

La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción*

SUMARIO: *Introducción.—La prehorizontalidad.—Su manifestación en la práctica.—Posibles soluciones.—La solución registral.—Conclusiones.*

INTRODUCCION

La construcción de edificios se ha convertido en los últimos años en un proceso económico y social de extraordinaria importancia, por la necesidad acuciante de resolver el problema social de la vivienda, que, a su vez, viene urgido por el aumento de población; los fenómenos migratorios internos, que fomentan la concentración urbana, y el aumento del nivel y calidad de vida, que crea nuevas necesidades, en correlación con los propios avances de la tecnología constructiva.

Y este proceso, realmente acelerado, presiona sobre la Ciencia del Derecho para ensanchar los estrechos cauces jurídicos anteriores y lograr, en lo posible, un avance paralelo, que evite el desbordamiento, teniendo en cuenta, desde un punto de vista finalista, y como enseña el moderno Derecho urbanístico, que la ciudad es espacio, y como tal, figura geométrica; pero es algo más: el espacio urbano es, ante todo, un espacio vital, esto es, una fórmula racional de convivencia humana. Y precisamente es misión del Derecho facilitar las fórmulas jurídicas aptas para el desarrollo de esa racional y humana convivencia, y dar solución a las necesidades que en cada momento se plantean, de acuerdo con el clásico y siem-

(*) El presente trabajo reproduce con ligeras adaptaciones el discurso de ingreso del autor en la Academia Asturiana de Jurisprudencia, leído en sesión pública de 18 de junio de 1978. Se estima conveniente reproducirlo en estas páginas, toda vez que la laguna normativa existente en materia de prehorizontalidad todavía no ha sido colmada en la actualidad.

pre vigente aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*, regla de oro de la jurisprudencia.

En esta línea, y en un terreno más instrumental, supuso un gran avance la aparición del régimen de Propiedad Horizontal, al facilitar el acceso a la propiedad de la vivienda familiar a un gran número de personas y superar la grave decadencia de las relaciones arrendaticias urbanas, inadecuadas, por un lado, para solventar los problemas financieros que la construcción comporta, y afectas, por otro, a un tratamiento legislativo de excepción, no siempre guiado por normas de estricta equidad.

El régimen de Propiedad Horizontal, aplicado hoy en la mayoría de los países mediante leyes especiales que complementan los viejos Códigos, ha alcanzado en las dos últimas décadas extraordinario desarrollo, y cabe decir que una vez establecido funciona, por lo general, perfectamente. Pero es necesario tener en cuenta las situaciones que se plantean antes de estar establecido y en marcha —en base a un edificio ya construido— para propiciar y asegurar el acceso a la propiedad del mismo.

Esta situación previa que media entre el proyecto o inicio de las obras de construcción hasta el momento en que, ya construido el edificio, se establece de modo pleno y perfecto el régimen de Propiedad Horizontal se denomina propiamente de «prehorizontalidad» —denominación ya consagrada, como veremos— y supone una etapa en cuyo transcurso se genera una apretada trama de relaciones jurídicas *inter partes* y frente a terceros, necesitadas urgentemente de protección, objeto central de este modesto discurso.

LA PREHORIZONTALIDAD

En un bosquejo de definición, de carácter muy general, un ilustre civilista, el profesor DÍEZ-PICAZO (1), nos dice que llamamos estado de prehorizontalidad a aquella situación jurídica que aparece como previa a la plena y perfecta constitución de la propiedad horizontal o propiedad de casas por pisos. En términos generales, se puede caracterizar la prehorizontalidad como una situación jurídica en la cual el régimen jurídico de la propiedad por pisos o apartamentos o de propiedad horizontal no ha llegado todavía a constituirse plenamente, con todos los requisitos exigidos para ello por el ordenamiento jurídico, pero en la cual de algún modo puede decirse que se encuentra ya armada o declarada la voluntad de

(1) LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: «La llamada prehorizontalidad y su proyección registral». Ponencia presentada al III Congreso Internacional de Derecho Registral. Publicación del Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Madrid, 1977.

los interesados de llegar a establecer la propiedad horizontal y, además, se ha iniciado el *iter* jurídico necesario para conseguirlo.

Los condicionamientos de la prehorizontalidad son de este modo dos. Uno es de carácter negativo y consiste en que no se haya llegado todavía a formar una propiedad horizontal plena y perfecta. El otro es de signo positivo y consiste en una declarada voluntad negocial de alcanzar la propiedad horizontal, encarnada en actos que supongan una inequívoca puesta en marcha del *iter* «constitutivo».

De acuerdo con este esquema, el citado profesor señala como casos típicos de prehorizontalidad los siguientes:

a) Cuando el edificio no se encuentra todavía construido, bien porque está aún en trance de construcción o bien porque se trata de un edificio meramente proyectado.

b) Cuando, cualquiera que sea la situación del edificio, no existe todavía pluralidad de propietarios.

c) Cuando no se haya otorgado todavía el título constitutivo.

De estos tres casos, el verdaderamente importante y al que dedicaremos preferentemente nuestra atención es al primero. Por lo que respecta al segundo, es decir, el supuesto de propietario único, si bien es cierto que la idea fundamental de la que parte el régimen de Propiedad Horizontal es la concurrencia de pluralidad de propietarios, no es menos cierta la posibilidad de que dicho propietario, en cualquier fase de la construcción del inmueble, otorgue unilateralmente el título constitutivo, supuesto muy frecuente en la práctica y claramente admitido por el artículo 5.º, párrafo 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, el cual al regular dicho título, nos dice que puede ser otorgado «por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos». En este supuesto es evidente que el régimen de Propiedad Horizontal no tendrá plena aplicación, sobre todo en el aspecto funcional y corporativo, al faltar el requisito fundamental de concurrencia de varios derechos dominicales sobre el mismo inmueble, ni, por tanto, en el aspecto personal, implicará verdadera limitación de las facultades del titular único del mismo. Sin embargo, en el aspecto inmobiliario y registral sí se producen importantes consecuencias jurídicas: entre otras, el edificio queda ya vocado al régimen de Propiedad Horizontal, pueden inscribirse como fincas independientes los distintos pisos y locales que lo componen y su propietario puede hipotecarlos por separado, como admite el artículo 107, número 11, de la Ley Hipotecaria vigente, que después examinaremos.

Por lo que respecta al tercer supuesto, la falta de «título constitutivo», así denominado por el artículo 5.º de la propia Ley especial, cabe

afirmar, con la doctrina más general —ALVAREZ (2), BATLLE (3), CÁMARA (4), FUENTES LOJO (5), PERE RALUY (6), etc.—, que la palabra «constitutivo» no debe entenderse en su estricta acepción técnico-jurídica; no es un requisito absolutamente necesario y *sine qua non*: es solamente el documento (generalmente notarial, aunque puede ser de otro tipo) en el que constan las circunstancias de hecho y de derecho que tipifican y configuran el régimen de Propiedad Horizontal. Su falta no invalida el negocio jurídico que pueda haberse estipulado sobre un determinado piso o local, siempre que se den las demás circunstancias que dan nacimiento a aquel régimen. Se tratará entonces de una Propiedad Horizontal de hecho, cuya posible existencia está reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —entre otras, en las Sentencias de 9 de junio de 1967, 29 de abril de 1970 y 19 de febrero de 1971—, a la que no serán enteramente aplicables, de momento, todas las disposiciones de la Ley especial, y cuya falta habrá de ser suplida posteriormente para que entre en funcionamiento el régimen especial de propiedad con la plenitud de efectos al mismo reconocida.

