

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

16134 *Resolución de 23 de abril de 2026, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Palma de Mallorca n.º 5, por la que se suspende la inscripción de una declaración de obra nueva sobre una finca, porque las coordenadas de la superficie ocupada por la edificación ubican la misma más allá de los límites de la georreferenciación de la finca.*

En el recurso interpuesto por don Luis Leoncio Bustillo Tejedor, notario de Felanitx, contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Palma de Mallorca número 5, doña María Alicia Echevarría Pérez, por la que se suspende la inscripción de una declaración de obra nueva sobre una finca, porque las coordenadas de la superficie ocupada por la edificación ubican la misma más allá de los límites de la georreferenciación de la finca.

Hechos

I

Mediante escritura pública otorgada el día 15 de julio de 2025 por el notario de Felanitx, don Luis Leoncio Bustillo Tejedor, con el número 1.904 de protocolo, don M. M. R., como cotitular de la finca registral 2.005 del término de Santa Eugenia, constituía sobre la misma, como predio sirviente, una servidumbre de medianería horizontal a favor de la finca número 563 del mismo término municipal, propiedad de don T. M. y doña I. M., que podía mantener lo ya edificado bajo dicha finca 2.005, haciendo suya la propiedad de lo edificado.

II

Presentada el día 5 de septiembre de 2025 dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 5, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificado el presente documento con arreglo a lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) y artículo 98 y concordantes de su Reglamento (en adelante, RH), se suspende la práctica del asiento solicitado teniendo en cuenta los siguientes

Hechos:

Que con fecha cinco de septiembre del año dos mil veinticinco fue presentada, bajo el asiento número 3025 del diario 2025 una escritura otorgada el día 15/07/2025 ante el Notario de Felanitx, don Luis Leoncio Bustillo Tejedor, número 1904 de protocolo, por la cual don M. R. como cotitular de la finca registral 2.605 [sic] de Santa Eugenia, constituye sobre la misma, como predio sirviente, una servidumbre de medianería horizontal a favor de la finca 563 del mismo término municipal, propiedad de don T. M. y doña I. M., que podrá mantener lo ya edificado bajo dicha finca 2.605 [sic], haciendo suya la propiedad de lo edificado.

Previamente, en fecha 17 de mayo de 2024 fue presentada en este Registro una escritura de “Deslinde de Fincas y Rectificación de Superficie” otorgada en fecha 21 de

marzo de 2024 ante el notario de palma don Álvaro Delgado Truyols, número 1315 de protocolo, que fue inscrita parcialmente en cuanto al deslinde y modificación de superficie de las fincas 563 y 1.714 de Santa Eugenia, y se suspendió la inscripción de la rectificación y adecuación de superficie de la vivienda existente sobre dicha finca 563 de Santa Eugenia y la declaración de un molino sobre la misma, por los dos siguientes motivos:

– Las coordenadas georreferenciadas de la porción de suelo ocupada por la vivienda cuya armonización se solicita, resultantes del informe de medición y georreferenciación expedido por el ingeniero técnico en topografía don A. C. R., que se protocoliza, traspasan el límite de la parcela sobre la que se ubica según la georeferenciación de la misma objeto de la precedente escritura e invaden parte de la parcela colindante 1058.

– Las coordenadas georreferenciadas del molino –de 7,07 m²– cuya declaración se solicita sobre dicha finca registral 563, resultantes del informe de medición y georreferenciación expedido por el ingeniero técnico en topografía don A. C. R., que se protocoliza, ubican el mismo sobre la finca registral 1.714 de Santa Eugenia y no sobre la finca 563 como indica la escritura.

En realidad, tal y como se acreditó posteriormente, la vivienda cuya adecuación se solicitaba en la escritura de 21 de marzo de 2024 se halla parcialmente edificada en el subsuelo de la parcela catastral 1058 –por cuanto ésta última se halla geográficamente en una cota más alta, separadas ambas por un lindero en escarpe–, y de ahí la invasión de parcela que se aprecia y el supuesto de “construcción extralimitada” con el que nos encontramos.

