

declara cuáles son los acreedores que tienen derecho de abstención, artículo 12 de la Ley de Sociedades Patrimoniales. Tienen derecho de abstenerse los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios.

Los acreedores hipotecarios tienen derecho de abstenerse en la Junta en la que se aprueba el convenio de suspensión de pagos, y si se abstienen, el convenio de suspensión de pagos no les afecta. Por el contrario, si renuncian a este derecho, asisten a la Junta General en que se aprueba el convenio, la acción hipotecaria se verá afectada por este convenio.

Todo lo expuesto explica la absoluta separación que existe en el ejercicio de los créditos hipotecarios en los supuestos de quiebras y suspensión de pagos, en la forma que hemos expuesto. Por eso, el considerando de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado comentado dice que los conflictos entre acreedores concurrentes están sustraídos a las posibilidades de un contrato entre el deudor y sus acreedores, pues es la Ley la que establece imperativamente cuándo tiene lugar el posible vencimiento anticipado y sus consecuencias.

R. E. I.

5. ES POSIBLE LA CONSTITUCIÓN DE UN DERECHO DE SOBREELEVACIÓN SOBRE UN EDIFICIO SÓLO PROYECTADO, SUJETO A LA CONDICIÓN SUSPENSIVA DE SU EFECTIVA CONSTRUCCIÓN; EL NEGOCIO JURÍDICO EN EL QUE AQUÉL SE PACTA PUEDE SER OBJETO DE INSCRIPCIÓN, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY HIPOTECARIA.

*Resolución de 5 de febrero de 1986 (B. O. del E. de 28 de febrero).*

A) *Supuesto de hecho.*—Mediante escritura autorizada el día 18 de mayo de 1983 por don Javier López-Polín Méndez de Vigo, Notario de Seo de Urgel (Lérida), don Ramón Tor Font cedió a don José Bertrán Serra el derecho de elevar plantas sobre un solar edificable sito en la avenida de la Cerdaña de dicha ciudad. En la citada escritura se expresa que «el señor Bertrán Serra va a levantar, sobre dicha superficie edificable, un edificio de tres plantas de las que devendrá propietario de las dos elevadas, reteniendo el señor Tor Font la propiedad del solar y la de la futura planta baja». Con tal antecedente, los interesados otorgaron: Primero: «El señor Tor Font constituye y transmite al señor Bertrán el derecho de vuelo para levantar o construir y en su día hacer suyas en pleno dominio dos plantas elevadas que éste levantará..., y a efectos de constancia registral lo describen así...». Segundo: «El señor Bertán Serra acepta el derecho de vuelo antes descrito y, a cambio, se obliga a construir, en plazo máximo de dos años, a contar desde la fecha de obtención del permiso de obra, la planta baja del edificio proyectado...». Tercero: Condición suspensiva: «La transmisión y adquisición, por tanto, por el señor Bertrán Serra, del derecho de elevar las plantas indicadas queda sujeta y suspendida al hecho de terminar dicho señor los bajos del edificio en las condiciones y plazo antes detallado...». En las estipulaciones cuarta y quinta se prevén las cuotas de los

futuros elementos independientes y el sometimiento al régimen de propiedad horizontal, asignando a cada elemento un número correlativo.

Presentada copia del documento en el Registro de la Propiedad, fue calificado con nota del siguiente tenor: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto de no constar claramente determinado el derecho que se constituye y, en todo caso, por carecer de trascendencia real. No procede tomar anotación preventiva.—Seo de Urgel a 5 de enero de 1984.—El Registrador.—Ilegible.—Fdo.: Fructuoso Flores Bernal».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo, alegando: Que todo derecho subjetivo viene acotado en la realidad jurídica por los sujetos, el objeto y el contenido, y así, en el presente caso, los sujetos son los otorgantes del documento, el objeto, el solar descrito, y el contenido, la constitución de un derecho de vuelo o de elevar a favor del señor Bertrán Serra, con condición suspensiva, no exclusivamente potestativa, dependiente de construir la planta baja del edificio proyectado en un plazo determinado; que el derecho, independientemente de su denominación, está suficientemente delimitado en cuanto a su contenido; que no se trata de un derecho de superficie, dado el carácter temporal que le atribuye el artículo 16 del Reglamento Hipotecario y la Ley del Suelo; que si se trata de un derecho de vuelo, en cuanto que vuelo es aquello que está sobre el suelo de una finca, más concretamente es un derecho de sobreedificación o de elevar una o más plantas en un edificio que, si bien no existe ahora, existirá, al menos con una planta baja, cuando se transmita definitivamente el derecho; que cuando se dice que el señor Tor Font retiene la propiedad del solar, ha de concordarse con el total contenido del documento, de manera que cuando se cumpla la condición, previa constitución en régimen de propiedad horizontal, el solar será elemento común; que el derecho de vuelo o de elevar, igual que el de superficie, ha de inscribirse en el Registro para su eficaz constitución; que este derecho y su regulación en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario demuestran su carácter real.