Por otra parte, los dos últimos supuestos citados se incardinan cronológicamente en el primero, toda vez que la falta de título constitutivo o la no existencia formal de una pluralidad de propietarios pueden producirse —y de hecho se producen en la práctica— con más frecuencia en la fase inicial de la construcción, quizá porque al promotor-constructor le preocupa preferentemente la construcción en sí misma y su financiación, relegando a un último término la constitución completa y en legal forma del régimen de Propiedad Horizontal del edificio construido. Además, la solución a los problemas que en esta fase intermedia se producen responde, como veremos, a líneas comunes.

La esencia de la prehorizontalidad se encuentra, pues, en el hecho de que el edificio, aun antes de existir como tal en la realidad física, ha sido proyectado y destinado a pertenecer por pisos o locales independientes a distintos propietarios, los cuales, en virtud de varios negocios jurídicos de atribución patrimonial concertados con el promotor constructor, son cotitulares potenciales del mismo, situación necesitada y merecedora de regulación.

(2) «El título constitutivo de la Propiedad Horizontal», *Estudios de Derecho Notarial*. Centenario de la Ley del Notariado, Sección 2.ª, vol. II, Madrid, 1965.

(3) *La propiedad de casas por pisos*, Alcoy, 1967.

(4) «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», *Revista de Derecho Notarial*, tomo 64.

(5) *Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1974.

(6) *La Propiedad Horizontal*, Barcelona, 1961.

Y en este sentido, el ilustre Notario don MANUEL DE LA CÁMARA (7), en uno de los más sugestivos y completos trabajos hasta el momento publicados sobre la materia, afirma que «las fuentes principales, perfectamente tipificadas, a través de las cuales surge en nuestro tráfico jurídico la situación de prehorizontalidad, se reducen esencialmente a tres.

— La primera de ellas tiene lugar cuando la persona, natural o jurídica, que acomete la construcción del edificio se propone venderlo por departamentos. Raro es el caso en que el constructor espera a que el edificio esté terminado para iniciar las ventas. Lo normal es que trate de buscar durante la construcción e incluso antes que el edificio empiece a fabricarse, los compradores, quienes al pagar en el momento de la celebración del contrato y después, es decir, en el curso de la edificación, una cantidad a cuenta del precio, financian con sus propios recursos una parte, al menos, del importe de la construcción.

— La segunda fuente tiene un marcado carácter asociativo: las personas a quienes interesa ser copropietarios de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, bien para vivirlo, bien para explotarlo, actúan colectivamente y abordan directamente la construcción del inmueble. El vínculo asociativo puede articularse de diversas formas (sociedades de construcción, cooperativas, comunidades atípicas, etc.) y los particulares unirse espontáneamente o merced a la gestión de un intermediario, que es el promotor de comunidades; pero en cualquier caso, la actuación conjunta y directa de los copropietarios obedece a propósitos perfectamente claros y racionales: reducción del precio de costo y afán de contar con un edificio hecho más o menos a la medida de las aspiraciones de cada cual.

— Por último, es también muy frecuente el impropiamente llamado cambio de suelo por vuelo. El dueño del solar conviene con un constructor la cesión de aquél a cambio de que el segundo construya sobre él un edificio, que se repartirá entre ambos por pisos o departamentos. A veces, la operación reviste un carácter mixto. El dueño del suelo recibe a cambio no sólo uno o varios departamentos, sino, además, una suma de dinero. Esta combinación... permite al propietario del terreno servirse de él, aunque no disponga de los recursos técnicos y financieros para construir, y ofrece al constructor la posibilidad de emplear su equipo, es decir, su material, sus hombres y su dinero, sin necesidad de soportar (al menos, íntegramente) el desembolso, generalmente cuantioso, que representará la compra del solar».

(7) «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal». Conferencia pronunciada en el curso organizado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y publicada por el Centro de Estudios Hipotecarios del mismo. Madrid 1973.

Los problemas que se plantean en estos tres supuestos son lógicamente diferentes, consecuentes con la distinta naturaleza jurídica de las figuras que en cada caso fundamentan la disponibilidad por el constructor del solar edificable en régimen de Propiedad Horizontal. Pero no entraremos en su examen pormenorizado, puesto que, aparte de ser mucho menos frecuentes los casos de comunidad de construcción o cambio de suelo por vuelo, lo que realmente nos interesa examinar es la situación de los adquirentes de los pisos o locales que en una u otra de las indicadas formas se pretende construir.

Por otra parte, y en último análisis, no cabe trazar una tajante línea divisoria entre la prehorizontalidad y la Propiedad Horizontal, como si ambas situaciones jurídicas fuesen completamente independientes y perfectamente delimitables con individualidad. La primera situación ya está vocada *ab initio* a la segunda, de la que supone un simple estado transitorio: a través de sucesivas etapas —más o menos correlativas a los distintos estadios de la construcción— se llegará a la constitución perfecta y completa del régimen de Propiedad Horizontal. Para ello resulta fundamental considerar que el especial objeto sobre el que recae —el edificio susceptible de aprovechamiento independiente por pisos o locales—, ya desde que es un simple solar, y en razón de su vinculación a dicho régimen (mediante los oportunos planes de construcción y el estatuto definidor de las partes privativas y los elementos comunes), se convierte en sustrato o centro de imputación de las normas que integran y tipifican la Propiedad Horizontal, normas que también deben serle aplicables *ab initio*.

Para ello, lógicamente, se requiere el oportuno esfuerzo legislativo, a fin de que la Ley especial aplicable no parta sólo del supuesto de edificio ya construido —como ocurre actualmente—, sino que contemple todo el proceso genético de esta especial forma de propiedad.

SU MANIFESTACION EN LA PRACTICA

En la práctica, la panorámica actual que presenta la situación jurídica de los adquirentes de pisos en construcción es bastante desoladora, por la grave inseguridad jurídica que en la misma se observa, impropia de un verdadero estado de Derecho. Problema que no sólo afecta a los países más deficitarios en materia de vivienda, sino que adquiere dimensión internacional por el auge de las corrientes turísticas. Y que en nuestra Patria conjuga ambos aspectos a la vez.

Es un hecho comprobado en la práctica diaria que los pisos o locales de los edificios en construcción son objeto de tráfico jurídico a la vista

de los simples planos, memoria y proyecto de construcción —en ocasiones extremas, a la simple vista de su anuncio publicitario—, aun antes de iniciadas las obras y, en ocasiones, antes que el promotor o constructor tenga plenamente legalizada, a los efectos civiles, urbanísticos, fiscales y registrales, la situación del solar que les va a servir de asiento.

