

El derecho de vuelo *

I

INTRODUCCION

SUMARIO: I. *Introducción*: A) Presentación. B) Fundamento del derecho de vuelo. C) Delimitación del derecho de vuelo. D) Delimitación de la ponencia.—II. *Regulación legal*.—III. *Concepto*.—IV. *Naturaleza jurídica*.—V. *Caracteres*.—VI. *Constitución*: A) Modos. B) Elementos personales. C) Elementos reales. D) Elementos formales.—VII. *Contenido*.—VIII. *Especial consideración de la aplicación del derecho de vuelo a fincas en régimen de propiedad horizontal*.—IX. *El derecho de vuelo y la hipoteca*.—X. *El derecho de vuelo y otros gravámenes*.—XI. *Extinción*.

A) PRESENTACIÓN

Siguiendo la orientación que se trata de marcar a este Seminario, voy a dar aquí una serie de cuestiones y de ideas —más de las primeras que de las segundas— sobre el derecho de vuelo. Quiero decir con ello que, a diferencia de anteriores ponencias, lo que ahora se expone no está debidamente madurado ni contrastado con la doctrina y legislación extranjeras, aunque sí con lo poco que en España se ha escrito sobre el particular, y con la práctica vivida por compañeros —Notarios y Registradores de la Propiedad— con quienes he podido hablar del particular.

Si, según la Exposición de motivos del Decreto de reforma del Reglamento hipotecario número 393/1959, de 17 de marzo, al dar cauce en él por primera vez en nuestro Derecho positivo al derecho de vuelo, se ha tenido muy en cuenta en esta materia, «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», he de confesar paladinamente que el primer extremo no lo he tenido en cuenta.

Pero creo que, en definitiva, es aquí, ahora, donde deben plantearse y resolverse las cuestiones que el derecho de vuelo presenta, y de las que esta ponencia no va más allá de una mera exploración.

(*) Ponencia defendida en el Seminario de Derecho privado de la Universidad de Valencia.

B) FUNDAMENTO DEL DERECHO DE VUELO

Por ello, me parece innecesario hablar del fundamento del derecho de vuelo. Baste decir que la necesidad de viviendas impone la construcción de nuevas plantas en edificios ya existentes, y, además, que, como ya hemos dicho en otra parte (1), suele ser un negocio que el propietario puede acometer de dos modos: uno, directo, realizando él por sí mismo, la construcción, y otro, indirecto, que consiste en ceder a un tercero el derecho a elevar nuevas plantas; también es posible que el propietario, en trance de enajenar el edificio, y ante la eventualidad de que en el futuro sea posible o conveniente levantar nuevas plantas, se reserve este derecho (2).

C) DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE VUELO

En el primero de los casos, cuando el propietario realiza por sí mismo la construcción, no hay derecho de vuelo, sino ejercicio de una facultad ínsita en el dominio y que no tendrá otras limitaciones que las propias de la extensión del dominio en sentido vertical —hasta donde alcance su interés— y de las disposiciones de carácter administrativo (Ley del Suelo, como general, y Ordenanzas municipales, en particular; aparte, Leyes de Minas, Aguas, Navegación aérea, etc.).

En los otros dos supuestos existe propiamente derecho de vuelo.

F) DELIMITACIÓN DE LA PONENCIA

Aunque el derecho de vuelo parece, en principio, que puede darse tanto en las fincas urbanas como en las rústicas, en realidad, y como luego hemos de ver, sólo se da propiamente en las primeras; por ende, este estudio se limita exclusivamente a ese supuesto.

(1) *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*, Ponencia de España al X Congreso Internacional del Notariado Latino en Montevideo, por Manuel de la CÁMARA ALVAREZ, con la colaboración de Emilio GARRIDO CERDÁ y ANTONIO SOTO BISQUERT; Madrid, 1969, página 45.

(2) No es necesario tratar de las ventajas o inconvenientes del derecho de vuelo, que saltan claramente a la vista. Puede verse sobre el particular lo que dice Juan V. FUENTES LOJO en *Suma de la Propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1964, pág. 604, quien recoge opiniones tan curiosas como la de RIBEIRO DOS SANTOS, que afirma que puede parecer a simple vista que no resultando de hecho cualquier daño a los propietarios de los otros pisos, ni la disminución de la luz, de la cubicación, del aire o del tiro de la chimenea, nada se opondría a tal derecho; o la de Carlos MAXIMILIANO, quien opone, entre otros inconvenientes, el de que el mayor número de los habitantes, consecuencia de los nuevos pisos, perturba el orden de los pasillos.

De otra parte, aunque el derecho que regula el Reglamento hipotecario puede referirse tanto al espacio aéreo como al subsuelo, aquí únicamente se trata del primero (3); aunque, en definitiva, lo que de aquél se diga será plenamente aplicable a este último.

II

REGULACION LEGAL

Es preciso tener en cuenta las siguientes normas:

A) *En el Código civil:*

Artículo 350. «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvar las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de Policía.»

Artículo 592. «Si las ramas de algunos árboles se extendieran sobre una heredad, jardines o patios vecinos, tendrá el dueño de éstos derecho a reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y si fueran las raíces de los árboles vecinos las que se extendieran en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad.»

El término «superficie» del artículo 350 ha sido interpretado alguna vez (4) en el sentido de referirse no a la corteza terrestre —que ya se incluye en el término «terreno» que emplea antes—, sino, conforme a su significación estrictamente etimológica —*super facies*— a lo que está encima de la misma, es decir, al vuelo. Pero, con independencia de ello, en uno y otro artículo del Código civil se ha basado la doctrina de la extensión vertical del derecho de dominio y sus limitaciones. Distinguiendo entre aire y espacio aéreo, se entiende que aquél es propio de la comunidad o del Estado, mientras que éste puede individualizarse intelectualmente y pertenece al propietario, quien puede utilizarlo o no, limitarlo —recordemos la *servitus altius non tollendi*— y cederlo.

B) *En la Ley sobre régimen del suelo y Ordenación urbana de 12 de mayo de 1956:*

El artículo 78 dice: «Serán indivisibles: a) Las parcelas determinadas como mínimas en el Plan parcial a fin de constituir fincas independientes. b) Las parcelas cuyas dimensiones sean iguales o menores a las determinadas como mínimas en el Plan, salvo si los lotes resul-

(3) Propio derecho de vuelo; el otro sería derecho de subsuelo.

(4) José VIÑAS MEY en sus explicaciones de cátedra.

tantes se adquieren simultáneamente por los propietarios de terrenos colindantes con el fin de agruparlos y formar una nueva finca. c) Las parcelas cuyas dimensiones sean menores que el doble de la superficie determinada como mínimas en el Plan, salvo que el exceso sobre dicho mínimo pueda segregarse con el fin indicado en el apartado anterior. d) *Las parcelas edificables en una proporción de volumen* en relación con su área cuando se construya el correspondiente a toda la superficie, o, *en el supuesto de que se edifique en proporción menor, la porción de exceso*, con las salvedades indicadas en el apartado anterior.»

De este galimatías jurídico, y en lo que ahora interesa, ha deducido MARTÍN BLANCO (5) que el volumen de edificabilidad de una finca puede ser enajenado independientemente del suelo a favor de un colindante; y en igual sentido se ha llegado a admitir por un sector de la doctrina su inscribibilidad en el folio de la finca que lo adquiere. No obstante, parece predominar la opinión de que lo que el artículo contempla es la segregación de parte de parcela y su enajenación con el volumen de edificabilidad que le corresponda.

C) *En el Reglamento hipotecario, después de la reforma de 17 de marzo de 1959:*

Artículo 16, 2.º «El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número 3.º del artículo 8.º de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación. b) Las normas de régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción.»

De este artículo se ha de hablar mucho. Prescindo, por tanto, ahora de todo comentario.

Artículo 30, 3.º «El derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas se inscribirá en el folio de aquella sobre la que se construya; en la inscripción se hará constar: su duración, la plantación o siembra en que consista, así como el destino de éstas y el de las mejoras en el momento de la extinción del derecho; los convenios y prestaciones estipulados y, si las hubiere, las garantías pactadas con carácter real. Iguaes circunstancias deberán constar en las inscripciones de consorcios a favor de la Administración forestal o de los particulares.»

Ya he apuntado antes, y puntualizo ahora, que, en mi opinión, no hay derecho real de vuelo sobre finca rústica, diga lo que diga el Re-

(5) JOSÉ MARTÍN BLANCO: *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Madrid, 1964, págs. 55 y ss.

glamento hipotecario. Sobre finca rústica lo que puede haber es derecho de superficie, en el que se mantienen separadas la propiedad del suelo y la del vuelo, pero no verdadero y propio derecho real de vuelo, en que tal separación no se produce. Desde luego, según mi concepción, y como consecuencia lógica de todo lo que luego se dice (6).

D) *En la Ley de Propiedad horizontal de 21 de julio de 1960:*

Artículo 11. «La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de las modificaciones, las alteraciones que originen en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos.»

A este precepto se ha de hacer referencia más adelante.

III

CONCEPTO

Dar un concepto ahora del derecho de vuelo supone dar por sentada ya la tesis que voy a defender. No obstante, como punto de partida, me limitaré a decir que el derecho de vuelo es la propiedad del espacio aéreo de una finca con construcción existente o proyectada, perteneciente, en parte al menos, a distinto titular y en régimen especial de propiedad horizontal.

(6) La imprecisión del Reglamento hipotecario resulta clara si se lee su Exposición de Motivos: "Es interesante consignar que, por el artículo 30, el «derecho real de vuelo», un tanto impreciso, que, multiforme, aparece de antiguo en grandes comarcas españolas, queda confirmado. LA RICA (en *Comentarios a la reforma del Reglamento hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 52) destaca la ambigüedad del precepto y la justifica por la extremada variedad que el derecho de vuelo ofrece en las diversas regiones, y, en líneas generales, asimila este derecho al de superficie. Véase también, en igual sentido que en el texto, ROCA SASTRE (en *Suplemento al Derecho hipotecario*, Barcelona, 1960, pág. 69) y FONT BOIX (en *El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal*, "R. D. N.", 1967, julio-diciembre, pág. 12).