El Registrador informó lo siguiente: Que en los antecedentes del otorgamiento, los interesados manifiestan su voluntad de retener el transmitente (señor Tor) la propiedad del suelo y ceder al adquirente (señor Bertrán) la propiedad de dos plantas de las tres que tendrá el futuro edificio—voluntad sólo encuadrable en la figura del derecho de superficie—; que con esos antecedentes, que sirven para juzgar la intención de los contratantes (art. 1.282 del Código Civil), sobre todo si los términos de un contrato no son claros (art. 1.281 del Código Civil), el señor Tor constituye un derecho de vuelo o sobreedificación sobre una planta baja de un inmueble cuya construcción no existe; que, por ello, no se aprecia la inmediatez característica del derecho real; que si la edificación no existe, la relación con ese objeto del derecho de sobreedificación no es directa e inmediata, sino a través de una persona que se obliga a construir, es decir, la vinculación es a través de una relación obligacional; que la transmisión y adquisición por el señor Bertrán del derecho de vuelo se hace pender de una *condictio facti*, cual es la previa construcción del bajo, cuando, dada la configuración del derecho de vuelo que ofrece el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario, la preexistencia de la edificación constituye, en todo caso, una *condictio iuris*; que por exigencia de los principios de especialidad y tracto, no puede inscribirse un derecho real si, previamente, no está inscrita la finca o derecho sobre el que recae, sin que del artículo 8, 4, de la Ley Hipotecaria

pueda deducirse lo contrario, ya que al permitir que se abra folio al piso meramente proyectado, está reconociendo implícitamente que sobre una cosa futura sólo cabe una relación obligacional; que la *condictio facti*, tal y como está redactada, deja al arbitrio del transmitente el cómputo del plazo y, en definitiva, el cumplimiento de la obligación del adquirente —en contra de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil—, puesto que sólo el dueño o titular de un derecho real sobre la finca puede solicitar la licencia de obra; que tampoco se constituye, en el documento calificado, un derecho real atípico, pues faltan las notas de inmediatividad y eficacia *erga omnes*; que por eso se dice en la nota que, cualquiera que fuese el derecho constituido y transmitido, carece de trascendencia real.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó auto estimando el recurso por considerar que el derecho definido en el documento puede estimarse comprendido en el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario, y que el derecho de vuelo, que se constituye con sujeción a una condición suspensiva, tiene su apoyo en la realidad física del solar existente, ya que la contraprestación a que se obliga el constructor frente al propietario del solar es la condición necesaria para que nazca y tenga efectividad el derecho de vuelo que se le concede.

El Registrador recurrió la decisión del Presidente de la Audiencia, alegando: Que el derecho de vuelo cedido se apoya sobre la realidad física del solar, cuando el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario se refiere al edificio como elemento objetivo del derecho de sobreedificación; que en el propio auto se reconoce que el derecho de vuelo no nace hasta que tenga lugar la edificación, por lo que se trata de una auténtica *condictio iuris*, que no cabe configurar como *condictio facti*; que un derecho no nacido no puede transmitirse como derecho real, pues no cabe una *traditio*, ni tan siquiera *ficta*, por lo que su existencia jurídica se limita al campo de lo obligacional; que mantiene en su totalidad el anterior informe.

La Dirección General confirmó el auto apelado por el Registrador.

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 1.281, 1.282, 1.284 y 1.285 del Código Civil; 2.º y 23 de la Ley Hipotecaria, y 7.º y 16 del Reglamento para su ejecución:

Primero. La cuestión planteada en el recurso consiste en determinar si es inscribible en el Registro de la Propiedad una escritura en la que se constituye un derecho de vuelo sobre la planta baja de un edificio proyectado y sujeto a la condición de que el adquirente del referido derecho la construya dentro de un plazo determinado.

