

## **LOS DERECHOS DE SOBREDIFICACIÓN Y SUBEDIFICACIÓN COMO ALTERNATIVA AL CAMBIO DE SOLAR POR EDIFICACIÓN FUTURA**

### **1. Breve referencia a la problemática generada en el ámbito del cambio de solar por edificación futura**

La fórmula del contrato de cambio de solar por edificación futura viene utilizándose profusamente desde hace tiempo. Respondiendo a una necesidad económica clara (la de permitir a un tercero que edifique en un solar ajeno de tal modo que, tras la edificación, el propietario del solar y el constructor adquieran la propiedad de partes diferentes del inmueble resultante), tal fórmula, sin embargo, no resulta plenamente satisfactoria pues provoca un considerable desequilibrio de los intereses en juego. Para empezar, coloca en una posición ventajosa a las empresas constructoras que pretenden edificar sobre la finca inicialmente ajena ya que el constructor adquiere la propiedad del solar y, con ello, una fuente de financiación, sin tener que entregar inmediatamente una contraprestación por dicha adquisición; la contraprestación se retrasa hasta que la construcción esté concluida. Y, para continuar, deja desamparado al inicial propietario del solar ante determinados problemas que se pueden suscitar.

Pero, a la existencia de este desequilibrio hay que sumar, además, el hecho de que todos los esfuerzos realizados para proteger a la parte más débil de la relación han resultado infructuosos. En un primer momento, se propuso la incorporación al contrato de una cláusula resolutoria que obligara al constructor a edificar en un determinado plazo de tiempo; sin embargo, esta solución no suele adoptarse en la práctica pues la aparición de una cláusula tal en el contrato supone para la constructora una dificultad añadida a la hora de encontrar financiación para la realización de la obra, en el caso de que la precise: la entidad que financie la construcción exigirá la constitución de una hipoteca sobre el solar para garantizar la devolución del préstamo y nadie va a arriesgarse a prestar dinero y perder la garantía que implica una hipoteca, lo que podría ocurrir si llegara a aplicarse la cláusula resolutoria con base en lo dispuesto en el art. 107.10 de la Ley Hipotecaria. Posteriormente, se apostó por reconocerle un poder directo, una titularidad jurídico-real, sobre la parte del edificio que conformaba la contraprestación. Un claro ejemplo de ello podía verse en la modalidad de cesión de solar por obra futura que se contemplaba en los párrafos 1º a 3º del art. 13 del Reglamento Hipotecario, tras la redacción dada al mismo por el RD 1867/1998, de 4 de Septiembre<sup>1</sup>; mas, estos tres párrafos fueron anulados, años después, por nuestro TS en su Sentencia de 31 de Enero de 2001 (RJ 2001,1083). Aducía, en primer término el Alto Tribunal, que, en los referidos párrafos del art. 13 del RH, se desnaturalizaba el régimen legal de adquisición de la propiedad consagrado en el art. 609 del CC; dado que dicho régimen requiere la concurrencia del título y el modo, no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, algo que, en el supuesto contemplado por los expresados párrafos, no cabía porque, al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir, no tenía existencia. En segundo lugar, alegaba que en los expresados párrafos se creaban una serie de derechos y obligaciones que excedían del modesto cometido de una norma

---

<sup>1</sup> El contrato de cesión de solar a que se referían tales párrafos otorgaba al cedente del suelo, desde el primer momento (es decir, desde que se celebraba el contrato), la propiedad de la porción de obra futura -precio de la cesión-. No era necesario, pues, esperar a la construcción del edificio y a la entrega de la parte de edificio estipulada como precio por la cesión para entender transmitida la propiedad.

de rango reglamentario, cuyo limitado alcance no le permitía ordenar el sistema de adquirir el dominio ni la configuración de los contratos.

Ante estas circunstancias, la doctrina no ha cesado en su afán por buscar alternativas que permitan resolver los problemas generados por el contrato de cambio de solar por edificación futura. Una de ellas pasa por recurrir a la figura de los derechos de sobreedificación y subedificación, la cual conduce al igual que el contrato de cambio de solar por edificación futura a una situación de disociación de la propiedad inmobiliaria<sup>2</sup>.

