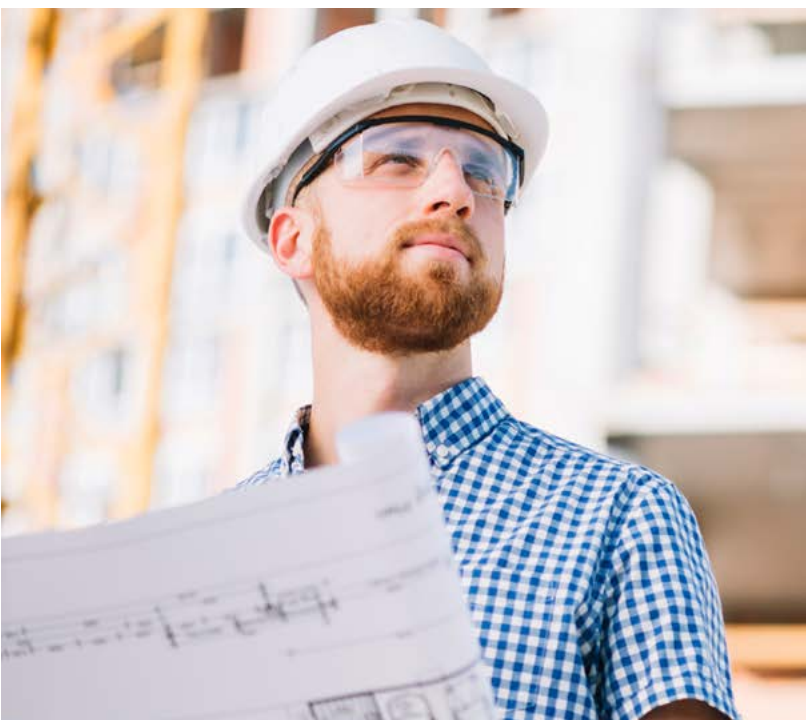


EL DERECHO DE VUELO



EN BREVE

El Tribunal Supremo ha definido el derecho de vuelo como el derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio existente, o el de profundizar en el subsuelo por medio de construcciones antes inexistentes. En puridad el vuelo representa el espacio aéreo existente sobre una parcela de terreno que es objeto de apropiación mediante construcciones llevadas a cabo por la mano del hombre.



SUMARIO

1. Concepto
2. Naturaleza
3. Clases
 - Sobreedificación
 - Subedificación
4. Requisitos
5. Constitución
6. Contenido
7. Extinción
8. Conclusiones



Fabio Ernesto Balbuena Pérez

Administrador de fincas
en Fabio Valbuena

CONCEPTO

La Resolución de la Dirección General de Tributos de 1 de marzo de 2013 dice que **el derecho de vuelo es un derecho real que grava la propiedad ajena**, habilita para construir sobre el vuelo o bajo el suelo de finca ajena, pisos, locales o sótanos, adquiriendo la propiedad de lo edificado. Con la edificación el derecho de vuelo se convierte en propiedad sobre lo edificado.



Así, **se puede definir el derecho de elevación o de vuelo como el derecho a la propiedad del espacio aéreo**, de una finca, con construcción existente o proyectada, perteneciente -en parte, al menos- a distinto titular.

NATURALEZA

Según Roca Sastre, **el derecho de vuelo es un derecho real inmobiliario tanto si recae propiamente sobre el vuelo como sobre el subsuelo**. Y más en concreto, es un derecho real en cosa ajena, total o parcialmente. Precisamente la nota de ajenidad es esencial, pues si ejercitamos el derecho a elevar más un edificio de nuestra propiedad o profundizamos en el subsuelo de un solar nuestro, **estamos ejercitando una facultad inherente al dominio que tenemos sobre nuestro inmueble**.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala Primera, de lo Civil, de 23 de junio de 1998, “al estudiar el derecho de propiedad se ha reconocido, desde siempre, que su extensión -en caso de inmueble- no se limita al suelo propiamente dicho, sino que alcanza al

vuelo -lo que está encima- y al subsuelo -lo que está debajo- siendo muy conocida, aunque no es aplicable absolutamente hoy en día (el poder del propietario, según la concepción actual, se extiende hasta donde llegue su interés) aquella locución procedente de la doctrina romanista medieval de que el poder del propietario se extiende *usque ad sidera* et usque ad inferos. El derecho sobre el vuelo puede entenderse como una parte del derecho de propiedad, como hace la Sentencia de 9 de julio de 1988 (la Sentencia de 11 de noviembre de 1919 dijo que del art. 350 se deduce que el propietario del suelo lo es también del vuelo) o como un derecho real que recae en cosa ajena, como hace la de 24 de diciembre de 1991. En todo caso, **el derecho de propiedad se extiende al vuelo y si éste está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad**, como dice la citada Sentencia de 9 de julio de 1988”.

