

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

21126 *Resolución de 29 de agosto de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Oviedo n.º 3 a inscribir una escritura de sobreelevación o sobreedificación y de subedificación.*

En el recurso interpuesto por don G. S. P., en nombre y representación de la sociedad «Constructora Los Álamos, SA», contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Oviedo número 3, doña Ana Ámez Aparicio, a inscribir una escritura de sobreelevación o sobreedificación y de subedificación.

Hechos

I

El día 23 de marzo de 2023 se autorizó por el notario de Oviedo, don Juan Antonio Escudero García, con número 421 de protocolo, escritura en virtud de la cual «Constructora Los Álamos, SA», titular dominical de la finca registral 57.542 (subparcela 44.2) y de la colindante 57.540 (subparcela 44.1), ambas del Plan Especial (...) de Oviedo, constituye en la citada escritura un derecho real de sobreelevación y subedificación sobre una franja de terreno (de 98 metros cuadrados) de la finca registral 57.540 (subparcela 44.1) que discurre de norte a sur a lo largo del lindero común a ambas, para que el titular de tal derecho pueda apoyar y construir hasta su terminación parte del edificio que levante sobre parte de la finca colindante 57.540 (subparcela 44.1), extendiendo o expandiendo la construcción tanto en plantas bajo rasante como sobre rasante del suelo adquiriendo la plena y permanente propiedad de la construcción levantada, de tal forma que la construcción sobre elevada y edificada pase a ser parte integrante del edificio que se construya. Se expresa que tal «derecho incluirá la facultad de arrimar la construcción realizada a la que exista en ese momento o pueda existir en el futuro sobre el predio parcela 44-1, y conectar los elementos constructivos de una y otra, así como enlazar y comunicar las plantas de sótano de uno y otro edificio», y que «el derecho de sobre-elevación y sub-edificación se constituye, no para poder construir una edificación autónoma o independiente sobre el terreno del solar gravado, sino para poder apoyar y extender o expandir el edificio que se construya en el futuro sobre el solar beneficiado por tal derecho (es decir, la parcela 44.2), por lo que la construcción sobre-elevada y sub-edificada deberá ser siempre parte integrante de ese edificio. La edificación a sobre-elevar y sub-elevar se compondrá de un máximo de doce plantas, compuesta de tres plantas de sótano destinadas a garajes, trasteros e instalaciones comunes, planta baja destinada a local comercial e instalaciones generales, y siete plantas altas más ático, destinadas a vivienda».

Según se añade en la escritura:

- La superficie máxima de la edificación en la parte construida sobre la finca gravada con el derecho de vuelo será de 600 metros cuadrados.
- El edificio que se vaya a construir en la finca 57.542 (subparcela 44.2) y en la parte de la finca 57.540 gravada con el derecho de sobre y subedificación (subparcela 44.1), constituirá una edificación física y estructuralmente independiente de la que pueda existir sobre el resto de la finca 57.540.
- Debido a dicha independencia, el titular del derecho de edificación y los propietarios del edificio resultante de su ejecución no contribuirán a los gastos comunes de la propiedad del edificio que en su día se pueda construir sobre el resto de la

parcela 57.540, sino solamente a aquellos que fueren derivados o atribuibles directa y únicamente al propio solar en cuanto tal.

– A la edificación por construir se le asigna una cuota de 7,55%, señalándose que la parte construida en virtud del derecho de sobrelevación no va a constituir una edificación independiente, ni tampoco unos predios concretos del régimen de propiedad horizontal del edificio sobreelevado sino una parte del edificio por construir, y por ello esa cuota, a efectos del reparto de gastos, se atribuirá al conjunto de esa edificación.

– El plazo para el ejercicio del derecho de sobrelevación será de cincuenta años.

– El derecho constituido queda sujeto para su eficacia a la condición suspensiva de que uno, al menos de los solares afectados por el mismo, pase a ser en todo o en parte propiedad de terceros distintos del propio titular, o bien se constituya sobre alguno de ambos algún derecho real limitativo del dominio a favor de tercero.

Finalmente, se incorpora a la escritura informe positivo de validación catastral, que, partiendo de la superficie de las fincas registrales según el Catastro, se crean dos nuevas fincas mediante identificación de la finca 57.542 y de la porción de terreno o franja sobre la que se constituye el derecho de sobreedificación y subedificación.

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Oviedo número 3, fue objeto de la siguiente calificación:

«Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario:

El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por Don/Doña Juan Antonio Escudero García, el día 04/04/2023, bajo el asiento número 1607, del tomo 216 del Libro Diario y número de entrada 1381, que corresponde al documento autorizado por el notario de Oviedo Juan Antonio Escudero García, con el número 421/2023 de su protocolo, de fecha 23/03/2023, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos:

En virtud de la escritura presentada, la sociedad Constructora Los Álamos S.A como propietaria única de la finca registrales 57540 (subparcela 44.1) y 57542 (subparcela 44.2) colindantes entre sí constituye un derecho de sobre-elevación y subedificación [sic].

Dichos [sic] derecho se constituye sobre una franja de terreno de la finca registral 57540 (subparcela 44.1) que discurre de norte a sur a lo largo del lindero común a ambas, de tal forma que el titular de la finca registral 57542 (subparcela 44.2) pueda apoyar y construir hasta su terminación parte del edificio que levante sobre parte de la finca colindante 57540 (subparcela 44.1), extendiendo o expandiendo la construcción tanto en plantas bajo rasantes como sobre rasante del suelo adquiriendo la plena y permanente propiedad de la construcción levantada, de tal forma que la construcción sobre elevada y edificada pase a ser parte integrante del edificio que se construya.

La construcción resultante de la ejecución del derecho de sobrelevación y subedificación sobre la parcela 57540 (subparcela 44.1) va ser parte integrante del edificio ubicado en la finca 57542 (subparcela 44.2) y consiste en doce plantas, compuesta de tres plantas de sótano [sic] destinada a garajes, trasteros e instalaciones comunes, planta baja destinada a local comercial e instalaciones generales y siete plantas altas más ático destinadas a vivienda siendo la superficie máxima de la edificación en la parte construida sobre la finca gravada con el derecho de vuelo de seiscientos metros construidos.

En todo caso la parte del edificio construida en la finca 57542 (subparcela 44.2) y en la finca 57540 (subparcela 44.1) va a constituir una edificación física y estructuralmente independiente de la que pueda existir sobre el resto de la finca 57540 por lo que el titular del derecho de edificación y los propietarios del edificio resultantes de su ejecución no contribuirán a los gastos comunes de la propiedad del edificio que en su día se pueda construir sobre el resto de la parcela 57540 sino solamente a aquellos que fueren derivados o atribuibles directa y únicamente al propio solar en cuanto tal.

A la edificación a construir se le asigna una cuota de 7,55%, señalándose que la parte construida en virtud del derecho de sobrelevación no va a constituir una edificación independiente, ni tampoco unos predios concretos del régimen de propiedad horizontal del edificio sobreelevado sino una parte del edificio a construir, por lo que esa cuota a efectos del reparto de gastos, se atribuirá al conjunto de esa edificación, soportándose los gastos por el conjunto de propietarios de los predios que lo integren, en proporción a la cuotas de participación asignadas respectivamente en la escritura de división del régimen de propiedad horizontal de aquel. Así mismo dicho derecho incluye la facultad de arrimar la construcción realizada en la finca registral 57542 y parte de la finca 57540 en ejercicio del derecho a la que exista en el futuro sobre el resto del predio 57540 y conectar los elementos constructivos de una y de otra, así como enlazar y comunicar las plantas de sótano de uno y otro edificio.

Se pacta así mismo la transmisibilidad y gravamen del derecho constituido ligada a la transmisión conjunta con la finca a cuyo favor se constituye y su extinción si dicha finca se transmite sin transmitir conjuntamente el derecho de elevación.

Finalmente la eficacia del derecho que sujeta a la condición suspensiva de que uno al menos de los solares afectados por el mismo pase a ser en todo o parte propiedad de terceros distintos del propio titular [sic] o se constituya sobre alguno de ambos algún derecho real limitativo del dominio a favor de terceros.

Se incorpora a la escritura informe positivo de validación catastral de la que partiendo de la superficie de las fincas registrales según el catastro se crean dos nuevas fincas mediante agregación a la finca 57542 una porción de terreno previamente segregada de la 57540 y coincidente con la franja de terreno sobre la que se constituye el derecho de sobredificación y subedificación y que por lo tanto presuponen una agrupación de fincas para formar dos nuevas.

Fundamentos de Derecho:

En virtud de la escritura presentada se configura un derecho real autónomo e independiente sobre parte de una finca registral no edificada quedando parte de la misma gravada con el derecho a edificar y pasando la propiedad de lo edificado a ser parte integrante de otro edificio proyectado sobre finca colindante a cuyo favor se constituye el derecho de edificación.

Es por ello que el ejercicio del derecho de edificación tal y como consta configurado por un lado se proyecta sobre un solar no edificado y por otro va a dar lugar a la declaración de una obra nueva de un único edificio en dos fincas registrales independientes y a su posterior división horizontal pasando los nuevos elementos generados en ejercicio del derecho de edificación a formar parte integrante del edificio construido sobre la finca registral a cuyo favor se constituye el derecho y en su caso del régimen de propiedad horizontal que sobre dicho edificio se cree.

En cuanto a la posibilidad de constituir un derecho de vuelo sobre un suelo edificable pero aún no edificado cabe destacar que el tenor literal del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario por el que se regula el derecho de vuelo se refiere exclusivamente a edificios. No obstante, la Resolución de la Dirección General de 20 de noviembre de 2002 parece admitir dicha posibilidad que sí está contemplada expresamente en el artículo 567.1 del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña. En todo caso admitida la posibilidad de constitución de un derecho de vuelo sobre un solar es preciso que el mismo lleve aparejada una distribución en propiedad horizontal sobre el edificio a construir. Lo que no cabría es que se constituyera el derecho de vuelo sobre el solar como un derecho de

superficie pero con propiedad permanente al coexistir sobre una misma finca dos propiedades diferentes e incompatibles como más adelante se explicará.

