

Derecho de vuelo

El derecho de sobre y subedificación

El artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario regula el derecho que describe como de elevar una o más plantas sobre un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo haciendo propias las edificaciones resultantes. Dicho derecho no recibe una denominación única, siendo, a veces, llamado derecho de vuelo, y otras, derecho de sobre o subedificación. De ese último modo lo califica la Compilación navarra, por ejemplo, y quizá sea, como señala JUAN PABLO RUANO (1), el modo de hablar más exacto, pues permite diferenciarlo tanto del derecho de superficie como del derecho de vuelo sobre fincas rústicas que regulan el artículo 30 del Reglamento Hipotecario o la Ley de Montes. En atención a esa mayor exactitud se ha escogido el título de estas líneas; pero en ellas, en mor de la brevedad, se hablará de derecho de vuelo.

Lo primero que hay que afirmar es que la regulación que del derecho de vuelo hace el Reglamento Hipotecario es insuficiente y que deja muchos cabos por atar. Posteriormente la Compilación de Derecho civil de Navarra en sus leyes 435 a 444 reguló ese mismo derecho para su ámbito de aplicación; y si en ella la regulación es más minuciosa y el rango de la norma es el de Ley, lo que es restringido es el ámbito de aplicación.

Lo segundo que hay que señalar es que el objeto de las líneas que siguen no es el de hacer un examen exhaustivo de todas las cuestiones que alrededor del derecho de vuelo pueden plantearse, sino el hablar de algunas de ellas que en mi experiencia profesional se han planteado. Sin embargo, como paso previo, será imprescindible el hacer un examen lo más somero posible, primero, de lo que el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario dice, y luego, de lo que acerca de su naturaleza jurídica de ese derecho puede decirse —y de lo que se ha dicho— por la doctrina científica.

(1) JUAN PABLO RUANO, "Comentario a la Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 1986", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, mayo-junio 1986.

El artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario dice del derecho de vuelo:

1. Que es un derecho cuyo contenido consiste en elevar una o más plantas sobre un edificio o en realizar construcciones en su subsuelo.
2. Que es un derecho que desemboca en un derecho de propiedad, pues quien lo ejercita hace suyas las edificaciones resultantes.
3. Que tal derecho no es un derecho de superficie. Y no hay que olvidar que éste es un derecho a construir edificios en suelo ajeno o de levantar construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo su suelo que da lugar a una propiedad separada de carácter temporal.
4. Que se puede constituir, bien reservándose ese derecho el propietario al enajenar todo o parte de la finca o bien transmitiendo ese derecho a un tercero.
5. Que dicho derecho es inscribible, sin que, sin embargo, sea su inscripción constitutiva.
6. Que en la inscripción se harán constar las circunstancias que el propio artículo 16.2 indica y que no vamos ahora a reiterar.

Veamos, haciendo un análisis del precepto, qué es lo que puede decirse:

I. RESPECTO DE SU NATURALEZA

Se han sostenido acerca de ese punto tres tesis en la doctrina:

1. La que entiende que *es un derecho real limitativo del dominio*, tesis sostenida por VENTURA TRAVESET (2), FUENTES LOJO (3) o CAMY (4). Dentro de estos autores hay quienes lo configuran como un puro derecho de superficie y quienes lo caracterizan como un derecho real *sui generis* distinto de la superficie.
2. La que piensa que no se trata de un derecho real limitativo del dominio, sino de *un verdadero dominio*, un verdadero derecho de propiedad que recae *sobre el espacio aéreo de una finca* perteneciente al menos en parte a distinto titular, doctrina sostenida por SOTO BISQUERT. Si bien el mismo autor indica que construcción doctrinal sobre el derecho de vuelo no cabe en los límites del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, que, dice, "se ha quedado corto, cortísimo", a la hora de regularlo (5).

(2) VENTURA TRAVESET, *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, Barcelona, 1963.

(3) FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1978.

(4) BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1983.

(5) ANTONIO SOTO BISQUERT, "El derecho de vuelo", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, pág. 923.

3. La tesis sostenida por ROCA SASTRE (6) y LA RICA (7), que habla de *dos fases en la vida de ese derecho*: una primera, en la que hay un derecho de construir sobre cosa ajena, y otra, segunda, en la que hay un derecho de propiedad en régimen de propiedad horizontal sobre las edificaciones realizadas.

Configurado como un derecho real en cosa ajena y de acuerdo con esa calificación y con la descripción reglamentaria del derecho de vuelo, pueden hacerse las siguientes afirmaciones:

- a) Que es un verdadero derecho real o, si se quiere, con trascendencia real en cuanto que implica para su titular la posibilidad de actuar directamente sobre la cosa gravada por el derecho, quedando manifestado ese carácter real en su inscribibilidad.
- b) Que es un derecho real que no implica —mientras está pendiente de ejercicio— un contacto posesorio de la cosa. Lo cual hace que su publicidad registral adquiera singular importancia. Si bien su inscripción no tiene, al contrario que en el derecho de superficie, carácter constitutivo.
- c) Que es un derecho real que implica una vocación al dominio en cuanto quien lo ejercita construyendo hace suyas —es decir, adquiere la **propiedad**— las edificaciones resultantes. Y no sólo las edificaciones resultantes, sino, con ellas, una cuota de los elementos comunes que existirán entre esas nuevas construcciones y las preexistentes. Sin olvidar que entre esos elementos comunes está el solar sobre el que se levanta la edificación, de tal manera que la misma constitución del derecho de vuelo supone la preparación de la transmisión de una cuota del solar; y el ejercicio del derecho de vuelo supone la efectiva transmisión de tal cuota.
- d) Que esa vocación al dominio es, por consiguiente, una vocación al condominio entre el titular de las edificaciones preexistentes y el de las nuevas construcciones realizadas.
- e) Que ese condominio al que el derecho de vuelo se encamina no es un condominio cualquiera, sino un régimen de propiedad horizontal.
- f) Que es un derecho real en cosa ajena y por eso se constituye, como dice el artículo 16, bien por vía de reserva al enajenar todo o parte de la cosa, bien por vía de transmisión del mismo derecho.
- g) Que de entre los tres tipos de derechos reales que se suelen admitir

(6) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona.

(7) LA RICA, *Comentarios a las reformas del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959.

por la doctrina —derechos reales de goce, de garantía o de adquisición—, el derecho real de vuelo debe ser clasificado como de estos últimos en cuanto su ejercicio supone el acceso a la propiedad de lo construido. Se trataría, pues, de un derecho real de adquisición. En ese sentido es relevante cómo, por ejemplo, a la hora de estudiar las consecuencias de la hipotecabilidad indudable del derecho de vuelo, incluso un autor como SOTO BISQUERT, que ya hemos visto que sostiene que el vuelo es verdadero dominio, recurre al párrafo 8 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria —que regula la hipoteca del derecho de retracto convencional— para sostener la subrogación real de lo edificado en el lugar del derecho de vuelo (8).

Es ese dato fundamental de que el derecho de vuelo implique una vocación al dominio el que hace que la doctrina bascule, como hemos visto, entre considerarlo como un verdadero dominio o entender que es un derecho real. Aviva el debate el que tanto el Reglamento Hipotecario como la Compilación navarra no se inclinan ni por una ni por otra postura, sino que ambas contienen datos para apoyar las dos. Es fundamental a estos efectos el tema del plazo de duración del derecho de vuelo: a este respecto el Reglamento Hipotecario guarda silencio y la Compilación navarra admite expresamente que —éste y otros derechos— puedan constituirse a tiempo determinado o a perpetuidad, presumiendo esto último si no se dispone lo contrario. Lo cual es poco coherente con un derecho real en cosa ajena y más adecuado para un verdadero dominio.