Además, siguiendo a Matheu Delgado, podemos añadir las siguientes notas características:

- a) **Es un derecho que limita el dominio que un tercero tiene sobre su propiedad**, al no ser propietario en su integridad del volumen o la columna de aire situada sobre o bajo un inmueble.
- b) En el ámbito del ordenamiento civil común español, **este derecho tiene además la nota característica de la atipicidad**, pues se trata de un derecho real que no viene nominalmente definido. En cambio, en el derecho civil foral de Navarra o de Cataluña sí aparece regulado.
- c) Es un **derecho que recae sobre inmuebles de naturaleza urbana**, pues en cuanto figura jurídica con carácter real que accede al Registro de la Propiedad, debe ejercerse sobre un bien inmueble que esté sujeto a normativa urbanística, por lo que debe ejercerse necesariamente sobre inmuebles de naturaleza urbana.
- d) **Es un derecho que se ejerce sobre una finca edificada, en fase de construcción o en proyecto**. Por tanto, se ejerce necesariamente sobre un inmueble, sea éste una finca o solar sin edificar, esto es, sobre o bajo un edificio asentado o por asentar sobre el solar, bastando únicamente que el edificio esté en fase de proyecto, sin necesidad de su existencia física material actual, bastando que sea un edificio para existir dentro del tráfico jurídico inmobiliario.
- e) Por último, **es un derecho que está orientado al régimen de propiedad horizontal**. Y ello por cuanto el artículo 396 CC regula el vuelo y el suelo, y por extensión el subsuelo, como elementos comunes anejos inseparables a la propiedad privativa de un piso o local en un edificio, o a las partes de los mismos susceptibles de aprovechamiento independiente, partes en copropiedad que no pueden ser enajenadas de modo separado a las partes privativas.

CLASES

Como se ha dicho, el derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena por el que su titular adquiere la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo una vez ejercitado, la propiedad de lo construido.

Y dentro de este derecho de vuelo podemos distinguir dos clases: el **derecho de sobreedificación** y el **derecho de subedificación**.

Se trata de derechos en virtud de los cuales, una vez construido un edificio, o al menos proyectado, **los titulares deciden elevar nuevas plantas o edificar bajo las ya existentes**.

Se requiere, pues, un edificio existente o proyectado, ya que, si el edificio no existe, ni siquiera proyectado, no se podría hablar propiamente de sobreedificación o subedificación, sino de **declaración de obra nueva**.

El derecho de sobreedificación o subedificación se contempla como derecho real limitado de carácter autónomo, cuyo constitución u origen se produce, bien por reserva del mismo al constituir la Propiedad Horizontal, bien por transmisión por parte de la comunidad a favor de alguno o algunos propietarios, o de terceros ajenos a la misma.

Sólo tendrán la consideración de sobre o subedificación aquellas obras de fábrica que sean continuación de los muros maestros y que se constituyan con carácter permanente o estable. No se trata, pues, de aumentar el número de plantas a base de instalaciones desmontables, sino de un aumento de plantas de carácter definitivo, mediante una construcción u obra arquitectónica.

En todo caso, **la sobre o subedificación de nuevas plantas requerirá siempre de la obtención de la correspondiente autorización administrativa, previa elaboración y visado del correspondiente proyecto arquitectónico**. La autorización habrá de comprender no sólo la ejecución material de las obras, sino controlar que la creación de nuevos elementos privativos resulte conforme con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente (evitar situaciones de infravivienda, entendidas como la generación de viviendas que no reúnen las condiciones elementales de habitabilidad).

SOBREEDIFICACIÓN

Para la concepción tradicional, el derecho de vuelo es un derecho sobre cosa ajena que permite a su titular utilizar un edificio ya

existente o por construir para apoyar sobre él lo que se sobreedifique, haciendo propias las edificaciones resultantes.

No se produce, pues, una separación entre el suelo y el vuelo, sino que es un mero derecho a sobreedificar, que más tarde se convertirá en un derecho de propiedad sobre lo edificado, integrado y sometido al régimen de Propiedad Horizontal del edificio.

Por otro lado, la jurisprudencia (desde las SSTs de 14 de octubre de 1991, 10 de febrero de 1992, y 23 de febrero de 1993), ha venido considerando de forma continuada como elemento común las terrazas o azoteas, aun cuando puedan ser utilizadas en exclusiva por uno de los comuneros -derecho de goce no absoluto-, sin que por ello pierdan su condición de elemento común. **La importancia de considerar las terrazas como un elemento común, en cuanto a lo que se refiere al derecho de vuelo es evidente, puesto que es irremediable sustentar físicamente la elevación de la altura de un edificio en la terraza o parte superior del mismo.**

El vuelo propiamente dicho lo constituye el espacio aéreo situado sobre el edificio, y **tiene el carácter de elemento común**. De ahí que una vez realizada la sobreelevación el vuelo existente por encima del edificio será común (entre otras, STS de 7 de noviembre de 1979).