Segundo. El derecho contemplado en la escritura no puede estimarse que carece de trascendencia real, pues se trata de un derecho de vuelo o sobreelevación, es decir, un derecho de construir plantas en fincas edificadas ajenas, figura nítidamente diferenciada del derecho de superficie no sólo por la distinta base física sobre la que se constituye, sino por la perpetuidad de la propiedad que origina el derecho de sobreelevar frente a la temporalidad de la propiedad superficiaria.

Tercero. Aunque no existe aún la planta baja sobre la que ha de recaer la sobreelevación, es indudable que no se ha constituido un derecho actual y perfecto al tiempo de su otorgamiento, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de dicha planta baja. Y el carácter condicional del mismo, que hace de él una simple expectativa hasta el cumplimiento de

la condición, no impide, a la vista de nuestro Ordenamiento hipotecario, el que pueda ser inscrito, al estar prevista en el artículo 23 de la Ley una nota marginal para el caso de cumplirse el hecho condicionalmente.

Cuarto. En la escritura se cumplen los requisitos que exige el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario para la inscribibilidad del derecho de sobreelevación, la determinación de las cuotas que han de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes, así como, además, la descripción de los elementos que constituirán la propiedad horizontal, cuya declaración se proyecta para el tiempo en que se termine la construcción del edificio.

C) COMENTARIO.—I. Cuestión previa: la determinación del derecho de sobreelevación o profundización.

a) *Concepto*.—Derecho de sobreelevación o profundización, a mi modo de ver, es aquel en cuya virtud una persona ostenta la facultad de levantar o profundizar, respectivamente, una o más plantas sobre o bajo un edificio de propiedad ajena ya construido.

b) *Naturaleza jurídica*.—Se trata de un verdadero derecho real: su titular tiene atribuido un poder directo sobre la cosa (inmediatividad) que ha de ser respetado por todos (absolutividad). Es, por tanto, inscribible en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de que el artículo 16, 2, de su Reglamento determine los requisitos para dicha inscripción.

c) *Diferenciación de figuras afines*. El denominado derecho de vuelo.—Creo que debe distinguirse:

— El derecho de sobreelevación o profundización (1) y el derecho de superficie.

No debe confundirse el derecho de sobreelevación o profundización con el derecho de superficie. Este —acudiendo a la clásica definición de ROCA (2)— es aquel «derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación preexistente». Por el contrario, en el derecho de sobreelevación o profundización no existe esa dualidad de propiedades suelo-vuelo, sino un derecho real para construir, que más tarde se convertirá en un derecho de propiedad sobre lo edificado, integrado y sometido al régimen de propiedad horizontal del edificio. Dicho de otro modo, en el derecho de superficie hay una coexistencia de propiedades en sentido vertical (una del suelo y otra distinta sobre lo levantado), mientras que en el derecho de sobreelevación o profundización no se desmembra verticalmente la titularidad de la unidad-finca (ni se deroga el principio de accesión del art. 361 del Código Civil), porque con él va unida, en todo caso, la transmisión de una cuota sobre los elementos comunes del edificio y, consiguientemente, de la titularidad vertical de la finca.

(1) Al emplear la expresión «derecho de sobreelevación o profundización» no quiero decir con ello que la alternancia entre sobreelevar o profundizar deba darse obligatoriamente. Por eso, creo que tal derecho puede constituirse de las maneras siguientes: 1.ª Derecho de sobreelevación. 2.ª Derecho de profundización. 3.ª Derecho de sobreelevación y profundización.

(2) ROCA SASTRE: «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, edición separada de los números 392/393 de 1961, pág. 3.

— El derecho de sobreelevación o profundización y el derecho de vuelo. La necesidad de un concepto específico y propio para el derecho de sobreelevación.

Con relativa frecuencia se suele emplear la expresión «derecho de vuelo o sobreelevación». Esto, a mi juicio, no es correcto o, al menos, no es preciso, pues induce a confusión en una materia de por sí ya bastante confusa como consecuencia de su insuficiente regulación legal.