Vamos a dejar ahora formuladas algunas preguntas que se derivan de la caracterización que hemos hecho del derecho de vuelo y que luego intentaremos responder:

1. ¿Es necesario, para una adecuada constitución del derecho de vuelo, que su ejercicio esté sujeto a un plazo?
2. ¿Es admisible la constitución del derecho de vuelo por otros títulos distintos de los de enajenación o reserva que contempla el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario?
3. ¿Cabe un derecho de vuelo sobre finca propia?
4. ¿Cabe la utilización del derecho de vuelo como camino hacia figuras distintas de la propiedad horizontal pero análogas a ésta, como pueden ser las figuras de propiedad horizontal tumbada o similares que tratan de organizar los regímenes de comunidad que surgen en el ámbito de las urbanizaciones privadas?

(8) SOTO BISQUERT, *ob. cit.*

5. El artículo del Reglamento Hipotecario habla del derecho de vuelo como de un derecho que recae sobre un edificio. Ahora bien, ¿cabe que el derecho de que tratamos se constituya sobre fincas no edificadas, es decir, sobre simple suelo?

II. RESPECTO DE SU CONTENIDO

Ya ha quedado visto cuál es el contenido del derecho de vuelo y cómo éste consiste —en la definición reglamentaria— en el derecho a construir sobre o bajo el edificio de otro haciendo propia la edificación resultante.

Pero también aquí caben plantearse varias preguntas a las que, ahora ya sí, y antes de entrar en las que hemos dejado pendientes, intentaremos ir dando respuesta.

1. Una primera cuestión es la de si cabe constituir el derecho de vuelo en esos tan inconcretos términos que el artículo del Reglamento Hipotecario utiliza. Es decir, si se puede constituir —y pretender que se inscriba— el derecho de elevar "una o más plantas sobre o el de realizar construcciones bajo el suelo de un edificio", así, sin más precisiones.

Hay que responder que pactar un derecho así implica una indeterminación esencial y que debe exigirse que en el título constitutivo se concrete qué es lo que faculta para construir el derecho: si una, dos o tres plantas; si uno, dos o tres sótanos, sin que quepa la utilización indeterminada del término "varios" que emplea el precepto reglamentario. Y nada obsta a esta interpretación el que el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario utilice esa terminología, pues concebido el artículo para encuadrar todos los casos posibles, no podía utilizar otra. En apoyo de ese criterio puede citarse el párrafo 1 del propio artículo 16, que aunque se refiere al derecho de superficie creo que puede aplicarse analógicamente, y que en su letra c) exige concretar las "características generales de la edificación".

Tampoco es admisible —porque implicaría igualmente indeterminación esencial del contenido del derecho que se constituye— la remisión a "lo que dispongan las Ordenanzas municipales". Esta técnica ha sido empleada con demasiada frecuencia y a su través han accedido al Registro derechos de vuelo que, de hecho, no se extinguen nunca, pues constituido un derecho así —para construir lo que las Ordenanzas municipales permitan— resulta que su ejercicio no implica su extinción, habida cuenta de que las Ordenanzas municipales pueden decir hoy una cosa y mañana otra.

En ese mismo sentido se manifiesta VENTURA TRAVESET (9), que cita, entre otros argumentos, el de que encaminándose el derecho de vuelo a la

(9) VENTURA TRAVESET, *ob. cit.*

construcción en el espacio aéreo para desembocar en una propiedad horizontal y siendo el primer elemento de ésta con arreglo al artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal el derecho singular y exclusivo sobre un espacio "suficientemente delimitado", es imprescindible que esa suficiente delimitación abarque también a aquel espacio aéreo sobre el que va a realizarse la construcción para la que faculta el derecho de vuelo.

La Compilación navarra dedica a este tema la Ley 437, que indica que: "El titular puede construir el número de plantas que el título hubiere fijado." Y añade que: "En defecto de determinación se entenderá autorizado para construir cuantas fueren posibles, sin más limitaciones que las administrativas y las que imponga la seguridad del inmueble." Y que: "Salvo pacto en contrario, quedarán extinguidos estos derechos una vez terminada la construcción realizada en ejercicio de los mismos."

Y en la Ley 438 establece que: "Las limitaciones administrativas que impidan al titular del derecho su ejercicio total o parcial, salvo pacto en contrario, no extinguirán este derecho."

La regulación de la Compilación navarra es censurable en cuanto que supone la remisión al ordenamiento urbanístico para determinar —aunque sólo sea subsidiariamente— el contenido de un derecho. Ello puede dar lugar a numerosos problemas. Así, por ejemplo:

- La Ley 438, combinada con la 437, vendría a decir tanto como que si en el título de constitución no se hubiese designado el contenido exacto del derecho, este derecho tendría un contenido ilimitado o sólo limitado por la seguridad del edificio. Naturalmente que esto es absurdo, pues, de una parte, las limitaciones administrativas definirían los límites del derecho, de tal manera que el ejercicio de éste hasta el máximo de esos límites supondría su extinción; y, de otra parte, resultaría que el derecho no se extinguiría nunca, porque las limitaciones administrativas no extinguen el derecho, como se ha visto que dispone la Ley 438. Lo que hay que entender es que las limitaciones administrativas a que se refiere la Ley 437 son distintas de aquellas que menciona la 438: las primeras serían aquellas que configuran el derecho en caso de no existir delimitación contractual del mismo; las segundas son aquellas que, existiendo delimitación contractual, impiden el pleno ejercicio del derecho pactado. Dicho con un ejemplo: si en el contrato se ha pactado la posibilidad de levantar cuatro plantas y las normas urbanísticas vigentes no permiten de momento más que dos, el derecho no se extingue cuando se construyan las dos que ahora son posibles.
- No es tampoco problema menor el de concretar el momento en que hay que fijarse en el ordenamiento urbanístico para delimitar el

contenido del derecho de vuelo cuando éste no ha sido delimitado contractualmente. ¿Ese contenido será el que las normas urbanísticas indiquen en el momento de la constitución del derecho de vuelo, o en el momento de la petición de la licencia para hacer la edificación, o en el momento del comienzo de las obras, o en el momento de su terminación?

Hay que concluir, pues, diciendo que la regulación de la Compilación navarra es en este punto digna de censura y que, más allá de su ámbito de aplicación, no puede admitirse la constitución de un derecho de vuelo cuyo contenido no esté delimitado.

Y pasando ahora del ámbito puramente civil al hipotecario, hay que añadir que, salvo en el ámbito de aplicación de la Compilación navarra, no es inscribible un derecho real de vuelo de contenido indeterminado, ya sea con la indeterminación absoluta que supone emplear el término "varias" plantas, ya con la relativa que supone la remisión a las Ordenanzas municipales. Y ello en virtud del principio de especialidad que exige la determinación de los derechos que se inscriben, pero también como consecuencia del principio de publicidad que lleva a rechazar la determinación indirecta del contenido del derecho mediante la remisión a las Ordenanzas, pues la publicidad del Registro debe ser total y sus efectos extenderse a lo que sus libros publican y no a lo que consta en otros lugares, aunque éstos sean normas jurídicas de obligado cumplimiento, como es el caso de la planificación urbanística.

Con relación a esto queda sólo, primero, censurar a la redacción del actual artículo 16, que debió exigir expresamente el que el título de constitución del derecho de vuelo determinase su contenido y, segundo, recordar que, según indica CHICO ORTIZ (10), en los estudios previos para el nuevo texto del Reglamento Hipotecario se prevé el que al constituir el derecho de vuelo se determine "el número concreto de plantas que el titular de este derecho pueda construir, superficie y alturas máximas y demás características que determinen la extensión del derecho que se inscribe".

2. Continuando con el examen del contenido del derecho de vuelo, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario exige que en la inscripción, y por consiguiente en el título, se hagan constar "las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos o gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación". En este punto hay una clara discordancia entre el Reglamento Hipotecario y la Compilación navarra, pues ésta admite en su Ley 439 que en el título constitutivo no se hubieren deter-

(10) CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, Madrid, 1981.

minado ni las cuotas ni tampoco ningún procedimiento para su determinación. También en admitir esta posibilidad es la norma navarra criticable.