En el presente caso el derecho de sobreedificación y subelevación implica la construcción de un único edificio en una finca registral y parte de otra quedando la parte en esta construida integrada en la primera. Ello no es posible sin que previamente se proceda a la segregación de la porción de la finca gravada con el derecho de vuelo y su posterior agregación a la finca a cuyo favor se constituye en base tal y como exigen los artículos 8 de la Ley Hipotecaria y 44 del Reglamento Hipotecario.

En este sentido los artículos 8.3 y 8.4 de la Ley Hipotecaria disponen que: se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: Las fincas urbanas y edificios en general, aunque pertenezca a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno” y “los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o por lo menos comenzada”. A dicho artículo se remite así mismo el 16 del Reglamento Hipotecario que regula el derecho de vuelo conforme al cual “2. 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 apartado 3.º del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento. d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción.” Por su parte el Reglamento Hipotecario en el artículo 44.1 señala expresamente que: Se inscribirán bajo un sólo número, si los interesados lo solicitaren, considerándose como una sola finca con arreglo al artículo 8 de la Ley y para los efectos que el mismo expresa, siempre que pertenezca a un solo dueño o a varios pro indiviso: Primero. Las fincas urbanas, también colindantes, que físicamente constituyan un solo edificio o casa-habitación.

Por su parte la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 30 [sic] de abril de 2019 que resuelve un caso similar al planteado al referirse al artículo 8 de la Ley Hipotecaria establece que “este artículo se fundamenta en la unidad arquitectónica de los edificios que cuentan con una serie de elementos, que por su propia naturaleza son indivisibles y que hacen precisa su inscripción en una sola finca registral. Entre tales elementos cabe citar las cimentaciones, las cubiertas, los elementos estructurales, las fachadas o las instalaciones, conducciones y canalizaciones.” Así mismo en Resolución de 26 de junio de 1987 señaló que “la multiplicidad de situaciones fácticas posible en esta materia determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino, al contrario, de reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico que, entre los varios que proporciona el Ordenamiento, resulte más adecuado al caso concreto en función de sus características peculiares y de los fines o intereses perseguidos. Ahora bien, esta libertad de configuración debe moverse dentro del respeto a las exigencias estructurales del sistema y a los límites derivados de la trascendencia “erga omnes” del *status* jurídico de los bienes, siendo principio básico de nuestro Ordenamiento el de accesión de lo edificado al suelo (artículos 353 y 358 del Código civil), de modo que toda pretendida excepción no podrá ser reconocida jurídicamente si no cuenta con respaldo legal suficiente... y que la articulación jurídica elegida no puede desconocer las características físicas de la situación contemplada”, añadiendo igualmente que “sería artificioso pretender una auténtica división del todo para encubrir después bajo una complicada y minuciosa regulación la carencia de verdadera autonomía e independencia de las partes resultantes”.

En el presente supuesto queda por lo tanto patente que la finalidad perseguida mediante la constitución del derecho de sobreedificación y subedificación da lugar a una única edificación sobre dos fincas distintas por lo que lo que procede es la agregación de la porción de la finca sobre el que se constituye previa segregación.

Por otro lado el ejercicio del derecho de edificar un único edificio sobre una finca registral y parte de otra y proceder posteriormente a su división horizontal conlleva la coexistencia de dos propiedades perpetuas y permanentes en la finca gravada con el derecho de edificación: una propiedad separada sobre la parte del edificio construido en ejercicio del derecho de sobreedificación y subedificación que correspondería a los dueños del predio colindante; y otra sobre el resto del predio que incluso se extendería sobre el resto del vuelo y del subsuelo del edificio construido en ejercicio del derecho y que correspondería a los titulares del predio gravado con el derecho. La articulación de dicha relación jurídica si bien podría fundamentarse en la autonomía de la voluntad prevista en el artículo 1255 del Código Civil y en el “numerus apertus” de los derechos reales conforme a los artículos 2.2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento, conculcaría además de los preceptos señalados en el párrafo anterior, el principio de especialidad registral que exige que para la inscripción de nuevas figuras hipotecarias estas sean claras y precisas de tal forma que no acceda al Registro de la Propiedad figuras confusas o contradictorias que no permitan una determinación exactas de su extensión y regulación.

A mayor abundamiento cabría resaltar que en el apartado G) relativo a la cuota y participación en gastos comunes se señala que a la edificación a construir se le asigna una cuota a todos los efectos legales de 7,55% si bien la parte que se construya en ejercicio de derecho de vuelo no va a constituir una edificación independiente ni predios concretos del régimen de propiedad horizontal del edificio sobre elevado. Es por ello que esa cuota se atribuirá al conjunto de la edificación soportando los gastos el conjunto de propietarios de los predios que lo integren en proporción a las cuotas de participación asignadas en la escritura de régimen de propiedad horizontal. Esta determinación del derecho y en todo caso la configuración de la edificación como parte integrante del edificio dividido horizontalmente pero sin constituir predios concretos de la misma a pesar de tener asignada una cuota de participación es incompatible con la configuración del derecho de sobreedificación y subedificación y con el requisito previsto en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario en cuanto exige la fijación de las nuevas cuota que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos comunes además de no respetar el principio de especialidad registral de nuevo en tanto que el nuevo espacio volumétrico creado en ejercicio del derecho de sobre elevación y subedificación si bien tiene asignado una cuota en el régimen de propiedad horizontal en los términos expresados, no constituye elemento privativo de la misma.

Finalmente cabe destacar que la georreferenciación que se incluye de las parcelas resultantes de la validación catastral no hace nada más que confirmar la exigencia de proceder a la previa segregación de la parte de la finca 57540 sobre la que se constituye el derecho de sobre elevación y subedificación para proceder a su posterior agregación a la finca 57542 y crear así la finca sobre la cual se va a declarar la obra nueva del edificio resultante.

Ello sin perjuicio de que en el supuesto caso de que el derecho configurado en la escritura fuera inscribible, se precisaría la previa inscripción de la base gráfica de las fincas afectadas dado que la edificación resultante lindaría con parte de la finca gravada con el derecho de vuelo por lo que con el fin de comprobar que la misma no se extralimita de la finca gravada sería preciso georreferenciarlas fincas 57540 y 57542 como paso previo a la inscripción y georreferenciación del derecho de vuelo en consonancia con los artículos 199 y 202 de la Ley Hipotecaria en relación con la Resolución de la Dirección General de 4 de enero de 2019.

Y por considerarlo un defecto insubsanable se procede a la denegación de los asientos solicitados del documento mencionado.

Contra la precedente nota de calificación (...)

Oviedo a 27 de abril de 2023 La Registradora de la Propiedad. Fdo: Ana Ámez Aparicio Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Ana Ámez

Aparicio registrador/a de Registro Propiedad de Oviedo 3 a día cinco de mayo del dos mil veintitrés.»

III

Don G. S. P., en nombre y representación de la sociedad «Constructora Los Álamos, S.A.», interpuso recurso contra la anterior calificación, mediante escrito que tuvo entrada en el citado Registro el 31 de mayo de 2023, en el que alega lo siguiente:

«(...) Primero. Hechos.

1.1 (...)

1.2 Sobre la calificación de la Sra. Registradora de la Propiedad:

En base a los fundamentos de derecho que se refieren en la nota de calificación emitida por la Sra. Registradora del Registro de la Propiedad Número 3 de Oviedo, ésta la emite con el carácter de negativa, denegando los asientos solicitados por considerar insubsabables (sic) los defectos advertidos, que, resumidamente, serían los siguientes:

A. La articulación de la relación jurídica constituida (derecho real de sub y sobreedificación), si bien podría fundamentarse en la autonomía de la voluntad prevista en el artículo 1255 del Código Civil y en el “numerus apertus” de los derechos reales conforme a los artículos 2.2 de la Ley Hipotecaria (LH) y 7 de su Reglamento (RH), conculcaría el principio de especialidad registral (art. 8 LH), en cuanto que “quedaría por lo tanto patente que la finalidad perseguida mediante la constitución del derecho de sobre-edificación y subedificación da lugar a una única edificación sobre dos fincas distintas por lo que lo que procede es la agregación de la porción de la finca sobre el que se constituye previa segregación”, además de la exigencia de “que para la inscripción de nuevas figuras hipotecarias estas sean claras y precisas de tal forma que no acceda al Registro de la Propiedad figuras confusas o contradictorias que no permitan una determinación exactas de su extensión y regulación”.

B. La configuración de la edificación como parte integrante del edificio dividido horizontalmente pero sin constituir predios concretos de la misma a pesar de tener asignada una cuota de participación es incompatible con la configuración del derecho de sobre y subedificación y con el requisito previsto en el artículo 16 del RH en cuanto exige la fijación de las nuevas cuota que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos comunes, además de no respetar el principio de especialidad registral de nuevo en tanto que el nuevo espacio volumétrico creado en ejercicio del derecho de sobre-elevación y subedificación si bien tiene asignado una cuota en el régimen de propiedad horizontal en los términos expresados, no constituye elemento privativo de la misma.

Segundo. Fundamentos de Derecho.

2.1 Es sabido, así parece ponerlo de relieve la Sra. Registradora en su nota de calificación, que el Tribunal Supremo (por ejemplo, en la STS de 22 de junio de 2009; Ponente: Seijas Quintana) admite la posibilidad de que en el momento de la formación de la propiedad horizontal el Promotor o el propietario inicial del edificio se reserven en el título constitutivo o en los Estatutos del mismo ciertos elementos en principio comunes de la finca para su construcción posterior, como es el suelo y el vuelo. Ello tiene su fundamento en el tenor del artículo 16.2 del RH y, analógicamente, por ser una norma dedicada también al derecho de sobre-elevación, en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales, cuyo art. 553.13 reconoce la validez de la constitución o la reserva expresa del derecho a sobre elevar, subedificar o edificar en el mismo solar del edificio a favor de los promotores o de terceras personas siempre que se establezca en el título de constitución en cláusula separada y específica de acuerdo con el art. 567.2 (número máximo de plantas; cuotas de participación; plazo para su ejercicio; precio o contraprestación, si procede...

elementos todo estos que constan explicitados en el documento referido y sometido a calificación).