## **2. Los derechos de sobreedificación y subedificación: ¿una alternativa al cambio de solar por edificación futura?**

Conocedores de las múltiples y variadas posturas que se han defendido sobre la naturaleza jurídica de los derechos de sobreedificación y subedificación, partimos en este trabajo de su concepción como un derecho real de carácter limitado que faculta a su titular para construir un volumen determinado, sobre o bajo un edificio total o parcialmente ajeno, cuyo ejercicio supondrá la adquisición por parte del titular de un derecho de propiedad sobre los nuevos elementos construidos y la integración del edificio en el régimen de propiedad horizontal, en caso de que no lo estuviese todavía. Acogemos, por consiguiente, la tesis de la doble fase que, acuñada por el autorizado ROCA SASTRE, ha sido defendida de forma mayoritaria por nuestra doctrina<sup>3</sup>; y nos

---

<sup>2</sup> A tal efecto puede verse ALONSO PÉREZ, M.T., *La construcción en finca ajena*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pág. 357-359 y “Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el art. 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y subedificación”, *RCDI*, N°665, Mayo-Junio, pág. 1021-1078; SERRANO CHAMORRO, M.E., *Cambio de solar por edificación futura*. 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 122 y 136-147.

Otros autores sólo parecen ver en el derecho de sobreedificación y subedificación una fórmula con la que se pueden conseguir los mismos resultados que con el contrato de cambio de solar por edificación futura. Así, por ejemplo, PLANA ARNALDOS, M.C., *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 71-80 y 164, entiende el derecho de vuelo y el derecho de superficie como “fórmulas a través de las cuales se puede desarrollar el negocio de cesión de solar a cambio de obra” y NÚÑEZ MUÑIZ, MC., *La aportación de solar*, Montecorvo, Madrid, 2002, pág. 37 y 86-105, como modalidades que puede revestir el contrato de aportación o cesión, al igual que la permuta. Por su parte, RUDA GONZÁLEZ, A., *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 37, señala que “el juego del derecho real de vuelo permite llegar a resultados prácticos afines a los perseguidos con la que se ha llamado permuta de suelo por obra”.

<sup>3</sup> ROCA SASTRE, R.M., *Suplemento al Derecho Hipotecario*. Bosch. Barcelona, 1960, pág. 28, sostenía que el derecho de vuelo tiene dos fases temporalmente discernibles: una primera en la que el titular del derecho de vuelo goza de un derecho de construcción sobre cosa ajena, “de carácter medial por estar dirigido a alcanzar la segunda fase”, fase de plenitud que consiste en el derecho de tener una edificación en propiedad separada horizontalmente, no de tipo superficiario, sino en plena coexistencia con otras de la misma naturaleza, integrantes todas de la unidad orgánica de una finca edificada, pues cada una de ellas tiene como anejo inseparable una participación indivisa en los elementos comunes de la propia finca global, que supone la adquisición de un derecho de propiedad sobre las nuevas plantas construidas. Comparten su opinión, entre otros, GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., “Derechos de sobreedificación y subedificación” en *Conferencias sobre Derecho Foral*, Publicaciones de la Excma. Diputación Foral de Guipúzcoa, Zarauz, 1978, pág. 126, 169-181; DOMENGE AMER, B., *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983, pág. 193 y 209; BALLESTEROS ALONSO, M., “Derecho de Vuelo”. *RCDI*, N° 612, 1992, pág. 2057 y 2058; NAVARRO VIÑUALES, J.M., “El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana. Las disposiciones transitorias en la Ley de Censos Catalana”. *Cuadernos Notariales*, N° 16, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, pág. 18; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L., “El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento. (Consideraciones a propósito de unas recientes resoluciones)”. *RCDI*, N° 664,

apartamos de quienes lo configuran como un derecho de propiedad<sup>4</sup> y, más recientemente, como un derecho que origina una comunidad sobre el suelo<sup>5</sup>.

Sobre esta base, el primer escollo que encuentra la propuesta doctrinal que analizamos tiene que ver con el hecho de que, para que los derechos de sobreedificación y subedificación puedan reivindicarse como una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura, es preciso admitir su constitución directamente sobre solares sin edificar, posibilidad que ha sido y es harto discutida. Ahora bien, ¿puede salvarse este escollo?