Así pues, en realidad, se trata de “legalizar” una construcción que está ubicada bajo el suelo de otra finca, la número 2.065 [sic] de Santa Eugenia, perteneciente a otro titular registral; por tanto, se trata de una construcción extralimitada, cuya pertenencia, en principio, correspondería al titular de esta finca.

Estos supuestos están previstos por la legislación, bajo la regulación de construcciones extralimitadas o bien bajo las figuras de los derechos de subedificación, por lo que no correspondería constituir un derecho real nuevo, como es el de “servidumbre de medianería horizontal”.

Fundamentos de Derecho:

1. La jurisprudencia permite la teoría del “numerus apertus” para la creación de nuevos derechos reales siempre y cuando no exista una figura jurídica tipificada en la ley que admita las pretensiones de las partes y no se contraría lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (Artículo 2 de la Ley hipotecaria, artículo 7 del Reglamento hipotecario, artículo 1255 del Código civil; Resoluciones de la DGSJYFP de 10 de marzo de 2021, 12 de abril de 2023, entre otras)

En este caso, estamos ante el caso de unas construcciones situadas en el subsuelo de una finca ajena, ya realizadas por el propietario de la finca colindante, y situadas en parte en ésta, cuya propiedad se quiere de forma exclusiva del propietario de esta última finca.

La regulación de esta situación se enmarca en el derecho de subedificación, ya regulada en el TRLS, de manera que, aunque ya ejecutadas, se puede constituir para que el cedente del derecho consienta y las partes den por ejecutado el derecho de subedificación, con mantenimiento de la propiedad a favor del titular de lo que construyó. Ello de forma onerosa o gratuita.

Aquí sí se podría incluir autonomía de la voluntad de las partes conforme al artículo 1.255 del Código Civil porque: i, El art. 53 del TRI,S regula los tres tipos de derecho (superficie, subedificación y subedificación); ii. Ya contempla respecto de la sobreedificación la posibilidad de hacer suyo lo construido por parte del superficiario; por tanto, y no habiendo razón alguna que lo impida, podría aplicarse respecto de lo

subedificado; y iii. El artículo 53 no es norma imperativa; aunque ya precisa que todo debe hacerse conforme a normativa urbanística, que debe ser respetada.

Esta tesis está ya admitida por la DGSJYFP, que en Resolución de 29 de agosto de 2023, admite la teoría del “numerus apertus” y la autonomía de la voluntad en la configuración de un derecho de subedificación

Otra posibilidad sería incluirlas como supuesto de construcción extralimitada regulada en el artículo 361 del Código Civil, que, si bien es cierto, especifica sólo construcciones en el suelo ajeno, en principio no parece que exista ningún impedimento para incluir también en su regulación las construcciones en subsuelo, por las razones antes expuestas.

En cambio, las partes han acordado una servidumbre de medianería horizontal que, además de no ser necesaria porque, como se ha expuesto, existe un derecho regulado por nuestra legislación que se ajusta a los requerimientos de las partes, además no cumple dichos requerimientos porque:

a. La medianería implica una forma de copropiedad (doctrina y jurisprudencia, artículo 574 y 575), cuando las partes –que así lo establecen–, lo que quieren es mantener la propiedad exclusiva por el propietario de la finca colindante; y

b. Se pacta supletoriamente la aplicación de las normas del código civil sobre la servidumbre de medianería, cuando éstas se refieren a una comunidad. Y contrariamente a ello, han pactado la propiedad separada y deber exclusivo del edificante a mantener el subsuelo en condiciones para no perjudicar al propietario del terreno.

Contra esta calificación (...)

Palma Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por María Alicia Echevarría Pérez registrador/a titular de Registro de la Propiedad de Palma n.º 5 a día veinticuatro de septiembre del dos mil veinticinco.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Luis Leoncio Bustillo Tejedor, notario de Felanitx, interpuso recurso mediante escrito fechado el día 24 de octubre de 2025, que se presentó a través de la Sede Electrónica del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes el día 25 de octubre de 2025, que se remitió al Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 5, donde tuvo entrada el día 19 de febrero de 2026, con base en los siguientes puntos:

«I. Con fecha de 5 de julio de 2.025 autoricé, con el número 1904 de protocolo, una escritura en la que el propietario de una finca constituía a favor de otra una servidumbre de medianería horizontal.