Se exige sólo eso que el precepto dice. No es necesario, pues, que se contenga indicación alguna acerca de la repercusión que la, por así decir, "entrada en vigor" de las cuotas de las nuevas construcciones va a tener en cada una de las cuotas ya existentes de la propiedad horizontal. Ahora bien, es evidente que a falta de previsión acerca de esa repercusión en el título constitutivo del dercho de vuelo, al acto de formalización de la nueva propiedad horizontal resultante deberán concurrir, al menos, los titulares de los departamentos cuyas cuotas hayan sido objeto de modificación.

El Reglamento Hipotecario indica asimismo que en vez de cuáles son las cuotas que corresponderán a las nuevas plantas se indiquen "las normas que se establezcan para su determinación". El artículo reglamentario es aquí, como en otros puntos, poco concreto. Y ello permite que esas normas puedan ser desde *normas de contenido*, por ejemplo, los criterios objetivos que se utilizarán para fijar las cuotas en cuestión, hasta *normas procedimentales*, por ejemplo, el establecimiento de un trámite de fijación unilateral de las cuotas por parte del titular del derecho de vuelo, con notificación a los propietarios de los demás predios, etc.

Cabe en toda esta materia hacer una precisión y una advertencia. La precisión, que las cuotas a que el artículo del Reglamento se refiere son cuotas que tendrán las nuevas plantas y no son cuotas del derecho de vuelo, que como tal y mientras continúe siéndolo, mientras no sea ejercitado, no tiene cuota alguna; naturalmente que en contra de esta opinión militarán quienes, como SOTO BISQUERT, entienden que el vuelo es un verdadero dominio. La advertencia, que en toda esta materia hay que formular la regla de que a menor determinación en el momento de constituirse el derecho de vuelo habrá una mayor complicación a la hora de su ejercicio; cuanto menos esté concretado el contenido del derecho de vuelo y las repercusiones que su ejercicio tendrá en los derechos de los demás interesados, mayor intervención de éstos será necesaria para ese ejercicio o, al menos, para la formalización documental de ese ejercicio mediante la correspondiente declaración de obra nueva. A este respecto la Compilación navarra indica en su Ley 439.2 que "cuando las cuotas sobre los elementos comunes no se hubieran establecido en el título ni se hubiere fijado el procedimiento para determinarlas, se requerirá el consentimiento de todos los propietarios del inmueble".

La DGRN, en su Resolución de 7 de abril de 1970, establece la doctrina de que cuando no se hayan determinado en el título las cuotas de las nuevas plantas deben existir reglas de las que esas cuotas se deduzcan de forma indubitada, "evitando así —dice— que la modificación del título constitutivo (de la propiedad horizontal) sea un acto unilateral y arbitrario".

III. RESPECTO DE SU EJERCICIO

Lo que acabamos de decir enlaza con el tema del ejercicio del derecho de vuelo. Al tratarse de un derecho real que otorga a su titular la facultad de actuar directamente, sin intermediarios, sobre la cosa, quien detenta el derecho de vuelo podrá ejercitarlo por sí solo construyendo las nuevas plantas; la obligación que compete al dueño o dueños de la finca gravada con el derecho de vuelo es la de abstenerse de poner obstáculos a la realización de las nuevas construcciones. Sin embargo, el dato de que el derecho real de vuelo implique una vocación al condominio y todo lo que hemos dicho antes en cuanto a la mayor o menor determinabilidad en el título constitutivo de las repercusiones que el ejercicio de vuelo tendrá para los propietarios por él gravados puede dar lugar a casos en que sea necesaria la colaboración activa de éstos en los actos en que se documente el ejercicio del vuelo. Actos que serán siempre o un título constitutivo o un título modificativo de una propiedad horizontal. Ya hemos visto lo que al respecto dispone la Ley 439 de la Compilación navarra.

Conviene aquí distinguir varios supuestos:

1. DERECHO DE VUELO SOBRE UN EDIFICIO QUE NO ESTÁ CONSTITUIDO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

En este caso el ejercicio del derecho de vuelo implica el nacimiento de una propiedad horizontal:

- Si en el título del derecho de vuelo estaba determinada la cuota que correspondería a las nuevas construcciones, no será necesaria para otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal la comparecencia del titular del edificio preexistente gravado.
- Si no se habían determinado las cuotas de las nuevas edificaciones, sino que sólo se habían dictado las normas para su determinación, la necesidad de comparecencia o no del titular gravado dependerá de cuáles hayan sido aquellas normas. Creo que sólo podrá excluirse esa comparecencia cuando las normas lleven de forma matemática e indudable a unas cuotas o cuando las normas hayan sido de carácter procedimental y en el procedimiento fijado haya sido, en algún modo, personal y fehacientemente citado el propietario del edificio preexistente.
- Todavía hay un tercer caso en que será necesaria la comparecencia del titular del edificio preexistente, y es cuando dicho edificio preexistente dé lugar él mismo no a uno, sino a varios departamentos

independientes en la nueva propiedad horizontal. Pero en ese supuesto la comparecencia del titular gravado por el vuelo no es tanto consecuencia del ejercicio de éste como de la división horizontal de la edificación preexistente que se realiza.

2. DERECHO DE VUELO SOBRE UN EDIFICIO PREVIAMENTE CONSTITUIDO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

En este caso a lo que el ejercicio del derecho de vuelo dará lugar es a *una modificación de la propiedad horizontal*. Y el tema clave es si en el título de constitución del vuelo quedó determinada no sólo la cuota de las nuevas construcciones, sino la repercusión que la "entrada en vigor" de tal cuota tendría sobre los departamentos privativos de la propiedad horizontal preexistente. Tanto en este caso como en el caso de que las normas que se hayan prefijado la hagan innecesaria, puede excluirse la intervención de los propietarios gravados en el título modificativo de la propiedad horizontal.

Ahora bien, *lo que no puede admitirse es una exclusión, por así decirlo, "voluntarista"* del tipo de, por ejemplo, establecer que por el mero hecho del otorgamiento del título constitutivo del vuelo o por la compra de una de las entidades registralmente gravadas con éste hay que entender que dichos propietarios de entidades preexistentes han concedido poder al titular del derecho de vuelo para "modificar" de la manera que tengan por conveniente las cuotas de sus propios departamentos. Un pacto de esas características tiene, como es evidente, el carácter de un apoderamiento y, en consecuencia, puede admitirse que tenga efectos entre las partes —poderantes y apoderado—, pero no que pase a formar parte (mediante su inclusión en el título constitutivo de un derecho real y mediante la inscripción en el Registro) del "estatuto real" de la finca.

De un pacto así trató la Resolución de la DGRN de 7 de abril de 1970, que ya antes se ha citado. En ella la DG indica, en primer lugar, que "el artículo 16 del Reglamento Hipotecario debe interpretarse en forma conjunta con los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal..., por lo que será necesario que si no se hacen constar las nuevas cuotas, sí al menos existan reglas de las que se deduzcan aquellas de forma indubitada, evitando así que la modificación del título constitutivo sea un acto unilateral y arbitrario..." A continuación, respecto de la cláusula de los Estatutos de la propiedad horizontal que se constituía por la que se establecía que el titular del derecho de vuelo se entenderá investido de amplios poderes de los titulares de los predios preexistentes para modificar las cuotas de éstos (cuyos poderes se entenderán otorgados por el hecho de la adquisición de los mismos y de la aceptación de los Estatutos de propiedad horizontal de que dicha

cláusula forma parte), indica la DGRN que esa cláusula debe entenderse como un poder y como un poder revocable mientras no se establezca lo contrario, sin entrar, dice expresamente, en el estudio de si tales poderes podrían configurarse como irrevocables; y que, por consiguiente, la modificación de la propiedad horizontal que se deriva del ejercicio del derecho de vuelo debe hacerse por el titular de éste en nombre propio y en representación de los demás propietarios afectados cuyos poderes estén vigentes.