### **2.1 La constitución de estos derechos sobre solares sin edificar: un escollo a salvar**

En contra de la posibilidad de constituir los derechos de sobreedificación y subedificación directamente sobre un solar se ha aducido, por una parte, la dicción del art. 16.2 del Reglamento Hipotecario; pero, sobretodo, se ha argumentado que la propia naturaleza y esencia del derecho de sobreedificación y subedificación estriba en desembocar en una situación de propiedad horizontal en la que el suelo es elemento común, lo que no podría producirse en caso de que no existiese o se proyectase una construcción<sup>6</sup>. No deja de ser cierto que, si se admite, con carácter general, la constitución del derecho de sobreedificación y subedificación sobre solares sin edificar, el derecho de propiedad del titular del solar se desvanecería al tiempo del ejercicio del derecho real limitado en cuestión por cuanto: 1) dicho ejercicio determina la adquisición

---

Marzo-Abril, 2001, pág. 685; DÍAZ FRAILE, J.M., “La aportación de don Ramón María Roca Sastre a la construcción doctrinal del derecho de superficie”, *RCDI*, N° 651, Marzo-Abril, 1999, pág. 1046; ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M., *El estatuto de propiedad horizontal. Análisis del ámbito de actuación de los particulares en la propiedad horizontal a través de la figura del estatuto*, Comares, Granada, 2000, pág. 548-550.

Considerando el derecho de vuelo como un derecho real limitativo del dominio, algunos autores se separan de la tesis de la doble fase al entender que el ejercicio del derecho determina su extinción por lo que propiamente sólo hay una fase. En tal sentido puede verse: ZURITA MARTÍN, I., “El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa (a propósito de la STS de 24 de Febrero de 2000, que anula el art. 16.2 c) del Reglamento Hipotecario” en *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, coordinados por CLEMENTE MEORO, M.E., Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 457; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.D., “Comentario al Título V de la Compilación Foral de Navarra: Del derecho de superficie y otros derechos similares” en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, E., Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 1427 y 1454; GARCÍA ALGUACIL, M.J., *Consolidación y derechos reales en cosa propia. La consolidación como causa de extinción de los derechos reales limitados*, Comares, Granada, 2002, pág. 309.

<sup>4</sup> Es el caso de SOTO BISQUERT, A., “El derecho de vuelo”. *RCDI*, N° 485, 1971, pág. 929-931; DE LOS MOZOS, J.L., *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*. Ministerio de la vivienda. Madrid, 1974, pág. 250 y 251; RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., “Retroprogresivismo jurídico y nuevos perfiles del derecho de superficie”. *Actualidad Civil*, 1988-2, pág. 2965 y 2967, por poner algún ejemplo.

<sup>5</sup> ALONSO PÉREZ, M.T., *La construcción...*, *op. cit.*, pág. 240-269, quien sigue el planteamiento de FONT BOIX, V., “El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal”. *RDN*, Julio-Diciembre, 1967, pág. 39, 40 y 50-54; DE FRANCO PAZ, F., *El Derecho de Sobreedificación: su Naturaleza Jurídica*. Colección: Monografía n° 4 de Revista de Urbanismo y Edificación. Aranzadi, 2001, pág. 165-173, 257.

<sup>6</sup> Así lo ponen de relieve SOTO BISQUERT, A., “El derecho...”, *op. cit.*, pág. 933. Le sigue DOMENGE AMER, B., *El derecho...*, *op. cit.* pág. 171.

por parte de su titular de una cuota sobre el suelo y la integración de las plantas construidas en un régimen de propiedad horizontal; y 2) difícilmente puede mantener una participación en el suelo el propietario inicial del solar si, cuando ha de constituirse la propiedad horizontal, no es titular de algún elemento privativo.