Por medio de esta escritura, se pretendía subsanar los defectos apuntados por la registradora en la calificación de otra otorgada el día 21 de marzo de 2024 y autorizada por el notario de Palma, don Álvaro Delgado Truyols con el número 1315 de protocolo, en cuanto que en la misma se solicitaba la adecuación a la realidad de una edificación que parcialmente se hallaba construida bajo el subsuelo de la finca que en la escritura por mí autorizada es predio sirviente. Se trata por tanto de adecuar una situación fáctica consolidada, sin que se proceda a la ex novo de una situación no preexistente

II. Las cuestiones que son objeto de debate a la vista de la calificación emitida por la registradora de la propiedad, son dos:

La primera, si puede acudirse a la configuración de una figura real no tipificada expresamente en el ordenamiento, cuando exista regulada otra figura que puede aparentemente dar de igual modo satisfacción a las pretensiones de las partes; es decir,

si la autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales (el conocido como criterio del *numerus apertus*) tiene como límite la existencia de figuras típicas que puedan dar solución al problema planteado, de manera que la autonomía de la voluntad solo operaría subsidiariamente, en defecto de previsión legal y con independencia de que la solución legal fuese más onerosa o inadecuada que la propuesta. Esta parece ser la opinión de la registradora de la propiedad al exigir, en sustitución de la servidumbre constituida, la constitución de un derecho de subedificación. Conexa con esta cuestión es la de si el Registrador puede imponer una solución concreta a los particulares cuando existan varias que sean aptas para dar satisfacción a sus intereses y pretensiones.

La segunda cuestión que se plantea es la de si, admitida la configuración de la relación entre ambos predios como servidumbre de medianería horizontal, es inscribible en los términos en los que se ha constituido

III. En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, la registradora cita en apoyo de su afirmación de que la jurisprudencia permite la teoría del *“numerus apertus”* para la creación de nuevos derechos reales siempre y cuando no exista una figura jurídica tipificada en la ley que admita las pretensiones de las partes y no se contraría lo dispuesto en el ordenamiento jurídico las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 10 de marzo de 2021 y 12 de abril de 2023. Consultadas ambas, no se encuentra en ellas este condicionante (siempre y cuando no exista una figura jurídica tipificada en la ley que admita las pretensiones de las partes). Reproduzco al efecto un párrafo que se repite en ambas:

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 transcendencia 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 1.648.2.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.

El criterio del *numerus apertus*, como expresión de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los derechos reales no tiene, efectivamente, otros límites que los expuestos, es decir, que no se transgredan los límites institucionales de la autonomía de la voluntad (ley, moral, orden público) y que la figura creada reúna los caracteres propios y definitorios del derecho real, esto es, inmediatez y absolutividad.

Siendo esto así, asumido que aun cuando exista una figura jurídico real que responda a la situación fáctica que se trata de ordenar, es posible una configuración alternativa, decae inmediatamente la imposición de una solución concreta por la registradora. El Centro Directivo ha declarado en reiteradas ocasiones que no puede el registrador imponer una formulación concreta de entre las diferentes posibilidades existentes. Así la Resolución de 29 de agosto de 2023 dice que

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.

La figura jurídica elegida es concreta, precisa, adaptada a una situación fáctica preexistente e implica una intervención mínima, sin incurrir en inseguridad jurídica ni indeterminación

IV. Procede ahora el análisis de la servidumbre constituida.

La figura constituida atribuye al predio dominante un derecho de utilización del subsuelo ajeno, sin que ello comporte transmisión de dominio ni configuración de un volumen independiente. Se trata, por tanto, de una servidumbre positiva de uso, que permite al titular del predio dominante mantener y aprovechar, como parte integrante de su edificación, la porción de subsuelo necesaria para el alojamiento de la estructura ya existente.