El vuelo es un concepto enormemente genérico y alude al espacio existente entre dos puntos determinados «que puede recorrerse volando sin posarse» (la frase entrecomillada pertenece al *Diccionario de la Real Academia Española*). La expresión «derecho de vuelo», por tanto, lo mismo puede referirse al derecho para levantar un edificio de nueva planta, que una o más plantas en uno ya construido, que a una plantación o siembra. Se trata, consiguientemente, de un género.

Así, pues, pienso que sería más técnico emplear los siguientes términos:

1. Derecho de superficie: se proyecta a partir del suelo. Puede ser tanto urbana como rústica.
2. Derecho de sobreelevación o profundización: se proyecta a partir de un edificio ya construido (aunque no veo obstáculo para que pudiera constituirse en forma superficiaria).
3. Derecho de vuelo sobre fincas rústicas: el género ya va matizado por la especie y con ello se aumenta su precisión. En este término se encuentran comprendidos el derecho de plantación, siembra, etc. Para muchos se trata de un auténtico derecho de superficie rústica (también pudiera ser útil el reservar el término «derecho de vuelo» para esta especie de derecho de superficie rústica, aunque esto, a pesar de ser aparentemente lo más práctico, podría ser origen de confusiones).

Las más modernas Leyes siguen este camino y la jurisprudencia del Tribunal Supremo suele hablar de derecho de vuelo sobre fincas rústicas. De este modo:

1. La Compilación de Navarra distingue específicamente entre derecho de superficie (Ley 430: facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido), derechos de sobreedificación y subedificación (Ley 435: son aquellos que conceden a su titular la facultad de construir una o más plantas sobre un edificio o por debajo de éste) y derecho de plantaciones en suelo ajeno (Ley 443: derecho real de plantación en suelo ajeno, que atribuye al concesionario la propiedad de la plantación separadamente del dominio del suelo). Para mi gusto, esta Compilación es, indudablemente, la Ley española que mejor precisa estos conceptos —y también la única que se refiere a los tres—: y por ello, o quizá para ello, suprime claramente la expresión «derecho de vuelo».
2. La Ley de Montes, en su artículo 11, párrafo 5.º, habla de derecho de vuelo con referencia a las fincas rústicas.
3. El Reglamento Hipotecario, en su artículo 30, 3.º, dice «derecho real de vuelo sobre fincas rústicas». Y en el artículo 16, 1, se ocupa del derecho de superficie, y en el 16, 2, del derecho de sobreelevación.
4. La Ley de Montes Vecinales en Mano Común regula un «derecho de

superficie con destino a instalaciones, edificaciones o plantaciones» (artículo 3, 3.º), y elude la expresión «derecho de vuelo».

5. El Tribunal Supremo ha empleado la frase «derecho real de vuelo sobre fincas rústicas» (Sentencia de 20 de octubre de 1971).

Doctrinalmente, entre los trabajos aportados al VI Congreso Internacional de Derecho Registral encuentro el siguiente comentario de RAMOS BLANES: «La denominación de derecho real de vuelo, empleada en el artículo 30 del Reglamento Hipotecario, según la redacción dada a éste por la reforma de 17 de marzo de 1959, tampoco es muy acertada, puesto que, como se deduce del apartado primero del artículo 16 del mismo texto legal, es posible un derecho de superficie urbana sobre el vuelo, de lo que resulta que este último es únicamente un bien patrimonial susceptible de aprovechamiento rústico o urbano mediante la constitución de uno u otro tipo de derechos» (3).

d) *Regulación normativa:*

— Regulación mediante Ley. Únicamente aparece recogido en las Leyes 435 a 442 de la Compilación de Navarra, bajo la denominación —como ya he apuntado— de «derechos de sobreedificación y subedificación». El Código Civil no se refiere a él en ningún precepto, ni siquiera en los oscuros artículos 1.611 y 1.655, pretendidamente aplicables al derecho de superficie (4).

— Regulación mediante Reglamento. Tiene lugar en el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario (5).

II. Examen del supuesto de hecho y del criterio de la Dirección General:

a) Problema que se plantea: ¿es inscribible en el Registro de la Propiedad una escritura en la que se constituye un derecho de sobreelevación sobre la planta baja de un edificio proyectado, sujeto a la condición —suspensiva, dice la escritura— de que el adquirente de tal derecho la construya dentro de un plazo determinado?