IV

NATURALEZA JURIDICA

Es aquí donde radica el meollo de la cuestión. Veamos algunas opiniones:

A) POSICIONES DOCTRINALES

1) ROCA SASTRE (7) nos dice que en los derechos de mayor elevación o de edificación en subsuelo de una finca edificada se producen las dos mismas fases del derecho de superficie: en la primera fase hay un derecho de construcción sobre finca ajena, cuyo derecho es de carácter medial por estar dirigido a alcanzar la segunda fase, que es de plenitud, consistente en el derecho de tener una edificación en propiedad separada horizontalmente, no de tipo superficiario, sino en plena coexistencia con otra de la misma naturaleza, integrantes todas de la unidad orgánica de una finca edificada, pues cada una de ellas tiene como anejo inseparable una participación indivisa en los elementos comunes de la propia finca global.

Lo que no nos dice ROCA es qué clase de derecho es el de la primera fase, ese derecho de construcción de carácter medial. Pero lo que sí parece dar a entender es que su valor jurídico es escaso, ya que, en cuanto a su inscribibilidad, lo equipara al caso de pisos meramente proyectados y, por tanto, no puede inscribirse como finca independiente, sino que sólo se hará constar en la inscripción de la finca sobre que recae, mientras la construcción no esté concluida o por lo menos comenzada.

2) Para LA RICA (8), el derecho de sobreelevación es un derecho real potencial que legitima una cosa futura, puesto que si no se llega a realizar la obra queda vacío de contenido y de soporte objetivo (9).

3) VENTURA-TRAVERSESET (10) afirma que el derecho que estudiamos no es un derecho de superficie puro, tal como la actual legislación lo configura, y, por tanto, tiene diferencias, pero al mismo tiempo es un derecho derivado o modalidad nueva del derecho de superficie, y, por tanto, al estatuto del derecho de superficie hay que recurrir inexorable-

(7) Ramón María ROCA SASTRE: *Suplemento...*, pág. 28.

(8) Ramón de LA RICA Y ARENAL: *Comentarios...*, pág. 38.

(9) Da tal concepción al tratar del derecho de sobre-elevación que se reserva el propietario que enajena todo o parte del edificio. Pero no creo contrario al pensamiento del autor el dar a la tesis carácter general.

(10) Antonio VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ: *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, Barcelona, 1963, pág. 165.

mente para llenar los vacíos que la escasa regulación de aquél contiene; este derecho ha de hacerse efectivo construyendo; y una vez iniciada la construcción surge una propiedad sujeta al régimen de propiedad horizontal.

4) FUENTES LOJO (11) dice que cuando el derecho de sobreelevación aparece por habérselo reservado el propietario primitivo o por haberlo enajenado a tercero, se ha de concebir «ni más ni menos que como un derecho de superficie»; «esta tesis está avalada —afirma—, de otra parte, por la redacción que se da al artículo 16 del Reglamento hipotecario, cuyo apartado 2.º, en relación con el 1.º, no puede estar más que en la duración temporal».

5) CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (12) distingue entre derecho de superficie, derecho real de vuelo y derecho de construir nuevas plantas en un edificio. Identifica este autor el derecho real de vuelo con el que recae sobre fincas rústicas, reflejando su regulación el artículo 30, 3.º, del Reglamento Hipotecario, la Ley de Montes (art. 11, párr. 5.º) y el Reglamento de Montes (arts. 287 al 295), y lo configura como un derecho real en cosa ajena. Y entiende que en el derecho a elevar nuevas plantas, si bien al constituirlo existe en apariencia un derecho real en cosa ajena, esto es sólo una apariencia, ya que su auténtico contenido es el de hacer surgir, o modificar si ya está surgida, una comunidad en los elementos comunes del edificio, que al ejercitarse el derecho concedido transformará a éste en ese peculiar derecho de propiedad que es la propiedad de casas por pisos; y así, en tanto que el derecho de superficie lo encuadra este autor entre los de uso de cosa ajena, el de edificar nuevas plantas ha de incluirse, a su juicio, en el grupo de los derechos reales de concurrencia de titularidades.

Interesa destacar que para CAMY el propósito de edificar se convierte en obligación respecto del derecho de superficie y en derecho facultativo en cuanto al derecho de elevar nuevas plantas, lo que hace que en este último la determinación de la obra a que faculta adquiere una tipicidad propia, pues mientras se encuentre sólo en proyecto, o sea, como tal facultad, este derecho real conserva toda su tipicidad, en tanto que cuando se lleva a efecto la obra ese derecho real evolucionará en otro de propiedad sobre el piso edificado, desapareciendo aquél.

B) POSICIÓN QUE SE DEFIENDE

Hay que partir de la base de que el derecho de vuelo responde a la necesidad económica de dar consistencia jurídica a la negociabilidad del espacio aéreo de los inmuebles, susceptible, gracias a las nuevas téc-

(11) *Ob. cit.*, pág. 603.

(12) Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo I, Granada, 1969, págs. 367 y 371.

nicas de la construcción, de ser aprovechado, aunque de momento no pueda en todo caso ser objeto de detentación material y de producir un goce real a favor de su titular.

Si se observa el auténtico contenido económico del negocio constitutivo del derecho de vuelo, con mirada desprovista de condicionamientos derivados de las tradicionales concepciones del derecho de propiedad inmobiliaria, se llega fácilmente a la conclusión de que la creación del derecho real de vuelo supone la transmisión o la reserva del espacio aéreo, susceptible de aprovechamiento, que existe sobre un inmueble, y que tal creación supone, como es lógico, atribuir a su titular los medios necesarios para que ese espacio aéreo sea susceptible de utilización efectiva, mediante la realización de las oportunas construcciones —en su caso— y el aprovechamiento para ello de los elementos del inmueble, ya comunes o comunes desde ese momento, y que sean indispensables para su apoyo y para acceder al espacio aéreo adquirido.

En definitiva, que el derecho real de vuelo no es más, ni tampoco menos, que la propiedad del vuelo del inmueble perteneciente a distinto titular de éste.

No veo posibilidad de distinguir, como hace ROCA, las dos fases del derecho de construir y propiedad de lo edificado. ¿Por qué el mero hecho de poner unos ladrillos determina que el derecho de construir se convierta en un derecho de propiedad? Creo más lógico entender que el derecho de propiedad existe desde el primer momento, propiedad del espacio aéreo, y que lleva normalmente consigo la facultad de construir, pero como tal facultad del dominio y no como derecho sustantivo.

Por ello, tampoco creo que sea un derecho real potencial que legitima una cosa futura, como entiende LA RICA. No hay cosa futura, puesto que se adquiere ya el espacio aéreo y, como luego veremos, una cuota parte en los elementos comunes y, entre ellos, en el solar. No hay, en consecuencia, derecho potencial, sino actual.

En definitiva, que lo que el titular adquiere con la creación del derecho de vuelo es exactamente lo mismo que tenía el propietario del inmueble antes de tal creación: el espacio aéreo. Este lo tenía como extensión de su dominio; aquél, como derecho real de propiedad nuevo y distinto. Si *nemo dat quod non habet*, igual puede decirse que *dominus dat —vel potest dare— quod habet* (13).

(13) En apoyo de esta tesis, creo conveniente traer aquí unas ideas de RENÉ SAVATIER (en *La propiedad del espacio*, "Rev. D. Urbanístico", 1967, enero-febrero, págs. 17 y ss.); según este autor se puede concebir para la venta y puesta en sociedad de apartamentos a construir una técnica distinta de la actualmente utilizada para la venta de cosas futuras; porque nada impide que esta venta asegure, de golpe, un bien existente y perpetuo que será verdaderamente el objeto principal, el espacio que circundarán las partes comunes del inmueble, espacio de antemano determinado sobre planos verticales y horizontales; los metros cúbicos de espacio, debidamente situados, que son poseídos, se venderán como cuerpos ciertos a los cuales se aplicará el efecto traslativo del contrato.

Desde luego que no es esto lo que dice el Reglamento hipotecario. Pero es que este Reglamento se ha quedado corto, cortísimo, a la hora de regular el derecho de vuelo, hasta el punto de que en el artículo 16 no lo califica así, sino como derecho de levante. El Reglamento hipotecario, no hay que olvidarlo, es un reglamento —en este aspecto— sólo para la materia de inscripción de los derechos reales inmobiliarios, produciéndose en el derecho que estudiamos con un sentido mayormente de atención a lo que normalmente sucede en la práctica que con visos de creación jurídica. Porque, puestos en esta tesitura, porque el Reglamento no lo prevea, ¿no va a ser posible que el propietario de un edificio conceda a otro el derecho real de vuelo en su terraza no para construir, sino para que el adquirente goce de vistas, o lo tenga como solana o como secadero, sin derecho a edificar? ¿Que al mismo resultado puede llegarse con una *servitus altius non tollendi* u otra? De acuerdo. Pero ¿por qué coartar la libertad de los particulares de configurar sus relaciones jurídicas del modo que crean más adecuado?

En conclusión, mi idea parte del punto de vista esencial de que el principio de accesión inmobiliaria (*superficies solo cedit*) que el Código civil recoge en el artículo 358, puede tener modalizaciones e incluso supuestos de inversión (caso del 1404, párr. 2.º del C. c.), pero sólo tiene dos excepciones fundamentales: el derecho de superficie y la propiedad horizontal (14). El derecho real de vuelo, al no encajar en el primero, necesariamente debe incluirse en el segundo supuesto: propiedad horizontal, pero propiedad en definitiva. En este sentido, el Reglamento hipotecario ha intuitido, ha atisbado la construcción de este nuevo derecho, pero sin llegar a regularlo con toda su extensión y detalle. No obstante, contiene elementos aprovechables, y en última instancia es la única norma jurídica general que acerca de él tenemos.

Puntualizaré más la naturaleza jurídica del derecho real de vuelo al hablar seguidamente de sus caracteres.

V

CARACTERES

Siguiendo el mismo orden que resulta de su concepto, el derecho real de vuelo se caracteriza por las siguientes notas:

1. *Es un derecho real.*

Si el derecho real es aquel derecho privado que confiere a su titular un poder de inmediata dominación sobre una cosa, frente a todos, el derecho subjetivo, que atribuye un poder o señorío directo o inmediato

(14) Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 1952.

sobre una cosa, sin necesidad de intermediario alguno personalmente obligado —inmediatividad—, y que, asimismo, impone a todos (*erga omnes*) un deber de respeto o abstención —absolutividad— (ROCA SASTRE), es indudable que el derecho de vuelo es un derecho real, puesto que presenta todos sus caracteres. El punto no ha motivado en la doctrina ninguna discusión.