Y la forma normal de desarrollarse las relaciones entre las partes es la siguiente: el promotor enajena los pisos, haya comenzado o no la obra, percibiendo una parte del precio por adelantado y comprometiéndose a entregarlos una vez terminada la edificación, en plazo no muy bien concretado. El adquirente, a su vez, se obliga a pagar el resto del precio en determinados plazos, el último generalmente a la entrega de las llaves, subordinándose la transmisión efectiva, con el consiguiente otorgamiento de la escritura pública e inscripción en el Registro, a dicho momento, que puede dilatarse mucho tiempo después de terminada la construcción. Hasta entonces queda reservado el dominio del vendedor y el contrato amparado en un simple documento privado, carente de toda homologación. En algunos casos se estipula, además, una cláusula penal por la cual, impagado alguno de los plazos previstos, el comprador perderá todo o parte de lo abonado a cuenta hasta entonces, y quedará resuelto el contrato y sin ningún efecto lo pactado.

Un contrato así estipulado supone graves inconvenientes y es fuente posible de futuros litigios y, en algunos casos, de eventuales fraudes, como los que años atrás tuvieron gran resonancia pública —los llamados «timos de las inmobiliarias»—. Inconvenientes que podemos concretar fundamentalmente en los siguientes aspectos:

1.º Por lo que respecta a su *forma*, el cauce contractual es meramente privado, generalmente sin intervención de persona que asesore imparcialmente; con cláusulas redactadas en ocasiones con deliberada ambigüedad; por supuesto, sin ninguna publicidad, y con las insuficiencias propias, de promoverse litigio, de todo documento privado. A veces, lo que verbalmente para las partes contratantes es una verdadera venta, se estructura como «promesa de venta», «opción de compra» o similares formas, e incluso, en un caso anecdótico y extremo, pero que he conocido profesionalmente en tierras en las que el exceso de sol hace desbordar en ocasiones la imaginación, el contrato de compraventa del inmueble se había disfrazado de «título valor» que otorgaba al portador de la cartulina (eso sí, bilingüe y artísticamente impresa en varias tintas) la propiedad del apartamento X, situado en la Urbanización Z...

2.º En cuanto al *objeto*, en el contrato no suelen determinarse con precisión las circunstancias del futuro piso, sino que falta su descripción completa y la especificación de sus características. Además, se admiten modificaciones unilaterales del mismo, justificadas teóricamente por ne-

cesidades constructivas. En todos estos supuestos, si las promesas verbales quedan frustradas, el adquirente sólo encuentra como cauce para su reclamación la problemática vía del artículo 1.124 del Código Civil. Por otra parte, como en contra del artículo 5.º de la Ley especial, antes citado, el título constitutivo de la Propiedad Horizontal no suele otorgarse hasta terminada la obra, la determinación del régimen, estatutos y ordenanzas de la futura comunidad puede quedar al arbitrio de una sola de las partes, e importantes aspectos del mismo, como el señalamiento de cuotas y porcentajes de gastos, no resultar lo equitativos que sería de desear. Y de producirse tal supuesto, la rectificación posterior, ya en el seno de la comunidad, resulta, aparte de onerosa, dificultada por la concurrencia de intereses contrapuestos entre los copropietarios.

3.º Por lo que atañe a la *posición de las partes*, el comprador no ocupa una posición equilibrada en estos contratos de adhesión. Aparte cuestiones económicas, como las relativas a la posible revisión de precios, más o menos en función de los costes, en el más importante, para nosotros, terreno jurídico, su posición resulta endeble: en primer lugar, carece de medios rápidos y eficaces para reaccionar contra la paralización o ritmo lento de las obras; para exigir la entrega del piso en el plazo previsto, salvo la problemática facultad resolutoria antes citada que, por paradoja, en nada resuelve su problema de acceder a la propiedad de la vivienda. No obstante, y al mismo tiempo, se halla obligado a satisfacer puntualmente los plazos convenidos e incluso ligado por una cláusula penal cuya moderación por los Tribunales quizá exija un dificultoso pleito.

Por último, se encuentra en cierta forma inerte ante los posibles acreedores del constructor, en el caso de que éstos sean verdaderos terceros dotados de facultades o garantías con fuerza real sobre el inmueble. También, frente a los restantes copropietarios, compradores como él de un departamento del mismo inmueble, y de haberse constituido sobre el edificio en conjunto hipoteca u otro gravamen, sin distribución de responsabilidad, el adquirente puede verse afectado por la indivisibilidad del crédito garantizado y soportar las onerosas consecuencias de la insolvencia total o parcial de alguno o algunos de sus comuneros. Incluso más: lograda ya, sin grandes incidencias, la entrega y pacífica posesión del piso adquirido, la vida de la comunidad horizontal puede verse afectada gravemente por las «reservas» de derechos sobre el inmueble que, sin la suficiente meditación sobre sus repercusiones y también —por qué no decirlo— sin la suficiente justificación (salvo un inmoderado ánimo de lucro), suelen introducirse en el título constitutivo. Piénsese, por ejemplo, como más típica y frecuente, en la reserva del derecho a elevar nuevas plantas en el inmueble cuando y hasta donde las Ordenanzas

municipales lo permitan..., y tiéndase un compasivo velo sobre los problemas de toda índole que se provocarían para los propietarios ocupantes del inmueble durante todo el tiempo que durasen las obras necesarias para hacer efectivo ese derecho de sobreelevación, o su correlativo de subedificación en el subsuelo del inmueble.

Ante estas situaciones, en cuya descripción, con finalidad *ad exemplum*, hemos «cargado mucho las tintas», aunque no se nos oculta que, felizmente, en muchos casos, las actuaciones de los promotores y las relaciones de prehorizontalidad se desarrollan equitativamente, el jurista ha de propugnar el perfeccionamiento del sistema de Propiedad Horizontal, en busca de una solución eficaz, que colme el actual vacío legislativo y la falta de protección y sanción jurídica.

POSIBLES SOLUCIONES

En todos los países en que el régimen de Propiedad Horizontal se ha desarrollado intensamente, el legislador se ha encontrado con los singulares problemas derivados de la situación de prehorizontalidad, que se han intentado resolver a través de diversas fórmulas, entre las que destacan las siguientes:

1.^a La de tipo fundamentalmente administrativo, que encarna en el sistema de seguro, seguido en los países anglosajones y que, por el momento, es también el nuestro. Ha sido establecido por la Ley de 27 de julio de 1968, con precedentes en la legislación de Viviendas de Protección Oficial, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Esta Ley y las disposiciones que la desarrollan —en lo relativo a constancia de la fecha de los documentos privados de venta (Orden de 10 de agosto de 1968), propaganda y publicidad de las ventas (Orden de 5 de octubre del mismo año), etc.— lo único que garantizan en la práctica es la evolución al adquirente de lo entregado a cuenta al constructor, más un 6 por 100 de interés anual, mediante el contrato de seguro o el aval bancario estatuido en la misma. Protección que sólo contempla el derecho de crédito, la inversión realizada, con olvido total del problema de acceso a la propiedad de la vivienda. Protección a la inversión que, además, resulta totalmente insuficiente, pues triste compensación es para quien invirtió todo o parte de sus ahorros en la compra de un piso el recibir, pasados unos años, la misma cantidad que pagó, más un módico interés que con toda certeza nunca compensará la desvalorización monetaria, ni mucho menos las elevaciones de costes del mercado inmobiliario, si es que pretende adquirir otra vivienda.