Como consecuencia de este carácter común, si bien es posible la construcción de nuevas plantas en un edificio ya construido en virtud de este derecho de sobreelevación, **se exige que se someta al régimen legal establecido para ello.**

SUBEDIFICACIÓN

Por lo que respecta al subsuelo, en el art. 396 CC no se menciona expresamente, pero **le resulta extensible lo afirmado con respecto al vuelo**, de tal suerte que cuando el edificio se encuentra construido, si los pisos son susceptibles de ser privatizados, lo mismo ocurre con los locales que se encuentran situados en el subsuelo. **En el supuesto de no encontrarse edificado, debe asimilarse al suelo**, de forma que habrá de considerarse necesariamente como elemento común. Así lo entienden, entre otras, las SSTs de 3 de febrero de 1987, 13 de julio de 1995, o 16 de junio de 1998.

“EL DERECHO DE PROPIEDAD SE EXTIENDE AL VUELO Y SI ÉSTE ESTÁ DESGAJADO DEL ANTERIOR, EL VUELO QUEDA CONFIGURADO COMO DERECHO REAL INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD”



Para el ejercicio del derecho de subedificación, se deberá estar al régimen legal establecido para ello, bien en virtud reserva del derecho por el promotor al constituir la propiedad horizontal o enajenación a un tercero, bien mediante el sistema previsto en la LPH.

REQUISITOS

El art. 16.2 RH reguló la inscripción del derecho a elevar una, o más plantas, sobre un edificio, debiéndose hacer constar cuatro elementos, a saber: a) **Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas** en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento; b) **Determinación concreta del número máximo de plantas a construir**; c) **El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo**, que no podrá exceder de diez años; y d) **Las normas de régimen de comunidad**, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción.

Las SSTS (Sala 3.^a) de 24 de febrero de 2000 y de 31 de enero de 2001, declaran nulo de pleno derecho el artículo primero del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuanto modifica y redacta, entre otros, el artículo 16.1 y 2. b) y c) del Reglamento Hipotecario, precepto radicalmente nulo por ser contrario a la Ley.

El precepto prevé así el supuesto de surgimiento de una comunidad en régimen de propiedad horizontal. Y en esta previsión se quería amparar la elusión del acuerdo unánime de la junta de propietarios para el derecho de vuelo reservado por el propietario único antes de vender por pisos y locales el edificio.

Sin embargo, en el ámbito de la propiedad horizontal, **la consideración del vuelo como elemento común se sustenta legislativamente en lo dispuesto en el art. 396 CC**, en el que se atribuye de forma expresa tal condición al vuelo. En principio, son titulares del derecho de vuelo todos los copropietarios del edificio, al ser una facultad derivada del dominio, con lo que, siendo copropietarios del suelo, lo han de ser del vuelo o espacio aéreo, y del subsuelo.

El régimen jurídico de la Propiedad Horizontal parte de la prohibición de que cualquiera de los copropietarios de los elementos comunes pueda realizar alteraciones en los mismos por decisión unilateral, incluyéndose con carácter general entre las alteraciones posibles a las obras que impliquen una modificación de los elementos comunes. **La elevación de nuevas plantas tiene que hacerse necesariamente sobre las cubiertas del edificio existente, que son elementos comunes y como tales pertenecientes proporcionalmente a todos los propietarios del inmueble una vez que el promotor o constructor haya enajenado las diferentes partes determinadas.** En este sentido, la elevación de nuevas plantas suponía una alteración del Título Constitutivo que exigía el acuerdo unánime de los copropietarios previsto en el artículo 17.1 de la LPH.

Pese a ello, **anteriormente la jurisprudencia venía considerando el derecho de vuelo como un derecho disponible desde la constitución del edificio**, esto es, desde antes incluso de la constitución de la propiedad horizontal, lo cual permitía que el constructor o promotor de un edificio pudiera reservarse este derecho antes de proceder a la venta de los pisos o viviendas separadamente, creándose así una expectativa de obra futura que permitía la modificación de la edificación, una vez que la titularidad de los elementos privativos del edificio se habían transmitido a terceros.

Pero **la RDGRN de 6 de noviembre de 1996 entendió que la constitución de un derecho de vuelo sobre un edificio no puede nacer del título de constitución de propiedad horizontal**, en la medida en que se dispone pro-futuro de una cosa que no pertenece al beneficiario en su integridad sino en proporción a la cuota de participación que posea en la comunidad de propietarios.

Esta doctrina se vio ratificada por la famosa STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de mayo de 1999, que consideró que la reserva del derecho de vuelo a favor del promotor supone la constitución de un derecho real sobre cosa ajena, lo que está vetado por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, según el Tribunal Supremo el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario se opone frontalmente al art. 396 CC, por ser el vuelo un elemento común de los contemplados en este artículo. De forma que cuando la legislación

hipotecaria permite la inscripción del derecho de vuelo está sustrayendo de la copropiedad uno de los elementos comunes cual es la terraza, e infringiendo el referido artículo 396 CC, que es de carácter imperativo, y en el que se contempla expresamente la condición de elemento común del vuelo, al decir: "... que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbres".

Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y **sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.**

Por lo tanto, según este criterio ya no es posible la constitución a priori del derecho de vuelo por el constructor o promotor del edificio, sino tan sólo a posteriori, esto es, mediante el otorgamiento de una escritura *ad hoc*, previo acuerdo unánime de los copropietarios de la comunidad.

Esta nueva doctrina supuso, en definitiva, una modificación parcial y de hecho del artículo 16.2 del RH, pues pese a que no fue derogado o anulado, cabía entender que se había "modificado" por el Tribunal Supremo en el sentido expuesto: **no cabe inscribir un derecho de vuelo a menos que haya sido autorizado por los propietarios actuales de la edificación**, que son los únicos legitimados para autorizar la construcción de nuevas plantas en el edificio y aprovecharse de las ventajas que ello comporte.

La Ley de Propiedad Horizontal, tras la reforma operada por la Ley 8/1999, contemplaba una sucinta regulación del derecho de vuelo en su artículo 12, **admitiéndose la posibilidad de la elevación del edificio construido**, siempre que la misma viniera autorizada por la junta de propietarios, autorización que requería, como se ha dicho, el consentimiento unánime de los copropietarios:

"La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben de someterse al

"DENTRO DE ESTE DERECHO DE VUELO PODEMOS DISTINGUIR DOS CLASES: EL DERECHO DE SOBREEDIFICACIÓN Y EL DERECHO DE SUBEDIFICACIÓN"

régimen establecido para las modificaciones del mismo" (art. 12.1 LPH); en este mismo sentido se pronunciaban los arts. 17.1 y concordantes del mismo texto legal.

Así, **el derecho de vuelo se configuraba como un derecho sometido a un doble requisito:** la autorización de la junta, y la legalidad urbanística en cada caso.

En cuanto a la autorización de la junta, llegado el momento de ejercitar el derecho, **será la comunidad la que, aplicando las reglas de la Ley, determine las cuotas que se asignan a los nuevos pisos o locales**, así como la redistribución de las cuotas restantes; y tras la Ley 8/2013 lo hará por acuerdo adoptado por la mayoría de las 3/5 partes de propietarios y cuotas a las que se hace mención en el nº 3 del art. 10 LPH.

En cuanto a la legalidad urbanística, **es evidente que la sobreedificación o subedificación deberá ser acorde con la normativa urbanística vigente en cada caso.**

Fuera de los casos de reserva del derecho a favor del promotor o enajenación del derecho a favor de un tercero, tras la Ley 8/2013 **la construcción de nuevas plantas** (ampliaciones de obra) **se contempla como posible en dos supuestos:**

1. Por imposición de la Administración, de forma que **será obligatoria la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes**, así como la constitución de un complejo inmobiliario, tal y como prevé el artículo 17.4 del Texto Refundido de la Ley de

Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que resulten preceptivos a consecuencia de la inclusión del inmueble en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbana (art. 10.1.d LPH en su redacción hoy vigente). Y ello **porque la Ley 8/2013 fue dictada con el objeto de permitir a la Administración un título de intervención en el mercado de la vivienda, a raíz de la crisis económica, diversificando el mercado de la construcción. En concreto, se permite a la administración imponer a las Comunidades de Propietarios tales obras, haya o no consentimiento de la comunidad.**

2. **Por acuerdo de la junta de propietarios**, que ya no necesita unanimidad, **siendo ahora suficiente el acuerdo de las tres quintas partes del total de los propietarios** que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, a tenor del art. 10.3.b) LPH. Por tanto, con la normativa vigente, las obras que añaden nuevas plantas se pueden autorizar por mayoría de tres quintos del total de propietarios más autorización administrativa.

CONSTITUCIÓN

En cuanto a la constitución de este derecho de vuelo, según el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, **puede hacerse por una doble vía:**

1. Reserva en favor del promotor-vendedor, o de un tercero, del derecho de vuelo en el edificio de propiedad horizontal.
2. Enajenación del derecho de sobreedificar a tercero.

RESERVA EN FAVOR DEL PROMOTOR-VENDEDOR, O DE UN TERCERO, DEL DERECHO DE VUELO EN EL EDIFICIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

La idea derecho real limitado se configura desde el art. 16.2 RH, aun imperfectamente definido, que **contempla una posibilidad de inscripción genérica del derecho de vuelo, excluyéndose expresamente el derecho de**

superficie. El derecho inscrito sustrae a los propietarios de la finca edificada una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es, la materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística.

Existía la línea tradicional de la doctrina favorable a estas cláusulas de reserva, por voluntad documentada del propietario único, o disposición estatutaria, **siempre que fuera una estipulación clara y terminante**, la cual venía a arroparse en la jurisprudencia de las SSTs de 14 de octubre de 1991, 10 de febrero de 1992, y 23 de febrero de 1993. Esta jurisprudencia considera el derecho de vuelo como un derecho disponible desde la constitución del edificio, esto es, incluso antes de que se constituyese la propiedad horizontal, y este planteamiento permitía que el propio constructor o promotor, se reservase este derecho antes de proceder a la enajenación de los pisos o viviendas por separado, con lo que se creaba una expectativa de construcción futura, que permitía la modificación de la edificación, una vez que la titularidad de los elementos privativos del edificio pertenece a terceras personas. Y con frecuencia se autorizan escrituras notariales en las que el constructor de un edificio lo constituye en régimen de propiedad horizontal y, con vistas a la próxima enajenación de las viviendas, se reserva el derecho a sobreelevar una o varias plantas.