Ahora bien, si a la cláusula de apoderamiento no hay que darle más valor que un apoderamiento, hay que concluir que no tiene trascendencia real y que por consiguiente no puede, como ha quedado indicado antes, formar parte del estatuto real de la finca. La cláusula, pues, no puede acceder al Registro y opino que tampoco puede hacerlo formando parte de los Estatutos de una propiedad horizontal, como en el caso que contemplaba la Resolución comentada: la Dirección General aceptó ese acceso al Registro de tal apoderamiento, y en ese punto creo que la doctrina de aquella Resolución es censurable. Por lo que se refiere a la posible irrevocabilidad del poder que la DG indica expresamente que no entra a estudiar, creo que esa irrevocabilidad sería sólo admisible con efectos entre partes, pero no si se establece dentro de los estatutos, que justamente se dirigen a los terceros futuros adquirentes, y para cuya reforma es necesario el consentimiento unánime de todos los propietarios: no puede admitirse que el comprador de uno de los departamentos tenga, por el solo hecho de su compra, que otorgar poder irrevocable a otra persona para que éste modifique su cuota de participación; y no puede admitirse porque ello sería una burla del principio de unanimidad que para las modificaciones estatutarias establece el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal; por la misma regla de tres se podría admitir la inclusión de un poder irrevocable de esas características en favor del promotor del edificio para que éste pueda modificar las cuotas o convertir elementos comunes en privativos, etc., aunque no haya derecho de vuelo.

IV. RESPECTO DE LA INSCRIPCIÓN

Está regulada en el mismo artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario. Y no es una inscripción constitutiva.

La inscripción se practicará, lógicamente, en el folio del edificio sobre el que se constituye. Caso de que este edificio esté previamente constituido en propiedad horizontal, la inscripción del derecho de vuelo se practicará en el folio de la finca matriz, con notas de referencia en los folios de los departamentos privativos. Cuando la construcción sea realizada y nazca o bien la propiedad horizontal o bien los nuevos departamentos de ella, éstos

o todos los que integren el edificio pasarán a los correspondientes folios independientes.

A lo que no puede procederse en ningún caso es a la apertura de un folio independiente para el propio derecho de vuelo, pues éste no tiene, mientras no haya sido ejercitado y realizadas las nuevas construcciones, cuota de copropiedad ninguna en la finca sobre la que recae. En el fondo, con la inscripción del derecho real de vuelo, puede decirse que estamos en un caso particular de *la inscripción de los pisos meramente proyectados* que contempla el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, cuya inscripción, dispone este precepto, se hará en la inscripción del solar o del edificio en su conjunto, sin que proceda abrir folio separado.

Esta es la tesis que sostienen autores como ROCA SASTRE (11) o CAMY (12). En sentido contrario se manifiesta SOTO BISQUERT (13) como es lógico, dada su concepción del derecho de vuelo como un verdadero derecho de propiedad sobre el espacio aéreo, a cuyo derecho le corresponde desde ahora una cuota de participación en los elementos comunes. Coherentemente con ello, sostiene que el derecho de vuelo tenga, en cuanto a su inscripción, el mismo régimen que cualquier departamento de la propiedad horizontal.

V. RESPECTO DE SU EXTINCIÓN

El derecho de vuelo se extingue:

1. POR su EJERCICIO

En cuyo caso el derecho de vuelo como tal desaparece y en su lugar surge un auténtico derecho de propiedad sobre lo edificado, sujeta dicha propiedad al régimen de propiedad horizontal.

Ya han quedado comentados antes suficientemente los problemas que en orden a concretar cuándo el derecho de vuelo ha quedado extinguido por su ejercicio pueden derivarse de una insuficiente delimitación de su contenido a la hora de ser constituido, así como lo que al respecto prevé la Compilación de Navarra.

(11) ROCA SASTRE, *ob. cit.*

(12) CAMY, *ob. cit.*

(13) SOTO BISQUERT, *ob. cit.*

2. POR TRANSCURSO DEL PLAZO QUE SE HAYA FIJADO PARA EL EJERCICIO
SIN QUE LA EDIFICACIÓN SE HAYA REALIZADO

De la necesidad o no de fijar plazo para el derecho de vuelo hablaremos enseguida. Esa extinción por el no ejercicio durante el plazo fijado es un caso de caducidad del derecho.

3. POR PRESCRIPCIÓN

LA RICA (14) dice que el derecho de vuelo no puede admitirse que sea perpetuo e imprescriptible y que ha de entenderse que prescribe y se extingue caso de no haber sido ejercitado durante el tiempo que señala para los derechos reales inmobiliarios el Código Civil, o sea, treinta años o menos, caso de que el derecho haya sido perjudicado por una prescripción adquisitiva de plazo menor (art. 193 CC). Naturalmente, hay que hacer la salvedad de que se hubiese señalado un plazo mayor para su ejercicio en el título de constitución.

SOTO BISQUERT (15) señala que la mera no construcción de las nuevas plantas durante aquellos plazos no debe dar lugar a la aplicación de la prescripción extintiva: ello es consecuencia de la doctrina de este autor, que concibe al derecho de vuelo como propiedad sobre el espacio aéreo no necesariamente encaminada a construir.

Vamos ahora a tratar de hilvanar respuestas a aquellas preguntas que hemos dejado sólo formuladas a lo largo de la anterior exposición.

1) *Respecto de la constitución del derecho de vuelo*

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario habla del derecho de vuelo que se reserva el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o del derecho de vuelo que el propietario de la finca transmite a un tercero.

Habíamos dejado planteada la pregunta de, primero, si cabe constituir el derecho de vuelo por vías distintas de esas, de enajenación o reserva, que el artículo del Reglamento contempla, y, segundo, la de si se podría hablar de un derecho de vuelo sobre finca propia. Una y otra pregunta están conectadas y se relacionan con otra más: la de si puede constituirse el derecho de vuelo en el momento de dividir el edificio horizontalmente aunque éste pertenezca a un único propietario.

(14) LA RICA, *ob. cit.*

(15) SOTO BISQUERT, *ob. cit.*

Creo que a esta última pregunta, y de rebote a las dos primeras, hay que contestar afirmativamente. En efecto, en contra podría alegarse que se produce entonces la figura de un derecho gravando una cosa propia. Pero en favor de esa posibilidad hay que señalar:

- que también cuando alguien divide horizontalmente la finca de la que es único propietario se produce la extraña figura de un régimen de comunidad especial con propietario único;
- que al fin el derecho de vuelo se encamina hacia la propiedad horizontal y si existiendo propietario único la Ley permite ésta, no se puede negar la posibilidad de aquél; y que no hay ningún precepto que condicione la constitución del régimen de propiedad horizontal a la existencia de varios propietarios;
- que, por otra parte, tanto quien divide horizontalmente una finca de la que es propietario único como quien constituye sobre ella y en favor propio un derecho de vuelo lo hace con vistas a la enajenación, bien de alguno de los departamentos de la finca, bien del derecho que se constituye;
- que finalmente, la posibilidad de que hablamos fue admitida sin paliativos por la Resolución de la DGRN de 7 de abril de 1970 antes citada.

Más extraña podría resultar la posibilidad de que el propietario único de una finca constituyese sobre ella derecho de vuelo en favor de sí mismo sin enajenar ni la finca ni la parte de ella, ni tampoco el derecho de vuelo y sin constituir tampoco a la finca en régimen de propiedad horizontal. Ahora bien, creo que siendo admisible el derecho de vuelo sobre finca propia para el caso de finca constituida en régimen de propiedad horizontal, no cabe rechazarlo para este otro supuesto. Ello sería tanto como hacer depender la posibilidad o no de constituir el derecho de vuelo de la susceptibilidad o no previa de la finca para poder ser constituida en régimen de propiedad horizontal: el propietario de una finca con dos departamentos podría, dividiéndola horizontalmente y sin realizar enajenación alguna, constituir en favor propio el derecho de sobreelevación, pero no podría hacerlo si la finca tuviese un único departamento. También, por otra parte, en este caso de finca no dividida horizontalmente el derecho de vuelo se encamina a la constitución de una propiedad horizontal en el que, como acabamos de indicar, la existencia de una pluralidad de propietarios no es requisito imprescindible.