Siendo ello así, hay que coincidir en que la naturaleza misma del derecho real de subedificación y sobreedificación, como limitativo del dominio y consistente en la facultad de levantar nuevas construcciones en el edificio o parcela, excluye que pueda configurarse con absoluta generalidad, de manera que la actuación unilateral del Promotor o del propietario único o los pactos acerca del modo de construir, duración y demás requisitos que impone el art. 16.2 RH formen el contenido real del derecho, por lo que tienen eficacia frente a terceros, que deben tener conocimiento de la exacta determinación de su naturaleza y extensión que, por otra parte, son inscribibles en el Registro de la Propiedad, cumplidos los requisitos dimanantes de los principios de especialidad, cuya eficacia resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales.

Pues bien, en relación con lo anterior y en cuanto a la extralimitación de parte de un edificio elevado sobre una parcela sobre o bajo parte de otra en virtud de la previa constitución de un derecho real al efecto, sin la absoluta necesidad de que se proceda para posibilitar ello jurídicamente, a la segregación y agregación de la franja de terreno afectada, tal y como, ex. art. 8 LH, señala la Sra. Registradora como obstativo a la inscripción de los asientos solicitados en el documento calificado negativamente, ya existen antecedentes que constan inscritos en el Principado de Asturias en virtud, precisamente, de la constitución de un derecho real al efecto semejante al que ahora se deniega (...)

2.2 En cuanto al defecto observado por la Sr. Registradora de que el “derecho de sobreelevación y subedificación si bien tiene asignado una cuota en el régimen de propiedad horizontal en los términos expresados, no constituye elemento privativo de la misma”.

A modo de inciso previo, decir que la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) en su resolución (RDGRN) de 5 de noviembre de 1982 (...), en relación a lo que se denomina “prehorizontalidad” (es decir, la situación jurídica previa a la plena y perfecta constitución de la propiedad horizontal, como es sabido), dado que se centra esencialmente en el solar como realidad tangible y en el edificio en construcción o simplemente en proyecto, conlleva un gran interés para los adquirentes de departamentos o locales, futuros cotitulares del edificio, en cuanto que en esta fase se determina el propio objeto adquirido con sus características físicas y límites, los derechos sobre el mismo así como el régimen estatutario que regulará la futura comunidad, o la fijación de una cuota de participación que corresponda a cada piso o local e igualmente la responsabilidad hipotecaria ya distribuida por cada finca independiente de las que van a existir en el edificio en caso de haberse constituido garantía real por los créditos percibidos para la construcción. Todas estas circunstancias permanecerán sin la suficiente publicidad con los riesgos que ello comporta, si no pudieren tener acceso al Registro de la Propiedad, que es la institución adecuada para darles a conocer a los terceros, lo que lógicamente ha de tener lugar, si no existe norma legal que lo impida, a través del título constitutivo del régimen de la propiedad horizontal.

Es decir, de la Resolución citada resulta que las situaciones de prehorizontalidad, cuando se trata de un solar sobre el que se va a construir un edificio en régimen de propiedad horizontal, han de tener un adecuado reflejo en el Registro de la Propiedad. En este caso, además, la fijación de la cuota del derecho de sobre-elevación y subedificación, independientemente del reflejo o incardinación que pueda tener en el futuro este derecho en la escritura de división horizontal del edificio, es de imprescindible fijación por la propia naturaleza del mismo y por la normativa vigente.

Por otro lado, y como también es sabido, los elementos privativos tienen una delimitación espacial, por lo que no basta con definir una cuota abstracta respecto del todo, sino que se precisa, además, la delimitación suficiente de un espacio susceptible de aprovechamiento independiente sobre el que se proyecta ese derecho singular y exclusivo de propiedad, y en cuyo goce se concreta esa participación abstracta (SAP de

Vizcaya de 18 de mayo de 2006 (...) y Resoluciones de la DGRN de 19 de junio de 2001 (...) y 26 de enero de 2002 (...).

Partiendo de lo anterior, y de acuerdo con la jurisprudencia (p. ejem, STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2011 (...)), se entiende por derecho de sobreedificación y subsuelo, el derecho real limitado en cosa ajena, diferente al derecho de superficie, que concede la facultad de edificar una o más plantas sobre un edificio ya existente o por construir, haciendo propias las edificaciones resultantes. Es decir, se trata de un derecho de naturaleza real que faculta a su titular para construir sobre y/o bajo un edificio o solar. Y también se sabe que, dentro de los llamados elementos comunes, por esencia, se incluye el solar.

Ahora bien, el art. 396 CC define el suelo como un elemento común que no puede ser susceptible de división, pero “salvo que el dueño del edificio lo haya reservado como elemento privativo para él o para alguno de los copropietarios” (STS de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999/2886) y no podrá ser enajenado, gravado o embargado juntamente con la parte determinada privativa de la que es anejo inseparable y quedará sometido a la legislación especial conforme a lo dispuesto en el citado artículo en su último párrafo: “Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que los mismos permitan, por la voluntad de los interesados”. A tal efecto, la posibilidad de constituir el derecho de sobreedificación y subedificación como derecho real limitado encontró su reconocimiento expreso en la reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959 que introdujo el número 2 al art. 16 y cuya redacción se vio modificada por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre y la STS de 24 de febrero de 2000.

Partiendo, en principio, de la consideración del derecho de vuelo y de subsuelo como elemento común, en la propiedad horizontal, a tenor de lo dispuesto en el art. 396 CC, habrá que ver si dicho elemento común suelo, lo ha de ser, necesariamente, con carácter natural o esencial. La relación entre el derecho de vuelo o sobre-edificación (no superficiario) y la propiedad horizontal es estrecha: porque aquél, para ser tal derecho y no derecho de superficie, ha de orientarse y terminar forzosamente en la segunda. Y por eso también su contribución y cesión a tercero ha de llevar aparejada, como exigencia inexcusablemente necesaria, la asignación -aunque hasta que este derecho no se ejercite efectivamente sea potencial- de una cuota de participación en los elementos comunes del edificio en que se sobreedifique (en este caso, en el solar), porque la atribución de titularidad de ciertos elementos comunes ha de reflejarse en el título constitutivo de las comunidades de propietarios. En ese momento, el promotor, si otorga el título unilateralmente, o los dueños del edificio de común acuerdo, es cuando suelen atribuir o reservar la titularidad o el uso de determinado elemento común a algunos de los propietarios o a terceros. De hecho, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido y confirmado la validez de tal atribución, tal y como se desprende de la sentencia de 16 de junio de 1998 (...) que declara que “el derecho sobre el subsuelo se debería haber atribuir expresamente en el título constitutivo”.

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2005 señaló que “...no se halla sujeto al régimen de propiedad horizontal, por tratarse de edificaciones totalmente diferentes, cuyo único elemento común es el de constituir el suelo de una construcción el vuelo de la otra, dando lugar a la figura que el Tribunal Supremo conoce con el nombre de medianería horizontal, y a la que no se puede pretender someter obligatoriamente al complejo régimen de la propiedad horizontal, cuando sólo pueden invocarse las relaciones propias de buena vecindad”.

Por su parte, la DGRN, en sus resoluciones emitidas desde abril de 1999 hasta hoy (actualmente, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública -DGSJFP-), mayoritariamente viene a establecer criterios tendentes a la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de vuelo en comunidades de propietarios con título constitutivo previamente otorgado, donde el título constitutivo se ha erigido como un instrumento eficaz para la adjudicación del derecho de vuelo o como cauce de redistribución de las cuotas de adjudicación (resoluciones de 29 de abril de 1999 [...], 24 de marzo de 2000 [...] y 19 de mayo de 2007 [...]).

Así pues, conforme a la doctrina emanada de la DGRN y DGSJFP cabe considerar, discrepando respetuosamente de lo que entendemos que parece sostener la Sra. Registradora de la Propiedad en su nota de calificación, que el derecho de sub y sobreedificación puede ser excluido de su carácter de elemento común natural (y, por tanto no esencial); ello no solo por reserva al tiempo de enajenar, sino también, y para el caso de que el edificio no estuviera constituido, es lo que permitiría, en derecho, otorgar plena validez y eficacia a la cláusula estatutaria por la que el propietario antes de la enajenación del suelo (o de los diferentes pisos o locales), se reserve el derecho a elevar plantas (y/o a subedificarlas) en ese tiempo determinado, expresando las cuotas proporcionales a su extensión (RDGRN de 11 de febrero de 2015 [...]).

2.3 Sobre el carácter de “numeros apertus” de los derechos reales:

Se considera fuera de discusión, como así lo expresa y reconoce la propia Sra. Registradora en su calificación, el carácter de “numeros apertus” de los derechos reales en el Derecho Español.

El artículo 2, segundo apartado de la Ley Hipotecaria señala que en el Registro de la Propiedad se inscribirán “...los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles...”, por lo que esa coletilla del artículo 2.2, asimismo parece dejar abierta la posibilidad de crear nuevos derechos reales. El artículo 7 RH parece incidir en esta consideración aludiendo a una concepción amplia de los derechos objeto de inscripción: “...no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales...”.

En base a estos preceptos se ha venido considerando que la lista no es exhaustiva. Además, como ya indicamos precedentemente, también puede fundamentarse en la autonomía de la voluntad del art. 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

La DGRN se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre este asunto admitiendo la vigencia en nuestro ordenamiento del sistema de “numeros apertus”.

Por tanto, hay que recalcar que la existencia, número y configuración de los derechos reales existente en el Ordenamiento Jurídico Español está sometido al principio de la autonomía de la voluntad, lógicamente, eso sí, siempre que se cumplan los requisitos del sistema para que la figura creada pueda tener tal consideración.