La propiedad del terreno sigue correspondiendo al predio sirviente, de modo que la relación entre ambos es la propia de una servidumbre de apoyo o soporte estructural, extendida al plano horizontal.

En este sentido, la expresión en la escritura haciendo suya (el dueño del predio dominante) la propiedad de lo edificado no contradice esta configuración, puesto que lo edificado no se desgaja jurídicamente del inmueble dominante ni se erige en finca autónoma; es una simple prolongación funcional del mismo. La cavidad proyectada bajo el suelo del predio sirviente no constituye un volumen autónomo ni una finca independiente, sino parte funcional de la edificación existente en el predio dominante. La servidumbre permite el mantenimiento y uso de esa porción en cuanto parte integrante del inmueble dominante, sin alterar la titularidad dominical del suelo ni configurar una propiedad volumétrica. Se produce así un reparto de facultades: el dominio del terreno sigue correspondiendo al predio sirviente, mientras que el aprovechamiento estructural y funcional pertenece al predio dominante.

La Resolución de la DGSJFP de 29 de agosto de 2023 avala esta solución en un supuesto análogo, en el que se admite la validez de un derecho de edificación atípico para mantener la propiedad de una construcción que parcialmente se asienta en terreno ajeno, sin exigir la configuración como derecho de superficie o subedificación del TRLS. Y se sigue de la resolución una conclusión clara: que el mantenimiento de la propiedad de la edificación por quien la ha realizado, aun cuando se asiente parcialmente sobre suelo ajeno, no contradice la normativa hipotecaria ni el principio de especialidad, siempre que la situación esté perfectamente delimitada y consentida por el titular del terreno.

La figura de la medianería horizontal es de sobra conocida en la jurisprudencia y ha sido admitida reiteradamente por el centro Directivo como mecanismo de armonización de los llamados engalabernos, edificaciones que se extienden o proyecta sobre otras, de manera que la divisoria entre ambas edificaciones no se traza, como en las medianerías “ordinarias” en el plano vertical sino en el horizontal. Partiendo de la base del principio de proyección del dominio en sentido vertical supone la atribución al propietario del predio dominante del derecho de utilizar el subsuelo del sirviente. No se divide la propiedad de la finca, como ha quedado dicho, sino que se cede una utilidad de la misma al predio dominante de manera tal que el dominio sobre el mismo se extiende a lo construido bajo el predio sirviente.

La Dirección General ha declarado en Resolución de 15 de septiembre de 2009 que

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 lo expuesto, solicito que se tenga por presentado el recurso y se revoque la calificación emitida por el Registro de la Propiedad de Palma número 5, ordenándose la inscripción del título en los términos en que fue otorgada.»

IV

La registradora de la Propiedad emitió un primer informe el día 27 de febrero de 2026, alegando la extemporaneidad del recurso y la cancelación del asiento de presentación el día 8 de enero de 2026, remitiéndolo el mismo día a esta Dirección General, y un segundo informe en defensa de la nota el día 2 de marzo de 2026, elevando el expediente a esta Dirección General el mismo día.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 571 a 575 del Código Civil, 2, 13, 18, 326 y 327 de la Ley Hipotecaria; 2 del Reglamento Hipotecario, las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1943, 28 de abril de 1972, 28 de diciembre de 2001, 14 de abril de 2005, 8 de marzo de 2006, 9 de mayo de 2008 y 7 de junio de 2021; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 1984, 6 de noviembre de 1985, 18 de abril de 2016 y 15 de septiembre de 2009, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 de febrero, 23 de mayo y 10 de julio de 2023 y 26 de marzo de 2024.

1. En el presente caso se presenta en el Registro una escritura de constitución de servidumbre de medianería horizontal por la cual don M. M. R., como titular registral de la finca 2.005 del término de Santa Eugenia, constituye sobre la misma, como predio sirviente, una servidumbre de medianería horizontal en favor de la finca 563 del mismo término municipal, propiedad de don T. M. y doña I. M., también comparecientes en la escritura calificada. La escritura calificada tiene por objeto lograr la inscripción de la declaración de obra nueva, que constaba en el acta de deslinde y rectificación de cabida y adecuación de superficies construidas, autorizada el día 21 de marzo de 2024 por el notario de Palma de Mallorca, don Álvaro Delgado Truyols, con el número 1.317 de protocolo, suspendiéndose la declaración de la obra nueva, porque parte de la misma se ubicaba bajo el suelo de la finca registral 2.005 del término de Santa Eugenia.