En principio, el derecho de vuelo se ejercerá cuando ya los diferentes pisos del propietario único pertenezcan a terceros adquirentes, es decir, **cuando todos y cada uno de los copropietarios detentan ya el derecho al disfrute**, como parte común de la techumbre o terraza.

El sobreelevar plantas tiene que hacerse en el vuelo, sobre las cubiertas del edificio, que son elementos comunes, según queda indicado, y como tales, pertenecen proporcionalmente a todos los copropietarios del inmueble, una vez que el constructor haya enajenado los diferentes pisos y partes del edificio, **de modo que, para apoyar en un elemento común, parecería menester contar con el consentimiento de la junta de propietarios**, puesto

que, de no ser así, lo construido por accesión sería otro elemento común, también perteneciente a los condueños.

Por el contrario, la tesis adversa sostiene que:

A. Las terrazas de cubierta son elementos comunes no esenciales o por destino, los cuales pueden desafectar el propio título constitutivo, y una vez que queda como parte privativa absoluta de uno o alguno de los comuneros excluyente de los demás, puede ejercerse el derecho reservado por el mismo, sea el que construyó o tercero.

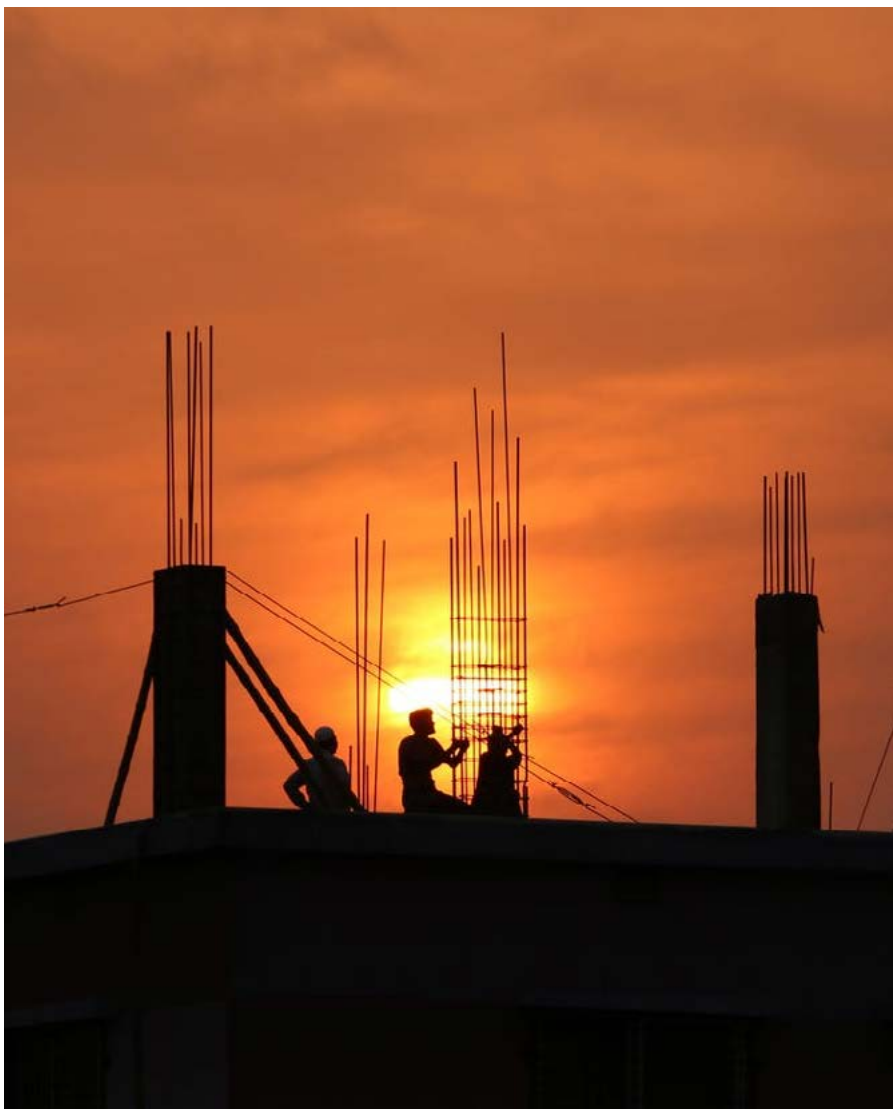
B. El negocio, cuando todavía el edificio es del constructor/promotor/vendedor, al reservarse el derecho de levantar una o más plantas, en congruencia con su “iusaedificandi” o facultad de construir “usquead caelos et ad inferos”, que caracterizó al pleno dominio desde el Derecho Romano, genera un derecho que se ejercitará normalmente en una situación condicional, es decir, para cuando los pisos o locales pertenezcan a extraños, con lo que funcionará como un auténtico propio derecho real en cosa ajena.