2. *Es un derecho de propiedad y no limitativo del dominio.*

Si la propiedad atribuye un poder general y pleno sobre la cosa, con las facultades de goce y disposición sobre la misma, mientras que el derecho real limitativo del dominio sólo atribuye sobre la cosa derecho de goce o de garantía o de adquisición, el derecho de vuelo debe ser calificado como lo primero y no como lo segundo. El titular puede disponer no ya de su derecho real de vuelo, sino de la cosa misma —el espacio aéreo— que constituye su objeto, lo cual no está al alcance y no entra en las facultades del titular de un derecho real limitado.

3. *Del espacio aéreo.*

Que, como ya se ha dicho, en cuanto puede ser individualizado intelectualmente tiene la consideración de cosa y puede ser objeto de dominio.

4. *De la finca.*

El derecho real de vuelo recae únicamente sobre bienes inmuebles. Y, dentro de ellos, en principio, solamente sobre fincas urbanas.

Ya se ha dicho antes que el derecho de vuelo sobre fincas rústicas no es tal derecho de vuelo, sino de superficie. No obstante, y siempre que la Ley del Suelo lo permita, no cabe duda que si en finca rústica existe una edificación cuyo vuelo es susceptible de constitución en objeto de propiedad distinta, el derecho real de vuelo puede nacer.

Con todo ello lo que resulta, en definitiva, es que la nota característica, más que la de ser finca urbana, es la de existencia de una edificación. Punto del que se trata a continuación.

5. *Finca edificada, en construcción o en proyecto.*

Es ésta una nota propia del derecho real de vuelo que está en íntima conexión con lo que luego se dice de que con su creación se aboca a un régimen de propiedad horizontal —o se extiende el ya existente— en que el suelo es elemento común.

Ahora nos interesa puntualizar los siguientes extremos:

a) No cabe el derecho real de vuelo en finca no edificada.

MONET ANTÓN (15), al tratar de la construcción de un edificio por lo que él llama —en término sumamente correcto y evitando suspicacias fiscales— agrupación de autopromotores, nos da un abanico de posibilidades, entre las que figura la de la construcción de cada local por cada condueño sobre la base de recíprocas concesiones de derecho de levante. Al exponer tal solución —que no es, desde luego, la que el autor admite— estima que el derecho de levante puede jugar respecto de un solar sin edificio, y así resulta del artículo 16, 2.º, del Reglamento hipotecario, al afirmar por simetría al derecho de elevar un derecho de profundizar que no requiere ni puede presuponer la existencia de un edificio en el plano del solar.

No es esto, sin embargo, lo que dice el artículo 16, 2.º. Literalmente leído, el precepto no permite el derecho de vuelo ni el de subsuelo si no existe edificio: «El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo», o sea, bajo el suelo del edificio. Si no hay edificio parece, pues, que no hay derecho de vuelo, sino derecho de superficie. Y así resulta también de la dicción del número 1.º del mismo artículo 16.

Claro que un argumento puramente literalista no sería suficiente —y desde luego no lo es— si no fuera porque va acompañado del que resulta de la propia naturaleza y esencia del derecho que estudiamos, y que es, como ya se ha apuntado, el de desembocar en una situación de propiedad horizontal en que el suelo es elemento común, cosa que no puede producirse si no existe o se proyecta una construcción.

En definitiva, que si el propietario del suelo cede a un tercero el vuelo del mismo, sin más, no hay posibilidad de propiedad horizontal en la que el primero tenga intervención a través de una participación en el suelo como elemento común, y, en consecuencia, no hay derecho real de vuelo, sino de superficie. Pero si el propietario del suelo cede a otra persona el vuelo reservándose el sobrevuelo o el subsuelo, o, en suma, se produce de manera que el presupuesto de la propiedad horizontal se realiza, será un verdadero y propio derecho real de vuelo.

No es obstáculo, al menos teóricamente, el que resulte más conveniente el derecho real de vuelo que el de superficie, dada la necesaria temporalidad de este último; y no lo es porque ya son varios los autores que se han preocupado de demostrar que la superficie ordinaria no debe ser necesariamente temporal, sino que puede ser perpetua (16).

Aunque, desde luego, en el terreno de la práctica la dicción literal del artículo 16, 1.º, del Reglamento hipotecario acerca de la temporali-

(15) Fernando MONET Y ANTÓN: *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, Valencia, 1967, pág. 35.

(16) Cfr. Vicente GUILARTE ZAPATERO (en *El derecho de superficie*, Pamplona, 1966, pág. 274, y el auto del presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 de marzo de 1967.

dad del derecho de superficie hará que muchas veces se construya como derecho real de vuelo lo que mejor debiera ser un derecho de superficie.

b) El edificio puede estar construido, en construcción o proyectado.

Dada la íntima conexión existente, como en seguida hemos de ver, entre la creación del derecho de vuelo y la propiedad horizontal, aquél podrá darse en todo edificio en que esta forma de propiedad pueda producirse.

No hay ninguna duda, pues, en cuanto al edificio construido ni tampoco respecto del edificio en construcción. Mayor dificultad ofrece, aparentemente, en el edificio en proyecto, respecto del cual la doctrina, en general, no es muy partidaria de la posibilidad de propiedad horizontal.

Creo, no obstante, que esta última cuestión no ha sido suficientemente estudiada.

Con rigor jurídico, debe matizarse que del edificio proyectado se puede hablar en un doble sentido: como edificio cuya construcción está aún por definir, o como edificio cuya construcción está definida. La línea de separación entre ambas hipótesis podría fijarse en la existencia o inexistencia de un proyecto aprobado por los organismos oficiales.

En un edificio sin definir no cabe régimen de propiedad horizontal, no tanto porque el objeto no existe, sino porque ni siquiera está determinado. En cambio, con relación al edificio «definido» no cabe formular esta objeción. Supuesto que el título constitutivo se haya otorgado en base a un proyecto debidamente formalizado, es perfectamente posible puntualizar las características del piso a construir.

La objeción que se formula es que se trata de un objeto futuro y no cabe propiedad, ni en general ni horizontal, más que sobre cosa existente. A esta objeción hay que replicar: primero, que aun cuando se estime objeto futuro no deja de ser determinado; segundo, que no es tan futuro como parece, pues hay algo que sí existe actualmente, el solar, lo que permite acudir a la técnica jurídica de las cosas en formación; y tercero, que cuando la Ley Hipotecaria (art. 8.º, 4.º) permite la propiedad horizontal sobre edificio en construcción no exige que esté comenzada la de todos y cada uno de los pisos, y así lo demuestra al decir que «en la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados» (17).

6. *Perteneciente, en parte al menos, a distinto titular.*

La única persona que no puede ostentar el derecho real de vuelo es el propietario del edificio, quien, como ya se ha dicho, lo que tiene es una facultad ínsita en su dominio cual es la de levantar.

(17) Estas ideas son un resumen de las expuestas en la Ponencia presentada por España al X Congreso Internacional del Notariado Latino, antes citada, páginas 27 y ss.

Pero, por esta misma razón, el derecho real de vuelo puede crearse tanto en edificio totalmente ajeno al titular de este derecho, como parcialmente ajeno, por ostentar también aquél la titularidad en parte, en proindivisión o en propiedad horizontal, del edificio.

No parece ser este, sin embargo, el criterio de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 1970. Su supuesto de hecho es el siguiente: En los estatutos de la comunidad incorporados a la escritura pública de parcelación horizontal, la sociedad propietaria del inmueble estableció un artículo con este texto: «La sociedad... se reserva el derecho de poder adicionar al inmueble dos plantas más, siempre que lo permitan las ordenanzas municipales y las condiciones de firmeza y seguridad del edificio, cuyo derecho de vuelo podrá inscribir a su nombre, conforme al artículo 16 del Reglamento hipotecario. A las plantas de nueva construcción se les asignará un módulo a efectos de beneficios y cargas y en relación con el total valor del inmueble, proporcional a su extensión, pudiendo dicha entidad propietaria determinar tales módulos y rectificar los atribuidos a las plantas ya existentes, en proporción, en el acto de otorgarse las correspondientes escrituras de declaración de obra nueva, para lo cual se considera investida de amplios poderes de todos los titulares de los reseñados pisos y plantas, que lo entenderán conferido por el solo hecho de la adquisición de los mismos y la aceptación de los presentes estatutos. En consecuencia, solamente el titular del derecho de vuelo podrá utilizar la terraza que corona y remata el edificio, aunque los gastos de conservación y reparación serán considerados comunes por tratarse de la cubierta del edificio.»

El centro directivo declara inscribible la cláusula, y en lo que en este momento interesa establece que: «En caso de enajenación de todo o parte de un edificio, es frecuente que el propietario del mismo se reserve el derecho de elevar una o más plantas, y tal situación no podía ser desconocida por el legislador hipotecario, y así, primeramente el Reglamento, en el artículo 16, prescribió su inscripción en el Registro de la Propiedad, y con posterioridad, la Ley de Propiedad horizontal autoriza en el artículo 11 la construcción de nuevas plantas por los actuales titulares del dominio, no existiendo inconveniente en que tal derecho pueda reservárselo el primitivo propietario y afecte a tercero, siempre que la cláusula forme parte del estatuto privativo y se inscriba en los libros registrales.»

A pesar de las citas del artículo 16 del Reglamento hipotecario, no es esto lo que dice este precepto, que sólo admite el nacimiento del derecho real de vuelo con ocasión de su enajenación o de la del edificio en todo o en parte. No obstante, la tesis de la Dirección es, en mi opinión, plenamente correcta. Baste pensar el absurdo que supone el que el propietario de un edificio que tiene el propósito de vender inmediatamente los pisos reservándose el derecho de vuelo tenga, primero, que constituirlo en propiedad horizontal sin tal reserva, y seguidamente, al

efectuar la primera enajenación, reservárselo y modificar todas las cuotas en los elementos comunes.

Al hecho de que el propietario del inmueble ostente la titularidad de su vuelo en propiedad horizontal puede llegarse, a mi entender, por dos caminos:

1.º Configurándolo ya, al constituir la propiedad horizontal, en este régimen, como una unidad más del mismo, como modalización del dominio que al titular del edificio corresponde sobre él y sobre el vuelo.