2. La registradora suspende la inscripción pues la vivienda cuya adecuación se solicitaba en la escritura de 21 de marzo de 2024 se halla parcialmente edificada en el subsuelo de la parcela catastral 1058, que se corresponde con la identidad de la finca registral 2.005 de Santa Eugenia, ubicada geográficamente en una cota más alta, separadas ambas por un lindero en escarpe. De ahí que se aprecie un supuesto de «construcción extralimitada», que trata de legalizarse mediante la constitución de un servidumbre de medianería horizontal, cuando es un supuesto previsto por la legislación, bajo la figura del derecho de subedificación, sin que pueda constituirse un derecho real nuevo, como la servidumbre de medianería horizontal.

3. Antes de entrar en el fondo de la cuestión que se debate en el presente recurso, debe analizarse la posible extemporaneidad del mismo, alegada por la registradora, por no haberse producido la caducidad del asiento de presentación el día 8 de enero de 2026, teniendo entrada el escrito de recurso en el Registro de la Propiedad el día 19 de febrero de 2026. Para ello debe partirse de la fecha en que se notificó la calificación negativa al recurrente, quien la recibe el día 25 de septiembre de 2025. El notario recurrente interpone el recurso, a través de la Sede Electrónica del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, el día 25 de octubre de 2025. Es doctrina reiterada de esta Dirección General, formulada en Resoluciones como la de 6 de febrero de 2023 (vid., por todas), que debe tomarse como fecha inicial la del día

siguiente al de la notificación o publicación, siendo la fecha de vencimiento la del día correlativo mensual al de la notificación. Así resulta tanto del artículo 5 del Código Civil, como de las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2006 y 9 de mayo de 2008.

Por ello, emitida calificación negativa el día 24 de septiembre de 2025, y notificada el día 25 siguiente, es tempestivo el recurso interpuesto el día 25 de octubre de 2025 a través de la Sede Electrónica del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Ciertamente, existe una dilación entre la fecha de interposición del recurso el día 25 de octubre de 2025 y la de su remisión por este Ministerio al Registro, el día 19 de febrero de 2026, pero esa dilación en ningún caso es imputable al recurrente, pues depende del Ministerio y no de él. Por ello, el haberse producido la caducidad del asiento de presentación no es un argumento suficiente como para declarar el recurso extemporáneo, pues el mismo se interpuso dentro de plazo legal de un mes del artículo 326 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, procede entrar en el análisis del fondo del asunto puesto que el recurso se ha interpuesto dentro de plazo y la solución contraria supondría dejar en la indefensión al recurrente, en contra de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución y, como ha declarado esta Dirección General en Resoluciones como la de 10 de julio de 2.023 (vid., por todas), con carácter general, en caso de duda debe prevalecer el derecho del ciudadano a recurrir, tanto como manifestación de su derecho de acceso a la Administración como por razones de economía procesal, por lo que debe admitirse el recurso a pesar de que ya no cabe prórroga del asiento de presentación, al haberse producido la caducidad del mismo el 8 de enero de 2026, conforme al artículo 327 de la Ley Hipotecaria, como declaramos en la Resolución de 23 de mayo de 2023.

4. Entrando en el fondo del asunto, es objeto del presente recurso determinar si la construcción extralimitada, o como también se ha denominado por la doctrina y por esta Dirección General, la «casa en engalaberno» puede legalizarse mediante una servidumbre de medianería horizontal, como entiende el notario recurrente o es necesaria la constitución de un derecho de subedificación, por adaptarse más al supuesto de hecho, como entiende la registradora.