2.4 Sobre el carácter real del derecho de vuelo o sobre-edificación y sub-edificación:

Cree la mercantil recurrente, asimismo, que se considera reconocida la posibilidad de que el derecho de vuelo o sobre-elevación y sub-edificación puede alcanzar la naturaleza de verdadero derecho real, así como recaer directamente sobre el solar, posibilidad que reconoce la mayoría de la doctrina y hoy día está contemplada en el Artículo 567.1 del Código Civil de Cataluña, pero que ya contemplaba la práctica anterior.

Ya la DGRN en Resolución de 5 de febrero de 1986 admitió la posibilidad de constituir un derecho de vuelo o sobre-elevación sobre una edificación no existente, así como su verdadero carácter de derecho real, distinto del derecho de superficie, dada la perpetuidad de la propiedad que origina tal derecho.

Y en el supuesto contemplado en la Resolución de la DGSJFP, de fecha 15 de febrero de 2.018, se parte del establecimiento de este derecho sobre una parte del solar de la total finca hipotecaria, sin que exista conexión física entre las construcciones ya existentes y aquéllas cuyo derecho a construir y adquirir en propiedad se reserva el promotor.

No existe en el supuesto que motiva dicha resolución discusión alguna sobre el carácter real del derecho y la Dirección General admite sin reserva la posibilidad de que recaiga sobre una parte del solar del total inmueble.

2.5 Sobre la incompatibilidad de la existencia en una finca registral de dos propiedades diferentes con carácter permanente:

De forma respetuosa, se discrepa absolutamente de tal consideración de incompatibilidad sostenida por la Sra. Registradora en su calificación, por los siguientes motivos:

1.º Entiende la mercantil que se representa que la Sra. Registradora realiza una interpretación formalista y limitada del Artículo 8.º de la Ley Hipotecaria.

Es evidente que el derecho de vuelo o sobre-edificación y sub-edificación será inscribible conforme a las normas del apartado 3.º del Artículo 8 de la Ley Hipotecaria, y de hecho no se pretende otra cosa, puesto que se trata de un derecho real limitativo del dominio. Por tanto, su inscripción se practicará en la hoja abierta al inmueble sobre el que recae tal derecho, y se hará constar asimismo en la hoja del inmueble que lo tiene a su favor, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de las servidumbres.

En caso de ejecución del derecho real de vuelo o sobreedificación y subedificación, no existe obstáculo alguno para que tal ejecución se haga constar en la hoja del inmueble gravado con el derecho, y la obra del edificio resultante se inscriba en la hoja del inmueble que ostenta tal derecho.

2.º La, en nuestro entender, equivocada apreciación de la Sra. Registradora deriva de la insuficiente regulación legal del derecho vuelo o sobreedificación y subedificación por entenderla limitada a la literalidad del tenor del artículo 16.2 del RH, que parte de la base de que la construcción se va a integrar físicamente, en el aspecto constructivo, en el edificio ya existente o por existir en el inmueble gravado; y, por tanto, al compartir elementos de estructura, cimentación, accesos, etc., ha de integrarse necesariamente en el régimen de propiedad horizontal de aquél edificio.

En el derecho constituido por la sociedad recurrente, lo que se concede es el derecho de apoyar o extender una edificación ajena sobre parte del solar gravado, cuya edificación va a ser independiente físicamente de la que se construya por el propietario de dicho solar, puesto que, tendrá en todo caso el arrimo o medianería con ella, o, ni siquiera eso, si no se llegare a arrimar cuando se ejecutare la construcción.

Por ello, sin perjuicio de que, al ocupar parte del solar gravado, el edificio resultante del ejercicio del derecho deba tener asignada una cuota de participación en los gastos a los que deba contribuir por razón de tal elemento común, ambos edificios no van a tener ninguna otra conexión o interrelación de elementos comunes, o cualquier cotitularidad o uso compartido de instalaciones comunes.

3.º En cuanto a la posibilidad de la existencia de propiedades separadas sobre un inmueble, sin configurarse como una propiedad, la RDGRN de 15 de septiembre del año 2.009, contempló dicha posibilidad en un supuesto de evidente analogía, con el del “engalaberno” o “casas superpuestas”, manifestando lo siguiente:

“(…) En relación con tal extremo, debe admitirse que es un hecho -a veces motivado por razones históricas de configuración urbanística de determinadas ciudades, o por las simples condiciones del terreno- la existencia del fenómeno constructivo relativo a la superposición de inmuebles, de modo que la edificación de uno de ellos se realiza, en parte, sobre el vuelo de otro, dando lugar a situaciones de inmisión de algunas habitaciones u otros elementos del inmueble en distinto edificio (pudiendo éste hallarse configurado en régimen de propiedad horizontal, como ocurre en el presente caso).

Estas situaciones, que según los casos reciben denominaciones como las de ‘casas superpuestas’, ‘casas a caballo’, ‘casas empotradas’, o la más técnica de ‘engalabernos’, pueden configurarse jurídicamente por distintas vías, atendiendo a las diferentes circunstancias del caso concreto. Y aunque, en principio, el régimen de propiedad

horizontal sobre todo el conjunto puede ser el más adecuado, por ser el aplicable directamente cuando concurren los presupuestos del mismo o por su aplicación analógica a los complejos inmobiliarios privados (art. 24 de la Ley de Propiedad Horizontal), lo cierto es que no pueden descartarse otras soluciones distintas a la referida por la Registradora en la calificación impugnada, como puede ser la de la medianería horizontal, según ha admitido el Tribunal Supremo (SSTS de 24 de mayo de 1943, 28 de abril de 1972, 28 de diciembre de 2001 y 14 de abril de 2005), o la de comunidad sui generis sobre cada una de las casas colindantes (a la que se refieren la citada Sentencia de 28 de diciembre de 2001 y la Resolución de esta Dirección General de 20 de julio de 1998)".

Por analogía de nuestro supuesto con la regulación que de la "medianería horizontal", como derecho real, se contiene en el art. 555 del Código Civil Catalán, cabría citar la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 11 de octubre de 2018 ([...] -Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña número 7730, viernes 19 de octubre de 2018-). En ella se recurría la calificación de la Sra. Registradora, que suspendía la inscripción solicitada, entre otros motivos y en lo que viene al caso, porque [sic] "no se regula por medio de un derecho de superficie la titularidad de la parte de planta baja de la finca (...) que se adentra bajo la finca (...) pero sin lindar con ella". La Dirección General, revoca la calificación, estimado el recurso, señalando:

"En cualquier caso, tal como decíamos en la Resolución de 10 de octubre de 2012 y subrayábamos en la de 14 de septiembre de 2016, en primer lugar, regirá, de acuerdo con el artículo 111-6 del Código, el principio de la libertad civil, según el cual hay que entender que las personas pueden realizar todos aquellos actos que la ley no les prohíbe llevar a cabo. Las personas propietarias de las dos fincas, si se dan los supuestos fácticos que lo justifican, pueden regular la medianería como les parezca adecuado. Es lo que han hecho en la escritura que motiva este expediente. Y, con respecto a la extensión de la regulación, este principio no permite limitarla en el espacio concreto de coincidencia entre las dos fincas porque, recordémoslo, la porción ideal de suelo concreta de yuxtaposición no es común, lo que es común es el elemento que se utiliza en común. Más todavía, en el caso concreto que es objeto del recurso es comprensible y admisible que ambas propiedades quieran delimitar sus facultades de construir encima y debajo del suelo/techo medianero. La regulación unitaria que establecen parece razonable: por encima corresponde a la propiedad de la finca superior y por debajo a la de la finca inferior. Y como la ocupación del subsuelo por parte de la finca de la calle (...) es escalonada (mayor en la planta baja, no tan grande en el entresuelo y nula en los pisos) todo lo que queda por encima corresponde a la propiedad de la casa de la calle (...), en los términos que resultan de los pactos acordados entre las dos propiedades. Nada tiene que impedir, pues, la inscripción del pacto debatido en el folio registral de cada una de las fincas; es suficiente que conste que la medianería horizontal se da en la parte de las fincas que respectivamente les sirve de suelo/techo, y en ningún caso es exigible por parte de la registradora una regulación complementaria por vía de derecho de superficie que no tendría nada que ver con la voluntad común de las partes que el notario, de acuerdo con lo que corresponde a su función, ha escuchado, indagado e interpretado".

Con más razón, entendemos nosotros, que pueden aplicarse dichas consideraciones al supuesto que nos ocupa, en que la construcción ejecutada en virtud del derecho que se discute, va a ocupar parte del suelo y del subsuelo, pero sin conexión arquitectónica con la que se construya en el predio gravado.

4.º Abundando en lo anterior, cabría citar también la RDGRN núm. 12455/2017, de 10 octubre (...) en la que esa Dirección, con cita, además de otra, de 18 de abril de 2016 (...), y en relación a la circunstancia de extenderse el vuelo de una de las fincas

que se pretende inmatricular sobre el de una colindante, es decir, en base a esa configuración del inmueble que se pretendía inmatricular, señala que:

“debe admitirse que es un hecho –a veces motivado por razones históricas de configuración urbanística de determinadas ciudades, o por las simples condiciones del terreno– la existencia del fenómeno constructivo relativo a la superposición de inmuebles, de modo que la edificación de uno de ellos se realiza, en parte, sobre el vuelo de otro, dando lugar a situaciones de inmisión de algunas habitaciones u otros elementos del inmueble en distinto edificio.

Estas situaciones, que según los casos reciben denominaciones como las de ‘casas superpuestas’, ‘casas a caballo’, ‘casas empotradas’, o la más técnica de ‘engalabernos’, pueden configurarse jurídicamente por distintas vías, atendiendo a las diferentes circunstancias del caso concreto. Y aunque, en principio, el régimen de propiedad horizontal sobre todo el conjunto puede ser el más adecuado, por ser el aplicable directamente cuando concurren los presupuestos del mismo o por su aplicación analógica a los complejos inmobiliarios privados (cfr. artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal), lo cierto es que no pueden descartarse otras soluciones distintas, como puede ser la de la medianería horizontal, según ha admitido el Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 24 de mayo de 1943, 28 de abril de 1972, 28 de diciembre de 2001 (...) y 14 de abril de 2005 (...), o la de comunidad sui generis sobre cada una de las casas colindantes (a la que se refieren la citada Sentencia de 28 de diciembre de 2001 (...) y la Resoluciones de esta Dirección General de 20 de julio de 1998 (...) y 15 de septiembre de 2009 (...)).