2.º Reservandoselo, tal como se produce en la cláusula antes recogida, pues siempre podrá entenderse que es asimilable a la situación de pluralidad de titulares que exige el Reglamento hipotecario, la pluralidad de régimen jurídico —que es lo que deriva de la constitución en propiedad horizontal— pensada para el futuro.

En definitiva, ello no es más que una configuración y una aplicación especial de la tesis general (18) de que si bien el negocio constitutivo de la propiedad horizontal por el propietario único del inmueble produce un efecto jurídico inmediato, en cuanto crea nuevos objetos de derecho —los departamentos—, el régimen jurídico propio de tal modalización de la propiedad sólo entra en funcionamiento —y de modo automático— cuando se enajena alguno de ellos. Aplicación derivada de que, en definitiva, la creación del derecho real de vuelo conduce a la institución de la propiedad horizontal.

En fin: que el propietario del edificio puede ostentar la titularidad del derecho real de vuelo, como derecho propio e independiente, en el solo caso de que de un modo u otro lo configure en régimen de titularidad en propiedad horizontal.

7. En régimen de propiedad horizontal.

Esta, como ya se ha insinuado varias veces, es nota fundamental y distintiva del derecho real de vuelo. Y se basa en una idea muy simple: el principio de accesión en nuestro Derecho no tiene más excepciones que el derecho de superficie y la propiedad horizontal. Y el artículo 16. 2.º, del Reglamento hipotecario excluye automáticamente la concepción del derecho de superficie en el que ahora estudiamos.

El Reglamento hipotecario presupone que en el derecho real de vuelo se crea una situación de propiedad horizontal que intercederá, al menos, entre el propietario de la construcción primitiva y el titular de aquel derecho. El planteamiento es, en principio, correcto, aunque sin duda un tanto simple, pues puede acontecer, y de hecho acontece muchas veces, que lo ya construido esté, a su vez, acogido al régimen de

(18) No exenta, desde luego, de contradictores.

propiedad horizontal, en cuyo supuesto nos encontramos simplemente ante una mera ampliación de la situación preexistente.

La «regla de oro», pues, del derecho real de vuelo es que su creación desemboca en una situación de propiedad horizontal en que el suelo es elemento común, adquiriendo, por tanto, su correspondiente parte en él —a través del coeficiente de participación en los elementos comunes que se le atribuye— el titular del derecho real de vuelo. Cosa que no ocurre en el derecho de superficie, en que el superficiario no adquiere participación ninguna en el suelo, que se mantiene en propiedad separada (19).

Claro que en ello no pretendo negar que un edificio construido en ejercicio de un derecho de superficie no pueda constituirse en propiedad horizontal, que sí puede; pero entonces el elemento común suelo es sustituido por el elemento común derecho de superficie (20).

8. *Y, por último, en régimen especial de propiedad horizontal.*

Lo llamo especial por calificarlo de algún modo. La especialidad resulta de lo que se dice a continuación.

El problema que planteo ahora es el de si la creación del derecho real de vuelo exige la simultánea constitución en propiedad horizontal del edificio. Presupuesto es, pues, que el edificio en el cual se produce el derecho de vuelo no esté configurado en tal régimen.

El artículo 16, 2.º, del Reglamento hipotecario no exige, desde luego, que se constituya todo el edificio en régimen de propiedad horizontal, ni en el momento de la creación del derecho de vuelo ni tampoco cuando se da expresión jurídica a los departamentos construidos a través de la correspondiente declaración de obra nueva. Con arreglo a su normativa, parece suficiente que los nuevos locales se describan con su cuota de participación y demás requisitos propios de la propiedad horizontal (21), quedando el resto de finca anteriormente existente en la misma situación en que se hallaba.

(19) A GARRIDO PALMA (en *¿Superficies sólo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie*, "R. D. N.", 1969, enero-marzo, pág. 142) el argumento no le convence, porque si bien "es perfecto en teoría, puede resultar excesivamente oscuro en la realidad por su abstracción y dogmatismo", en idea totalmente concordante con la de BALBI en el Derecho italiano. En cambio, FONT BOIX (*ob. cit.*, pág. 38), siguiendo la misma idea expresada en el texto, hace la salvedad, en base al artículo 16 del Reglamento hipotecario, de que en nuestro Derecho se admiten dos posibilidades: que la enajenación del suelo sea actual o futura, surgiendo con ello dos especies de derecho de vuelo. En mi opinión, la enajenación del suelo es siempre actual.

(20) Unos ejemplos pueden aclarar la tesis:

a) Supuesto de solar colindante con una casa de escasa elevación; el propietario del solar adquiere el vuelo de la casa y construye un solo edificio en el solar primitivamente propio y en el vuelo adquirido. Normalmente, no existirá, en la voluntad de las partes, intención de que la antigua casa se integre

Pero esto parece atentar contra la normativa que la Ley reguladora de 21 de julio de 1960 ha tratado de dar a la propiedad horizontal. En la legalidad vigente se suprime radicalmente el sistema de segregación de pisos o locales, admisible anteriormente, y cuya supresión, dicho sea de paso, no es enteramente justificada (22).

Por tanto, si para enajenar un departamento es necesario constituir previamente la propiedad horizontal de todo el edificio, lo consecuente es estimar que la misma norma debe regir cuando se crea el derecho de vuelo. No parece existir posibilidad en la legalidad vigente de que, en un mismo edificio, el derecho de vuelo o los departamentos en su virtud contruidos estén constituidos —e incluso inscritos— en propiedad horizontal, con todos sus requisitos, y el resto del edificio —constituido de hecho por locales independientes—, no. Lo contrario supondría admitir la segregación de unos pisos a través de la segregación del vuelo, contra la finalidad perseguida por la nueva legislación.

El rigor de esta tesis me inclina a entender que no debe ser totalmente cierta. En principio, puede encontrarse una cierta atenuación que nos llevaría a una postura intermedia. Efectivamente: si del artículo 16, 2.º, del Reglamento hipotecario se desprende que, mientras el derecho de vuelo no se haya concretado en los nuevos locales contruidos, la nueva entidad jurídica creada se rige por normas provisionales, lógicamente, la consecuente propiedad horizontal debe regirse igualmente por normas provisionales. Es decir, que no es necesaria la simultánea o previa constitución de la propiedad horizontal a la creación del derecho de vuelo; pero el titular —aun inscrito en el Registro de la Propiedad— de éste no podrá pretender que su declaración de obra nueva tenga acceso al Registro Inmobiliario sin que conste ya en él, anterior o simultáneamente, la constitución de la propiedad horizontal del edificio. Consecuentemente es esta —la de exigir la constitución en

en la propiedad horizontal del nuevo edificio. No habrá, pues, respecto de la antigua casa creación de derecho real de vuelo, sino de superficie.

b) Los propietarios de dos casas de escasa elevación ceden a un tercero su vuelo para construir nuevas plantas, con acceso propio a la vía pública. Tampoco hay, normalmente, voluntad de integrar en la propiedad horizontal las casas ya existentes, tratándose, por tanto, de derecho de superficie.

(21) Esto en la escritura de declaración de obra nueva. En la de creación del derecho de vuelo ni siquiera ello se exige, como hemos de ver.

(22) Veamos un ejemplo: tres propietarios en proindivisión por adquisición a título oneroso de un edificio, cuyos departamentos en el momento están todos alquilados menos uno, deciden vender éste; para ello, hay que constituir en propiedad horizontal todo el edificio; si la división en propiedad horizontal es división de cosa común—tesis sostenida por MONET—, jugarán los derechos de tanteo y retracto en favor de todos y cada uno de los arrendatarios, a pesar de no haber disolución de comunidad.

Claro que esta tesis queda descartada si se sigue la idea, antes expuesta, de que el régimen de propiedad horizontal no entra en funciones hasta que se enajene un piso. Pero, aun entendido así, quedan siempre las razones de orden práctico—no por ello menos atendibles—del gasto que exige la previa constitución en propiedad horizontal.

propiedad horizontal del edificio— una facultad que debe acompañar a la creación del derecho de vuelo (23).

A pesar de todo lo expuesto, lo bien cierto es que el precepto reglamentario no exige en absoluto tal constitución en propiedad horizontal. De ahí que ROCA (24) nos diga que, «verificada la construcción de las nuevas plantas, surge una situación equiparable en este particular al régimen de propiedad horizontal, conforme se desprende del mismo artículo 16, 2.º, del Reglamento hipotecario, al preceptuar que este derecho de edificación de nuevas plantas será inscribible conforme a las normas del número tercero del artículo 8.º de la Ley y sus concordantes. Habrá surgido con tal construcción una variante de la propiedad horizontal, formada por las dos partes integrantes del edificio globalmente considerado: la inicial o preexistente a la constitución de este derecho y la planta o plantas nuevamente construidas en virtud del mismo» (25).

Es decir, que el Reglamento hipotecario sólo exige que se acomode a la normativa de la propiedad horizontal —por su remisión al artículo 8.º, 3.º, de la Ley Hipotecaria, y por la regulación que él mismo establece— el derecho de vuelo que se crea, pero no la edificación ya existente.

Las indudables ventajas prácticas que esta solución comporta me hacen inclinarme a ella, compartiendo la idea de ROCA y sin perjuicio de seguir manteniendo mi tesis, tan divergente de la de este autor, respecto de la naturaleza jurídica del derecho real de vuelo.

VI

CONSTITUCION

A) Modos

Desde luego que el derecho real de vuelo puede constituirse por acto *inter vivos* o *mortis causa*, oneroso o gratuito. Aquí interesa más destacar la doble posibilidad que contempla el Reglamento hipotecario: por reserva y por transmisión.

1. Reserva (*deductio*).

Para ello es necesario que el propietario de la finca enajene todo o parte de la misma, entendiéndose que la enajenación en parte se pro-

(23) Cfr. el criterio ecléctico de la Resolución D. G. R. y N. de 16 de septiembre de 1967.

(24) En *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1968, tomo III, pág. 590.

(25) CAMY (*ob. cit.*, pág. 690) aduce también, para seguir igual tesis de principio, la no exigencia de la previa propiedad horizontal por el artículo 16 del Reglamento hipotecario.

duce tanto si es de cuota indivisa como si es de algún departamento de finca ya constituida en propiedad horizontal.

2. *Transmisión (translatio).*

Es un supuesto normal de enajenación, sin más peculiaridades.