5. La medianería es aquella situación jurídica que se da, cuando dos edificios separados por un elemento común, normalmente una pared, perteneciente a diferentes propietarios de aquellas en su condición de dueños de las fincas separadas, de la que resulta la titularidad conjunta del elemento común de separación. Por tanto, la misma se caracteriza por la necesidad de un elemento de separación único y común entre ambas fincas y la contigüidad de las fincas para que el elemento divisorio devenga medianero. La misma se regula en los artículos 571 y siguientes del Código Civil, los cuales contemplan únicamente el supuesto de medianería vertical, siendo el elemento medianero perpendicular al suelo, guardando silencio sobre la posibilidad de la existencia de una posible medianería horizontal, donde el elemento medianero sea paralelo al suelo. El silencio del Código Civil no impide la existencia de esta figura, para regular una serie de situaciones atípicas, que han venido englobándose bajo la denominación de engalabernos, como fenómeno complejo referido a la incrustación de un inmueble en otro de distinta titularidad. En estos casos, es posible la existencia de una medianería horizontal, donde el techo de una construcción constituya el suelo de otra, o viceversa. La medianería horizontal se plantea respecto a aquellos edificios que siendo diferentes y careciendo de elementos comunes, tienen pisos o departamentos de uno físicamente empotrados o introducidos en el otro, introduciéndose en la envolvente de un edificio un cuerpo de otro edificio distinto.

Este es el supuesto de las casas a caballo o engalabernos que podría plantear la posibilidad de constitución de una propiedad horizontal, como entiende la registradora, al exigir la constitución de un derecho de subedificación. Pero, no de modo obligatorio sino potestativo, pues puede constituirse una medianería horizontal, donde cada edificio mantiene su independencia. Tanto el Tribunal Supremo, como la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública se han ocupado de los supuestos, planteándose si cabía

medianería horizontal, si procedía la constitución de propiedad horizontal, o incluso un régimen de comunidad sui generis.

6. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1943 entiende que en estos supuestos no existe condominio, sino medianería especial. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1972 diferencia entre los conceptos de propiedad horizontal y medianería horizontal en un supuesto de edificios a caballo reconoció «la existencia de una medianería horizontal impuesta por la contigüidad de los predios, en los que claramente se advierte su particular sustantividad e independencia, hasta el punto de que los demandados han podido derribar por completo el suyo para luego reedificarlo con nuevos elementos sin tocar para nada el del actor, lo que supone la ausencia de aquellos elementos tales como escaleras, puertas maestras, patios, puertas de salida que, por ser de común utilización, caracterizan la unidad de los fundos que se pretende, de modo que no concurriendo, es evidente que tampoco puede darse la situación que determinan, tratándose de fincas distintas e inscritas en el Registro de la Propiedad como independientes y que no tienen de común más que la medianería horizontal».

La Sentencia de 28 de diciembre de 2001 entiende que si bien la falta de elementos comunes es un factor relevante para apreciar la existencia de medianería horizontal en lugar de una propiedad horizontal, no afecta a esa diferenciación el hecho de que puedan existir algún elemento común, propio o específico de la configuración física de las casas empotradas, calificándola como una comunidad sui generis a la que no se aplica íntegramente el régimen de la propiedad horizontal, pero tampoco las normas de la comunidad ordinaria, llegando a la conclusión de que la propietaria de una parte de los elementos puede hacer, por sí sola, una serie de obras en la finca de su propiedad, sin necesidad de consentimiento de los otros propietarios, siempre que no queden afectadas la seguridad y configuración del conjunto. La Sentencia de 14 de abril de 2005 vuelve a la denominación de medianería horizontal, excluyendo estas situaciones de las de propiedad horizontal, de modo obligatorio, aunque pueda pactarse por las partes.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2021 ha reconocido la aplicabilidad, según los casos, de las reglas sobre propiedad horizontal o sobre medianería horizontal, a los engalabernos o casas a caballo. Declara la citada Sentencia que la llamada medianería horizontal «se da en aquellas situaciones en que se produce el fenómeno constructivo de superposición de edificaciones, en el que una de ellas pisa sobre la otra con la que colinda. Este fenómeno se conoce igualmente con el nombre de “casas a caballo”. Se utiliza también el término de engalaberno para hacer referencia a supuestos en los que una edificación construida en su propio solar invade o se apoya sobre otra construcción levantada en un terreno colindante, con ocupación de su vuelo o subsuelo». La particularidad radica en la horizontalidad del elemento medianero, paralelo respecto al suelo,