La multiplicidad de situaciones fácticas posible en esta materia determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino, al contrario, de reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico que, entre los varios que proporciona el ordenamiento, resulte más adecuado al caso concreto en función de sus características peculiares y de los fines o intereses perseguidos”.

Esta Resolución de 10 de octubre de 2017, más concretamente, los párrafos transcritos, que son igualmente referidos en una las Resoluciones referidas por la Sra. Registradora para fundamentar la denegación de la inscripción solicitada, es cierto que confirman la nota de calificación denegando la inscripción, pero ninguno de los motivos en los que se fundamenta esa Resolución para confirmar la denegación, se corresponderían con las argüidos por la Sra. Registradora como coincidentes o asimilables para la denegación objeto de este recurso; es más, al no concurrir aquellos en el caso del documento sometido a calificación por la sociedad que se representa, cabría entender, a sensu contrario, que sí correspondería la práctica de los asientos que se solicitaron. Discrepamos pues, dicho sea, con el máximo respeto debido, con la consideración de la Sra. Registradora, de que las Resoluciones de la DGRN referidas en su nota de calificación denegatoria resuelven “un caso similar al planteado”

Así, la de 10 de octubre de 2017, deniega la inscripción no por aplicación del art. 8 de la LH, sino por la “falta de ratificación de la escritura por los titulares actuales de las fincas colindantes, señalado como primer defecto en la nota de calificación, sino también la falta de intervención de los titulares registrales, según reconoce el recurrente, dada la dificultad de ello considerando la antigüedad de las mismas”, lo que no concurre en absoluto en el nuestro.

Y en la Resolución de 2019, la DGRN confirma la nota de calificación negativa de la Sr. Registradora porque:

“La necesidad de agrupar no resulta de modo expreso de la licencia urbanística, pero sí del artículo 8 de la Ley sobre propiedad horizontal, que dispone que:

‘(...) Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: (...). Tercero. Las fincas urbanas y edificios en general, aunque pertenezcan a diferentes dueños en

dominio pleno o menos pleno (...)' En el mismo sentido, el artículo 44.1 del Reglamento Hipotecario citado en la nota de calificación”.

Este artículo se fundamenta en la unidad arquitectónica de los edificios, que cuentan con una serie de elementos, que por su propia naturaleza son indivisibles y que hacen precisa su inscripción en una sola finca registral (...) Cuestión distinta sería que, siendo la edificación única, y por tanto en principio comunes a las dos partes del mismo ciertos elementos estructurales, como la cimentación o la cubierta, fuera sin embargo técnicamente posible la independización de dichas dos partes de la estructura del edificio, (...) sería artificioso pretender una auténtica división del todo para encubrir después bajo una complicada y minuciosa regulación la carencia de verdadera autonomía e independencia de las partes resultantes.”

Que es justamente lo contrario, en nuestra opinión, de lo que sucede en nuestro caso, toda vez que las construcciones que se levanten sí tienen cada una de ellas verdadera autonomía e independencia. En definitiva, la denegación de la inscripción registral del derecho real de sub y sobreedificación, en los casos aludidos en la denegación de inscripción por la Sra. Registradora, se deben a diversos motivos, los cuales no concurrirían en absoluto en los hechos de este recurso:

– Falta de documentación: Para inscribir un derecho real en el Registro de la Propiedad, es necesario presentar la documentación adecuada, como la escritura pública del derecho, la certificación catastral de las fincas afectadas, entre otros documentos. Si falta algún documento o no está completo, la inscripción puede ser denegada. No sería el caso.

– Incongruencia o contradicción en la descripción de la finca: Si la descripción de la finca no es congruente con la realidad o existe contradicción entre los datos de la escritura pública y la realidad catastral, la inscripción puede ser denegada. No sería el caso.

– Falta de capacidad o legitimación: Si la persona que solicita la inscripción no tiene capacidad o legitimación para hacerlo, la inscripción puede ser denegada. No sería el caso.

– Existencia de cargas o gravámenes previos: Si existen cargas o gravámenes previos sobre la finca, la inscripción del derecho real de subyacente y sobreedificación puede ser denegada, ya que estos derechos tendrán una posición preferente en el Registro de la Propiedad. No sería el caso.

– Falta de consentimiento de terceros afectados: Si la construcción de la edificación afecta a terceros, como propietarios de parcelas colindantes o comunidades de propietarios, y estos no han dado su consentimiento, la inscripción del derecho real de subyacente y sobreedificación puede ser denegada. Tampoco, en fin, sería el caso.

2.6 Sobre el supuesto cumplimiento de la finalidad pretendida mediante la segregación y posterior agregación de la zona afectada por el derecho de vuelo:

La Sra. Registradora parece indicar que la finalidad pretendida con la constitución del derecho de vuelo o sobreedificación y subedificación podría verse cumplida realizando la operación de segregación de la parte de solar afectada por dicho derecho y su agregación posterior al inmueble beneficiado por el mismo.

Entiende la sociedad recurrente que con ello está aludiendo a la opinión asentada en varias resoluciones del Centro Directivo, en el sentido de que la creación de un derecho real atípico exige que la finalidad pretendida no pueda alcanzarse por otra vía o medio jurídico legalmente regulado. A la consideración de que ello pueda ser aplicable al derecho que nos ocupa, la sociedad recurrente se opone, debido a las siguientes consideraciones:

1.º La segregación y posterior agregación de la zona de terreno afectada al derecho, produce unos efectos muy diferentes e irreversibles, en concreto, entre ellos, la pérdida de la propiedad del titular del solar gravado con el mismo de forma definitiva.

A tal efecto, ha de tenerse en cuenta:

– Por una parte, que el derecho de sobreelevación y subedificación puede no llegar a ser ejecutado, bien porque su titular no lo considere conveniente, bien porque la normativa urbanística aplicable en el momento en que se pretenda su ejecución, no lo admitiere.

– O bien, por otra, podría ejecutarse el derecho, sin agotar o utilizar en su totalidad la franja de terreno sujeta al mismo, por las mismas razones señaladas anteriormente.

En ambos supuestos, el propietario o propietarios del suelo gravado con el derecho o de la parte sobre la cual no quepa ya ejecución de aquél, mantendrá su plena propiedad sobre ese terreno con todas las facultades inherentes, incluso la de construir o edificar sobre el mismo como una extensión o ampliación de la edificación ya existente sobre él; facultades que perderá irremediabilmente si transmite su propiedad.

2.º Las operaciones de segregación y agregación están sujetas a licencia administrativa, pudiendo ofrecer en este caso problemas o un dilatado expediente urbanístico, dado que se trata de fincas de resultado de una reparcelación.

En nuestro supuesto, tanto finca registral 57542 (subparcela 44.2) como la colindante 57540 (subparcela 44.1), provienen del Plan Especial (...) de Oviedo (Expediente SPDU-G 05/03), en cuya normativa (BOPA del día 2 de abril de 2005), y en lo que se refiere a parcelas mínimas a efectos de división, se establece en el art. 15.4 (Fondos, alturas y parcelas mínimas), que:

La parcela mínima de cada lote será la que figura vinculada al edificio. Todo ello como particularidad del cómputo relativo a la posición de la edificación, separación entre edificios, ocupación y edificabilidad del artículo 6.3.4 de las Ordenanzas del PGOU.

Artículo 6.3.4 de la Normativa del PGOU de Oviedo (Suplemento al BOPA n.º 70 del 25 de marzo de 2006), que señala:

Artículo 6.3.4. *Condiciones de edificación.*

1. Parcela mínima.

A efectos de parcelaciones, reparcelaciones o segregaciones de fincas, se establece como parcela mínima la que cumple las siguientes condiciones:

- a) Superficie igual o superior a 500 metros cuadrados.
- b) Frente igual o superior a 15 metros.

Pues bien, solicitada en su día la preceptiva licencia de obras edificación, por para la construcción, por fases, de edificación de 120 viviendas, 150 plazas de garaje y 120 trasteros en las parcelas 44.1 y 44.2 de (...), consta la misma concedida por Resolución de Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo n.º 2023/2187 de fecha 9 de febrero de 2023.

Posteriormente, se solicitó, en base a la licencia ya concedida, el preceptivo permiso municipal para el inicio de las obras de construcción del Proyecto de Ejecución de edificio de viviendas, garaje y trasteros de la FASE I, consistente en un edificio de 60 viviendas, 60 plazas de aparcamiento y 60 trasteros sobre las referidas parcelas (catastrales: 1465401TP7016N0001SJ y 1465403TP7016N0001UJ) suscrito por los arquitectos C. R. L. y J. R. L., visado con fecha 24 de enero de 2023.

Mediante informe de la Arquitecto municipal, de fecha 14 de marzo de 2023, se comunicó a Los Álamos que (...):

Habida cuenta de que el edificio a construir constituía una unidad funcional independiente, para garantizar lo solicitado por el Ayuntamiento de Oviedo y poder obtener el permiso para el inicio de las obras de edificación referidas (que no la licencia, de la que ya se disponía), Los Álamos procedió a otorgar, con fecha 23 de marzo de 2023, escritura pública en la que, autorizada por el notario de Oviedo, D. Juan Antonio Escudero García, con el número 421 de orden de su protocolo, por la que esta

mercantil, como propietaria única de la finca registrales 57540 (subparcela 44.1) y 57542 (subparcela 44.2), colindantes entre sí, constituía un derecho de sobreelevación y subedificación sobre una franja de terreno de la finca registral 57540 (subparcela 44.1) que discurre de norte a sur a lo largo del lindero común a ambas.

Remitida dicha escritura al Ayuntamiento de Oviedo, por providencia del concejal delegado de urbanismo, de fecha 27 de marzo de 2023, se solicitó informe jurídico a la Dirección General de Urbanismo municipal en relación con el contenido de la misma: constitución de derecho de sobreelevación o sobre edificación y de subedificación y su validez a los efectos de cumplir el requerimiento realizado en informe técnico de fecha 14 de marzo de 2023.