B) ELEMENTOS PERSONALES

Rigen, en materia de capacidad, las normas generales relativas a la constitución de los derechos reales inmobiliarios, con la consecuente necesidad del consentimiento de la mujer si resulta aplicable el artículo 1413 del Código civil, del consentimiento unánime si entra en juego el artículo 397, etc.

En este punto se produce un problema de interés cuando el edificio pertenece a varias personas en régimen de propiedad horizontal. En este caso, si en ejercicio de su facultad de levante los propietarios quieren construir nuevas plantas es necesario el acuerdo unánime de todos los propietarios (art. 11 de la L. p. h.), si bien la unanimidad puede lograrse a través de la presunción de adhesión que la propia Ley (artículo 16, 1.º) establece.

Lo dudoso es si esta misma normativa, en la parte relativa al posible modo de lograr la unanimidad, es también aplicable cuando el acuerdo de los propietarios sea, no para edificar ellos mismos, sino para enajenar el vuelo a un tercero, con derecho a construir o sin él (26).

Es muy fundada la opinión de FONT BOIX (27) de que el artículo 16 de la Ley de propiedad horizontal es aplicable en aquella situación en que, como acto de alteración material, la comunidad decide para sí misma sobreelevar, mientras que, cuando hay cesión del derecho de vuelo a un tercero, hay un acto dispositivo que se desenvuelve al margen de las relaciones comunitarias y exige que la escritura se otorgue por todos y cada uno de los titulares.

Una tesis intermedia podría ser la de entender aplicable el expresado artículo al acuerdo de desafección del vuelo de su carácter de elemento común, pero no al acuerdo de enajenación que exigiría el consentimiento expreso —y no por adhesión— de todos los propietarios. Con dos variantes, según se considere que este consentimiento basta se preste en la Junta general, o, por el contrario, sea necesario se manifieste en escritura pública.

(26) Desde luego, no es obstáculo para esta enajenación que el artículo 396 del Código civil considere al vuelo como elemento común que, como tal, no es enajenable en la parte correspondiente a cada propietario, sino conjuntamente con la parte privativa de la que es anejo inseparable. Y no lo es porque cuando se transmite el vuelo no se enajena la suma de partes en copropiedad, sino que el acuerdo de los dueños produce su desafección como elemento común, posibilitando con ello su enajenación.

(27) *Ob. cit.*, pág. 54.

En mi opinión, los artículos 11 y 16, 1.º de la Ley de propiedad horizontal son también aplicables a este supuesto, y, por tanto, el modo de conseguir la unanimidad que en este último se establece es suficiente para el acuerdo de desafección de cualquier elemento común de su carácter de tal y para su enajenación. Me baso para ello no tanto en el argumento, puramente literalista, de que desde el momento en que el artículo 11 exige que el acuerdo determine *el titular o titulares* de los nuevos locales o pisos, está explícitamente admitiendo que no es necesario que la nueva construcción pertenezca a los mismos titulares en propiedad horizontal, como en la propia naturaleza de este tipo de propiedad. La necesaria co-incidencia en el edificio de diversos dueños que la propiedad horizontal comporta exige una regulación específica que atienda a los intereses de todos, sin olvidar que la posible negligencia de uno solo de los titulares puede suponer el veto a acuerdos para todos. De ahí la regla del artículo 16, 1.º. De ahí que, a mi entender, sea la comunidad estimada como tal comunidad y regida por reglas de comunidad, y no los propietarios individualmente considerados, la que deba y pueda decidir en cada momento el destino de lo común, destino que puede ser, incluso, el de su realización en venta (28). Siempre referido, naturalmente, a elementos comunes que no sean esenciales, sino simplemente naturales o accidentales.

Tales ideas son aplicables plenamente, desde luego, a la enajenación del vuelo, cuyo carácter de elemento común natural —no esencial— es indiscutible.

C) ELEMENTOS REALES

Del solar, del edificio y del vuelo, elementos reales del derecho que estudiamos, se ha hablado ya, y a lo dicho me remito. No obstante, creo de interés recoger aquí unos supuestos especiales que superficialmente observados parecen contradecir las ideas expresadas como características propias del derecho real de vuelo.

Conforme a la Ley del suelo (art. 78), hay parcelas que, por reunir las circunstancias que establece, son indivisibles, y, no obstante, su volumen de edificabilidad en relación con las limitaciones de altura establecidas por las Ordenanzas municipales —principalmente en zonas turísticas, y en general en los llamados bloques abiertos— no sólo permite, sino que obliga a construir en la parcela dos o más edificaciones. Entonces, si el propietario realiza una edificación y la enajena —posiblemente con la idea de recabar fondos para proseguir con las restantes construcciones—, sin realizar ninguna reserva, siendo la total parcela solar de la edificación realizada, pasará a poder del adqui-

(28) Este parece ser el criterio que se desprende de la interesantísima Resolución D. G. R. y N. de 5 de mayo de 1970, cuyo estudio detenido no puedo por menos que aconsejar.

rente o adquirentes y perderá su propiedad el promotor (29). La solución al supuesto se encuentra en que el promotor, al enajenar la primera construcción, se reserve el derecho real de vuelo en el resto de la parcela para realizar las nuevas edificaciones.

Ello no supone creación de derecho de vuelo en solar no edificado, puesto que es precisamente la existencia de una edificación, constituida o no en propiedad horizontal, lo que lo determina. En definitiva, tal reserva del derecho real de vuelo supondrá una ampliación de una propiedad horizontal preexistente o su constitución desde entonces.

También puede concebirse que el propietario de un solar ceda a otro el derecho de vuelo hasta una determinada altura, reservándose el sobrevuelo. Tampoco existe aquí excepción a la regla, pues necesariamente ha de constituirse propiedad horizontal.

Por último, tampoco es un supuesto de excepción el negocio vulgar y prácticamente conocido como cesión de vuelo por vuelo, cuya construcción jurídica anda por otros caminos distintos al de creación del derecho real de vuelo, y en el que, por razones obvias, no puedo entrar aquí.

D) ELEMENTOS FORMALES

a) *Respecto del título constitutivo.*

Dejando aparte las cuestiones de pura forma, ligadas al negocio de constitución, interesa tratar ahora de las circunstancias particulares del derecho que se crea.

1. *La cuota en los elementos comunes.*—Según el artículo 16, 2.º, del Reglamento hipotecario, en la inscripción —y, por tanto, en el título constitutivo— «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».

Para ROCA (30), desde el momento en que no precisa sean específicamente determinadas al tiempo de efectuarse la reserva o transmisión del derecho de mayor elevación, las expresadas cuotas de las nuevas edificaciones en los elementos comunes serán potenciales, pues no lograrán plena efectividad hasta que dichas edificaciones existan y los correspondientes porcentajes en gastos no se devengarán hasta aquel momento.

Tal interpretación está muy de acuerdo con la dicción del Reglamento hipotecario. Pero, como ya he dicho antes, el Reglamento se ha quedado muy corto a la hora de regular el derecho de vuelo. En-

(29) Doy por superado el problema hipotecario acerca de si el total complejo puede y debe inscribirse como una sola finca.

(30) En *Suplemento...*, pág. 28.

tiendo que el Reglamento sólo ha pensado en el derecho de vuelo, no ya con la exclusiva finalidad de construir —esto lo dice el propio artículo 16, 2.º—, sino abocado de tal modo a la construcción, que nada puede pasar en el estado intermedio, desde que se crea el derecho hasta que se construye. Porque si las cuotas sólo son potenciales en esta fase, ¿en qué situación queda el adquirente del derecho de vuelo —que no olvidemos puede serlo a título oneroso— si accidentalmente, por caso fortuito o fuerza mayor, se derruye el edificio?

Ello, y la visión amplia que estoy procurando dar del derecho de vuelo, obliga a entender que el titular de este derecho adquiere con el mismo y desde el mismo momento la correspondiente cuota en los elementos comunes, y entre ellos el solar. Esta cuota es siempre actual, no potencial. Cuestión distinta es la de su determinación.

Si el derecho de vuelo se crea para no construir —supuesto posible, como ya se ha visto—, la cuota debe estar determinada *ab initio*. Si el derecho de vuelo se crea para construir, la cuota puede no ser determinada, pero ha de ser determinable. O sea, un supuesto análogo, desde luego en líneas muy generales, al del contrato de compraventa, en que el precio es requisito esencial (art. 1445 del C. c.) y, sin embargo, basta con que sea determinable (art. 1447 del C. c.). En definitiva, que si no es necesario fijar la cuota sí lo es el precisar las bases para su determinación, con un sistema objetivo que funcione de modo automático no sólo cuando se realice la construcción, sino también cuando no llegue a efectuarse por causa ajena a la voluntad del titular.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 1970 —cuyo supuesto de hecho se ha recogido antes— entiende que «será necesario que si no se hacen constar las nuevas cuotas, sí, al menos, existan reglas de las que se deduzcan aquéllas en forma indubitada, evitando así que la modificación del título constitutivo sea un acto unilateral y arbitrario del transmitente».

Con ello, el Centro directivo considera como inscribible la regla de que la cuota se fije, realizada la construcción de las nuevas plantas, proporcionalmente a la extensión de éstas. Admitido esto, es lógico que tal fijación pueda hacerla por sí solo el titular del derecho de vuelo en cuanto ello no supone más que la aplicación de una regla matemática de proporcionalidad cuya corrección puede perfectamente calificar el Registrador de la propiedad.

Por mi parte, quiero añadir que la facultad del titular del derecho de vuelo de variar las cuotas ya existentes, aunque no le pertenezcan los locales a que corresponden, es consecuencia lógica de la de fijar el módulo de su propio derecho, y, por ello, es innecesario que se haga constar expresamente, pues tal variación queda implícitamente prevista al crearse el derecho de vuelo, y se produce simplemente, repito, por

vía de consecuencia. Por la misma razón, es innecesario establecer «apoderamientos por adhesión», cuya posibilidad es muy discutible.

Esta regla, la de que el titular del derecho de vuelo con cuota determinable objetivamente la pueda fijar por sí solo y producir, consecuentemente, la variación en las ya existentes, es, desde luego, aplicable, en mi tesis, a todo supuesto de creación del derecho de vuelo, y no sólo al expresamente contemplado en la Resolución.