2.^a Otra solución, de tipo eminentemente civilista, es la regulación del supuesto como *variedad típica de la compraventa*. Tal es el caso de la Ley francesa de 3 de enero de 1967, que a través de la modificación del Código Civil regula específicamente la venta de pisos en construcción, distinguiendo dos modalidades: en primer lugar, la «venta a término», en la que la propiedad del piso pertenece al vendedor hasta la conclusión de la obra, momento en el cual se transmite automáticamente al comprador, con efectos retroactivos, lo que trae consigo la nulidad de los actos dispositivos que entretanto pudiera haber efectuado el vendedor; en la otra modalidad, la «venta en estado de futura terminación», la situación es la contraria, por cuanto el comprador adquiere ya desde la perfección del contrato la cuota proporcional del solar correspondiente al piso vendido, así como de lo ya construido, de tal forma que las obras posteriores, a medida que se incorporan al inmueble, pasan a propiedad del comprador. En ambos casos, además, se establecen las oportunas garantías de los derechos de las partes contratantes.

En la misma línea se orienta la Ley belga de 9 de julio de 1971, menos completa, sin embargo, que la francesa y que se aplica a toda convención que tenga por objeto la transmisión de una casa o apartamento a construir o en vías de construcción, así como a todo contrato que contenga el compromiso de construir, hacer construir o procurar un inmueble determinado, siempre que esté destinado a habitación o al uso mixto profesional y habitación, y además que el comprador venga obligado a uno o varios desembolsos antes de acabarse la construcción. La transmisión de la propiedad se opera a favor del comprador a medida de la puesta en obra de los materiales y su incorporación al suelo o al inmueble en construcción.

3.^a Otra solución, de tipo predominantemente registral, consiste en la anotación o inscripción en el Registro inmobiliario de los «boletos» o documentos privados de compra de pisos en construcción, solución adoptada, con algunas variantes, por la legislación de Argentina, Brasil, Venezuela y Uruguay. Una de las más completas, la Ley de Prehorizontalidad argentina, aprobada por Decreto-ley 19.724/72, de 6 de julio, establece que todo propietario de edificio construido o en construcción o de terreno destinado a construir en él un edificio, que se proponga enajenarlo a título oneroso en régimen de Propiedad Horizontal, debe hacer constar en escritura pública su declaración de voluntad de afectar el inmueble a la subdivisión y transferencia del dominio de unidades por tal régimen. Esta escritura de afectación, cuyo contenido se regula detalladamente, se anota en el Registro de la Propiedad y el propietario queda desde entonces impedido de disponer o gravar el inmueble en forma distinta a la prevista en la ley, salvo los casos de retracción y desafecta-

ción también regulados en la misma. Los «boletos» o contratos privados de venta celebrados con los adquirentes también se anotan en el Registro, pues en otro caso no son oponibles a tercero. No obstante, la protección que el Registro otorga al «boleto» de venta anotado es muy escasa, quizá porque la Ley argentina duda entre considerar al comprador como verdadero propietario, o como titular de un simple derecho de crédito, encontrándose preceptos que responden a una u otra concepción. Así, por ejemplo, cabe la hipoteca posterior por el vendedor, incluso la no prevista en el contrato y aunque el adquirente se oponga, si se autoriza judicialmente; por otra parte, y como señala el escribano argentino FRANCISCO I. J. FONTBONA (8), «el propósito de la ley entendemos que es muy loable y justiciero; pero de su texto general deducimos que sólo logra, en sus efectos ofensivos, vale decir de equilibrio y protección a los adquirentes, una mera publicidad 'anuncio', porque no aleja —por norma concreta— de la potestad embargante a terceros extraños al operativo y negocio». No se aplica, pues, la fe pública registral, ni siquiera la notarial.

4.^a Una solución de tipo *mixto*, civil y administrativa a la vez, es la ofrecida por la legislación de Puerto Rico, cuyo Derecho civil sigue en muchos puntos al español, pero que en esta materia ofrece la particularidad de ser, junto con el brasileño, el único que admite que el edificio meramente proyectado sea suficiente soporte objetivo de la Propiedad Horizontal. A estos efectos, el artículo 5.º de la Ley puertorriqueña de Propiedad Horizontal de 25 de unio de 1958, modificada por la de 4 de junio de 1976, establece que «en los casos de transmisión o gravamen de un apartamento proyectado y no comenzado a fabricar, se entenderá adquirida por el nuevo propietario, o gravada la participación (que corresponde al transmitente o, en su caso, al deudor), en los elementos comunes del inmueble en proyecto y el derecho que tenga a que se le construya el apartamento, entendiéndose subrogado el adquirente en el lugar y grado de aquél a todos los efectos legales». Y complementando este precepto en el terreno registral, dispone el párrafo 1.º del artículo 29 de la misma ley, que «la transmisión o gravamen previstos en el artículo 5 de esta ley, se inscribirán en el registro particular de la finca matriz»; en el terreno administrativo, el artículo 49, f), de la misma ley otorga facultades delegadas al Departamento de Asuntos del Consumidor para «proteger los intereses de los adquirentes de apartamentos durante el período de la administración del titular que somete el inmueble al régimen de Propiedad Horizontal».

(8) «La Propiedad Horizontal y el estado de prehorizontalidad». Aporte de la delegación argentina al III Congreso Internacional de Derecho Registral. Publicación de la Universidad Notarial Argentina. Buenos Aires, 1977.

Esta solución, que en principio parece muy atractiva, no ha merecido crítica favorable, quizá por falta del adecuado desarrollo. Así, el profesor VÁZQUEZ BOTE (9) nos dice que la solución del artículo 5.º citado es de carácter formal jurídico, «porque puede surgir la situación que impida actuar su aparente eficacia: piénsese, simplemente, que el apartamento proyectado nunca se construya, por quiebra del constructor, etc. Piénsese, igualmente, que siendo normal la construcción con financiación ajena, el financista adquiere refacción de lo construido o hipoteca del solar y de las mejoras que en él se hagan mediante pactada extensión objetiva, aparte de la legal. Con lo cual, el consumidor no tiene posibilidad de invocar el artículo 5.º, pues precisamente dicho artículo opera contra él». Y en cuanto a la garantía complementaria del artículo 49, nos dice que será «menester esperar a ver cómo el indicado Departamento (de Asuntos del Consumidor) asume la protección de esos intereses, lo cual, ciertamente, podrá realizarse mediante los clásicos reglamentos administrativos que nada dicen, debiendo recurrir, en cada caso, a decisiones particulares y concretas».

En nuestra modesta opinión, y con los debidos respetos, no parece justificado dar carpetazo, de modo tan simple, a una posible, aunque parcial, solución al problema planteado. Es necesario profundizar en el tema, a fin de que la garantía meramente formal se vuelva operativa. Es cierto que el cumplimiento de una obligación específica, como la de edificar, puede plantear graves dificultades prácticas, y que las relaciones del promotor o constructor con los titulares de créditos refaccionarios invertidos en la obra plantean complejos problemas.

Pero no hay que olvidar tampoco que los compradores de pisos en construcción, aparte de su consideración de futuros propietarios, reúnen también, en cierto modo, la condición de acreedor refaccionario, en cuanto a las cantidades o pagos parciales del precio que se inviertan en las obras.

Y que la conexión directa que se establece entre la titularidad del piso futuro y los elementos comunes del inmueble (entre ellos, y como fundamental y existente *ab initio*, el solar) es la idea básica de partida para hallar solución al problema.