Por último, y para el caso de que se quisiesen, por así decir, "salvar las formas", siempre cabe la posibilidad de constituir el derecho de vuelo en favor propio y sobre la propia finca, sujeto a la condición suspensiva de que o bien la finca gravada o bien el derecho de vuelo hayan pasado a ser de

una titularidad distinta, con arreglo a la fórmula que a mi modo de ver, con un formalismo exagerado, se utiliza con frecuencia para las servidumbres prediales.

Por lo que respecta a la Resolución de 7 de abril de 1970, que ya antes hemos parcialmente comentado, conviene hacer aquí una precisión más. En ella se admite la inscripción del derecho de vuelo que en favor propio constituye el propietario único de una finca en el momento de dividirla horizontalmente. El dato en que ahora interesa fijarse es en el de que dicho derecho de vuelo se incluye, en el supuesto de hecho de la Resolución, en un precepto de los Estatutos. Lo cual es bastante extraño, tan extraño como sería que se incluyese como una parte de los Estatutos cualquier otro derecho real susceptible de inscripción independiente: por ejemplo, una hipoteca. Creo que la forma correcta de redactar la escritura y de practicar la inscripción es "sacar" el derecho de vuelo de los Estatutos: el derecho de vuelo, como cualquier otro que acceda al Registro, exige acta de inscripción propia. En el caso concreto de la Resolución de la DGRN no había, sin embargo, y a pesar de las apariencias, problema, pues el propio precepto estatutario prevenía que el derecho se inscribiese en favor de la entidad promotora.

2) *Respecto de la sujeción del derecho real de vuelo a plazo*

En cuanto a ese asunto, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario no incluye entre las circunstancias de la inscripción del derecho de vuelo el plazo en que dicho derecho deba ser ejercitado. Y la Compilación de Navarra establece en su Ley 428 que el derecho de sobre o subedificación "podrá establecerse a tiempo determinado o a perpetuidad, presumiéndose esto último si no se dispone lo contrario", y que dicho derecho "será inscribible en el Registro aunque no se determinen los elementos accidentales como plazo de iniciación o terminación".

Parece, pues, que ninguno de esos preceptos pone obstáculos a la existencia de un derecho de vuelo que no esté sujeto a plazo, es decir, de carácter perpetuo. Y sin embargo un tal derecho real sobre cosa ajena repugna a los principios generales de nuestro ordenamiento, que quieren una propiedad como regla general libre y unos derechos reales que la graven, delimitados tanto en su contenido como en cuanto a su duración. En esa dirección de poner límite temporal a los gravámenes van:

- el artículo 781 del Código Civil y los paralelos de la Compilación de Cataluña sobre sustituciones fideicomisarias;
- los que establecen la redimibilidad de los censos, tanto en el Código Civil como en la Ley de Censos de Cataluña;

- el artículo 515 del Código Civil sobre usufructo en favor de personas jurídicas;
- el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, que para la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas exige determinar la fecha o evento que ponga fin a la obligación garantizada;
- el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, que para el derecho de superficie exige en su número 1, en la letra A) que en el título de constitución se determine el plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de cincuenta años, y en la letra C) el plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años;
- el artículo 30 del Reglamento Hipotecario, que para el derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas o superficie rústica establece que debe determinarse la duración del derecho;
- el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976, que en su artículo 173 establece un plazo máximo de setenta y cinco años para el derecho de superficie concedido por el Estado y demás personas públicas, y de noventa y nueve años para el convenio entre particulares;
- la Resolución de la DGRN de 8-V-1963, que indica literalmente que la inscripción de una anticresis para la que no se señalase plazo contradeciría el principio de especialidad y daría lugar a un gravamen inmobiliario de carácter indefinido que no autoriza nuestra legislación.

De hecho, se puede decir que en nuestro Derecho todos los derechos reales son limitados en el tiempo, salvo aquellos que —como se dice en el art. 13 LH de las servidumbres prediales— son cualidades de una finca. Estas servidumbres prediales —y otros derechos similares *propter rem* que han ido surgiendo como consecuencia de las nuevas formas de comunidad y de las vinculaciones entre fincas— son, desde luego, verdaderos derechos subjetivos que tienen por titular a un sujeto; lo peculiar de ellos es que ese sujeto no se determina directa, sino indirectamente, pues es titular de ellos quien resulte ser propietario de determinada finca. Y lo que ocurre —en lo que se refiere a su temporalidad— es que el carácter esencialmente perpetuo del dominio se "contagia" a esas titularidades que lo complementan y lo adornan.

Creo, pues, que hay que sostener la tesis de que el derecho de vuelo no ha de ser una excepción en nuestro ordenamiento y que por consiguiente debe constituirse sujeto a plazo: a un plazo dentro del que debe ejercitarse terminándose la construcción. En favor de esa postura hay, además de los señalados, otro argumento; y es el de que el derecho de vuelo no deja de

ser un derecho de carácter eminentemente transitorio que se dirige hacia esa fórmula especial de condominio que es el régimen de propiedad horizontal. Y sería contrario a esa su naturaleza transitoria el que no estuviese sujeto a un plazo de duración.

Contra la tesis de la sujeción del derecho de vuelo a plazo milita sin embargo, indudablemente, el silencio del Reglamento Hipotecario y la declaración explícita de la Compilación navarra. Ahora bien:

- en cuanto a la Compilación navarra, es dudosamente aplicable por analogía la norma que dicta a nuestro Derecho común, pues dicha Ley 428 engloba no sólo al derecho de sobre o subedificación, sino también al derecho de superficie; y para todos ellos declara la posibilidad de que se constituya a perpetuidad. Lo cual contradice la regulación que para el derecho de superficie hacen tanto el Reglamento Hipotecario como la Ley del Suelo. En ese sentido no se puede olvidar que, como ha indicado la Dirección General en su Resolución de 14 de mayo de 1984, el derecho de sobredificación regulado en la Compilación no es el mismo supuesto que el derecho regulado en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario;
- en cuanto a éste, al Reglamento Hipotecario su solo silencio creo que no es bastante para desvirtuar todo lo que llevamos dicho: primero, por el rango normativo del Reglamento, y segundo, porque un silencio no es una declaración expresa que pueda entenderse que contradiga lo que es un principio general de nuestro Derecho inmobiliario;
- y en cuanto a ambas, hay que decir que lo que quizá se halle en el fondo de la declaración de la Compilación de Navarra y del silencio del Reglamento —un silencio que, por cierto, sorprende más por encontrarse a renglón seguido de las explicitaciones que en cuanto a los plazos del derecho de superficie se hacen en su párrafo primero— sea una indecisión en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de vuelo: la misma indecisión que hemos visto en la doctrina, que duda entre configurarlo como un derecho de propiedad sobre el vuelo o como un derecho real sobre la finca. Parece, en efecto, a primera vista que si se configura el derecho de sobre o subedificación como un derecho real debe estar sujeto a plazo, mientras que si se configura como un dominio no es necesaria tal limitación. Sin embargo, tampoco esto es exacto; incluso considerando al derecho de vuelo como una verdadera propiedad separada que recae sobre el vuelo, habría que entender que esa separación entre las propiedades de suelo y vuelo no puede ser perpetua. Y habría que entenderlo así por aplicación analógica de las normas del derecho de superficie; en éste existe, en efecto, un primer plazo, que hay que señalar, durante

el cual debe realizarse la construcción; pero hay otro segundo plazo que también hay que pactar y para el que la Ley señala topes máximos, que es el de duración de la separación entre suelo y vuelo. En el derecho de sobre o subedificación hay sólo un primer plazo que señalar, aquel durante el cual puede realizarse la edificación; no existe plazo paralelo al segundo que acabamos de ver para la superficie, porque en esto justamente se diferencian uno y otro derecho: en que la propiedad superficiaria es temporal, mientras que la propiedad que se adquiere ejercitando el derecho de vuelo es una propiedad plena y de carácter perpetuo.