Pero lo cierto es que, **en las escrituras más corrientes, el constructor no desafecta la terraza de cubierta (A)**, o ésta es un tejado, y tampoco se reserva el derecho de una forma condicional (B), sino que no lo hace depender de futuras contingencias.

Así las cosas, como se ha dicho, ya la RDGRN de 6 de noviembre de 1996, contemplando un supuesto de reserva del derecho de vuelo por el constructor del edificio, consideró que **la constitución de un derecho de vuelo sobre un edificio no puede nacer del título de constitución de propiedad horizontal**, toda vez que se dispone pro futuro de una cosa que no pertenece al beneficiario en su integridad sino en la cuota que posea en la comunidad de propietarios.

Y la STS de 10 de mayo de 1999 (recurso 2761/1994), ha venido a **limitar su formación a la previa autorización de los copropietarios o comuneros de la edificación de que se trate**, por entender que el art. 16.2 RH se opone frontalmente a lo dispuesto en el art. 396 CC.

“LA SOBRE O SUBEDIFICACIÓN DE NUEVAS PLANTAS REQUERIRÁ SIEMPRE DE LA OBTENCIÓN DE LA CORRESPONDIENTE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA, PREVIA ELABORACIÓN Y VISADO DEL CORRESPONDIENTE PROYECTO ARQUITECTÓNICO”



Por lo tanto, tenemos que:

- No se podrá constituir un derecho de vuelo, salvo que conste la autorización de los copropietarios por unanimidad, pero sin que pueda establecerse tal derecho “a priori” por el previo propietario único.
- Podrá el previo propietario único reservarse el derecho de vuelo sobre la terraza de cubierta del piso que no enajene, a condición de desafectarla como elemento común en el título constitutivo.

ENAJENACIÓN DEL DERECHO DE SOBREEDIFICAR A TERCERO

Junto a las vías de constitución, también había una doble clasificación de las formas de transmisión del derecho de vuelo:

- A. Enajenación “a priori”,** es decir, la que origina tal derecho desde el momento de la formación de la propiedad horizontal, y lo traslada a un tercero.

En este sistema el supuesto más frecuente es el de la constitución del derecho de vuelo por el constructor o promotor/vendedor de un edificio, el cual y en su propio beneficio realiza una reserva de este derecho en perjuicio de aquellos que van a ser los propietarios de esta edificación, haciendo depender la ejecución de su derecho de las circunstancias económicas del momento, o de condiciones administrativas que permitan la sobre elevación, o incluso las mejoras de mercado que permitan condiciones más favorables y con ello obtener mayores beneficios a aquéllos que se podrían haber obtenido en el momento de iniciarse la construcción. Este derecho en ocasiones se ha enajenado, e incluso se ha inscrito la transmisión, al amparo del art. 16.2 RH. Pero tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999 no podrá admitirse una enajenación del derecho de vuelo sobre edificio en régimen de propiedad horizontal “a priori”, sino sólo si se va a ejercitar actualmente, y previa autorización unánime de los comuneros.

- B. Enajenación “sobrevenida” o “a posteriori”,** cuyo establecimiento se difiere al momento en que los copropietarios

de manera conjunta proceden a la creación del **derecho** por medio de acuerdo comunitario.

Esta forma de enajenación del derecho de vuelo no posee mayores problemas jurídicos que su misma creación, esto es, el cumplimiento de los requisitos regulados por la Ley de Propiedad Horizontal. Será posible, pues, la desafectación de una de las partes comunes y su conversión en privativa o exclusiva, al no ser las normas que rigen el derecho de sobreedificación de “ius cogens”, de donde resulta transmisible el derecho de sobreedificar a un tercero o terceros.

Ahora bien, para el ejercicio del derecho el tercero adquirente **necesitará la participación de los copropietarios de la comunidad para poder llevar a cabo las obras con las debidas garantías de seguridad**, resolviendo las cuestiones arquitectónicas de seguridad, estructura, estabilidad y consolidación del edificio, y cuestiones estéticas, para lo cual se precisarán los oportunos estudios y proyectos técnicos, además de la preceptiva licencia administrativa de conformidad con la legislación urbanística.

CONTENIDO

En el derecho de vuelo se incluyen las facultades inherentes a un derecho mayor como es el de propiedad, pero las facultades van más allá del simple hecho de llevar a cabo construcciones sobre el suelo o bajo él.

El derecho a edificar o *ius aedificandi*, consagrado en el artículo 350 CC, se configura como una facultad del dueño del suelo a **levantar en la superficie o bajo ella cualquier construcción**. Equivale a un derecho sobre un edificio futuro o proyectado en relación a un volumen de edificabilidad.

En el caso del derecho de vuelo, el *ius aedificandi* se extiende al espacio físico o volumen edificable constituido por el vuelo y el subsuelo.