Cuestión distinta es la relativa a la contribución en los gastos comunes del inmueble. La cuota de participación sirve de módulo para determinar lo que a cada departamento corresponde en las cargas por razón de la comunidad (art. 3.º de la L. p. h.). Pero la propia Ley de propiedad horizontal permite que tal contribución se haga con arreglo a la cuota fijada en el título o a lo especialmente pactado. No obstante, aun independientemente de ello, o sea, aun cuando nada se hubiera pactado, parece lógico entender, en tema de derecho de vuelo, que si su creación está determinada por la construcción a realizar, en este solo caso (y no, por tanto, en el de que sea para no construir) la contribución en los gastos —salvo en lo relativo al suelo— sólo debe hacerse efectiva cuando efectivamente el titular haga uso de los elementos comunes.

Opinión acorde, en líneas generales, con la de ALVAREZ ALVAREZ (31), para quien los gastos se pagan por el uso de los elementos comunes, y si no se usan, no se debe contribuir: «No hay imposibilidad ninguna para que se establezcan dos tablas de porcentajes, una actual y otra para el futuro posible de elevación». Y MONET (32), por su parte, afirma que las cuotas no tienen que actuar necesariamente en cuanto a gastos generales mientras la edificación no se produce.

En contra, sin embargo, VENTURA TRAVESET (33), para quien debe contribuirse a los gastos desde el principio: «Lo contrario conduciría a unas oscilaciones en las cuotas de los demás según la libérrima voluntad del presunto constructor, y contraria hasta cierto punto al artículo 1256 del Código civil y al principio de especialidad del Registro, así como a la fecha desde la que habrían de regir las nuevas cuotas con los efectos registrales que con respecto a terceros le asigna el artículo 8.º, 4.º, de la Ley Hipotecaria.»

2. *Las normas de régimen de comunidad si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción.*—Esta norma del Reglamento es totalmente innecesaria. Dejando aparte su visión simplista —puesto que

(31) José Luis ALVAREZ ALVAREZ: *El título constitutivo de la propiedad horizontal*, Centenario de la Ley del Notariado, Sec. II, vol. II, Madrid, 1965, página 526.

(32) En *Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de propiedad horizontal*, Centenario de la Ley del Notariado, Sec. II, vol. I, Madrid, 1963, página 67 de la separata.

(33) *Ob. cit.*, pág. 231.

las normas convencionales de comunidad pueden establecerse, en mi tesis, tanto si se construye como si no—, la normativa estatutaria no es obligatoria en el régimen de propiedad horizontal, rigiendo la Ley en su defecto (34). En todo caso, la regla no puede tener más alcance que el de ser una anticipación del criterio legislativamente sentado por la Ley de propiedad horizontal de accesibilidad al Registro de la Propiedad de los estatutos en su totalidad, sin discriminación acerca del carácter real o meramente obligatorio de sus normas. Y por descartado, como apunta Roca (35), que si la creación del derecho de vuelo determina la modificación convencional de la reglamentación ya establecida, aquélla tendrá acceso al Registro.

3. Nada más dice el Reglamento sobre circunstancias del derecho de vuelo. No obstante, y siguiendo la pauta que marca el propio artículo 16 en su regulación del derecho de superficie, podrán hacerse constar en el título, y reflejarse en el Registro, otras circunstancias, sobre todo las relativas a las características y plazo de la edificación, en su caso.

Este último requisito, el del plazo, es importantísimo. Con relación a él, distinguiremos dos supuestos:

a') Si se ha fijado plazo y éste transcurre sin que se haya realizado la construcción, para Roca (36) es un caso de caducidad del derecho. Por mi parte, más bien creo que se tratará de un supuesto de resolución del negocio creador del derecho de vuelo por incumplimiento de su fin, con posible aplicación del artículo 1124 del Código civil.

b') La cuestión se planteará, con más frecuencia, en el caso de que, habiéndose creado el derecho de vuelo para construir, no se haya fijado plazo para ello, y el titular no lleve a efecto la construcción. Para LA RICA (37), el derecho de vuelo no puede considerarse perpetuo e imprescriptible, y debe entenderse que se extinguirá si no se hace uso del mismo en el plazo prescriptivo que para los derechos reales inmobiliarios señala el Código civil. En mi opinión, el derecho del adquirente del vuelo para construir, si, aun no edificando, no da lugar con su actitud a la posibilidad de pérdida del dominio por prescripción, ésta no puede aplicarse; creo que entonces debe entrar en juego la regla del Código civil acerca de la fijación de plazo por los Tribunales (art. 1128 del C. c.), y determinado éste, estamos ya en el supuesto anterior, con la consecuente posibilidad de ejercicio de la facultad de resolución (38).

(34) Cfr. la exposición de motivos de la Ley de propiedad horizontal.

(35) *Suplemento...*, pág. 29.

(36) *Id.*, *íd.*

(37) *Ob. cit.*, pág. 39.

(38) En toda esta materia parto de la idea de que si bien el construir es una facultad del titular del derecho de vuelo, es también, cuando el derecho se ha creado con tal finalidad, una obligación para él, cuyo incumplimiento puede

Otra cuestión es la relativa a si debe determinarse en el título las plantas que, en su caso, puede construir el título del derecho de vuelo. VENTURA TRAVESET (39) se pronuncia en sentido afirmativo, no estimando posible que el enajenante se reserve simple y llanamente el vuelo, y llegando incluso a rechazar que se cree el derecho limitado hasta donde autoricen las Ordenanzas municipales, por ser un límite variable caso de modificación de las mismas por ensanche de la calle u otra causa.

En mi opinión, el titular del derecho de vuelo tiene, en cuanto a contenido, exactamente el mismo derecho que tenía el propietario del inmueble antes de la creación de aquél como independiente si no se le ha puesto ninguna limitación; por tanto, no es necesaria la determinación de las plantas que el titular puede construir, y huelga incluso toda referencia a las Ordenanzas municipales, que, naturalmente, rigen y limitan alturas aun cuando no se aluda a ellas (40).

b) *Respecto de su constancia registral.*

Según el artículo 16, 2.º, del Reglamento hipotecario, el derecho de vuelo es inscribible en el Registro de la Propiedad «conforme a las normas del número tercero del artículo 8.º de la Ley (hipotecaria) y sus concordantes». Después de la reforma de este último precepto por la Ley de propiedad horizontal, la referencia debe entenderse a los números 3.º y 4.º del mismo artículo.

Claro está que al estar pensando el Reglamento exclusivamente en el derecho de vuelo creado para edificar, la referencia respecto de su inscribibilidad es lógico se haga al artículo de la Ley referido a las edificaciones. Pero entendiendo que el derecho real de vuelo puede ser para no edificar, y, en todo caso, concebido como tal derecho real inmobiliario y de propiedad, su inscribibilidad deriva de la regla general del número 1.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, si bien teniendo en cuenta que al desembocar su creación en una propiedad horizontal, la normativa acerca de la inscripción de ésta marcará el cauce para la forma de acceder al Registro.

Con esta interpretación se salvan las consecuencias que de la lectura textual del Reglamento parecen desprenderse, y que son a las que llega ROCA SASTRE (41) al afirmar que los derechos de mayor elevación «se harán constar» en la inscripción de la finca edificada o matriz, sin que puedan inscribirse como fincas independientes de aquélla

perjudicar al concedente; por ejemplo, impidiéndole ceder el sobrevuelo por falta de base física.

(39) *Ob. cit.*, pág. 170.

(40) El Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de marzo de 1968 admite como válido, en base al principio de autonomía de la voluntad del artículo 396 del Código civil y de la Ley de 21 de julio de 1960, un derecho a levantar los pisos que consientan las Ordenanzas Municipales.

(41) *Suplemento...*, pág. 27.

hasta que la construcción del piso en el ejercicio del derecho de vuelo esté terminada o, al menos, comenzada, debiendo equipararse hasta entonces al caso de los pisos meramente proyectados.

La tesis de ROCA no me parece convincente. De una parte, porque la referencia al artículo 8.º de la Ley Hipotecaria puede y debe entenderse en el sentido de que se aplicarán al derecho de vuelo creado las mismas normas de inscripción de propiedad horizontal que para los pisos construidos o en construcción, es decir, que el derecho de vuelo, en sí y por sí mismo, es inscribible como si fuera un piso más, por ser ya un elemento integrante de la propiedad horizontal. Y de otra, porque equipararlo al piso meramente proyectado supone que registralmente no tenga más protección que la de esa «constancia», cuyo valor, en tesis doctrinal, es bastante escaso (42). Con lo que estamos en lo mismo que decía al principio: el titular del derecho real de vuelo por el mero hecho de poner unos ladrillos puede lograr que su «constancia» registral se transforme en inscripción, logrando la plena protección del sistema hipotecario que antes no tenía.

Otro punto. Para ROCA (43), la inscripción del derecho de levante debe hacerse en la hoja del edificio, sin perjuicio de que cuando se inicie o concluya la construcción pueda hacerse constar en hoja separada, y debe también considerarse necesario que cuando de la finca edificada figuren uno o más pisos como fincas registralmente separadas, o sea, en hoja registral independiente, se haga constar en cada una de éstas por medio de nota marginal. Y en sentido análogo se pronuncia CAMY (44).

Con arreglo a mi tesis, la constitución del derecho de vuelo puede acceder al Registro en los términos que cualquier otra unidad de propiedad horizontal, y su constancia en las hojas de las restantes unidades se hará en cuanto tal creación lleve consigo la modificación de los módulos ya existentes, pero no en consideración a una calificación del mismo como derecho real limitativo del dominio, carácter que no tiene.

Queda, por último, tratar de la forma de acceso al Registro del departamento que se construya en ejercicio del derecho de vuelo. Para

(42) Para VENTURA-TRAVERSET (en *ob. cit.*, pág. 363) esta constancia—que califica de mención—carece de trascendencia real de momento; BATLLE (en *Las casas divididas por pisos y el Registro de la Propiedad*, “R. C. D. I.”, 1961, marzo-abril, pág. 421), en línea más avanzada, dice que el piso proyectado grava la parte material existente en términos muy semejantes, si no idénticos, al derecho de superficie o al derecho de sobreelevación; CAMY (*ob. cit.*, pág. 684), que, en general, entiende que esta mención no sirve para nada, con relación al derecho de levante le da el carácter de “constancia de una *conditio iuris*”; MONET (*ob. cit.*, en nota 15, pág. 37), que estima igualmente que el piso proyectado carece de trascendencia registral, entiende que sí tiene rango registral y autonomía en el caso del derecho de levante, pero no por sí mismo, sino por el derecho de levante que lo cubre y ampara.