Para justificar la constitución de los derechos de sobreedificación y subedificación directamente sobre solares sin edificar, los autores no han dudado en recurrir al principio de la autonomía de la voluntad propio del ámbito del Derecho privado, al sistema de *numerus apertus* que rige en nuestro Ordenamiento jurídico en materia de derechos reales, e incluso, a la regulación que, del derecho de sobreedificación y subedificación, llevan a cabo tanto el Reglamento Hipotecario como la Compilación Foral de Navarra<sup>7</sup>. Se ha insistido en que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la propiedad superficiaria donde las partes no pueden derogar la limitación que supone la temporalidad de dicha propiedad por proceder de una norma imperativa, ninguna norma impide que los derechos de sobreedificación y subedificación se constituyan sobre una finca sin edificar<sup>8</sup>; se ha llegado a decir, incluso, que el art. 16.2 del Reglamento Hipotecario reconoce la posibilidad de que los expresados derechos jueguen respecto de un solar sin edificio en tanto en cuanto permite, por simetría al derecho de elevar, un derecho de profundizar que no requiere ni puede presuponer la existencia de un edificio en el plano del solar<sup>9</sup>. Hoy, podría acudir también al art. 567-1 de la *Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales* –precepto, a nuestro modo de ver, mucho más contundente a estos efectos, en tanto que admite, expresamente, la constitución de los derechos de vuelo sobre un solar edificable<sup>10</sup>. Por otra parte, se ha alegado la existencia de una tendencia jurisprudencial a admitir la constitución de los derechos de sobreedificación y subedificación sobre fincas sin edificar, tendencia que se pretende encontrar en varias Resoluciones<sup>11</sup>, cuyos contenidos, sin embargo, distan mucho de apoyar esta tesis<sup>12</sup>.

Desde nuestro punto de vista, la naturaleza jurídica de los derechos de sobreedificación y subedificación presupone su constitución sobre un edificio –el cual puede encontrarse construido, en construcción, o en proyecto-. No obstante, sabedores de la utilidad que puede suponer en algunos casos su constitución sobre un solar, consideramos que la misma podría admitirse cuando se den los presupuestos para la

---

<sup>7</sup> Esgrime estos argumentos BALLESTEROS ALONSO, M., “Derecho de...”, *op. cit.*, pág. 2073.

<sup>8</sup> ALONSO PÉREZ, M.T., *La construcción...*, *op. cit.*, pág. 348 y 364.

<sup>9</sup> Así parecía entenderlo MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el 8 de Junio de 1963, Valencia, 1967, pág. 35, al justificar las concesiones recíprocas de derechos de vuelo entre los comuneros. Recordemos que el art. 16.2 del RH comienza diciendo: “El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo...”. De su opinión se hace eco también NÚÑEZ RUIZ, M.Á., “Dictamen sobre el derecho de superficie, la división horizontal del dominio y otras figuras afines”. *RDU*, Vol. VI, N° 29, 1972, pág. 123.

<sup>10</sup> La posibilidad de constituir este derecho sobre un solar edificable queda patente también en el art. 567-2.1a) en el que, refiriéndose a las menciones que deben constar en la escritura pública de constitución del derecho, habla no sólo de plantas sino también de “edificios” a construir; y en el art. 553-13.1, relativo a la reserva del derecho de sobreelevar, subedificar o “edificar” dentro del mismo solar del edificio.

<sup>11</sup> Concretamente las RRDGRN de 14 de Mayo de 1984 (RJ 1984,2588), 5 de Febrero de 1986 (RJ 1986,1006), 18 de Abril de 1988 (RJ 1988,3358) y 17 de Julio de 1998 (RJ 1998,5973).

<sup>12</sup> Un análisis de dichas Resoluciones puede verse en nuestra tesis doctoral.

constitución de la propiedad horizontal<sup>13</sup>. Dentro de tales supuestos, podría incluirse, *a priori*, aquel en que la constitución de los derechos de sobreedificación y subedificación se presenta como una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura, pues una vez ejercitado el derecho, existirá una pluralidad de titulares, que serán a la vez cotitulares del suelo. Pensamos concretamente en el supuesto en que el propietario de un solar concede un derecho de sobreedificación o subedificación sobre el mismo a favor de un tercero que se obliga a entregar, como contraprestación, un número determinado de plantas, pisos, locales o plazas de garaje<sup>14</sup>. Ejercitado el referido derecho, existirá una pluralidad de propietarios y una cotitularidad sobre el suelo.

Así las cosas, parece que, aunque sea por esta vía excepcional, podría defenderse la viabilidad de la fórmula alternativa que estudiamos.