Con fecha 31 de marzo de 2023, es evacuado el informe solicitado, considerando esa Dirección General de Urbanismo que:

La finalidad perseguida en dicho informe es evitar que el pequeño trozo, de 98 m2 y forma trapezoidal, que queda sin edificar de la parcela del lote 44.1, que se asigna a una segunda fase de edificación, a ejecutar junto con la edificación proyectada en la parcela del lote 44.2, quede inedicada en el futuro en caso de que esta última parcela pase, por las circunstancias que sean, a manos de distinta propiedad generando una indeseable franja libre, entre medianeras, que no cumple las condiciones urbanísticas para ser autónomamente construida.

El derecho de sobreelevación o sobre edificación y de subedificación otorgado en escritura pública con fecha 23/03/2023 por la promotora, y actual propietaria de ambas parcelas, se describe en la escritura aportada en los siguientes términos:

“El derecho creado permitirá a su titular apoyar y construir hasta su terminación parte del edificio que pueda levantarse en el futuro sobre el solar beneficiado con tal derecho (es decir la parcela 44.2) extendiendo o expandiendo la construcción sobre la parte del solar gravado con aquél tanto en plantas bajo rasante como sobre rasante del suelo, que se determinará seguidamente, adquiriendo la plena y permanente propiedad de la construcción levantada.

El derecho anterior incluirá la facultad de arrimar la construcción realizada a la que exista en ese momento o pueda existir en el futuro sobre el predio parcela 44.1, y conectar los elementos constructivos de una y otra, así como enlazar y comunicar las plantas de sótano de uno y otro edificio”.

Así mismo, y como garantía de que esa franja de terreno no se va a poder enajenar de forma independiente a la parcela del lote 44.2, la escritura indica lo siguiente:

“No obstante, dado el contenido y extensión del mismo, al no poder dar lugar a una construcción independiente, su titularidad quedará ligada a la del solar al que el derecho corresponde; por lo cual no podrá transmitirse separada o independientemente de la propiedad del citado solar, y quedará extinguido si la propiedad de éste se transmitiere sin transmitir conjunta y expresamente el derecho de sobreelevación”.

Por tanto, a juicio de quien suscribe, y perjuicio de mejor y más fundado criterio, el derecho de sobreelevación o sobre edificación y de subedificación otorgado en escritura pública con fecha 23/03/2023 resulta adecuado para dar cumplimiento a lo pretendido y, por consiguiente, da satisfacción a la exigencia concretada en el informe técnico de fecha 14/03/2023.

Con la finalidad de garantizar la plena efectividad del derecho constituido así como su plena publicidad y conocimiento por quienes puedan verse directa o indirectamente afectados por el mismo, en el permiso de inicio de la edificación de la fase I se incluirá, como condición previa a la concesión de la licencia de uso y primera ocupación de la edificación, que se acredite documentalmente la inscripción registral del derecho constituido tanto sobre la finca titular del derecho como la gravada con este. Así mismo,

la existencia de tal derecho se hará constar de forma expresa en el título constitutivo de la comunidad de propietarios del edificio ejecutado en fase I sobre el solar gravado.

En atención a ello, por Resolución de Alcaldía 2023/4973, de 3 de abril de 2023, se concedía el permiso para el inicio de la ejecución del Proyecto referido (Fase I), en los siguientes términos (...)

La normativa urbanística, hechos y documentos anteriormente referidos evidencian que, frente las consideraciones y apreciaciones contenidas en la nota de calificación negativa emitida por la Sra. Registradora, por un lado, y conforme a la normativa urbanística de aplicación (Normativa del PGOU de Oviedo y del Plan Especial [...] de Oviedo), ninguna de las parcelas registrales 57540 (subparcela 44.1) y 57542 (subparcela 44.2), serían divisibles (por lo que no cabría que no se concediese la preceptiva licencia de segregación de parte de una para agregarla a la otras; y, por otro, que conforme a la licencia concedida y al permiso de inicio de las obras de edificación de la Fase I del Proyecto, en absoluto cabría deducir o interpretar que lo que se pretende o la finalidad perseguida mediante la constitución del derecho real de sobredificación y subedificación, sea la de construir una única edificación sobre dos fincas distintas.

Entendemos, por tanto, que siendo las construcciones sobre cada una de las parcelas unidades funcionales con verdadera autonomía e independencia, así como objetos de tráfico jurídico igualmente independientes, lo que ni procedería ni podría ser urbanísticamente viable, sería la agregación de la porción de la finca sobre el que se constituye el derecho real de sub y sobre edificación, previa segregación de la franja afectada de la otra. Y siendo ello así, no concurrirían los supuestos de hecho a los que se refiere la Resolución de la DGRN de 30 de abril de 2019, citada por la Sra. Registradora, como “asimilables” al caso planteado, para la denegación por defecto insubsanable, ex. art. 8 LH, de los asientos solicitados del documento calificado, toda vez que, según los requisitos requeridos tanto por la jurisprudencia como por la doctrina emanada de las Resoluciones de la DGRN y DGSJFP, para la inscripción registral de un derecho real de sub y sobre edificación, se establecen y determinan expresa y claramente en la escritura pública calificada negativamente.

Por todo ello, y con el máximo respeto y consideración que a la calificación denegatoria que se impugna es debida, la sociedad recurrente entiende que queda medianamente claro que la finalidad y efectos del derecho constituido en la escritura que motiva el presente recurso son netamente diferentes y no se logran mediante la vía alternativa que propone la Sra. Registradora.

2.7 Sobre la conculcación del principio de especialidad registral:

Hace constar la señora registradora en su calificación que “...el principio de especialidad registral exige para la inscripción de nuevas figuras hipotecarias que éstas sean claras y precisas de forma que no accedan al Registro de la Propiedad figuras confusas o contradictorias...”. Sin embargo, no especifica en ningún caso en que considera que es confuso o contradictorio el derecho creado.

Discrepa en absoluto y también la sociedad recurrente de dicha afirmación, por los motivos siguientes, todos ellos contenidos en el documento calificado negativamente:

1.º Se crea un derecho de sobreelevación y subedificación con un contenido específicamente determinado y con el carácter de derecho real.

2.º Están identificados perfectamente el inmueble gravado con dicho derecho y el que va a ostentar el mismo.

3.º Se determina específica y detalladamente la zona del inmueble gravado que queda afectada por el derecho.

4.º Se establece la extensión del derecho.

5.º Se regula cuál será la articulación de la relación entre la edificación a construir en el inmueble gravado y la resultante del ejercicio o ejecución del derecho.

6.º Con arreglo a la peculiaridad de dicha articulación, se fija la cuota que corresponderá a la edificación resultante de tal ejercicio o ejecución.

No llega a alcanzar o discernir la mercantil recurrente, qué confusión o dudas sobre la naturaleza, efectos y extensión del derecho constituido puede producirse a cualquier persona interesada que acceda a la publicidad del Registro.

Manifiesta también la Sra. Registradora en su calificación que "(...) la configuración de la edificación como parte integrante del edificio dividido horizontalmente, sin constituir predio concreto de la misma, a pesar de tener asignada una cuota de participación, es incompatible con la configuración del derecho de sobre edificación y subedificación y con el requisito previsto en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario (...)".

La sociedad recurrente tiene que volver a discrepar totalmente de dicha calificación, en base a los siguientes argumentos:

1.º Sigue la Sra. Registradora atendiendo a una aplicación literal del artículo 16.2 RH, el cual que parte de la integración de lo construido en ejercicio del derecho de sobre elevación y subedificación en el régimen de propiedad horizontal del edificio gravado con el mismo, integración que es consecuencia de la conexión y aprovechamiento conjunto de las estructuras comunes como cimentaciones, pilares, accesos, fachadas, etc.

Se reitera que, en el caso que nos ocupa, lo construido en el ejercicio del derecho va a ser física y arquitectónicamente independiente del edificio construido sobre el predio gravado, por lo cual, independientemente de las relaciones de arrimo o medianería, si es el caso, solamente compartirán el elemento común del suelo.

2.º Incurre la Sra. Registradora asimismo en una confusión al indicar que el derecho de sobre edificación y subedificación no va a ser un predio independiente en la división horizontal del edificio construido sobre el solar gravado con él.

Una cosa es que de la construcción que se ejecute en ejercicio del derecho no vayan a resultar nuevos predios independientes de la división horizontal del edificio existente en el solar gravado con el mismo, por las razones que ya reiteradamente se han explicado en el presente recurso, y otra, muy distinta, que aquél no vaya a tener el adecuado reflejo en la división horizontal del edificio que se construya sobre el inmueble gravado, regulación que, evidentemente no se ha realizado porque en este momento no existe construcción alguna ni, por tanto, tal división horizontal, pero que nada obsta a que puedan tener su reflejo en el correspondiente y futuro título constitutivo. Incluso que, de no constar ab initio, en aplicación del art. 10 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, dado que se trataría una condición impuesta por la Administración urbanística para la ejecución de la edificación, tendría "carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos".

En todo caso, será al tiempo del otorgamiento de la dicha escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, cuando el derecho discutido podrá tener en ella el adecuado reflejo en cuanto a descripción, cuota, regulación del periodo de pendencia del derecho sin ser ejecutado, consecuencias de la ejecución o no del mismo, etc., y no en este momento, por la razón indicada.

3.º Respecto a la cuota fijada, puesto que lo construido en el ejercicio del derecho de sobre edificación y subedificación no va a constituir por sí mismo uno o varios predios o departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente, ya que serán solo una parte de uno o varios de los predios independientes integrados en la propiedad horizontal del edificio que se construya sobre el inmueble beneficiado por aquel derecho; la única solución factible es fijar una cuota global para lo construido en el ejercicio del repetido derecho, cuya cuota corresponderá a todos los predios integrantes el edificio construido sobre el inmueble beneficiario del derecho, en proporción a su respectiva cuota de participación en él, solución que la sociedad recurrente entiende lógica por cuanto es todo el conjunto ese edificio el que se beneficia del derecho de sobre edificación y subedificación, puesto que le permite ampliar su volumen y superficie respecto del que tendría si la construcción se limitare al perímetro de su solar.