5.ª Finalmente, cabe distinguir un último sistema, de carácter *fiduciario*, según el cual, el verdadero promotor transfiere el dominio del suelo a una entidad solvente (generalmente, un Banco), que queda encargada, en su propio nombre, pero por cuenta de aquél, de administrar la construcción del inmueble, para posteriormente proceder a su venta

(9) «Prolegómenos al régimen de horizontalidad en Puerto Rico», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 523 (noviembre-diciembre de 1977, págs. 1293 y siguientes.

a favor de los adquirentes. Este sistema, de raíces también anglosajonas, es también reconocido por las legislaciones de otros países, como ocurre en Argentina, en donde el Decreto-ley 20.276/73, de 12 de abril, que modifica la Ley de Prehorizontalidad, antes reseñada, establece en su artículo 1.º que se exceptúan de las disposiciones de la Ley 19.724 la «enajenación de unidades particulares en inmuebles cuya construcción se realice con préstamos de organismos oficiales nacionales, provinciales o municipales, cuando de las condiciones del mutuo con garantía hipotecaria resulte que la celebración de los contratos con los futuros adquirentes queda a cargo exclusivo del ente financiador y los propietarios otorguen a tal fin poder irrevocable a favor de dicho ente». Modalidad, no obstante, que se aleja del puro negocio fiduciario, aunque esté inspirada en el mismo.

Para terminar con este breve bosquejo de Derecho comparado, es muy importante destacar que el III Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en San Juan de Puerto Rico del 27 de octubre al 2 de noviembre de 1977, y al que concurrieron delegaciones de Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, España, Estados Unidos, Francia, Israel, Italia, Marruecos, México, Nicaragua, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Suiza y Venezuela, se pronuncia rotundamente en esta materia por la solución registral. La cuestión ya había sido suscitada en el I Congreso, celebrado en Buenos Aires (Argentina) en 1972, en el cual el que esto dice tuvo el honor de defender una ponencia sobre «La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción» (10), y fue definitivamente estudiada en el último celebrado, que dedicó su comisión 2.ª al tema, aprobándose por unanimidad en la sesión plenaria final del Congreso las siguientes declaraciones:

— En materia de Propiedad Horizontal:

«1.ª En el ámbito de la Propiedad Horizontal corresponde a cada ordenamiento jurídico nacional la definición de los requisitos de existencia de dicha institución jurídica.

2.ª El documento constitutivo del régimen de Propiedad Horizontal debe tener acceso al Registro de la Propiedad, a fin de que su inscripción surta los efectos respecto de tercero que permitan los principios aplicables en cada sistema registral.

3.ª La inscripción del régimen de Propiedad Horizontal debe contener, en función del principio de especialidad o deter-

(10) Publicada en el núm. 1 de la *Revista de Derecho Registral* (Buenos Aires, 1974) y también en la española *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 501 (marzo-abril 1974).

minación, la descripción suficiente de sus elementos característicos: partes de atribución privativa, partes comunes, cuotas de participación y reglas estatutarias con trascendencia real.

4.^a Para obtener la finalidad a que aluden los apartados anteriores pueden utilizarse cualesquiera técnicas de registración, siempre que con ellas se cumplan los principios consagrados en la Carta de Buenos Aires de 1972.»

— En cuanto al estado de prehorizontalidad:

«1.^a La incesante multiplicación de complejos inmobiliarios sujetos al régimen de Propiedad Horizontal ha provocado en los últimos años un aumento notable de problemas jurídicos en la fase previa a su nacimiento, como consecuencia de la actividad realizada en su promoción, por lo que se considera de primordial importancia delimitar esta situación como 'prehorizontalidad'.

2.^a El estado de prehorizontalidad nace con la formulación del proyecto de construcción de un complejo inmobiliario susceptible de enajenación por unidades privativas, y concluye con la inscripción del régimen de Propiedad Horizontal en los términos señalados en los apartados segundo y tercero del capítulo precedente.

3.^a De los diferentes intereses legítimos que concurren en la fase de prehorizontalidad, algunos están suficientemente amparados en el ámbito del Derecho de obligaciones, mientras que otros, especialmente el de los adquirentes de elementos privativos, exigen una protección más enérgica a través de la publicidad del Registro.

4.^a A este fin se recomienda que la situación de prehorizontalidad acceda al Registro mediante la práctica del asiento procedente, en el que se contengan los datos esenciales, de carácter técnico y jurídico, definidores del complejo inmobiliario proyectado. En dicho asiento deberán constar las facultades de disposición del titular del dominio del suelo, en tanto subsista la fase de prehorizontalidad.

5.^a Se recomienda asimismo la instrumentación de los medios registrales suficientes para que, en la fase de prehorizontalidad, los adquirentes de elementos privativos accedan a la publicidad registral, de forma que los efectos de la misma puedan evitar la realización de actos o negocios jurídicos en perjuicio de sus legítimos intereses.»

Declaraciones de carácter muy general, lo cual es lógico si se tiene en cuenta la diversidad de ordenamientos, pero que tienen la virtud de centrar el problema en su verdadero marco, según pasamos a examinar.

LA SOLUCION REGISTRAL

Esta solución típicamente registral al problema de la prehorizontalidad que se propugna, sinceramente creemos —sin maniqueísmo alguno— que es la más adecuada a las circunstancias actuales de nuestro Derecho, por no requerir profundas reformas legislativas (como ocurriría de adoptar la solución francesa, por ejemplo) y ser posible su adaptación, sin graves inconvenientes, a un sistema registral de desenvolvimiento técnico como el nuestro.

Por ello, y aun antes que se solventen las dificultades dogmáticas que existen para construir y explicar perfectamente, más allá del campo puramente obligacional, la titularidad de los adquirentes de pisos en construcción, resulta totalmente necesario y perfectamente factible organizar la publicidad registral de las mismas, al estar necesitadas urgentemente de protección, que sólo pueden lograr precisamente a través del Registro, al estarles vetada otra forma de publicidad, incluso la meramente posesoria. Con ello se evitaría, además, una verdadera excepción al principio de publicidad, puesto que en la etapa de prehorizontalidad se provoca una grave clandestinidad y una gran discordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral.

Y en favor de esta tesis cabe formular las siguientes consideraciones:

En primer lugar, y en un terreno básicamente civilista, que abordaremos con toda la concisión que nos sea posible, cabe afirmar que la concepción clásica, según la cual la compra de pisos en construcción es una típica compraventa de cosa futura (que carece de existencia actual y sobre la que es imposible articular una titularidad real del comprador), ha de estimarse superada por las siguientes razones:

1.^a Porque el objeto de la Propiedad Horizontal no está constituido solamente por el piso o elemento privativo, sino que el derecho de cada propietario se proyecta necesariamente sobre el total edificio, dada su unidad inescindible —física y jurídicamente—. Precisamente la concurrencia de varias titularidades *pro diviso* sobre el inmueble da nacimiento a este especial régimen de la propiedad, distinto de la comunidad ordinaria.

2.^a Porque el soporte objetivo básico de la Propiedad Horizontal lo constituye el solar o terreno sobre el que se cons-

truirá el edificio, que, naturalmente, existe *ab initio* y es la plataforma indispensable sobre la que se articula el propio régimen horizontal y las titularidades reales a él conexas.