## **2.2 ¿Se superan los problemas suscitados en el ámbito del contrato de cambio de solar por edificación futura con el recurso a los derechos de sobreedificación y subedificación?**

### **2.2.1 La pretendida consecución de un mayor equilibrio entre las partes**

Admitida en los términos que acabamos de indicar la posibilidad de constituir los derechos de sobreedificación y subedificación sobre fincas sin edificar, podría decirse que la referida figura permite lograr la misma finalidad que persigue el contrato de cambio de solar por edificación futura, pero ofreciendo un mayor equilibrio entre los intereses concurrentes, es decir, entre el interés del propietario del solar y el del constructor.

En este sentido, algunos apuntan que, con esta alternativa, el propietario del solar no perdería la propiedad de la finca, lo que le protege de cara a los problemas que pudieran generarse en la relación (especialmente en el caso de que el cesionario perdiese la propiedad del solar y no hubiese establecido garantía alguna a favor del cedente), y el constructor adquiriría un derecho real sobre cosa ajena sobre el que, perfectamente, podría constituir una hipoteca; por otra parte, la ejecución de la hipoteca no alteraría la situación del concedente del derecho, dado que quien resultara adjudicatario del derecho de sobreedificación o subedificación estaría obligado a

---

<sup>13</sup> Al mismo resultado podría llegarse defendiendo, con base en el sistema de *numerus apertus* que rige en nuestro Derecho, la posibilidad de crear, sobre un solar, un derecho análogo al derecho de sobreedificación y subedificación siempre y cuando se den los presupuestos para la propiedad horizontal.

<sup>14</sup> Refiriéndose a esta materia, matiza PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pág. 126, que podrán subsumirse en el art. 16.2 aquellos supuestos en que las partes hayan acordado expresamente el negocio de cambio de suelo por vuelo, con prestación de obra, pero no aquellos otros en los que se haya pactado una simple permuta de cosa presente por cosa futura, independientemente del espacio en que se ubiquen las plantas que el dueño del solar recibirá como contraprestación. En su opinión, el problema no reside tanto en la fórmula conforme a la cual se articula jurídicamente el convenio en virtud del cual el propietario del solar asume la construcción de un edificio, aportando el solar y recibiendo a cambio una parte de las nuevas unidades edificadas, como en determinar si el derecho de sobreedificación o subedificación forma parte del convenio alcanzado con el constructor o no.

edificar en los mismos términos a que lo estaba quien lo hipotecó<sup>15</sup>. Convenimos con ellos en que mediante la constitución de estos derechos sobre el solar se confiere una mayor protección a los intereses de aquel que, en el ámbito del contrato de cambio de solar por edificación futura, se conoce como cedente, pues no pierde la propiedad del solar<sup>16</sup>; pero, desde nuestro punto de vista, el recurso a esta figura no permite salvar todas y cada una de las dificultades que suscita el contrato de cambio de solar por edificación futura. Me detendré en el estudio de una de ellas: la que tiene que ver con las dificultades que en dicho contrato podía encontrar el cesionario para obtener financiación en determinados casos.

### **2.2.2 Las dificultades para obtener financiación ante la necesidad de fijar un plazo de ejercicio de los derechos de sobreedificación y subedificación**

Según hemos señalado, uno de los problemas que surgen cuando se intenta proteger a la parte más débil del contrato de cambio de solar por edificación futura mediante el establecimiento de una cláusula resolutoria para el caso de que el cesionario no realice la construcción en el plazo de tiempo estipulado reside en las dificultades que el cesionario suele encontrar en esos casos a la hora de obtener financiación.

Pues bien, tales dificultades, a nuestro modo de ver, persisten cuando la relación se articula a través de la figura de los derechos de sobreedificación y subedificación, pues este derecho, en tanto que derecho real limitado, debe tener fijado un plazo de ejercicio, transcurrido el cual, se extingue.