Igualmente podría alegarse, contra la exigencia de plazo para el derecho real de vuelo, el que podría burlarse tal exigencia con el fácil expediente de fijar un plazo desmesurado: un caso ha llegado a mis oídos en que ante la petición del Registrador de que se fijase plazo se fijó el de mil años. Sin embargo, tales plazos disparatados tampoco serían admisibles, pues hay normas, aquellas a las que hace un momento hemos aludido, que pueden resultar analógicamente aplicables con respecto a su duración y de las que puede deducirse la existencia de plazos máximos establecidos por la Ley para la duración del derecho. Desde luego, creo que en ningún caso podrá admitirse que se pacte que el plazo para realizar la edificación, es decir, el plazo de duración del vuelo exceda de los noventa y nueve años que recoge la Ley del Suelo para la superficie de más larga duración.

Hay que añadir finalmente, en cuanto a este punto, que, según indica CHICO ORTIZ (16), en los estudios previos realizados para la reforma del Reglamento Hipotecario se prevé exigir, al constituir este derecho, además de otras circunstancias, "el plazo para realizar la construcción, que no podrá exceder de diez años". Ello supondría un progreso sobre la imprecisa regulación actual, si bien, si se hace así, sin más precisiones, supondría también una contradicción con la previsión de la Compilación navarra de que pueda constituirse este derecho a perpetuidad; una contradicción, sin embargo, no menor que la que en la actualidad existe entre el Reglamento Hipotecario y la misma Compilación o la Ley del Suelo con relación al derecho de superficie y que, desde luego, debe resolverse en favor de la norma de mayor rango.

3) Otro tema que había quedado planteado es el de si puede constituirse el derecho de vuelo sobre fincas no edificadas.

En efecto, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario habla del derecho de vuelo dirigido a construir nuevas plantas sobre o bajo un edificio. Parece,

(16) CHICO Y ORTIZ, *ob. cit.*

pues, que la constitución de un derecho a construir sobre suelo sin edificar ajeno debe encauzarse a través del derecho de superficie.

Ahora bien, creo que, habida cuenta del principio de autonomía de la voluntad propio del ámbito del Derecho privado, del consiguiente sistema de *numerus apertus* que sigue nuestro ordenamiento en materia de derechos reales y con el precedente de la regulación del derecho de sobre o subedificación tanto en el Reglamento Hipotecario como en la Compilación de Navarra, no hay argumentos para negar la posible constitución de ese derecho a construir sobre suelo sin edificar ajeno como derecho diferente del de superficie. En efecto, tal derecho se diferenciaría del derecho de superficie porque en él:

- a) la propiedad sobre lo construido no sería temporal, sino perpetua;
- b) la realización de las nuevas construcciones implicaría la adquisición por parte de quien —con base en el derecho de que hablamos— las levanta de la totalidad o de una cuota de participación en el solar, lo cual lleva consigo que la propiedad sobre el suelo del titular gravado o bien desaparece o bien queda disminuida:
 - para este último caso será necesario que en el título constitutivo se prevea de qué modo se concreta esa cuota de participación, que ordinariamente irá vinculada a la propiedad de uno de los departamentos que sean resultantes de la división horizontal de lo edificado;
 - para el caso de que la propiedad del titular del solar desaparezca por el ejercicio del derecho de vuelo, todavía se puede constituir en su favor, y para ese momento, un derecho de sobrevuelo que le permitiría sobredificar en el futuro sobre lo que ahora se edifica.

SOTO BISQUERT (17) entiende que lo que es necesario no es tanto que la finca sobre la que el vuelo se constituye esté edificada como que se den los presupuestos de la propiedad horizontal que implica el vuelo. Y así, opina que si el propietario del suelo cede a otra persona el vuelo reservándose el sobrevuelo o el subsuelo o, en suma, produciéndose de manera que el presupuesto de la propiedad horizontal se realice, habrá un propio derecho de vuelo.

También FONT BOIX (18) y LA RICA (19) entienden que es imprescindible que la finca esté edificada.

(17) SOTO BISQUERT, *ob. cit.*

(18) FONT BOIX, "Derecho de vuelo y derecho de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal", en *Revista de Derecho Notarial*, núms. 57-58, 1967.

(19) LA RICA, *ob. cit.*

Sin embargo, ya MONET (20) se manifestó en favor de la posibilidad contraria y GERARDO MUÑOZ DE DIOS (21) la sostiene, viendo además en ella una buena fórmula para los contratos de aportación de solar a cambio de los futuros pisos. No es ahora el momento de estudiar ese contrato llamado "de aportación de solar", pero sí conviene recordar que el problema fundamental que en él se plantea es el de conseguir una fórmula jurídica equilibrada que satisfaga los intereses del propietario del solar y del promotor y que dote a ambos de suficientes garantías. En ese sentido la tradicional permuta del solar por los futuros pisos tiene la desventaja de que el propietario del solar se desprende ya de la propiedad de éste a cambio de cosas aún no existentes —los pisos futuros— y sobre las que, por consiguiente, no puede detentar ninguna titularidad registral. La fórmula de constitución de un derecho de vuelo sobre el solar en favor del promotor, al estilo de la que luego veremos contempla la Resolución de 5 de febrero de 1986, tiene la ventaja de que el propietario del solar no se desprende de éste, mientras que el promotor adquiere un derecho a construir cuyo ejercicio le hará adquirir el dominio de lo construido: un derecho por lo demás hipotecable, lo cual permitirá acceder al crédito para la financiación de las obras.

Pero volviendo al tema que nos ocupa —la posibilidad de un derecho de vuelo sobre finca sin edificar—, argumenta MUÑOZ DE DIOS (22) diciendo que:

1. No es lógico que quien es dueño de un solar sin edificar y quiere conceder un derecho de vuelo para construir en el subsuelo a otra persona tenga para poder hacerlo que edificar previamente. Parece más lógico que las construcciones del titular del vuelo en el subsuelo se hagan con el solar "pelado".
2. Que el artículo 16 del Reglamento no exige que las nuevas plantas que se autoriza a construir por el vuelo sean justamente las inmediatas a las existentes, sino que pueden ser otras proyectadas que se habrán de apoyar sobre las intermedias que aún no existen. Ahora bien, si no es necesario el soporte físico de la construcción que sería la última planta del edificio, ¿por qué no se puede conceder sobre el solar?
3. Si el artículo 8 de la Ley Hipotecaria permite la inscripción de la propiedad horizontal cuando el edificio esté meramente proyectado, bastando con que las obras estén comenzadas (y siendo comienzo de las obras, para muchos autores, la mera existencia del proyecto visado por el Colegio

(20) MONET Y ANTÓN, *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificios por construir*, Valencia, 1969.

(21) GERARDO MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Madrid, 1987.

(22) GERARDO MUÑOZ DE DIOS, *ob. cit.*

de Arquitectos y con la correspondiente licencia), ¿por qué se va a ser más rigorista en la situación transitoria que es el derecho de vuelo que en la final, que es la propiedad horizontal hacia la que aquel se encamina?

La DGRN se ha ocupado de esta cuestión en dos ocasiones:

- La Resolución de 14 de mayo de 1984 es, en mi opinión, muy interesante y en algunos aspectos también muy censurable: en ella el Centro Directivo admite la constitución de un derecho a construir bajo suelo ajeno no edificado, configurado ese derecho no con las características y los límites del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, sino como una servidumbre predial de carácter perpetuo. No es el momento de comentar dicha Resolución ahora, sino sólo de señalar que en uno de sus considerandos se dice que el supuesto de hecho del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario es el de la continuación hacia arriba o hacia abajo de un edificio ya construido. Ahora bien, si se admitió la constitución de una servidumbre de construir gravando a suelo no edificado, ¿por qué no admitir la constitución sobre ese mismo suelo no edificado de ese mismo derecho pero con los rasgos del artículo 16 del Reglamento, indudablemente más precisos y apropiados que los de una servidumbre predial?
- En la Resolución de 5 de febrero de 1986 se trataba de un solar: su dueño constituía en favor de un promotor el derecho de construir las dos plantas elevadas del futuro edificio de tres plantas; como contraprestación el promotor se obligaba a construir la planta baja; la adquisición del derecho de vuelo (referente, repito, a las dos últimas plantas) se sujetaba a la condición suspensiva de que se hubiese realizado la construcción de la planta baja. La Dirección General admite la figura, indicando que si es cierto que no existe aún la planta baja sobre la que ha de recaer la sobrelevación, es indudable también que no se constituye un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja.