3.^a Porque, en último término, el motivo y fin último, contemplado por las partes al contratar, es el acceso a la propiedad de la vivienda o local de un edificio todavía en construcción a la celebración del contrato, pero que está en proceso y trayectoria ascendente para materializarse definitivamente, en virtud de unos presupuestos —hechos y negocios— jurídicos de indudable trascendencia real (propiedad del solar, decisión de construir, formulación y aprobación del proyecto, constitución documental del régimen de Propiedad Horizontal e iniciación de las obras).

Cuando se habla, pues, de pisos en construcción, se contempla un resultado futuro, pero no una cosa futura, sino una cosa presente en transformación, un objeto jurídico en formación, que permite superar ya *ab initio* el estadio puramente obligacional.

Por otro lado, es necesario establecer un paralelismo o concordancia entre el especial régimen de la Propiedad Horizontal y el no menos especial modo de adquirir uno de sus elementos integrantes, urgido por las necesidades sociales y que ha de ser reconocido por el legislador.

Y en este sentido—superador de las conocidas teorías sobre la «cosa futura», el «volumen de edificación», la *traditio* o la vieja teoría del *ius ad rem*, que puede prestar todavía importantes servicios en su aspecto moderno de «vocación o llamada al derecho real»— se orienta actualmente buena parte de la doctrina, entre otros, CÁMARA (11), CHICO ORTIZ (12), FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (13), cuya opinión está acogida también por los participantes en el I Simposio sobre Propiedad Horizontal, celebrado en Valencia en octubre de 1972, y en la doctrina hipotecarista, por el Seminario de Derecho Hipotecario de Aragón, en reunión de 1971.

Únicamente podría hablarse de verdadera venta de cosa futura si el promotor no es todavía titular del solar (hipótesis que, como dijimos, se presenta en la práctica) o el edificio está totalmente indeterminado y tiene sólo una existencia digamos «mental». Evidentemente, la Propiedad Horizontal está pensada en función de un edificio, por lo que no es viable

(11) «Insuficiencia normativa...» Conferencia antes citada.

(12) «La publicidad registral en relación con el urbanismo y la prehorizontalidad». Ponencia presentada al III Congreso Internacional de Derecho Registral y publicada por el Centro de Estudios Hipotecarios del ICNRPE. Madrid, 1977.

(13) *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 1973.

la adscripción del solar a dicho régimen antes de determinarse las características fundamentales del inmueble, tanto en el aspecto físico y constructivo, como en el jurídico.

Y en este punto resulta de enorme interés la teoría elaborada por DE LA CÁMARA (14), el ilustre Notario tantas veces citado, sobre la distinción entre edificio «definido» y «por definir» (aunque ambos esté pensado construirlos sobre un solar determinado), necesaria para puntualizar en qué momento es posible adscribirlo al régimen de Propiedad Horizontal.

Examinémosla brevemente. Parte del artículo 8, número 4, de la Ley Hipotecaria vigente. «Este precepto —nos dice el citado autor— admite la inscripción de edificios en régimen de Propiedad Horizontal cuya construcción esté concluida o, *por lo menos, comenzada*». Luego nuestro Derecho admite la posible existencia de Propiedad Horizontal sobre un edificio en construcción.

Sin embargo, la frase subrayada —«por lo menos, comenzada»— parece poner de relieve que no es posible la inscripción de un edificio simplemente proyectado. Es necesario advertir, no obstante, que tanto la palabra «proyectado» como la palabra «comenzado» son ambiguas y admiten cierta matización. La expresión «construcción comenzada» puede referirse al comienzo de la edificación en sentido material o en sentido técnico. Técnicamente cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación del proyecto correspondiente, elaborado por persona capacitada para ello y aprobado por las autoridades competentes. Este criterio técnico nos permite establecer con exactitud el momento en que la construcción se ha iniciado. Por el contrario, si nos atenemos a la acepción puramente física, nos encontramos ante un callejón sin salida. ¿Cuándo podrá, en efecto, considerarse que la construcción, en su dimensión material o física, ha comenzado? Por de pronto, el propio artículo 8, apartado 4, de la Ley Hipotecaria, nos demuestra que no es necesario que haya empezado la construcción de todos y cada uno de los pisos, puesto que expresamente permite que en la «inscripción del solar o del edificio se hagan constar los pisos meramente proyectados». Así las cosas, la incertidumbre sobre la fijación del momento en que debe considerarse que la construcción ha comenzado, a los efectos de la inscripción del edificio en el Registro, es patente. ¿Bastará que se haya realizado la excavación o vaciado del terreno? ¿Será necesario que, al menos, se hayan plantado los cimientos? Y cualquiera que sea la contestación que demos a estos interrogantes, ¿qué diferencia sustancial media entre esas hipótesis y la del edificio definido, pero cuya fabricación

(14) «Insuficiencia normativa...» Conferencia antes citada.

material aún no ha principiado a acometerse? Parece, pues, obligado, para salir del atolladero, sostener que edificio definido equivale a edificio comenzado». Y en este sentido se orienta también el I Simposio sobre Propiedad Horizontal celebrado en Valencia, antes citado.

Desde otro campo, el registral, hay que decir que el Registro no sólo constata titularidades jurídico-reales definitivas; también otorga protección a situaciones interinas, provisionales o en formación, con la única condición de que la situación o titularidad definitiva a que se encaminan sea de naturaleza jurídico-real inmobiliaria.

Y entre los supuestos en que nuestra legislación admite la constancia registral de derechos que afectan a cosas que no tienen todavía una existencia actual total, pero que están en formación y tienden a ella, destacan, por su concreta conexión con la edificación, los siguientes:

1.º La inscripción del derecho del superficiario «de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos», conforme a lo dispuesto en el número 1.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, reformado en 1959. Se trata en este supuesto de la inscripción de un verdadero derecho real en cosa ajena, el de superficie, pero que sirve de apoyo a una forma especial de propiedad, la superficiaria, que implica un proyecto de construcción, y que, mientras no se construya, implica, además, un derecho sobre un espacio delimitado. De ahí que el propio precepto señale como circunstancias necesarias para la inscripción «el plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años, sus características generales, destino y coste del presupuesto».

2.º Conectando ya directamente el problema con la Propiedad Horizontal, el número 2.º del propio artículo 16 del citado Reglamento dispone que «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 del todo o parte de la finca, o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número 3.º del artículo 8.º 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».

Como dijo el más famoso comentarista del Reglamento, el recordado RAMÓN DE LA RICA (15), en este caso se inscribe en el Registro «un derecho real potencial, que legitima una cosa futura, puesto que si no

(15) *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959.

se llega a realizar la edificación quedaría vacío de contenido y de soporte objetivo. Esa reserva, autenticada por el Registro, constituye un derecho real transmisible por actos *inter vivos* y *mortis causa*, y como tal tiene un contenido económico, hipotecable y embargable».

Apostillamos nosotros que si este derecho real nuevo, desconocido para el Código Civil, que faculta la construcción de nuevas plantas por encima o por debajo de edificios ya existentes y que conduce directamente al régimen de propiedad horizontal, merece la protección registral, no hay verdadera razón para negársela al derecho del adquirente de un piso en construcción, en la cual participa directamente al sufragar, por su parte, el costo de las obras. Y, de hecho, se observa en la práctica que para asegurar el supuesto prehorizontal de cambio de suelo por vuelo, se acude en ocasiones a instrumentar el contrato por el cauce del citado artículo 16, tema al que VENTURA-TRAVERSE (16) ha dedicado una interesante monografía. Pero, repetimos, no hay razón alguna importante para que, admitida legalmente la posibilidad de inscripción del piso en construcción o ya definido, no pueda arbitrarse el procedimiento para inscribir también la compraventa del mismo.