Hay que reconocer que, en la actualidad, no existe norma alguna en el ámbito del Derecho Común que exija la fijación de un plazo de ejercicio para la válida constitución de estos derechos y que la STS de 24 de Febrero de 2000 (RJ 2000, 2888) ha anulado el apartado c) del art. 16 del RH en el que se imponía el requisito del plazo como mención que debía hacerse constar en la inscripción de los derechos de sobreedificación y subedificación, determinando que su duración no podría superar los 10 años. Dejando al margen el acierto o desacierto de nuestro Alto Tribunal en este fallo<sup>17</sup>, conviene recordar que dicho apartado fue incorporado en la reforma operada por el RD 1867/1998, de 4 de Septiembre, ante la voz de alarma lanzada por la doctrina y por la jurisprudencia que había advertido que, si no se fijaba un plazo, se constituiría sin justa causa un derecho real limitado de carácter perpetuo e irredimible que sustraería de

---

<sup>15</sup> Véase, en este sentido, ALONSO PÉREZ, M.T., *La construcción...*, *op. cit.*, pág. 359, y “Una alternativa...”, *op. cit.*, pág. 1061-1075, 1077 y 1078.

<sup>16</sup> Recuérdese que nosotros hemos defendido en este trabajo que la constitución de los derechos de sobreedificación y subedificación no conlleva transmisión de cuota alguna *ab initio*.

<sup>17</sup> Reconociendo que el principio de especialidad no tolera gravámenes indefinidos o indeterminados, el Alto Tribunal argumenta –olvidando que su cumplimiento deriva de lo preceptuado en el art. 9 LH- que el establecimiento del plazo para el ejercicio del derecho supone la alteración de su alcance y eficacia frente a terceros, puesto que los derechos reales acceden al Registro sin límite temporal a tenor de lo dispuesto en el art. 1 LH; una limitación de este tipo –sigue diciendo- debería venir impuesta por ley y no por un reglamento. A nuestro modo de ver, lo que resultaba cuestionable no era tanto la imposición de la fijación de un plazo, que en realidad no era sino un desarrollo del citado art. 9, desarrollado en parte por el art. 51 RH, como la fijación del máximo de 10 años, cuestión ésta en la que radicaba verdaderamente el exceso reglamentario. Sobre esta base, entendemos que la constancia del plazo sigue siendo un requisito exigible para el acceso al Registro de los derechos de sobreedificación y subedificación en base al principio de especialidad o determinación.

forma indefinida a los propietarios la facultad de apropiarse de los nuevos usos edificatorios. Es ilustrativa, a estos efectos, la RDGRN de 6 de Noviembre de 1996 (RJ 1996,7928), cuyos argumentos ha mantenido este Centro Directivo con posterioridad no sólo a la reforma de 1998 sino también a su anulación en Resoluciones de 29 de Abril de 1999 (RJ 1999,2762), 26 de Septiembre de 2000 (RJ 2000,10205) y 18 de Noviembre de 2002 (RJ 2003,2634)<sup>18</sup>. Y es que, frustrada la reforma, aquella voz de alarma no puede apagarse pues la naturaleza de derecho real limitado propia de los derechos de sobreedificación y subedificación no ha variado y sigue demandando la determinación de su duración.

La cuestión no ofrece duda alguna en Cataluña. De entrada, la *Ley 5/2006, de 10 de mayo por la que se aprueba el Libro Quinto del Código Civil* de esta Comunidad Autónoma, relativo a los derechos reales, incluye el derecho de vuelo entre los derechos reales limitados. Pero, además, en su art. 567-2.1, al regular la constitución de dicho derecho, establece que ha de constar necesariamente en escritura pública, con expresión, por lo menos, de una serie de datos entre los que se encuentra el relativo al plazo para el ejercicio del derecho que no puede exceder –sumadas las prórrogas– de 30 años. La inclusión de esta mención nos parece fundamental pues, como venimos diciendo, es un elemento clave para determinar el derecho de sobreedificación y subedificación; no nos convence, sin embargo, el establecimiento de un plazo tan largo (30 años) pues puede plantear problemas de seguridad jurídica y estimamos necesaria una aclaración en relación al cómputo de la prórroga que puede conferirse si, llegado el vencimiento del plazo, la edificación se hubiera iniciado y la escritura de declaración o de ampliación de obra nueva se hubiese presentado en el Registro de la Propiedad

---

<sup>18</sup> En el plano doctrinal, se ha afirmado, con carácter general, que no se pueden crear derechos que supongan gravámenes perpetuos, o por plazo indefinido, porque son contrarios a las normas que impiden la amortización de la propiedad al dejarla en incertidumbre y limitar la libertad dispositiva, estimando que la proscripción de los gravámenes perpetuos constituye un principio de orden público. Véase, por ejemplo, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. III. *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 125 y 126.