Se puede afirmar, pues, que existe una tendencia jurisprudencial a admitir la constitución del derecho de vuelo sobre finca no edificada, si bien es cierto que nunca se ha planteado frontalmente la cuestión de que la letra del artículo 16 del Reglamento Hipotecario hable de construir sobre o bajo "un edificio".

4) *Un derecho análogo al de vuelo en las urbanizaciones privadas:
el derecho de determinar futuras parcelas privativas*

El último tema que trataremos es el de la utilización de la figura del derecho de vuelo para resolver problemas o satisfacer necesidades que se plantean en el ámbito de las urbanizaciones privadas.

Estas están, en sus aspectos de derecho privado, carentes de regulación. Con referencia a ellas dictó la DGRN su famosa Resolución de 2 de abril de 1980, tantas veces citada en documentos notariales, consagrando el acceso al Registro de dichas urbanizaciones a través de la fórmula de la propiedad tumbada o de otros regímenes de comunidad que no se especifican. El supuesto de hecho de la Resolución es, como dice uno de sus considerandos, el de aquellas urbanizaciones en que las diferentes edificaciones se encuentran adosadas unas a otras formando un único conjunto arquitectónico o bien el de aquellas otras en que cada edificio o parcela construida dentro de la urbanización constituye una unidad física independiente, existiendo o no entre las diversas edificaciones o parcelas elementos comunes. Estas situaciones se pueden ordenar, señalaba la Resolución de que hablamos, bien mediante el establecimiento de una red de servidumbres entre las fincas implicadas, bien mediante la regulación de un régimen de comunidad. Y como ejemplo de éste se pone por la DGRN el ejemplo de la que llama "propiedad horizontal tumbada". No es este el momento de estudiar este particular régimen: diremos únicamente que consiste en aplicar el principio fundamental de la propiedad horizontal (que es el que la propiedad de cada elemento privativo lleva consigo como anejo insparable una cuota de participación en los elementos comunes) a las urbanizaciones. A partir de ahí caben todo tipo de variantes. Y aunque tampoco es el momento de explicitar esas variantes, digamos por ejemplo:

- a) que esos elementos comunes pueden constituir fincas registrales independientes, en cuyo caso estaremos ante las titularidades *ob rem*, o no constituir fincas independientes, sino estar integradas en la finca matriz en que consta toda la urbanización, al modo de la propiedad horizontal clásica;
- b) que la propiedad del suelo de cada una de las parcelas edificables puede constituirse como elemento privativo o como elemento común de la urbanización;
- c) que el mismo carácter, bien de elemento privativo de cada parcela o bien de elemento común de la urbanización, puede darse al vuelo. Justamente en el caso de la Resolución de 2 de abril de 1980 se pactaba que el vuelo a partir de la tercera planta de cada parcela sería elemento común.

Al final la propiedad tumbada da origen —o, mejor, puede dar origen— a una especie de cascada de propiedades horizontales, de modo que cada departamento independiente será algo así como la última muñeca rusa de un juego de muñecas rusas y tendrá varias cuotas de participación, tantas como comunidades y subcomunidades se hayan establecido: una, en su portal; otra, en su edificio; otra, en su conjunto urbanístico; etc. Lo que importa es que en cada caso quede perfectamente determinado qué elementos patrimoniales pertenecen a cada una de las comunidades.

Pues bien, como ese régimen de propiedad tumbada está, como hemos dicho, calcado sobre los principios de la propiedad horizontal y como el derecho de vuelo es un derecho que se encamina hacia ésta, es por lo que es necesario plantear, si cabe, una figura análoga al vuelo en el ámbito de la propiedad tumbada. A lo cual hay que responder que sí por razones que ya hemos repetido con anterioridad para otros supuestos de "expansión del vuelo": primero, por el principio de autonomía de la voluntad; segundo, por el consiguiente sistema de *numerus apertus* en materia de derechos reales; tercero, por el principio de analogía del artículo 4 del Código Civil, del que ha nacido, al fin, la misma propiedad tumbada, y cuarto, porque existe una necesidad real del tráfico que el Ordenamiento jurídico no puede dejar de satisfacer. Otra cosa son los requisitos para la constitución y las características de ese peculiar derecho de vuelo; requisitos y características que por el mismo carácter analógico y falto de regulación legal —y en consecuencia proteico y versátil— de la propiedad tumbada será necesario elaborar doctrinalmente.

Pero veamos antes de nada cuál es esa necesidad del tráfico que, según acabamos de decir, ese derecho de vuelo vendría a satisfacer. En efecto, ocurre en esas urbanizaciones privadas que no siempre es posible a sus promotores el constituir el régimen de propiedad tumbada debidamente por la sencilla razón de que cuando —por causa de la financiación o de la venta— proceden a las primeras declaraciones de obra nueva aún no saben cómo ni cuándo, ni quizá dónde (dentro de la total finca) van a realizarse las edificaciones posteriores. Si en esas condiciones se admitiese la constitución de una propiedad tumbada ocurriría que los derechos de los primeros adquirentes quedarían totalmente indeterminados, pues lo estarían los elementos comunes de la urbanización. La fórmula de declarar elemento común todo lo que no está en la actualidad edificado y de, simultáneamente, en los Estatutos de la Urbanización consignar una cláusula de apoderamiento por la que todos los adquirentes facultan a la promotora para declarar obras nuevas, rectificar sus cuotas en los elementos comunes de la urbanización, etc., no es sino un disfraz de aquella misma indeterminación, y a dicha cláusula, además, no cabe otorgarle otro valor que el meramente personal que le da la Resolución de 7 de abril de 1970 que ya antes hemos

comentado, con los problemas que ello puede acarrear en caso de, por ejemplo, una revocación de dicho poder por parte de algún adquirente.

Esas urbanizaciones privadas que se van configurando sucesivamente deben encontrar en la analogía con el derecho de vuelo un instrumento adecuado, pues a lo que más se parecen es a un edificio que se ha ido levantando en varias fases.

Naturalmente que la casuística es inagotable y que no podemos entrar en ella. Con todo, sí conviene exponer cuáles deben ser las líneas generales de la práctica en estos casos:

1) Lo primero que es necesario definir es la finca matriz sobre la que se va a constituir el régimen de urbanización y de la que procederán todas las parcelas edificables en el futuro. En el momento de constituir la urbanización se deben definir asimismo aquellas parcelas que en el futuro vayan a ser edificadas y que ya se pueden describir hipotecariamente. Dichas parcelas tendrán un coeficiente de participación en los elementos comunes de la urbanización. Y en el Registro, aparte de la inscripción extensa que se practicará en el folio de la finca matriz y en que constará el régimen de urbanización y una somera descripción de cada una de las parcelas ya definidas, se abrirán folios independientes para cada una de las obras nuevas que se declaren y para cada una de las parcelas que se describan. Será un caso más, similar a la propiedad horizontal, de folio plural: las parcelas que abren folio independiente no llevan una vida aparte y separada de la finca matriz como si procediesen por segregación de ella, sino que se trata en realidad de una y la misma finca que consta en dos folios.

2) Ahora bien, como ocurre que en la extensión de la finca matriz que resta después de separar las fincas ya definidas hay superficie correspondiente a elementos comunes de la urbanización y otra correspondiente a parcelas que se separarán en el futuro para constituir elementos privativos, en el propio documento se constituirá en favor del promotor un derecho análogo al de vuelo; si bien no será un derecho de construir en el futuro, sino que será el derecho de delimitar aquellas futuras parcelas. Naturalmente, no tiene sentido la utilización de la figura de que hablamos para aquellos supuestos en que ya están perfectamente definidas todas las parcelas edificables de la urbanización; si es así, ya acabamos de decir que lo que procede es identificarlas e inscribirlas en folio aparte.