Por otra parte, cabe entender que el *ius aedificandi* inherente al derecho de vuelo alcanza no sólo a la extensión vertical del dominio, sino también a todo el volumen edificable alcanzando la vertiente horizontal y perpendicular al edificio base o al solar sobre o bajo los cuales

se ejercitará el derecho de vuelo y subsuelo. Es decir, los derechos de vuelo y subsuelo alcanzan los planos vertical y horizontal. En este sentido, **en nuestra legislación el artículo 350 CC contempla que el dueño de un terreno lo es de superficie y de lo que está bajo ella**, pudiendo hacer las obras que le convengan dejando a salvo las servidumbres y lo que dispongan las leyes de minas, aguas y reglamentos de policía. Por ello **cabe entender que el derecho de propiedad inmobiliaria alcanza su densidad máxima en el plano horizontal**, donde los poderes del propietario son plenos, si bien a medida que nos alejamos de la línea vertical hacia arriba o hacia abajo se debilita el poder de hecho del propietario y la reacción jurídica contra las perturbaciones de su derecho.

El derecho a edificar comporta además la facultad de reconstruir el edificio si se destruye o perece, puesto que el volumen edificable no perece con la destrucción del edificio, por lo que al desaparecer o destruirse

“NO CABE INSCRIBIR UN DERECHO DE VUELO A MENOS QUE HAYA SIDO AUTORIZADO POR LOS PROPIETARIOS ACTUALES DE LA EDIFICACIÓN”

Suscríbase a

ECONOMIST & JURIST

Acceso a la revista mensual digital
por tan sólo 99€/año + IVA (gastos de distribución incluidos)



Trae a un amigo a Economist & Jurist
y consigue un 20% de descuento en la
factura de tu suscripción.

Cumplimente los datos o llame al teléfono de atención al cliente 902438834

Razón social			NIF		
Apellidos			Nombre		
Nombre y apellidos del amigo suscrito a Economist & Jurist					
Dirección		Número		C.P.	Población
Provincia		Teléfono		Móvil	
Email				Fax	
Nº Cuenta				Firma	
Entidad		Oficina		Control	
				Nº Cuenta	

☐ Acepto que Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.L. me cargue en este número de cuenta los recibos correspondientes a la presente suscripción. IVA no incluido.

☐ Doy mi consentimiento para que DIFUSIÓN JURÍDICA Y TEMAS DE ACTUALIDAD S.L. proceda al tratamiento de mis datos personales para facilitar información sobre productos y servicios.

Puedes consultar nuestra política de privacidad en www.economistjurist.es. DIFUSIÓN JURÍDICA Y TEMAS DE ACTUALIDAD S.L. con domicilio en Calle Ferraz 82, 1º Izq. – 28008 – Madrid (España) le informa de que tras haber obtenido su consentimiento, trata sus datos para enviarle comunicaciones comerciales por medios electrónicos. Sus datos no se cederán a terceros. En cualquier momento puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, supresión y oposición, así como, en su caso, el derecho de portabilidad y limitación del tratamiento, recogidos en el RGPD (UE) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, dirigiendo su solicitud por escrito a Calle Ferraz 82, 1º Izq. – 28008 – Madrid (España) o bien enviando un correo electrónico a info@economistjurist.es bajo el asunto de Protección de Datos, acompañando en todo caso fotocopia de DNI o documento equivalente válido en derecho que acredite su identidad. En caso de que no se haya satisfecho el ejercicio de sus derechos puede presentar una reclamación ante la Autoridad de Control. Obtenga más información en www.aepd.es. En cumplimiento de lo establecido en la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, usted puede revocar en cualquier momento el consentimiento prestado de recibir comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica equivalentes notificando dicho deseo al correo de info@economistjurist.es

☐ No deseo recibir comunicaciones a través de e-mail.

el edificio base que lo soporta, no parece con ello el derecho de vuelo. Ahora bien, esta circunstancia no es aplicable a los derechos de subsuelo, ya que tales derechos no requieren necesariamente de la existencia de un edificio base bajo el cual efectuar la edificación, sino que ésta se produce bajo el suelo, haya o no un edificio sobre el mismo.

EXTINCIÓN

Siguiendo el análisis de Matheu Delgado, partimos de la base de que **la extinción del derecho real de vuelo deberá constar en escritura pública, al igual que la constitución, a tenor del artículo 1.280.1 CC**, lo que se producirá en el momento de formalizar la escritura de declaración de obra nueva y división de la propiedad horizontal, una vez concluida la edificación resultante, es decir, cuando se ejercita el derecho de vuelo, lo que en definitiva supone su ejercicio y consumación, inaugurándose la segunda fase de la propiedad de las nuevas plantas. Fuentes Lojo y Vintro-Llor entienden que el derecho se extingue cuando se levanta la construcción, aunque cabe entender que la extinción opera al otorgarse la escritura de declaración de obra nueva y no antes, a pesar de que la obra esté materialmente finalizada.