En dicha escritura se dice: «El señor Tor Font constituye y transmite al señor Bertrán el derecho de vuelo para elevar o construir... El señor Bertrán acepta el derecho de vuelo y, a cambio, se obliga a construir, en el

(3) RAMOS BLANES: «Notas sobre el derecho de superficie agrícola en la Compilación de Navarra», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo I, páginas 649 y sigs.

(4) El mismo derecho de superficie no se encuentra regulado de una manera afortunada en nuestro Derecho. En el Código Civil se refieren a él los artículos 1.611 y 1.655, pero no queda claro su propósito; el Texto Refundido de la Ley del Suelo regula el derecho de superficie urbanística en sus artículos 171 a 174; la Ley de Montes Vecinales en Mano Común contempla una especie de superficie rústica en su artículo 3, apartados 3 a 7; la Compilación de Navarra regula tanto el derecho de superficie como los derechos de sobreedificación y subedificación; la Ley de Montes se refiere al derecho de superficie en el artículo 11, 5, y su Reglamento en los artículos 287 a 295; por último, la Ley Hipotecaria se ocupa de él en su artículo 107, 5, y el Reglamento Hipotecario en los artículos 16, 1, y 30, 3 (derecho real de vuelo sobre fincas rústicas).

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

plazo máximo de dos años, la planta baja del edificio proyectado... Condición suspensiva: la transmisión y adquisición del derecho de elevar las plantas indicadas queda sujeta y suspendida al hecho de terminar el señor Bertrán los bajos del edificio en las condiciones y plazos detallados...». Se prevén las cuotas de los futuros elementos independientes y el sometimiento al régimen de propiedad horizontal, asignando a cada elemento un número correlativo.

¿Es esto posible?

— Para el Notario, sí, pues se trata de un derecho de vuelo —dice— y no de superficie, dado el carácter temporal que le atribuye el artículo 16 del Reglamento Hipotecario y la Ley del Suelo, en cuanto que vuelo es aquello que está sobre el suelo de una finca; más concretamente —sigue diciendo el Notario—, es un derecho de sobreedificación o de elevar una o más plantas en un edificio que si bien no existe ahora, existirá, al menos, con una planta baja, cuando se transmita definitivamente el derecho.

— No está de acuerdo el Registrador, que contesta: «Esta voluntad de retener el transmitente la propiedad del suelo y ceder al adquirente la propiedad de dos plantas de las tres que tendrá el futuro edificio únicamente es encuadrable en la figura del derecho de superficie»; y, además, «...al no existir la planta baja, no se aprecia la inmediatividad característica del derecho real...; no hay más que una obligación del señor Bertrán a construir...; dada la configuración del derecho de vuelo que ofrece el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario, la preexistencia de la edificación constituye, en todo caso, una *condictio iuris*...; por exigencias de los principios de especialidad y tracto no puede inscribirse un derecho real si previamente no está inscrita la finca o derecho sobre el que recae...».

— Finalmente, tanto el Presidente de la Audiencia como la Dirección General están de acuerdo en la resolución: «El derecho de vuelo, que se constituye con sujeción a una condición suspensiva, tiene su apoyo en la realidad física del solar existente», estima el Presidente de la Audiencia; y aunque «...no existe aún la planta baja sobre la que ha de recaer la sobreelevación —señala la Dirección General—, es indudable que no se constituye al tiempo del otorgamiento un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja..., que puede ser inscrito, al estar prevista en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria una nota marginal para el caso de cumplirse el hecho condicionante».

A mi modo de ver, teniendo presentes los razonamientos aportados por el Notario y el Registrador, así como la doctrina de la Dirección General, debe distinguirse:

1.º Estamos ante un derecho de sobreelevación y no de superficie.

2.º El señor Bertrán asume, frente al señor Tor, la obligación personal de construir la planta baja del edificio en cuestión. Esta obligación no es inscribible por sí misma, teniendo en cuenta los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 9 de su Reglamento, entre otros.

3.º A su vez, se pacta que la construcción de dicha planta baja será condición suspensiva del nacimiento (6) a favor del señor Bertrán de un

(6) ¿Nacimiento o eficacia? Esta cuestión es discutida en cuanto a la condición suspensiva; es decir, dicha condición, ¿suspende el nacimiento de la relación obligatoria o simplemente su eficacia? Díez-

derecho de sobreelevación de dos plantas más sobre tal planta baja. Y esta inscripción —al posible amparo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria— es la que se discute.