(43) *Suplemento...*, pág. 27.

(44) *Ob. cit.*, pág. 687.

VENTURA TRAVESET (45), la declaración de obra nueva debe hacerse por el constructor y el concedente siempre, pues éste ha de decir si el edificio está construido realmente. CAMY (46) entiende que si al crearse el derecho de elevación se fijaron las características del piso a construir —y éstas ya constan en el Registro—, su construcción no será otra cosa que el cumplimiento de una condición resolutoria que perfecciona en su titular la propiedad del piso que potencialmente le atribuyó aquel derecho, y en este caso bastará una nota marginal, prevista en general por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, tanto en el folio propio como en el del edificio y en la de los restantes pisos; pero si al constituirse aquel derecho no se hubiera perfilado y descrito el futuro piso, el cumplimiento de aquel derecho mediante su construcción no puede hacerse en otra forma que mediante una nueva inscripción en el folio propio y en el del edificio, pero todo ello en virtud de una escritura que no podrá recoger sólo la declaración al efecto de su titular, con los requisitos de una declaración de obra nueva, sino que deberá ir suscrita por todos los titulares registrales de los pisos anteriores del edificio, para acreditar que la obra realizada lo ha sido de acuerdo con aquel impreciso derecho; la cuestión no surgirá, según este autor, si el edificio pertenecía a distintos dueños en propiedad horizontal, en aplicación del artículo 11 de la Ley reguladora de este instituto, que exige fijar en el acuerdo la naturaleza de la modificación.

Por su parte, ALVAREZ ALVAREZ (47), con referencia al vuelo concedido por los titulares del edificio en propiedad horizontal (o por el propietario —a través de reserva o transmisión— antes de vender los pisos), entiende que si el título constitutivo contiene todos los requisitos relativos a las cuotas y a la construcción, la efectiva realización de ésta no supone modificación del título de constitución y, por tanto, no necesitará nuevo acuerdo de la Junta general, por suponer simplemente actualización de lo que ya estaba en germen contenido en él; pero en caso contrario el nuevo acuerdo de la Junta será necesario para fijar las circunstancias que previene el expresado artículo 11.

Creo que estas opiniones son excesivamente rígidas. La dicción del artículo 11 de la Ley de propiedad horizontal —«naturaleza de las modificaciones»— es lo suficientemente amplia para que baste fijar en el acuerdo las líneas generales de la futura construcción, en su caso; y no hay norma alguna que ni siquiera exija esto cuando el concedente del derecho de vuelo sea propietario único o varios en proindivisión. En definitiva, si el titular del edificio creó el derecho de vuelo sin mayor especificación acerca de las circunstancias de la construcción, debe atenerse a ello.

Y, en todo caso, debe entenderse que la pertinente declaración de

(45) *Ob. cit., loc. cit.*

(46) *Ob. cit.,* pág. 688.

(47) *Ob. cit.,* pág. 525.

obra nueva de la construcción realizada es una facultad del titular del derecho de vuelo, que puede hacer por sí solo, como propia del derecho que le corresponde. Sería injusto que tuviera que acudir necesariamente a la vía judicial para otorgar la declaración de obra nueva en el caso de que el propietario o cualquiera de los propietarios del edificio se negaran a prestar su consentimiento para ello; y teniendo, además, que pechar con la carga de la prueba de que lo construido es acorde con lo concedido o reservado en el caso de que nada o muy poco se hubiera fijado acerca del modo de realizar la edificación.

Como colofón a toda esta materia, recordar simplemente que, a diferencia del derecho de superficie, y conforme a las reglas generales, la inscripción del derecho de vuelo es, desde luego, declarativa.

VII

CONTENIDO

No creo necesario estructurar aquí el contenido de derechos y obligaciones derivado de la creación del derecho real de vuelo, en cuanto, en realidad, resulta de todo lo hasta ahora expuesto.

No obstante, y como complemento, debe destacarse que:

a) El derecho real de vuelo es enajenable por su titular, tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

Consecuentemente, es también hipotecable. Pero no —diferiendo de ROCA (48)— sólo cuando la construcción, en ejercicio del derecho, esté concluida o comenzada, sino en sí mismo, como derecho real inmobiliario que tiene un valor económico y que, con independencia de la tesis que se siga acerca de su naturaleza jurídica, reúne las características que para ser objeto de hipoteca exige el artículo 106 de la Ley Hipotecaria. Con más, por una razón de orden práctico: al igual que el propietario del solar puede hipotecarlo precisamente con la finalidad de obtener fondos con que realizar la construcción, no puede el titular del derecho de vuelo ver negada esta posibilidad.

Y, desde luego, si en ejercicio de su derecho, el titular del vuelo edifica, y en cuanto edifique, lo construido quedará sujeto a la hipoteca como materialización física del derecho hipotecado, sin necesidad de ningún pacto acerca de ello (49).

b) Es indudable que el titular del vuelo puede, para hacer la obra, apoyarse en lo ya existente y reforzarlo si fuere necesario, en

(48) *Suplemento...*, pág. 29.

(49) Aplicando una técnica jurídica similar a la del 107, 8.º, de la Ley Hipotecaria.

cuanto es una consecuencia necesaria al derecho a elevar pisos. Así lo proclama la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1968. Aunque, claro está, debe respetar la estabilidad del edificio, sin modificar los elementos arquitectónicos y estéticos del inmueble.

VIII

ESPECIAL CONSIDERACION DE LA APLICACION DEL DERECHO DE VUELO A FINCAS EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Distinguiremos dos supuestos:

A) DERECHO DE VUELO EN EDIFICIO YA CONSTITUIDO EN PROPIEDAD HORIZONTAL

De ello se ha hablado ya antes. Queda sólo tratar de a quién compete su creación. Entre los tres sistemas que enumera ROCA SASTRE (50) —a todos los propietarios, al de la última planta respecto del vuelo y al del bajo respecto del subsuelo, y al de la última planta respecto del vuelo y a todos respecto del subsuelo—, el Derecho español se ha inclinado por el primero. Esto es evidente después de la promulgación de la vigente Ley de propiedad horizontal, al exigir el acuerdo unánime el artículo 11. Y también lo era antes de su promulgación: antes de la reforma del Reglamento hipotecario, o sea, en el sistema del Código civil —tanto en su redacción originaria como en la modificada por Ley de 26 de octubre de 1939—, por ser el vuelo elemento común y, por ende, pertenecer a todos los propietarios; y producida la reforma del Reglamento, por confirmar éste la tesis al exigir la intervención del «propietario» del edificio.

B) EL DERECHO DE VUELO COMO MEDIO DE HACER NACER UN EDIFICIO DIRECTAMENTE EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Ya antes se ha aludido a la posibilidad —estudiada detenidamente por MONET (51)— de que un grupo de personas realice la edificación en base a un convenio en virtud del que se conceda, recíprocamente, el derecho de levante para que cada uno construya por sí, en la zona y altura correspondiente, su respectivo departamento.

MONET estima posible y legítima esta solución, estudiándola detenidamente en sus aspectos sustantivo, instrumental, hipotecario, administrativo y fiscal, aunque en definitiva no la siga. En todo caso, y

(50) *Suplemento...*, pág. 26.

(51) *Ob. cit.*, pág. 34.

como reconoce el propio autor, supone un medio desorbitado para lograr una finalidad más simple y lleva consigo riesgos de tipo fiscal. Por todo ello no ha sido, desde luego, recibido en la práctica.

IX

EL DERECHO DE VUELO Y LA HIPOTECA

La posibilidad de hipotecar el derecho de vuelo ya se ha admitido antes como indiscutible. Particular interés ofrece, desde otro punto de vista, el estudio de las repercusiones que puede tener la creación del derecho de vuelo en finca ya hipotecada.

Es esta una cuestión que exige un estudio pormenorizado de las diversas situaciones para llegar a soluciones claras y concretas. Advirtiéndose que incluyo dentro de él, y encabezando cada grupo de problemas, supuestos que no son propiamente de derecho de vuelo, pero que estimo de interés recoger, tanto para procurar dar una visión completa del problema como por la luz que pueden darnos para resolver los restantes supuestos. Y siempre a la luz de la normativa legal, es decir, no existiendo pacto alguno que la modalice o desvirtúe (o la recalque expresamente).

A) CASO DE FINCA PERTENECIENTE A UN SOLO PROPIETARIO O A VARIOS EN PROINDIVISIÓN, NO CONSTITUIDA EN PROPIEDAD HORIZONTAL, O QUE, AUN CONSTITUIDA EN TAL RÉGIMEN, NO TIENEN DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD, Y QUE HA SIDO HIPOTECADA

1. *Cuando edifican nuevas plantas su titular o titulares.*

No es, desde luego, supuesto de derecho real de vuelo, sino de ejercicio del derecho de levante, como facultad ínsita en el dominio.

Es indudable que las nuevas plantas quedan sujetas a la hipoteca. El artículo 110, 1.º, de la Ley Hipotecaria entiende hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario, las mejoras que consistan en obras de elevación de los edificios.

La razón es clara. Tanto si, siguiendo la dicción legal, se consideran como mejoras, como si, más técnicamente, se estima que el vuelo es elemento integrante de la finca.

2. *Cuando ceden a un tercero el derecho de vuelo.*

El supuesto, a mi juicio, es análogo al caso de finca rústica o solar no edificado que se divide en dos o más nuevas fincas. En nada afecta

la división al acreedor hipotecario, quien puede dirigir su acción contra cualquiera de las nuevas fincas o contra todas a la vez (art. 125 de la L. H.).

Lo contrario supondría privar al acreedor de una parte de su garantía; no debe olvidarse que el adquirente del vuelo adquiere ya una cuota en los elementos comunes —y entre ellos el solar— que, de no seguir la tesis que se mantiene, quedaría frustrada a su ejecución.

La cuestión, sin embargo, se complica por la interferencia del concepto de tercer poseedor. De una parte, nos encontramos con que el tercer poseedor es el adquirente de todo o parte de la finca hipotecada que reúna la consideración de tercero por no estar personalmente sujeto a la correspondiente obligación garantizada, directa ni indirectamente, y ser ajeno a la originaria constitución de la hipoteca (52). El tercer poseedor queda, pues, sujeto a la hipoteca.