El elemento temporal es el más decisivo a la hora de poder declarar a un derecho de vuelo por extinguido. El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente la nulidad radical de los contratos ad perpetuam por ilicitud del objeto. Así, el plazo del derecho de vuelo actuará como elemento determinante de la extinción del mismo dada la negación de la perpetuidad en los regímenes de indivisión de la propiedad inmobiliaria. Por tanto, dado el carácter temporal del derecho de vuelo, el transcurso del plazo del mismo deberá generar el efecto extintivo.

Por otra parte, la doctrina se ha planteado si la destrucción del edificio base sobre el que ejercitar el derecho de sobreedificación o subedificación podría suponer la extinción de los mismos por pérdida de la cosa. Díez-Picazo entiende que **la pérdida de la cosa es la primera causa de extinción de un derecho real**, debiendo ser total y no parcial, ya que ésta sólo supone una modificación objetiva del derecho real, siendo indiferente que la pérdida haya sido dolosa, fortuita o negligente. Sin

embargo, según la Ley 441 del Fuero Nuevo de Navarra, el perecimiento del edificio en teoría no extingue los derechos de vuelo y subsuelo que pesaban sobre el mismo conservando sus titulares tales derechos en el edificio futuro que se construyera. Y en el mismo sentido se pronuncia el art.567-6, punto 2, del CC Catalán. Con todo, la teoría sobre la posible extinción del derecho de vuelo en caso de destrucción del edificio se fundamenta en la aplicación del art.23.2 de la LPH (antes 21.1), a cuyo tenor el régimen de propiedad horizontal se extingue por la destrucción del edificio, salvo pacto en contrario. Pero el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de octubre de 2007, resolvió un supuesto de ruina de un edificio, declarando que **en caso de pérdida parcial lo que hay es una modificación del objeto del derecho real**, por lo que se produce una transformación del derecho de vuelo en una copropiedad sobre el suelo a la hora de efectuar una nueva edificación, pasando a ostentar el titular un derecho de sobreelevación en la parte que le corresponda de su titularidad en la edificación que en su día se levante. En suma, el derecho de vuelo no se extingue al derruirse el edificio, sino que se modifica, pasando a ser un derecho proporcional de levante sobre el solar.

Otra causa de extinción radica en las **limitaciones administrativas que impidan al titular del derecho de vuelo su ejercicio, total o parcialmente, impidiéndole ejecutar las plantas previstas en el título**, sino solo el máximo que permita la normativa urbanística. Pero tal causa no extingue el derecho, según la Ley 438 del Fuero Nuevo de Navarra, ni da lugar a responsabilidad del concedente del mismo por ser un suceso o evento ajeno a su voluntad. Por su parte, el art.567-6.1.b del CC Catalán declara expresamente que el derecho de vuelo se extingue por una modificación de la normativa urbanística que comporte la imposibilidad de edificar las plantas o edificios convenidos, pero se mantiene si la normativa impide la construcción sólo parcialmente, en cuyo caso deberá ejercitarse dentro de los límites permitidos.

La expropiación forzosa de la finca sea un solar o un edificio, es también causa de extinción del derecho de vuelo. En tal caso, el titular del derecho tendrá participación en la correspondiente indemnización a abonar al titular de la finca expropiada, en proporción al valor del derecho.

El derecho de vuelo y subsuelo también quedará extinguido por abandono o derelictio, dado que es renunciable por su titular.

Finalmente, **también cabe que se produzca la extinción del derecho de vuelo por la anulación o rescisión del contrato en virtud del cual se hubiera constituido dicho derecho real**, y por el mutuo acuerdo entre concedente y titular del derecho concedido.

Mención especial requiere la **consolidación como causa de extinción del derecho real de vuelo**, pues siendo éste un derecho real a construir en finca ajena, si su titular accede en cualquier momento a la propiedad de la finca, sea ésta el solar o el edificio base sobre o bajo el cual se ejercitará el derecho, el ius in re aliena se transforma en un derecho a construir en finca propia, lo cual es una facultad ínsita en el dominio del titular del inmueble. Por tanto, se produce así una confusión o consolidación de los derechos reales que se configura como causa de extinción de los derechos de vuelo y subsuelo, ya que nadie puede ostentar un derecho real en cosa propia, como dice Díez-Picazo. No obstante, **la consolidación como causa extintiva sólo operará cuando se produzca la coincidencia en la misma persona de la titularidad del derecho real de vuelo y la titularidad completa y absoluta del suelo donde se ejercitará aquel**, ya que si sólo es parcial no ha lugar a tal confusión como causa extintiva del derecho.

CONCLUSIONES

- Partiendo del carácter de elemento común por naturaleza que el artículo 396 CC asigna al vuelo, la LPH regula la facultad de sobreedificar como perteneciente a la comunidad, debiendo ser ésta la que decida su ejercicio, de conformidad con las reglas previstas en el art. 10 LPH
- En todo caso, la sobre o subedificación de nuevas plantas requerirá siempre de la obtención de la correspondiente autorización administrativa, previa elaboración y visado del correspondiente proyecto arquitectónico