7. También esta Dirección General admitió la figura en la Resolución de 6 de noviembre de 1985, ante una figura de división vertical de dos edificios, de modo que una habitación de una de las casas se apoya o pisa otra de la casa colindante, ocupando parte de su espacio aéreo, declarando en su fundamento de Derecho sexto que ello «no ha de considerarse como defecto, ya que se está ante uno de los supuestos que la doctrina y nuestro más Alto Tribunal ha tratado con el nombre de medianería horizontal frecuente en la construcción de edificios de bastantes zonas costeras y que implica una independencia total de los dos edificios limítrofes y a los que no se puede pretender someterlos obligatoriamente a un régimen tan abigarrado en sus relaciones jurídicas como es el de la propiedad horizontal, cuando solo existen las de la buena vecindad».

En la Resolución de 15 de septiembre de 2009, reiterada su doctrina por la de 26 de marzo de 2024, esta Dirección General reconoció la existencia del fenómeno constructivo consistente en 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, exista configurado o no un régimen de propiedad horizontal. Por ello, reconoció que

estas situaciones, que reciben diferentes denominaciones (casas a caballo, casas empotradas, engalabernos,...) pueden configurarse jurídicamente de diferentes maneras, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Y aunque en principio el régimen de la propiedad horizontal sería el más adecuado, lo cierto es que no pueden desecharse otras soluciones, como sería la medianería horizontal (admitida por el Tribunal Supremo en 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 comunidad sui generis sobre cada una de las casas colindantes. La Resolución exige una completa claridad respecto a la situación jurídica existente sobre la finca, de modo que resulte indubitado si estamos ante un supuesto de propiedad horizontal, con determinación de las cuotas de participación de cada elemento, o bien ante una medianería horizontal, o de condominio especial, determinando ese régimen.

La Resolución de 18 de abril de 2016 reconoce la posibilidad de que los interesados elijan la solución más acorde a sus intereses, pudiendo elegir la de la medianería horizontal, como situación excepcional a la que hay que dar solución, siempre que exista una causa justificativa suficiente y se determine perfectamente el contenido de la misma.

8. Por tanto, en el supuesto de casas a caballo o engalabernos, se puede constituir un derecho real de servidumbre voluntaria, porque supone un gravamen para el predio sirviente, en este caso, no desarrollar construcción bajo el suelo de la finca, que tiene en el mismo la construcción del predio dominante aplicando, con carácter general, las normas jurídicas que regulan este derecho real, especificando el acuerdo entre las partes: a) cual haya de ser la altura y extensión del departamento habitación a caballo y que elementos de sustentación no hayan de apoyarse en la inferior, o en último término, fijar cuáles sean estos y que superficie hayan de ocupar; b) que fuera de ese límite el propietario del edificio inferior se reserva el derecho de subedificación, aprovechando el suelo restante, si aún existiera, apoyándose o no en ese departamento a caballo; c) cual haya de ser la indemnización resultante del otorgamiento de ese derecho y de los perjuicios que puedan proporcionar al predio inferior, en su caso, y d) que la salida del departamento haya de efectuarse por el predio dominante, con el que forma una unidad y a la que pertenece, y no por el predio sirviente, pues en ese supuesto si debiera constituirse necesariamente una propiedad horizontal, por requerirse el elementos comunes para el adecuado uso y disfrute de uno de los elementos privativos.