Todo lo cual, evidentemente, deberá tener su reflejo en la escritura de división horizontal del edificio que en el futuro pueda construirse sobre el inmueble beneficiario del derecho que nos ocupa.

4.º La cuota resultante ha sido calculada proporcionalmente a la volumetría de edificabilidad del solar gravado con el derecho sobre edificación y subedificación, en relación a la parte proporcional de volumetría de edificabilidad que correspondería al terreno afectado por tal derecho.

Tercero. Conclusiones.

En atención a todo lo precedentemente argumentado y expuesto, la sociedad que se representa, con el respeto y consideración debidas, considera:

1.º Que es indubitada en el Derecho Español la consideración de “numerus apertus” en cuanto a los derechos reales inscribibles en el Registro de la Propiedad, siempre que reúnan los requisitos para tener tal consideración.

2.º Que el derecho real de vuelo o de sobre edificación y subedificación puede configurarse con el carácter de derecho real, sin que la regulación del artículo 16, 2.º del Reglamento Hipotecario excluya de por sí otras variantes o modalidades de tal derecho, como la constitución de tal derecho sobre el solar o la construcción de edificación no conectada física y arquitectónicamente con la construida o que se construya en el inmueble gravado con aquél; ampliamente admitidas hoy día por la doctrina de la DGRN y DGSJFP y con reflejo factico en la práctica.

3.º Que la regulación dada al derecho de sobre elevación y subedificación objeto del presente recurso tiene una finalidad y efectos que no pueden obtenerse por la vía señalada por la Sra. Registradora en su calificación.

4.º Que el derecho constituido está perfectamente delimitado en cuanto a su alcance, extensión, limitaciones que supone para la propiedad del predio gravado, efectos y obligaciones de los respectivos copropietarios, etc.».

IV

Mediante escrito de 14 de junio de 2023, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 348, 350, 353, 358, 392, 396, 467, 470, 523, 592, 594, 781, 785, 400, 515, 640, 1255 y 1648.2.º del Código Civil; 5 y 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; 1, 2, 8, 9, 11, 20, 23, 32, 37, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria; 7, 16 y 51 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (Sala Tercera) y 24 de mayo de 1943, 28 de abril de 1972, 28 de diciembre de 2001, 14 de abril de 2005 y 27 de mayo de 2009 (Sala Primera); las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo, 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo y 18 y 25 de junio de 1993, 9 de abril y 16 de diciembre de 1994, 20 de julio de 1998, 8 y 29 de abril de 1999, 26 de noviembre de 2000, 15 de junio de 2001, 9 de enero de 2004, 13 de abril de 2005, 28 de marzo de 2008, 15 de septiembre de 2009, 13 de enero de 2010, 25 de agosto de 2011, 15 de febrero, 26 de noviembre y 19 de diciembre de 2012, 6 de mayo de 2014, 11 de febrero y 29 de noviembre de 2015, 18 de abril y 7 de junio de 2016, 3 y 10 de abril, 19 de julio y 10 de octubre de 2017, 17 de enero, 15 de febrero, 19 de abril, 9 de mayo y 19 de octubre de 2018 y 11 de abril, 26 de junio, 3 y 25 de septiembre y 8, 22 y 26 de noviembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 12 de marzo de 2020 y 12 de abril y 26 de julio de 2023.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura por la que la sociedad propietaria de dos fincas colindantes constituye un derecho real de

sobreelevación y subedificación sobre una franja de terreno (de 98 metros cuadrados) de una de dichas fincas –la registral 57.540 (subparcela 44.1)– que discurre de norte a sur a lo largo del lindero común a ambas, para que el titular de tal derecho mismo pueda apoyar y construir hasta su terminación parte del edificio que levante sobre parte de la otra finca colindante –registral 57.540 (subparcela 44.1)–, extendiendo o expandiendo la construcción sobre la parte del solar gravada con aquel derecho tanto en plantas bajo rasante como sobre rasante del suelo, adquiriendo la plena y permanente propiedad de la construcción levantada, de tal forma que la construcción sobreelevada y edificada pase a ser parte integrante del edificio que se construya. Se expresa que «tal derecho incluirá la facultad de arrimar la construcción realizada a la que exista en ese momento o pueda existir en el futuro sobre el predio parcela 44-1, y conectar los elementos constructivos de una y otra, así como enlazar y comunicar las plantas de sótano de uno y otro edificio», y que «el derecho de sobre-elevación y sub-edificación se constituye, no para poder construir una edificación autónoma o independiente sobre el terreno del solar gravado, sino para poder apoyar y extender o expandir el edificio que se construya en el futuro sobre el solar beneficiado por tal derecho (es decir, la parcela 44.2), por lo que la construcción sobre-elevada y sub-edificada deberá ser siempre parte integrante de ese edificio. La edificación a sobre-elevar y sub-elevar se compondrá de un máximo de doce plantas, compuesta de tres plantas de sótano destinadas a garajes, trasteros e instalaciones comunes, planta baja destinada a local comercial e instalaciones generales, y siete plantas altas más ático, destinadas a vivienda».

Según se añade en la escritura:

- La superficie máxima de la edificación en la parte construida sobre la finca gravada con el derecho de vuelo será de 600 metros cuadrados.
- El edificio que se vaya a construir en la finca 57.542 (subparcela 44.2) y en la parte de la finca 57.540 gravada con el derecho de sobre y subedificación (subparcela 44.1), constituirá una edificación física y estructuralmente independiente de la que en pueda existir sobre el resto de la finca 57.540.
- Debido a dicha independencia, el titular del derecho de edificación y los propietarios del edificio resultante de su ejecución no contribuirán a los gastos comunes de la propiedad del edificio que en su día se pueda construir sobre el resto de la parcela 57.540, sino solamente a aquellos que fueren derivados o atribuibles directa y únicamente al propio solar en cuanto tal.
- A la edificación por construir se le asigna una cuota de 7,55%, señalándose que la parte construida en virtud del derecho de sobreelevación no va a constituir una edificación independiente, ni tampoco unos predios concretos del régimen de propiedad horizontal del edificio sobreelevado sino una parte del edificio por construir, y por ello esa cuota, a efectos del reparto de gastos, se atribuirá al conjunto de esa edificación.
- El plazo para el ejercicio del derecho de sobreelevación será de cincuenta años.
- El derecho constituido queda sujeto para su eficacia a la condición suspensiva de que uno, al menos de los solares afectados por el mismo, pase a ser en todo o en parte propiedad de terceros distintos del propio titular, o bien se constituya sobre alguno de ambos algún derecho real limitativo del dominio a favor de tercero.

La registradora justifica la suspensión de la inscripción, en síntesis, en las siguientes objeciones: 1.^a Al implicar el derecho de sobreelevación y subelevation la construcción de un único edificio en una finca registral y parte de otra quedando la parte en esta construida integrada en la primera, es necesario que previamente se proceda a la segregación de la porción de la finca gravada con el derecho de vuelo y su posterior agregación a la finca a cuyo favor se constituye; 2.^a El ejercicio del derecho de edificar un único edificio sobre una finca registral y parte de otra y proceder posteriormente a su división horizontal conlleva la coexistencia de dos propiedades perpetuas y permanentes en la finca gravada con el derecho de edificación: una propiedad separada sobre la parte del edificio construido en ejercicio del derecho de sobreelevación y subedificación que correspondería a los dueños del predio colindante; y otra sobre el resto del predio que

incluso se extendería sobre el resto del vuelo y del subsuelo del edificio construido en ejercicio del derecho y que correspondería a los titulares del predio gravado con el derecho. Y, aunque la articulación de dicha relación jurídica podría fundamentarse en la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) y en el principio de “numerus apertus” de los derechos reales (artículos 2.2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento), conculcaría además de los preceptos señalados en el párrafo anterior (artículos 8 de la Ley Hipotecaria y 353 y 358 del Código Civil), el principio de especialidad registral que exige que para la inscripción de nuevas figuras hipotecarias estas sean claras y precisas de tal forma que no accedan al Registro de la Propiedad figuras confusas o contradictorias que no permitan una determinación exactas de su extensión y regulación; y 3.^a En el apartado relativo a la cuota y participación en gastos comunes se señala que a la edificación por construir se le asigna una cuota de 7,55%, si bien la parte que se construya en ejercicio de derecho de vuelo no va a constituir una edificación independiente ni predios concretos del régimen de propiedad horizontal del edificio sobreelevado. Por ello esa cuota se atribuirá al conjunto de la edificación soportando los gastos el conjunto de propietarios de los predios que lo integren en proporción a las cuotas de participación asignadas en la escritura de régimen de propiedad horizontal. Esta determinación del derecho y en todo caso la configuración de la edificación como parte integrante del edificio dividido horizontalmente pero sin constituir predios concretos de la misma a pesar de tener asignada una cuota de participación es incompatible con la configuración del derecho de sobreelevación y subedificación y con el requisito previsto en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario en cuanto exige la fijación de las nuevas cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos comunes, además de no respetar el principio de especialidad registral en tanto que el nuevo espacio volumétrico creado en ejercicio del derecho de sobreelevación y subedificación, si bien tiene asignado una cuota en el régimen de propiedad horizontal en los términos expresados, no constituye elemento privativo de la misma.

Por último, la registradora objeta que en el supuesto caso de que el derecho configurado en la escritura fuera inscribible, se precisaría la previa inscripción de la base gráfica de las fincas afectadas dado que la edificación resultante lindaría con parte de la finca gravada con el derecho de vuelo, por lo que con el fin de comprobar que la misma no se extralimita de la finca gravada sería preciso georreferenciarlas fincas 57.540 y 57.542 como paso previo a la inscripción y georreferenciación del derecho de vuelo en consonancia con los artículos 199 y 202 de la Ley Hipotecaria en relación con la Resolución de la Dirección General de 4 de enero de 2019. No obstante, no debe decidirse en este expediente sobre esta objeción por no haber sido objeto de impugnación.