3.º La hipoteca de pisos en construcción está francamente admitida por el artículo 107, número 11.º, de la Ley Hipotecaria, en cuanto a los «pisos o locales de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, inscritos conforme a lo que determina el artículo 8.º», el cual, como ya vimos, admite la inscripción de pisos de construcción meramente comenzada.

Esta hipoteca es frecuentísima en la práctica diaria, por facilitar tanto la financiación de la construcción, como la venta de pisos de la misma, al subrogarse en su día el comprador en la deuda hipotecaria, que funciona como parte del precio. Y con ella resulta que se inscribe en el Registro un acto dispositivo sobre un piso en construcción, sin existencia actual. No se ve razón entonces para negar la inscripción de otro acto dispositivo, como la venta, salvo el argumento meramente técnico de que la hipoteca es un derecho de constitución registral y carente de contacto posesorio con la cosa. La finalidad perseguida es una garantía, y resulta interesante destacar que personas tan sensibilizadas en esta materia, como las instituciones de crédito, utilizan frecuentemente esta hipoteca, sabiendo que aparte otras seguridades (como la de las entregas parciales del capital prestado, a medida de las certificaciones de obra), en el supuesto límite de que la obra fracase y el piso no llegue a construirse, siempre queda como objeto gravado el solar y la parte de obra ya realizada. Idéntica garantía debería proporcionarse al comprador.

(16) *Derecho de edificación sobre finca ajena y la Propiedad Horizontal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1963.

4.º Otro supuesto de acceso al Registro de un derecho que ni siquiera, para la doctrina más extendida, tiene la consideración de derecho real, es la constatación del derecho de retorno establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos mediante nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique, momento desde el cual perjudica a los posibles terceros adquirentes de la finca, conforme al artículo 15 del Reglamento Hipotecario reformado. Se trata de un simple derecho de crédito que tiene como correlativa una *obligatio propter rem* mixta, consistente en un hacer —reedificar el inmueble— y en un dar —reinstalar al arrendatario—. Y si por múltiples razones —entre ellas, en el terreno registral, la indudable clandestinidad del derecho de retorno, del que no existe ninguna huella ni en el solar ni en la casa reconstruida— se otorga protección, ya desde el desalojo de la casa destinada al derribo, al arrendatario de un piso o local de la misma, mayor razón existe para otorgar incluso superior protección al comprador del piso o local en construcción.

5.º Según el artículo 21, número 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, cuando así se haya estatuido el régimen de Propiedad Horizontal no se extingue en caso de destrucción total o parcial del edificio. De producirse tal evento, y de tener los propietarios intención de reconstruirlo conforme al proyecto primitivo, resultará que tal régimen subsistirá registralmente y producirá sus efectos propios en este campo sobre la base exclusivamente del solar, pero en razón de la vocación o vinculación de éste al edificio en vías de reconstrucción, que posibilitará nuevamente la situación de horizontalidad plena y perfecta.

Existen otros casos en nuestra legislación en que también se produce la misma separación entre la relación o titularidad real y su objeto todavía en formación, como las reguladas en los artículos 546-3.º y 1.626 del Código Civil, los llamados por la doctrina hipotecarista derechos sustantivos y reservas autenticadas, etc., pero no nos detenemos en su examen por no tener relación directa con la construcción y el régimen de Propiedad Horizontal.

En todos los supuestos que acabamos de examinar se protegen derechos reales potenciales, no definitivamente consolidados, pero sí definidos sobre la cosa. Y no puede decirse que ello implique una desviación y desnaturalización de la misión específica del Registro de la Propiedad, destinado a la protección de los plenos derechos reales, pues el Derecho y el Registro, para cumplir su función y adaptarse a la realidad social circundante, han de tener en cuenta la existencia en la realidad de situaciones provisionales de gestación de futuras titularidades plenas que necesitan, precisamente para llegar a término y alcanzar existencia perfecta, de la publicidad y protección registral.

Y es interesante destacar, en un breve bosquejo histórico, que ya en 1929, el ilustre maestro don JERÓNIMO GONZÁLEZ (17), verdadero inspirador de nuestro moderno Derecho hipotecario, en uno de los primeros trabajos publicados sobre la Propiedad Horizontal, se planteaba la cuestión de si pueden constituirse derechos reales sobre cosas futuras y decía que el problema no había merecido la atención de nuestros civilistas, pero que en la práctica iba abriéndose camino, gracias a la elasticidad que el sistema hipotecario presenta para recibir toda clase de figuras de precisa determinación por escrito, «como una arcilla plástica que reproduce hasta el detalle de las cosas que no existen y reciben las huellas de hipotecas sobre edificios que aún no se han construido».

Diez años más tarde, la Ley de 26 de octubre de 1939, en el mismo sentido progresivo, dio nueva redacción al primitivo artículo 396 del Código Civil (hasta entonces limitado a regular los costes de reparación de los elementos de las casas pertenecientes por pisos a diferentes propietarios), para establecer un esquema de reglamentación muy semejante al actual, y asimismo modificó el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, para admitir la inscripción de «los diferentes pisos o partes de piso susceptibles de aprovechamiento exclusivo de un edificio, ya construido o cuya construcción esté comenzada o *meramente proyectada*», y agregó un nuevo párrafo, el 11.º, al artículo 107 de la misma Ley, según el cual podrían hipotecarse «los edificios y los pisos o partes determinadas de ellos, susceptibles de aprovechamiento independiente, cuya construcción esté terminada, comenzada o *meramente proyectada, siempre que el constituyente de la hipoteca tenga adquiridos debidamente sus derechos sobre el solar o sobre el elemento edificable resultante*».

Esta posibilidad de inscripción e hipoteca de los pisos meramente proyectados fue muy mal recibida por la doctrina, que, a pesar de que el propio texto legal explicita su fundamento —la conexión directa con el solar—, llegó a considerarla como un verdadero «engendro» hipotecario. Pero lo cierto es que, tras la reforma hipotecaria de 1944, se mantiene en la nueva redacción del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946. Y al llegar la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, que, como antes dijimos, sólo toma en consideración los edificios ya construidos, con olvido del ciclo genético de la institución, en la nueva redacción que realiza del artículo 8 de la Ley Hipotecaria sigue preceptuando que «en la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados». Una gran parte de la doctrina sigue sin explicarse tal supuesto, quizá porque no cabe otra explicación que la tan sugestiva y renovadora de CÁMARA, antes expuesta.

(17) «Propiedad sobre pisos y habitaciones», en sus *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II.

En nuestra modesta opinión, es preciso replantear legislativamente el tema, reformando en lo necesario la normativa vigente en los siguientes aspectos fundamentales:

1.º Ampliando el ámbito objetivo de aplicación de la Ley especial de Propiedad Horizontal a las situaciones de prehorizontalidad. También, dicho sea de pasada, podría aprovecharse la ocasión para establecer regulación en otras materias relacionadas directamente con este régimen especial de propiedad, como es el caso de las llamadas «urbanizaciones privadas», a las que la puramente administrativista Ley del Suelo no ha dado solución.