Nos encontramos, pues, con una necesidad de construir en el futuro, no se sabe muy bien dónde, que viene a ser satisfecha con un derecho a delimitar en el futuro nuevas parcelas edificables. Ahora bien, es imprescindible para cumplir el principio de especialidad el concretar algunos elementos que vengán a delimitar el contenido del derecho que se constituye. Sin que se pretenda ahora otra cosa más que dejar apuntado el tema,

entre esos elementos el fundamental es la superficie máxima de suelo que pueden llegar a ocupar las nuevas parcelas, dato que tiene importancia, pues dicho suelo dejará de ser elemento común para ser elemento privativo. Y caso de que todo el suelo, incluso el ocupado por cada edificación, se haya previsto que sea común, ese de las parcelas futuras cambiará el régimen de su uso, que dejará de ser común para empezar a ser exclusivo. La exigencia de determinar esa superficie máxima de suelo que pueden llegar a ocupar las nuevas parcelas es paralela a la de determinar, en el derecho de vuelo en sentido estricto, el número de plantas que se puede edificar.

La necesidad de determinar ese dato no excluye el que haya que concretar aquellas otras cuestiones que ya había que determinar para el derecho de vuelo ordinario, es decir:

- a) *las cuotas* que en los elementos comunes van a corresponder a las nuevas parcelas o las normas que se establezcan para su determinación, pues, en efecto, la aparición de parcelas nuevas —que tendrán sus cuotas de participación en los elementos comunes de la urbanización— implicará la reducción de las cuotas de las parcelas primitivas. Debiéndose tener aquí por reproducidas todas las observaciones que con relación a este punto antes se han hecho hablando del derecho de vuelo *strictu sensu*;
- b) *las normas del régimen de comunidad*, si se establecieren, para caso de hacerse la delimitación de las nuevas parcelas. Piénsese que puede estarse en el caso de lo que se declare ahora sea la obra nueva de un simple edificio, sin que la propiedad tumbada sea más que un proyecto de futuro;
- c) *respecto del plazo*, creo que, por las mismas razones antes expuestas, es inexcusable su determinación. Aclarando nuevamente que no se trata aquí de plazo para realizar nuevas construcciones, sino de plazo para delimitar aquellas nuevas parcelas.

Esta sería la construcción para las urbanizaciones privadas de un derecho exactamente paralelo al derecho de vuelo del artículo 16 del Reglamento. Pienso, sin embargo, que sería posible y deseable una construcción más flexible teniendo en cuenta el dato fundamental de que *el derecho a delimitar futuras parcelas no es, como el vuelo, un derecho de vocación al dominio* y teniendo en cuenta también las necesidades de la práctica inmobiliaria que hacen que las urbanizaciones se vayan completando a lo largo de mucho tiempo. Así, por ejemplo:

- Podría atribuirse directamente a ese derecho de delimitar futuras parcelas, ya desde el principio, una cuota de participación en los elementos comunes de la urbanización. Lo cual no era posible, como antes se ha visto, en el derecho de vuelo.

- Haciéndose lo anterior podría abrirse folio independiente al derecho de delimitar esas parcelas para que su historial jurídico —dado que es perfectamente enajenable— pueda tener su lugar propio y distinto del folio de la finca matriz de la urbanización.
- No sería necesario el determinar plazo para terminar de ejercitar dicho derecho, sino que bastaría con aquella determinación de su cuota y de la superficie máxima que dichas futuras parcelas pueden llegar a ocupar.

Y hasta aquí llegan estas líneas que han querido tener dos vertientes. Una restrictiva, haciendo un análisis de en qué puntos es necesario exigirle al derecho de vuelo, bien sea a través de reformas legislativas, bien sea a través de la práctica notarial y registral, cuando haya normas jurídicas cuya aplicación analógica lo permita, para conseguir que ese derecho se constituya e ingrese en el Registro suficientemente delimitado. Y otra progresiva, examinando los puntos por donde el derecho de vuelo pueda expansionarse a efectos de resultar más útil en la ordenación de las relaciones inmobiliarias.

MANUEL BALLESTEROS ALONSO

Registrador de la Propiedad

ESQUEMA

INTRODUCCIÓN

- Denominación.
- Regulación.
- Propósito.
- Descripción del derecho.

NATURALEZA

Tesis doctrinales

- Derecho real limitativo del dominio.
- Dominio.
- Derecho con dos fases.

Características

- Con trascendencia real.
- Sin contacto posesorio.

Con vocación al dominio.
Con vocación al condominio.
Con vocación a la propiedad horizontal.
Derecho sobre cosa ajena.
Derecho real de adquisición.
Indecisión del régimen legal en cuanto a la naturaleza del derecho de vuelo.

Preguntas que se formulan

Sobre el plazo.
Sobre títulos de constitución.
El derecho de vuelo en finca propia.
Utilización del derecho de vuelo en los problemas de las urbanizaciones privadas.
El derecho de vuelo en finca sin edificar.

CONTENIDO

1) *Determinación del contenido*

El término varias plantas.
La remisión a las ordenanzas.
Doctrina de Ventura Traveset.
La Compilación navarra: interpretación de las leyes 437 y 438. Censura.
Los principios de especialidad y publicidad.
El proyecto de reforma del Reglamento Hipotecario.

2) *Las cuotas de las nuevas construcciones*

La Compilación navarra.
La repercusión de las nuevas cuotas en las antiguas.
Las normas para la determinación de las cuotas.
Una precisión: el derecho de vuelo no tiene cuota.
Una advertencia: problemas de la indeterminación inicial.
Doctrina de la DGRN: Resolución de 7 de abril de 1970.

EJERCICIO

Lo ejecutará su titular, sin intermediarios; es un derecho real.

Supuestos

El edificio gravado no está en propiedad horizontal, título constitutivo de ésta:

- si se habían determinado las cuotas de las nuevas construcciones;
- si se habían establecido normas para su determinación;
- si el edificio gravado da lugar a varias entidades.

El edificio gravado está en régimen de propiedad horizontal, título modificativo:

- la exclusión de la intervención en él de los propietarios gravados;
- inadmisibilidad de una exclusión voluntarista;
- la Resolución de 7 de abril de 1970.

INSCRIPCIÓN

Modo de practicarla.

No cabe folio independiente para el derecho de vuelo.

EXTINCIÓN

Por su ejercicio.

Por su no ejercicio en plazo.

Por prescripción.

PROBLEMAS PENDIENTES

- 1) *La constitución de vuelo por títulos distintos de la enajenación o reserva, el vuelo sobre finca propia y el vuelo simultáneo a la constitución de la propiedad horizontal.*

La Resolución de 7 de abril de 1970: el vuelo en los estatutos.

- 2) *El plazo.*

Silencio del Reglamento Hipotecario y normas de la Compilación navarra.

Argumentos legales para la necesidad de plazo.

Argumentos en contra.

Los plazos desmesurados: inadmisibilidad, límite máximo.

Reforma del Reglamento Hipotecario.

3) *Vuelo sobre fincas no edificadas.*

Argumentos en favor de su admisibilidad.

Doctrina de Soto Bisquert.

Doctrina de Muñoz de Dios: los contratos de aportación de solar.

Doctrina de la DGRN: Resoluciones de 14 de mayo de 1984 y 5 de febrero de 1986.

4) *Un derecho análogo al de vuelo: el de delimitar nuevas parcelas en las urbanizaciones.*

El régimen de propiedad tumbada: características.

Posibilidad teórica de la aplicación analógica del vuelo.

La necesidad social a satisfacer.

Modo de operar.

Características del derecho: la delimitación del mismo.

Una configuración más flexible: la cuota de participación para el derecho, la apertura de folio, la no necesidad de plazo.

--