El recurrente, después de argumentar extensamente, concluye: 1.^o Que es indubitada en el Derecho español la consideración de «numerus apertus» en cuanto a los derechos reales inscribibles en el Registro de la Propiedad, siempre que reúnan los requisitos para tener tal consideración; 2.^o Que el derecho real de vuelo o de sobreelevación y subedificación puede configurarse con el carácter de derecho real, sin que la regulación del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario excluya otras variantes o modalidades de tal derecho, como la constitución de tal derecho sobre el solar o la construcción de edificación no conectada física y arquitectónicamente con la construida o que se construya en el inmueble gravado con aquél; ampliamente admitidas hoy día por la doctrina de este Centro Directivo y con reflejo factico en la práctica; 3.^o Que la regulación dada al derecho de sobreelevación y subedificación objeto del presente recurso tiene una finalidad y efectos que no pueden obtenerse por la vía señalada por la registradora en su calificación, y 4.^o Que el derecho constituido está perfectamente delimitado en cuanto a su alcance, extensión, limitaciones que supone para la propiedad del predio gravado, efectos y obligaciones de los respectivos copropietarios, etc.

2. El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar

construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido.

Debe tenerse en cuenta que el derecho de vuelo es un derecho de carácter siempre urbano que no lleva consigo el deslinde de la propiedad del suelo y la del edificio, al contrario de lo que ocurre en el derecho de superficie. En el derecho de vuelo, la nueva planta construida se integra en un régimen de propiedad horizontal, de modo que el dueño de dicha planta es copropietario del suelo, al considerarse éste un elemento común.

Tiene su regulación en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, que tras la reforma de 4 de septiembre de 1998 (y la anulación de los apartados “b)” y “c)” por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001), dispone: «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 apartado 3 del artículo 8 de la Ley. 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 para su establecimiento. d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».

Además, como ha puesto de relieve este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos», en especial la reciente de 26 de julio de 2023), es necesario establecer un plazo máximo de ejercicio del derecho de vuelo, pues, si bien el plazo no es una exigencia del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, resulta sustancial tanto para una perfecta delimitación del derecho real que se constituye (cfr. artículo 9 de la Ley Hipotecaria) como por la necesidad de observar y respetar las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes.

3. El derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo. De lo contrario, se trataría de una simple facultad del dominio. Por tanto, el derecho de vuelo sólo puede nacer por transmisión a un tercero o por su reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones en los «Vistos»).

En una primera fase, el titular tiene derecho a construir una o más plantas dentro de las limitaciones urbanísticas. En la segunda fase, el titular adquiere la propiedad de lo construido y no hay duda de que es éste es un derecho perpetuo.

Si el edificio no estaba constituido en régimen de propiedad horizontal, deberá constituirse. Si lo estaba, se fijarán las nuevas cuotas por unanimidad al ser una modificación del título constitutivo, aunque este Centro Directivo ha permitido la cláusula estatutaria por la que el propietario, antes de la enajenación de los diferentes pisos o locales, se reservase el derecho a elevar plantas en un tiempo determinado, expresando que las cuotas serían proporcionales a su extensión y fijadas por el titular del derecho en su día, pudiendo alterar las de las demás.

Todo ello es consecuencia inmediata de que, a diferencia de la construcción que se lleve a cabo sobre fincas de propiedad completamente separada, que accederán al dominio de conformidad con las reglas generales de la accesión del Código Civil (cfr. artículo 353), en el caso del régimen de propiedad horizontal la especialidad de su regulación excepciona la aplicación del principio de accesión, según se desprende del artículo 396 del mismo Código, que incluye entre «los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute», el vuelo y las cubiertas.

Por lo demás, se admite -como reconoce la registradora en la calificación impugnada y sostiene el recurrente- que el derecho de vuelo se constituya para edificar no sólo sobre un edificio o bajo el suelo sino también sobre éste, siempre que se respeten las referidas normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes y quede delimitado en los términos que han quedado expuestos anteriormente.

4. Para resolver el presente recurso (que debe ceñirse a las cuestiones planteadas por la registradora en su calificación -cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria-) debe tenerse en cuenta que, como afirma el recurrente, el derecho real de sobreedificación y

subedificación constituido no coincide exactamente con el contemplado expresamente en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, pues aquél no tiene por objeto una construcción que se vaya a integrar físicamente en el edificio ya existente o por existir en el inmueble gravado (de modo que, al compartir elementos constructivos, haya de integrarse necesariamente en el régimen de propiedad horizontal de dicho edificio), sino que faculta para apoyar o extender una edificación ajena sobre parte del solar gravado, edificación que será independiente físicamente de la que se construya por el propietario de dicho solar.

Por ello, no es necesario que, como exige la registradora, previamente se proceda a la segregación de la porción de la finca gravada con el derecho de vuelo y su posterior agregación a la finca a cuyo favor se constituye. La norma del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, según la cual «(...) Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: (...). Tercero.—Las fincas urbanas y edificios en general, aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno (...)», se fundamenta en la unidad arquitectónica de los edificios, que cuentan con una serie de elementos que por su propia naturaleza son indivisibles y que hacen precisa su inscripción en una sola finca registral. Entre tales elementos cabe citar las cimentaciones, las cubiertas, los elementos estructurales, las fachadas, o las instalaciones, conducciones y canalizaciones. Pero dicha norma no es aplicable cuando, siendo la edificación única, y por tanto en principio comunes a las dos partes de ella ciertos elementos estructurales, como la cimentación o la cubierta, fuera sin embargo técnicamente posible la independización de dichas dos partes de la estructura del edificio, y hubiera quedado debidamente salvaguardada mediante el instrumento jurídico adecuado la posibilidad de dar un destino diverso a cada una de las dos partes de la edificación (cfr. la Resolución de 11 de abril de 2019). Como afirma el recurrente, en el presente caso las construcciones sobre cada una de las parcelas son unidades funcionales con verdadera autonomía e independencia, así como objetos de tráfico jurídico independientes.

5. La modalización que del derecho de sobreedificación o subedificación se realiza en la escritura calificada debe ser admitida con base en el principio de autonomía de la voluntad.

Debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, con base en el criterio de «*numerus apertus*» que rige en nuestro ordenamiento, se permite no sólo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de trascendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos (cfr. artículos 392, 467, 470, 523, 594 y 1648.2.º del Código Civil) y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. artículos 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «*erga omnes*» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993, 3 y 25 de septiembre y 8 y 26 de noviembre de 2019, 10 de marzo de 2021 y 12 de abril de 2023, entre otras).

También ha reiterado este Centro Directivo que debe admitirse que es un hecho —a veces motivado por razones históricas de configuración urbanística de determinadas ciudades, o por las simples condiciones del terreno— la existencia del fenómeno constructivo relativo a la superposición de inmuebles, de modo que la edificación de uno de ellos se realiza, en parte, sobre el vuelo de otro, dando lugar a situaciones de inmisión de algunas habitaciones u otros elementos del inmueble en distinto edificio.

Estas situaciones, que según los casos reciben denominaciones como las de «casas superpuestas», «casas a caballo», «casas empotradas», o la más técnica de «engalabernos», pueden configurarse jurídicamente por distintas vías, atendiendo a las diferentes circunstancias del caso concreto. Y aunque, en principio, el régimen de propiedad horizontal sobre todo el conjunto puede ser el más adecuado, por ser el aplicable directamente cuando concurren los presupuestos del mismo o por su aplicación analógica a los complejos inmobiliarios privados (cfr. artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal), lo cierto es que no pueden descartarse otras soluciones distintas, como puede ser la de la medianería horizontal, según ha admitido el Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 24 de mayo de 1943, 28 de abril de 1972, 28 de diciembre de 2001 y 14 de abril de 2005), o la de comunidad «sui generis» sobre cada una de las casas colindantes (a la que se refieren la citada Sentencia de 28 de diciembre de 2001 y la Resoluciones de esta Dirección General de 20 de julio de 1998 y 15 de septiembre de 2009).

La multiplicidad de situaciones fácticas posible en esta materia determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino, al contrario, el reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico que, entre los varios que proporciona el ordenamiento, resulte más adecuado al caso concreto en función de sus características peculiares y de los fines o intereses perseguidos. Ahora bien, esta libertad de configuración debe moverse dentro del respeto a las exigencias estructurales del sistema y a los límites derivados de la trascendencia «erga omnes» del *status* jurídico de los bienes, y en este sentido deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones: a) Que el dominio de un terreno se extiende a todo el espacio delimitado por la proyección vertical de sus linderos (artículos 348, 350, 592, etc. del Código Civil), quedando excluida la individualización como objeto jurídico susceptible de dominio de los volúmenes absolutamente desconectados de la superficie terrestre. La definición de los objetos de derechos dominicales debe guardar paralelismo con la aptitud para el aprovechamiento independiente y con la exigencia social de no disminuir injustificadamente las potencialidades económicas o de goce de los bienes; b) Que es principio básico de nuestro ordenamiento el de accesión de lo edificado al suelo (artículos 353 y 358 del Código Civil), de modo que toda pretendida excepción no podrá ser reconocida jurídicamente si no cuenta con respaldo legal suficiente; y c) Que la articulación jurídica elegida no puede desconocer las características físicas de la situación contemplada de modo que no cabe considerar como unidades jurídicas absolutamente independientes lo que no son sino partes inseparables de un todo, único respecto del cual pueda predicarse la individualidad fáctica (cfr., entre otras, las Resoluciones de 18 de abril de 2016 y 10 de octubre de 2017).

De las consideraciones que preceden, se desprende que la solución arbitrada en la escritura a que se refiere este recurso no contraviene las exigencias estructurales del sistema de derechos reales, ni sobrepasa los límites inherentes a la trascendencia «erga omnes» del «status» jurídico de los bienes. Y el derecho objeto de debate ha sido configurado con determinación de los elementos esenciales configuradores del derecho real de vuelo.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 29 de agosto de 2023.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puentes Santiago.