2.º Estableciendo claramente el carácter imperativo del régimen de Propiedad Horizontal en sus puntos esenciales, cuestión ésta que ha suscitado graves dudas en aspectos concretos.

3.º En el aspecto específicamente registral, crear el medio adecuado para que las titularidades prehorizontales ingresen en el Registro. Este medio no es el asiento de inscripción propiamente dicho, que resultaría poco adecuado a tales situaciones en que se produce el tránsito de lo obligacional a lo real, y que, por otra parte, no podría producir todos los efectos normales del sistema. Ha de tratarse de un asiento provisorio que se ajuste a las mismas características de la situación protegida. A nuestro juicio —y sin olvidar que algún autor se pronuncia por la nota marginal—, el más adecuado es el asiento de anotación preventiva, verdadero complemento de la inscripción en un buen sistema registral y que es, como es bien sabido, un asiento provisional y transitorio que, atenuando el rigor de la apariencia libraria, protege temporalmente el derecho real en formación y previene a quien consulta el Registro de la afección de la finca a determinado destino, responsabilidades o controversias.

Claro es que al estar en nuestro Derecho regidas las anotaciones preventivas por el sistema del *numerus clausus* y los supuestos en que se aplican determinados por conceptos instrumentales o específicos (a diferencia de la inscripción propiamente dicha, referida al concepto clásico y genérico-material de derecho real), será preciso que el legislador añada a la lista del artículo 42 de la Ley Hipotecaria la especial destinada a amparar este supuesto de prehorizontalidad, de acuerdo con las normas que tipifican este especial régimen de la propiedad.

CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto, parece oportuno sintetizar ya las siguientes conclusiones:

1.ª En aras de la seguridad jurídica propia de un Estado de Dere-

cho resulta necesario organizar de un modo completo la publicidad registral de las situaciones de prehorizontalidad, con la finalidad primordial de proteger a los adquirentes de pisos o locales de edificios en construcción o ya definidos, hasta tanto se establece de modo pleno y perfecto el régimen de Propiedad Horizontal.

2.^a Como primer paso, en todo supuesto en que el propietario de un inmueble edificable —o el titular de un derecho de superficie o edificación— decida unilateralmente la construcción sobre el mismo, o le venga impuesta por las normas legales de planeamiento urbanístico o edificación forzosa o protegida oficialmente, de un edificio proyectado para su venta por pisos o departamentos independientes, deberá obligatoriamente formular e inscribir en el Registro el proyecto de construcción, debidamente aprobado y con las condiciones que reglamentariamente se determinen, así como el estatuto y régimen de la Propiedad Horizontal, que contendrá, de modo completo, la reglamentación de la futura comunidad, ajustada a las disposiciones imperativas que rigen tal especial propiedad. Inscrito el edificio proyectado en el folio correspondiente al solar, se inscribirán, también obligatoriamente, como fincas independientes, sus distintos pisos y locales.

3.^a Los posteriores actos o contratos, precursores de una transferencia o gravamen real, también se harán constar en el Registro mediante una anotación preventiva, ganando rango registral frente a cualesquiera otras transferencias o gravámenes posteriores o no inscritas. Anotación que se convertirá en inscripción definitiva cuando, por terminación de las obras, sea posible la entrega de los pisos o locales ya construidos a sus definitivos titulares.

4.^a Tales anotaciones tendrán una duración temporal, por el plazo marcado legalmente (el que prudencialmente se estime suficiente para la construcción y conforme a las características y número de unidades del inmueble), pero podrán ser prorrogadas por justa causa, de común acuerdo o a instancia de parte legítima.

5.^a Cualquier variación del primitivo proyecto de construcción o del régimen de la Propiedad Horizontal, tal como conste en el Registro, no producirá efecto frente a los titulares de derechos anotados sin su consentimiento. En el caso de que, por cualquier causa, no fuese posible realizar la construcción, la cancelación de la inscripción del primitivo proyecto se verificará con el consentimiento, voluntario o suplido judicialmente, de los titulares de derechos anotados, salvo el caso de que no hubiera anotaciones o estuviesen ya caducadas por el transcurso del plazo, en cuyo supuesto bastará la declaración del propietario del inmueble.

6.^a En todos los supuestos anteriores, la inscripción o anotación será

obligatoria o forzosa, y aparte de poder sancionarse su omisión en la forma eficaz que se estime oportuna, se faculta al titular de cualquier pretensión derivada de la construcción proyectada para poder solicitarla en nombre y a costa del interesado, y en base a los documentos oportunos.

Como observaciones complementarias a estas conclusiones cabe decir, en primer lugar, que en caso de que, por razón de la propia mecánica registral, por lo oneroso de la titulación —sobre todo en el aspecto tributario, en el que el legislador fiscal parece olvidar a veces que la consecución del Estado de Derecho prima sobre la finalidad recaudatoria—, o por otras razones, se estimase excesivo la apertura de folio independiente y la constancia en los libros ordinarios de todos los actos y contratos referidos, si se tiene en cuenta las vicisitudes que puede sufrir la construcción (con la consiguiente modificación del proyecto y régimen horizontal primitivos) o las propias titularidades (supuestos de transmisión, sucesión, embargo, resolución, etc.), pudiera arbitrarse la fórmula de llevar a un libro especial y auxiliar tales actos, hasta que por la definitiva conclusión de las obras y consolidación del régimen de Propiedad Horizontal y de las transmisiones efectuadas, éstas puedan acceder a los libros ordinarios del Registro a través de su inscripción definitiva.

Por iguales razones, atendiendo a la provisionalidad de la protección, que posteriormente se confirmará o no, podría prescindirse de momento de una radical exigencia formal, como ocurre en alguna de las legislaciones antes examinadas, e incluso en la nuestra en materia de anotación de créditos refaccionarios o constatación del derecho de retorno. En este sentido, podría bastar para extender la anotación la solicitud de los contratantes, por ejemplo, ajustada a un modelo oficial, cuya numeración podría estar ya consignada en la escritura de constitución del régimen de Propiedad Horizontal. De esta forma, o en otra que reglamentariamente se determine, quedaría aplazada hasta el momento de la perfección definitiva del contrato y su inscripción en el Registro la aplicación del principio de legalidad, en su doble vertiente de exigencia de la forma pública y minuciosa calificación registral.

Para terminar, estimo que estas conclusiones pueden ser viables para resolver el grave problema planteado. Además, sirvan o no para algo práctico espero hayan sido consecuentes con nuestra vocación de juristas y con la consideración de que el Registro de la Propiedad, al que profesionalmente sirvo —pero siempre subordinado a tal vocación—, tiene una misión más amplia e importante que cumplir que la publicidad y protección de los típicos derechos privados. Decir a cada uno lo que es suyo —y también lo que es de los demás o de la colectividad— sobre la base real de las fincas inscritas, publicando su completo historial jurí-

dico, con todas las limitaciones que puedan afectarle, no sólo proporciona una base firme de contratación, sino que ayuda a crear la necesaria conciencia pública en orden a la seguridad de las relaciones inmobiliarias, evitando posibles litigios y fraudes y contribuyendo a que las ciudades, pueblos y barriadas de nueva construcción sean entorno vital de acuerdo con lo que el hombre y la sociedad actual demandan.

CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA
Registrador de la Propiedad