9. Por el contrario, la registradora entiende que la figura solo es inscribible bajo el supuesto de derecho de subedificación, que podemos definir como aquel derecho real limitado que faculta a su titular para construir un volumen determinado bajo un edificio total o parcialmente ajeno, cuyo ejercicio supondrá la adquisición por el titular de un derecho de propiedad sobre los nuevos elementos construidos y la integración del edificio en el régimen de propiedad horizontal, si no lo estuviese todavía. Así caracterizado, la primera circunstancia que determina que la figura no puede aplicarse al supuesto de hecho que se debate en el presente recurso es que este derecho concede a su titular la facultad de construir bajo el suelo de una finca ajena. Sin embargo, en el presente caso, esa facultad ya se ha ejecutado. La segunda circunstancia es que el ejercicio del derecho determina, necesariamente, la constitución de un régimen de propiedad horizontal, que como han declarado reiteradamente el Tribunal Supremo y esta Dirección General no puede imponerse obligatoriamente a los propietarios de estas casas a caballo o engalabernos, pudiendo admitirse otras modalidades como la medianería horizontal.

10. Admitida la posibilidad de poder constituir la servidumbre de medianería horizontal, debemos determinar ahora si la escritura calificada cumple con los requisitos necesarios para poder procederse a la inscripción de este derecho, cumpliendo la doctrina del «numerus apertus» en materia de constitución de derechos reales.

Así, se identifican perfectamente las dos fincas implicadas, la 563, que es el predio dominante, y la 2.005, que es el predio sirviente. Se identifica la construcción y el acceso mediante cueva ubicada en el subsuelo del predio sirviente, acompañando plano del mismo y reconociendo su propietario la propiedad de los titulares del predio dominante.

Se delimita el contenido del derecho pues el propietario del predio dominante deberá en todo momento garantizar la estabilidad y seguridad estructural y la configuración y estado exteriores del predio sirviente, indemnizando al propietario de este de los perjuicios que se le sigan de la construcción o como consecuencia de las cargas y tensiones estructurales que deba soportar el predio sirviente, fijándose un plazo que es la perpetuidad del derecho constituido, que lógicamente será mientras subsista elemento subterráneo. Además, el propietario del predio dominante queda facultado, con carácter irrevocable, para otorgar cualesquiera escrituras que sean precisas para obtener el reflejo registral de las construcciones existentes bajo el predio sirviente, siempre que ello no implique la alteración de la descripción del mismo. En defecto de lo aquí pactado se aplicarán las reglas establecidas en el Código Civil sobre la servidumbre de medianería, en lo que sea aplicable a la situación física de los inmuebles.

11. Esta Dirección General, en la Resolución de 14 de mayo de 1984, declaró inscribible el derecho que el titular de dos parcelas colindantes A y B establecía en favor de los futuros titulares de la parcela A, consistente en que el garaje del edificio que se construya en ella pueda extenderse a parte del subsuelo de la parcela B; teniendo en cuenta que el suelo de la parcela B cuya parte subterránea se invade no es edificable en altura (por exigencias de la normativa urbanística), y que el subsuelo invadido no tendrá conexión física alguna con el edificio a construir sobre el resto del suelo de la parcela B. La extensión del derecho queda determinada tanto en su aspecto superficial como en el volumétrico, pues en la escritura se señala la línea poligonal afectada por la reserva en metros lineales hasta el total cierre del perímetro, indicándose además la profundidad máxima, también en metros lineales, que grava el predio sirviente.

La Dirección General calificó el derecho de servidumbre creado como un derecho subjetivo creado en favor de tercero, de carácter real inmobiliario, perpetuo y limitado, impuesto por exigencias de las relaciones socio-urbanísticas que la realidad genera, y en la que razones de necesidad, utilidad y servicio imponen el que un edificio expanda su garaje a parte del subterráneo de un suelo colindante no edificable. En consecuencia, conforme al artículo 13 de la Ley Hipotecaria, la limitación debía constar, para su eficacia contra terceros, en la inscripción de la finca gravada y, además, si así se solicita, como cualidad del predio dominante. Dicha doctrina es aplicable al presente caso, por analogía del supuesto de hecho.

Por todo lo razonado, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación, permitiendo la inscripción del derecho real de servidumbre de medianería horizontal, como regulador del fenómeno de engalabernos, sin que sea obligatoria la constitución de un régimen de propiedad horizontal.

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, 23 de abril de 2026.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.