Ahora bien: cuando la Ley hipotecaria trata de la extensión objetiva de la hipoteca con relación al tercer poseedor, dice que no será extensiva la hipoteca a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que se hayan costado por el nuevo dueño (art. 112). Y por comparación con el artículo 110, 1.º, de la propia Ley, parece resultar que no se extiende la hipoteca a las mejoras que consistan en elevación de los edificios.

Creo, sin embargo, que aquí hay una imprecisión de enfoque. El adquirente del derecho de vuelo en edificio hipotecado no realiza obra alguna de mejora del edificio a través de su elevación, puesto que lo que adquiere no es el edificio, sino el mismo derecho de elevación. En otros términos: el artículo 112 piensa, a lo que creo, en un edificio hipotecado que es adquirido por un tercero, quien lo eleva, pero no en quien adquiere el derecho de vuelo, que no ha adquirido la finca y, por tanto, no entra en el supuesto.

En todo caso, lo que no puede entenderse es que el derecho de vuelo, erróneamente considerado como derecho real limitativo del dominio, sea purgado en trance de ejecución hipotecaria, conforme al sistema español, tanto en el procedimiento judicial sumario como en el extrajudicial y el ejecutivo ordinario, en el que respecto de las cargas y gravámenes posteriores a la hipoteca ejecutante rige el sistema de purga o liberación y cancelación de sus respectivos asientos.

3. *Cuando transmiten a un tercero el edificio, reservándose el derecho de vuelo.*

La solución debe ser idéntica a la del supuesto anterior y por las mismas razones.

No hay aquí, de otra parte, interferencia del concepto de tercer poseedor, ya que, aunque el tercero adquiere finca hipotecada, las nuevas obras de elevación no han sido costeadas por él.

(52) Es el concepto de ROCA SASTRE.

4. *Cuando transmiten a uno el edificio y a otro el derecho de vuelo.*

Como supuesto de combinación de los dos últimos y aplicando conjuntamente sus soluciones, el resultado es que todo quedará sujeto a la hipoteca.

B) CASO DE FINCA CONSTITUIDA EN PROPIEDAD HORIZONTAL PERTENECIENTE A UN SOLO PROPIETARIO O A VARIOS EN COMÚN O YA EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, QUE HAN HIPOTECADO CON DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD ENTRE LOS DISTINTOS LOCALES; Y CASO DE FINCA PERTENECIENTE EN PROPIEDAD HORIZONTAL A VARIOS PROPIETARIOS EN QUE ÉSTOS HAN HIPOTECADO SEPARADAMENTE SUS LOCALES

Estudio conjuntamente todos estos casos, puesto que, en definitiva, lo que ahora interesa no es tanto la existencia de una sola deuda —con deudor único o mancomunado— o de varias, sino el hecho de haberse producido división de responsabilidad, lo que es asimilable a la existencia de tantas hipotecas como departamentos gravados.

Los supuestos que podríamos distinguir aquí son los mismos del apartado anterior. No obstante, creo que sentando una regla general que los abarque a todos, su simple aplicación hará innecesarias ulteriores distinciones.

El problema es, presupuesto que el derecho de vuelo queda siempre hipotecado, el de determinar en qué medida lo está y cuál será la responsabilidad que deba asignársele, lo que tiene evidente importancia respecto del adquirente.

Hay que partir de la base de que, tanto si construyen los mismos propietarios en uso de su facultad de elevación como si se constituye el derecho de vuelo como derecho real independiente, se ha producido una variación respecto de un elemento común de la propiedad horizontal. Tras su previa desafección de tal carácter, el vuelo ha dejado de ser elemento común y se ha transformado en propiedad privativa, de los mismos dueños o de un tercero. Como consecuencia, al vuelo se le ha asignado una participación en los elementos comunes, que lleva consigo una reducción en la de los departamentos ya existentes.

Y puesto que la hipoteca de un piso o local o la responsabilidad a él asignada comprende el departamento en propiedad horizontal, que está integrado no sólo por el local en sentido estricto, sino también por su cuota de participación en lo común, como ya antes he dicho, el acreedor quedaría perjudicado si no se admitiera la extensión de su hipoteca al vuelo construido o no.

El perjuicio no se produce en modo alguno si llegado el momento de la ejecución ésta alcanza al derecho de vuelo o a lo nuevamente

construido en su ejercicio en la proporción correspondiente. Proporción que será la que, según su cuota de participación, corresponda a lo hipotecado en los elementos comunes (53).

Y en cuanto a la segunda cuestión, la de la responsabilidad hipotecaria del derecho de vuelo creado, es punto que exige la intervención y consentimiento del acreedor o del conjunto de acreedores, sin los cuales no puede ser fijada. La similitud con el supuesto de división de finca hipotecada es evidente.

C) CASO DE FINCA HIPOTECADA QUE SE TRANSMITE A UN TERCERO Y ÉSTE EDIFICA EN USO DE SU FACULTAD DE LEVANTE O CREA EL DERECHO DE VUELO

Parece que aquí sí entra en juego el concepto de tercer poseedor, y, por tanto, conforme al artículo 112, en comparación con el 110, 1.º, ambos de la Ley Hipotecaria, lo nuevamente edificado o el derecho de vuelo creado no deben quedar sujetos a la hipoteca.

Pero el evidente perjuicio —ya tantas veces dicho— que supone esta solución para el acreedor, que ve así mermada su garantía, me hace dudar de su exactitud.

De una parte, nos encontramos con que la legislación hipotecaria no es demasiado extensa en la regulación de la protección de los derechos del acreedor frente a actos que disminuyan su garantía, estableciendo únicamente la acción de devastación, que no parece encajar en el supuesto (54).

De otra, y dejando aparte la posible incorrección gramatical del artículo 112 de la Ley Hipotecaria (55), que variaría totalmente su sentido, la doctrina que se extrae de este artículo en lo relativo a elevación de edificio no resulta aceptable.

Si las mejoras consistentes en obras de transformación no son las de reparación y seguridad (mejoras necesarias) ni las de comodidad o adorno (mejoras voluntarias), sólo nos queda que sean mejoras útiles, y entonces, según ROCA SASTRE (56), el artículo 112 es digno de severa

(53) Un sencillo ejemplo como aclaración: en el caso de finca constituida por diez departamentos cuya cuota de participación es, en cada uno, del 10 por 100, al crearse el derecho de vuelo la hipoteca de los antiguos locales se extenderá respecto de cada uno a un 10 por 100 del derecho de vuelo o de los nuevos locales.

(54) Cfr. artículos 117 de la Ley Hipotecaria y 219 del Reglamento Hipotecario.

(55) ROCA SASTRE recoge la siguiente nota: "ESCOSURA observa que en el ejemplar de la Ley Hipotecaria de 1861 que solía usar el señor GALINDO DE VERA cuando servía la plaza de auxiliar primero de la Dirección General de los Registros, aparece en el artículo 112 tachado el no y una nota en letra al pie del artículo diciendo: "Según manifestación de los autores de la Ley Hipotecaria sobra el no por errata" (en *Derecho hipotecario*, tomo IV-1.º, pág. 504).

(56) *Derecho hipotecario*, tomo IV-1.º, pág. 504.

crítica. Para este autor, el concepto «obras de transformación» tiene un contenido elástico, ya que, según los casos, puede expresar mejoras útiles —y hasta voluntarias— o mejoras necesarias; en el primer caso no quedan afectas por la hipoteca, pero sí en el segundo.

La solución, en mi línea, debe hallarse en la idea de que, salvo que el constructor realice la edificación como superficiaria para no afectar la titularidad del solar (57), debe entenderse que, efectivamente, en este caso no se halla hipotecada la obra, pero sí sujeta a ejecución, y aplicar de la disyuntiva del artículo 113 de la Ley Hipotecaria únicamente el derecho a exigir el importe de la obra realizada, por ser lo construido inseparable sin menoscabar el valor del resto de la finca (58).

X

EL DERECHO DE VUELO Y OTROS GRAVAMENES

Expuesto el caso de la hipoteca, que es el que presenta mayor complejidad, los principios que en él han servido serán de aplicación, con mayor claridad, a cualesquiera otros gravámenes recayentes sobre finca en que se cree el derecho de vuelo. Ello me releva de mayor detalle.

XI

EXTINCION

El derecho real de vuelo se extinguirá por las mismas causas que el derecho real de propiedad.

Ya he tratado antes de las posibles especialidades derivadas de los institutos de la caducidad y de la prescripción.

(57) Supuesto ciertamente muy teórico, pero que no puede descartarse —como tampoco puede excluirse del artículo 110 de la Ley Hipotecaria— respecto de la construcción de edificios donde antes no los hubiere.

(58) Sé que algunas de las soluciones que se defienden pueden parecer excesivamente dogmáticas en cuanto el acreedor hipotecario de un departamento no piensa, normalmente, en la participación que a tal local puede corresponder en el derecho de vuelo. No obstante, en apoyo de mi tesis, debo recordar que no hay razón para dar distinto tratamiento al vuelo como elemento común en el que cada departamento tiene una cuota de participación que, por ejemplo, al garaje configurado en estatutos como comunal o al jardín del edificio, que sí son tenidos en cuenta por el acreedor al tiempo de constituirse la hipoteca. Y que el perjuicio que para el acreedor supone la creación del derecho de vuelo con su correspondiente cuota en lo común y consiguiente disminución en la del departamento hipotecado, se manifiesta claramente en caso de siniestro del edificio, en que la participación en el suelo o en la indemnización correspondiente que, por subrogación, se entiende hipotecado será inferior a la que existiría sin la constitución del derecho de vuelo.

Sólo resta el caso de destrucción del edificio en el que se constituya. Para FONT BOIX (59), en el supuesto de derruirse el edificio, si los pisos están ya contruidos se aplicará el régimen normal de la propiedad horizontal, entrando en juego la norma del artículo 21, 1.º, de la Ley reguladora; en cambio, si no se ha verificado aún la construcción habrá que atender a lo pactado, al no existir norma legal que regule esta situación. En mi opinión, y de acuerdo con la tesis expuesta, en uno y otro caso será de aplicación la normativa ordinaria de la propiedad horizontal. Pero si al crearse el derecho de vuelo la cuota de participación del mismo se fijó con referencia a criterios no producidos —por ejemplo, con relación a la superficie a construir—, es problema que, salvo, naturalmente, el acuerdo de los interesados, sólo el juez puede resolver.

ANTONIO SOTO BISQUERT
Notario

(59) *Ob. cit.*, pág. 57.