Refiriéndose expresamente a los derechos de vuelo, algunos de los autores que se pronunciaban a favor de su limitación temporal, han manifestado que este derecho, como derecho real sobre cosa ajena que es, se encontraba sujeto a prescripción extintiva por no uso. Los más representativos seguramente son ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, T. V, *op. cit.*, pág. 513 y DE LA RICA Y ARENAL, R., *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 39, y “Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario” en *Libro homenaje a Ramón de la Rica y Arenal*, T. II. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centros de estudios hipotecarios, Madrid, 1976, pág. 32.

Muchos más son los que han insistido en la necesidad de constituir estos derechos con sujeción a un plazo de ejercicio. Sirvan como muestra: BALLESTEROS ALONSO, M., “Derecho...”, *op. cit.*, pág. 2070-2072; GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., “Plazo de edificación en el derecho de superficie. ¿Qué ocurre con las obras nuevas declaradas una vez transcurrido dicho plazo durante la vigencia del derecho de superficie inscrito? Diferencias con el derecho de vuelo”, *BCRE*, nº 9, Noviembre, 1995, pág. 2186, y *Práctica Hipotecaria. Repertorio de casos de Derecho Inmobiliario Registral*, Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1996, pág. 198; CAMPOS PORRATA, A., “El renacido derecho de superficie”, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 12 de Mayo de 1967, publicada en los *Anales de la Academia Matritense del notariado*, T. XVII, pág. 261; FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., “Controversias del derecho de sobreedificación”, *RDPat.*, Aranzadi, 1998, Nº 1, pág. 103; MUÑOZ DE DIOS, G., *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, pág. 60; NAVARRO VIÑUALES, J.M., “El derecho de vuelo y el derecho de superficie” en *Instituciones de Derecho Privado*, bajo la coordinación de DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, T. II. *Reales*. Vol. 2º, Civitas, Madrid, 2003, pág. 706 y 710.

dentro del plazo (art. 567-6.1a). Ahora bien, dado el carácter obligatorio que esta mención tiene en Cataluña, creemos que, si faltara, el derecho no estaría válidamente constituido.

Con estos argumentos, nos oponemos a quienes, en nuestra doctrina, han señalado que la fórmula que estudiamos en este trabajo no representa perjuicio alguno para el constructor, fundamentando su argumentación en la idea de que no es necesario establecer un plazo para construir que, incumplido, extinga la relación. Es el caso de ALONSO PÉREZ para quien esta circunstancia constituye una importante ventaja de los derechos de sobreedificación y subedificación respecto al contrato de cambio de solar por edificación futura pues facilita la obtención de financiación al constructor, a la par que ofrece un alto nivel de protección a los intereses del propietario del solar<sup>19</sup>.

### **3. Conclusión**

Aunque excepcionalmente podría admitirse la constitución de los derechos de sobreedificación y subedificación directamente sobre solares sin edificar dado que, una vez ejercitado el derecho, existirá una pluralidad de titulares, que serán a la vez cotitulares del suelo, a nuestro juicio, esta fórmula no permite salvar todas y cada una de las dificultades que suscita el contrato de cambio de solar por edificación futura. Es cierto que mediante la constitución de estos derechos sobre el solar se confiere una mayor protección a aquel que, en el ámbito del contrato de cambio de solar por edificación futura, se conoce como cedente, pues no pierde la propiedad del solar. Sin embargo, las dificultades que en aquel contrato podía encontrar el cesionario a la hora de obtener financiación, en el caso de que se hubiese establecido una condición resolutoria para el supuesto de que no realizara la construcción en el plazo estipulado, se mantienen cuando la relación se articula a través de la figura de los derechos de sobreedificación y subedificación, pues este derecho, en tanto que derecho real limitado, debe tener fijado un plazo de ejercicio, transcurrido el cual, se extingue.

*Felisa-María Corvo López*

---

<sup>19</sup> ALONSO PÉREZ, M.T., “Una alternativa...”, *op. cit.*, pág. 1066-1071 y 1078.