Por ello, creo que no debe confundirse la obligación personal de construir la planta baja, con el derecho de sobreelevación de dos plantas más, que se sujeta a la condición suspensiva de la construcción de aquélla.

b) Sobre todo lo expuesto es necesario hacerse dos preguntas:

Primera: Sustantivamente, ¿es viable constituir un derecho de sobreelevación no ostentándose la titularidad del edificio —únicamente la del suelo— sobre el que aquél ha de asentarse?

Segunda: Registralmente, suponiendo la viabilidad sustantiva del negocio jurídico de que se trata, ¿puede el mismo ser objeto de inscripción en el Registro?

Respuesta a la primera pregunta:

1.º La existencia de la planta baja es un requisito exigido por la Ley para la constitución del derecho de sobreelevación. Para el Registrador se trata de una *condictio iuris* de todo punto inexcusable.

2.º Las partes contratantes, sin embargo, pueden estipular que dicho requisito legal juegue, a su vez, como condición suspensiva de la eficacia del contrato. Así lo estima la Dirección General (en el tercer considerando de la presente resolución dice: «... en el caso examinado no existe aún la planta baja, pero es indudable que no se constituye al tiempo del otorgamiento, un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja»). Y la Compilación de Navarra, en su Ley 435, recoge tal posibilidad: «Los derechos reales de sobreedificación y subedificación conceden a su titular la facultad de construir una o más plantas sobre un edificio o por debajo de éste, respectivamente, en un edificio ya existente o que se construyere con posterioridad». Consiguientemente, no hay inconveniente para que aquello que ostenta el valor de una *condictio iuris* sea convenido por las partes —artículo 1.255 del Código Civil en relación con el 1.114— como *condictio facti*.

Respuesta a la segunda pregunta:

La *condictio iuris* (o, si se prefiere, el negocio jurídico sometido a dicha condición) o requisito legal convenido por las partes como *condictio facti* es tan inscribible como cualquier otra condición, al amparo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria. Así lo resuelve la Dirección General en el cuarto considerando de la resolución que nos ocupa: «El carácter condicional del derecho, que hace de éste una simple expectativa hasta el cumplimiento de la condición, no impide, a la vista de nuestro Ordenamiento hipotecario, el que pueda ser inscrito, al estar prevista en el artículo 23 de la Ley una nota marginal para el caso de cumplirse el hecho condicionalmente». No obstante, creo que es importante detenerse en este punto, ya que:

PICAZO dice sobre ello que «al ser necesario organizar una situación provisional de protección de los eventuales derechos de cada una de las partes, hay que sostener la existencia de la relación obligatoria condicional desde el momento de la celebración del negocio constitutivo, si bien atraviesa en un primer momento una fase interina de eficacia debilitada (DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, pág. 532). Y el Tribunal Supremo se mueve en esta misma línea; así, entre otras, la Sentencia de 18 de mayo de 1963: «La condición, como causa a la que se subordina o se hace depender la eficacia del contrato...».



— Por un lado, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria —argumenta el Registrador— impone el requisito del tracto sucesivo.

— Por otro, el artículo 23 de la misma Ley —precepto ya aludido, en el que se apoya la posibilidad de inscribir negocios jurídicos sujetos a condición— determina que el cumplimiento de la condición suspensiva se haga constar por nota marginal. ¿Quiere esto decir que la declaración de la obra nueva de la planta baja deberá recogerse en el Registro mediante nota marginal?

— Y, por último, «la *condictio facti*, tal como está redactada —dice el Registrador— deja al arbitrio del transmitente el inicio del cómputo del plazo y, en definitiva, el cumplimiento de la obligación del adquirente, puesto que sólo el dueño o titular de un derecho real sobre la finca puede solicitar la licencia de obra».

Sobre lo cual puede sostenerse:

— Que el principio del tracto sucesivo no constituye un obstáculo a la inscripción del derecho de sobreelevación, precisamente porque se inscribe la titularidad de la planta baja a favor del señor Tor, si bien sujeta a la condición suspensiva de su construcción (quiero recordar que el art. 8, 4.º, de la Ley Hipotecaria permite la inscripción de «los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, 'comenzada'»).

