se hace referencia a la necesidad de concreción por los particulares en el título constitutivo del derecho sin referirse al establecimiento reglamentario de un límite de extensión material concreto. Evidentemente al no haberse establecido por el Juzgador nada en su fallo, el párrafo b) queda en vigor. Y silencia todo argumento en contra de este requisito porque no se produce una extralimitación reglamentaria.

El problema habría venido si se hubiese expresado un número concreto de plantas a construir (esto es, se hubiese expresado numéricamente, por ejemplo, cinco alturas) cuestión por otro lado absurda, pues depende en cada caso concreto del volumen ya edificado, del aprovechamiento urbanístico posible en cada zona... En este caso el constructor-propietario cautamente deberá reservarse el número total de plantas que permita el aprovechamiento urbanístico de la zona donde se encuentre el inmueble, con arreglo a la legislación urbanística en el momento de constituir el derecho. Cuestión distinta será que en el momento de hacer efectiva la reserva, esto es, cuando ejecute (él o un tercero) su derecho de sobreedificación el aprovechamiento urbanístico haya variado, en cuyo caso deberá someterse a las nuevas normas urbanísticas. Precisamente por eso entiendo que el legislador quiera concretar registralmente este requisito a efectos de eficacia frente a terceros y a las posibles variaciones. Por ejemplo, no tendrá el mismo contenido económico el derecho del reservista si su objeto es de dos plantas que si es de cinco, lo cual es importante a efectos de hipoteca o embargo del derecho por un tercero.

Las partes pueden dejar sin concretar o sin pactar la futura extensión material del derecho, pero si desean que el derecho real de vuelo acceda al Registro tendrán que hacerlo constar porque en caso contrario el Registrador tras realizar la preceptiva calificación del documento donde se constituye el derecho considerará como defecto subsanable la omisión de su determinación y devolverá el título constitutivo para su subsanación y posterior inscripción registral del derecho real.

IV. CONCLUSIONES

En resumen, debemos señalar que las innovaciones introducidas por la Reforma del Reglamento Hipotecario, como toda modificación, ha supuesto la introducción de ciertos aspectos positivos como la concreción del *número máximo de plantas a construir*, o el establecimiento de *las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción* aunque, por otro lado, la reforma debería haber sido más profunda, recogiendo y regulándolo en un precepto aparte, separado del destinado al derecho de superficie, a fin de evitar confusiones, y en donde se solventarán los problemas prácticos expresados en estas notas. No obstante, las modificaciones suponen un tímido avance en la escasa tipificación y regulación del derecho.

Sin duda alguna, tanto la modificación reglamentaria como la sentencia del Tribunal Supremo, que anula el apartado *c)* introducido (*el plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo que no podrá exceder de diez años*) han supuesto la actualización de la figura y el análisis de la misma, provocando con ello el interés de los estudiosos y profesionales del Derecho.

No obstante, estas ideas no tienen otra intención que poner de manifiesto los problemas que pueden plantearse en relación con la institución, que al ser cada vez más utilizada en la práctica, será objeto de análisis pormenorizado por los Tribunales y de la DGRN.

De todas formas será el tiempo el encargado de señalar si la modificación y su corrección por los Tribunales ha sido correcta, o no, y si es necesario proceder a una mayor regulación de la Institución.

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
 Doctora en Derecho
 Profesora de la UCM