— Que el artículo 23 de la Ley Hipotecaria impone el cumplimiento de unos determinados requisitos, pero no impide la inscripción del negocio que nos ocupa. Dichos requisitos son:

1. Perfecta descripción, con todas las exigencias legales, de la planta baja (el principio de especialidad, al tratarse de una inscripción condicional, cobra una importancia extraordinaria).
2. Recoger la misma en el Registro a través de un asiento de inscripción (no por nota marginal).
3. Hacer constar, por nota marginal, la efectiva construcción de la misma, es decir, el cumplimiento de la condición suspensiva.
4. Cumplimiento de todo lo exigido por el artículo 16, 2.º, del Reglamento Hipotecario.

— Que es posible inscribir, al amparo del repetido artículo 23 de la Ley Hipotecaria, una condición suspensiva en la que no se sabe a partir de cuándo se iniciará el cómputo para su cumplimiento o que el mismo quede a la exclusiva voluntad de la parte, pues, a fin de cuentas, se trata de una condición potestativa, pero no rigurosamente potestativa, sino simplemente potestativa, por lo que entiendo que no cabe encuadrarla en la determinación del artículo 1.115 del Código Civil («cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula») (7).

(7) En este sentido, recojo lo dicho al respecto por PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo I, vol. II, págs. 102 y sigs.): «Al regular las obligaciones condicionales, el artículo 1.115 del Código Civil se refiere, sin duda alguna, a las condiciones potestativas, y precisamente a las rigurosamente potestativas... Si el cumplimiento de la condición impone al obligado una tarea tan leve que de hecho equivale a expresar su voluntad en uno u otro sentido, la condición dejada a la libre potestad del deudor será incompatible con la firmeza de la relación obligatoria; en otras palabras, cuando la obligación dependa de que el supuesto obligado realice un acto que suponga para el mismo tan poco esfuerzo que equivalga a dejar la obligación pendiente de la reiteración de su voluntad... Más que nula,

— Y que no debe olvidarse el criterio del I Simposio sobre Propiedad Horizontal y de autores como FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (8), según el cual los edificios únicamente proyectados podrán tener acceso al Registro, pues en éste se recogen no sólo realidades, sino también simples posibilidades o proyectos. En base a lo cual, en el supuesto que nos ocupa, se inscribiría el edificio proyectado y se articularía en tal inscripción el derecho de sobreelevación sujeto a la ya expresada condición.

Sin embargo, tanto este camino —aunque sea más discutible, pues el artículo 8, 4.º, de la Ley Hipotecaria habla de «obra nueva comenzada»— como el anteriormente expuesto nos llevan a la misma solución: la posibilidad de inscripción siempre que hubiera un volumen edificable perfectamente determinado. Y esto es lo que está consagrando indirectamente la Dirección General: que el volumen edificable tiene un contenido aprovechable y negociable y, por tanto, inscribible.

D) Conclusiones:

1.ª Se constituye un derecho de sobreelevación —no de superficie— sobre el que sería deseable una mayor precisión terminológica.

2.ª Dicho derecho de sobreelevación puede constituirse con sujeción a la condición suspensiva de la construcción del edificio sobre el que aquél va a asentarse. Igualmente puede ser objeto tal negocio jurídico de inscripción en el Registro de la Propiedad, al amparo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

3.ª Todo lo cual requiere una observancia absoluta del principio de especialidad.

4.ª Como consecuencia de lo dicho cabe formularse la siguiente pregunta: ¿Está la Dirección General admitiendo de manera indirecta la inscripción de edificios meramente proyectados (hablo de edificios y no de pisos o locales)?

5.ª Adquiere particular importancia el concepto de volumen edificable, que si se encuentra perfectamente determinado tiene un contenido negociable e inscribible (esta conclusión ha de entenderse en relación con la anterior).

J. P. R. B.

es una obligación inexistente o proyectada... Pero otra cosa, sin duda, ha de suceder cuando la obligación depende de que el obligado adopte una decisión que suponga cierto esfuerzo o sacrificio para el mismo. Ya no se trata de algo que dependa del puro arbitrio del obligado, sino de un acto cuya realización limita la libertad jurídica de quien entonces ha de considerarse verdaderamente obligado... La condición simplemente potestativa no está reconocida por el Código de manera expresa, pero, sin duda, ha de considerarse admitida...».

(8) «I Simposio sobre Propiedad Horizontal», Valencia, octubre de 1972, y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 2.º, págs. 142 y sigs.