

Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que en el se construyan^(*)

POR EL

DR. FRANCISCO LUCAS FERNANDEZ

NOTARIO

El progreso de la técnica y la transformación económica experimentada en los últimos años han motivado la aparición de nuevas modalidades en las relaciones humanas que si en principio no son contempladas singularmente por la ley, bien pronto llaman la atención del legislador que trata de encauzarlas debidamente promulgando al efecto las oportunas normas jurídicas.

Si como decía LERMINIER (1) el derecho es hijo de la vida humana, de la sociedad, o, mejor, es la sociedad misma, las normas jurídicas, sobre todo las normas jurídicas formuladas con demasiada precisión, deben ir evolucionando al compás de las incesantes mutaciones que la vida de relación presenta (2), en cuanto aquellas normas se adveren como insuficientes para regular estas relaciones (3).

(*) El presente trabajo constituye la ponencia leída el día 3 de marzo de 1963, en el Ilustre Colegio Notarial de Albacete, con motivo del coloquio organizado por su Junta Directiva sobre este tema, y ha sido elaborado en el Seminario de Derecho Privado de la Universidad de Murcia.

(1) «Introduction generale a l'Histoire du Droit», Bruselas, 1830, pág. 4.

(2) Esta evolución, no siempre supone una nueva formulación. Como dice DE BUEN («Problemas de los artículos 5 y 6 del Código civil», Madrid, 1917, pág. 88), criticando la pretendida estabilidad de las leyes «lo único permanente de veras —en ellas— son las palabras escritas, y aun éstas no son palabras invariables; su significación evoluciona transformándose a compás de los tiempos, y con ella se transforma y evoluciona también el contenido espiritual de cada uno de los preceptos legales y hasta el «espíritu» general de la ley».

(3) «En todo derecho —explica DE BUEN (op. cit., pág. 89)— se dan dos tendencias...: una aspiración hacia la Justicia, de un lado, y del otro, el impulso a crear un orden de paz donde los ciudadanos vivan tranquilos con la seguridad de sus derechos. De ellas resultan dos



Una de esas nuevas modalidades que el constante evolucionar de la vida nos ofrece en la actualidad, y en intensidad suficiente para llamar nuestra atención, es la que vamos a examinar en las presentes notas: los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que en él se construyan.

Vamos a intentar exponer los rasgos fundamentales de varios de los diversos ropajes negociales que el fondo sustancial de la operación antes indicada puede revestir, tanto en su aspecto civil como desde el punto de vista fiscal, aspecto éste que en la práctica no cabe olvidar ya que como dice SALIS (4) aunque parezca absurdo, el gozar de un beneficio fiscal depende (5) sólo del modo formal por el que las partes consignan el fin sustancial que se proponen (6).

Una característica común a todos esos negocios es que la finalidad perseguida consiste en lograr la adquisición de un bien futuro: el local, vivienda, piso o pisos que se han de construir, como contraprestación a la entrega de un bien actual: el solar. Además se caracterizan por su onerosidad.

exigencias en la formulación de cada ley: de la primera, la de que la formulación no sea demasiado rígida y deje siempre un margen al arbitrio prudente; de la segunda por el contrario, la de que la formulación sea lo bastante precisa, respecto a los derechos y deberes de cada uno...». A esas dos tendencias responden los dos factores que al decir de algunos juristas concurren en las normas: uno dinámico y otro estático. El primero obedece «a la necesidad de prestar atención a las necesidades y concepciones sociales cambiantes y adaptarse a ellas» (cfr. HANS NAWLASKY, «Teoría General del Derecho», Trad. de la 2.ª ed... por el Dr. José Zafrá Valverde... Madrid, 1962, pág. 128), y el segundo «corresponde a la función que la norma jurídica tiene de establecer reglas para el comportamiento futuro, que han de ser observadas y que, por esta razón, deben ser previsibles y ponderables en relación con las consecuencias ligadas a ellas... El justo equilibrio entre estas dos exigencias impone una constante vigilancia por parte de las fuerzas creadoras del Derecho» (NAWLASKY, op. y loc. cit.).

En todo caso es aconsejable la mayor moderación en la tarea de crear nuevas normas jurídicas, considerando que no siempre es deseable la aparición de nuevas formulaciones escritas. Como dice ALVARO D'ONS («Posibilidades de investigación en Derecho romano», en «Arbor», VIII, 22, julio-agosto 1947, pág. 69) «un jurista bien formado en la técnica jurídica de los romanos no será amigo de las reformas legales, sino de los enderezamientos prácticos y doctrinales. Los juristas, los jueces y los notarios, deben ser los reformadores del derecho; el legislador cuanto más se abstenga de intervenir en la marcha de la vida jurídica mejor». Sobre los excesos legislativos, vid. BATLER, «De la profusión de normas jurídicas», en Anales de la Universidad de Murcia, Vol. XX, núm. 3-4.-Derecho.-Curso 1961-62.

(4) «Acquisto di appartamenti in edificio da costruire», en Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile, año 1960, pág. 54.

(5) O puede depender, diremos nosotros.

(6) Sobre el peligro de deformación de la técnica jurídica por efecto de las leyes fiscales, véase UÑA, «Derecho fiscal y Derecho Mercantil», conferencia pronunciada el 25 de abril de 1944, publicada en Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. II, 2.ª edición, Madrid, 1950, págs. 273 y sgtes., y más especialmente págs. 282 y sgtes.

Bienes futuros son aquellos «*quae non sunt in rerum natura*». La doctrina distingue, como lo hace BRONDI (7), entre bienes futuros subjetivamente que son los que existiendo «*in rerum natura*» no forman parte actual del patrimonio del disponente: se trata de bienes ajenos, y los negocios sobre ellos son negocios sobre cosas ajenas (venta de cosa ajena, legado de cosa ajena, etc., y bienes futuros objetivamente, que son los que no existen en el patrimonio de nadie: sencillamente no existen en la naturaleza. Ahora bien, cuando en estas notas hablamos de bienes futuros, nos referimos a los bienes futuros en sentido estricto, es decir, a los bienes futuros objetivamente.

Como es lógico, la persona que transmite la propiedad del solar, quiere obtener garantías acerca de la obtención de la adecuada y prevista contraprestación: la adquisición de la propiedad del piso o local, garantía que en la práctica habrá de cohonestarse con el interés del adquirente del solar en lograr la propiedad de éste libre de cargas y gravámenes con el fin de poder acudir él al crédito ofreciendo en garantía dicho solar (8).

Pero, entonces, desde el punto de vista del transmitente del solar, la dificultad estriba en que el derecho real no puede —por definición— recaer sobre un bien futuro. Y aunque se admitiera conceptualmente tal posibilidad ¿cómo adquirir tal derecho? No cabe la ocupación ya que no puede aprehenderse materialmente un bien que no existe; ni la usucapión que exigiría una posesión del bien, aquí imposible. Tampoco es posible acudir al contrato puro seguido de tradición actual del bien futuro, ya que la tradición real no podría llevarse a efecto, ni la tradición fingida en cualquiera de sus formas, que presuponen en todo caso la existencia actual de la cosa cuya posesión se transmita (8 bis). Desde luego no cabría la tradición instrumental al amparo del art. 1.462 del Código civil, ya que como reiterada jurisprudencia tiene declarado, para que el otorgamiento de la escritura pueda significar tradición es preciso que el

(7) «Los bienes». Trad. de la 2.^a ed. italiana, revisada y ampliada por A. de la E. MARRÍNEZ-RADIO, Barcelona, 1961, pág. 257.

(8) Téngase en cuenta que, dado el elevado costo de los edificios modernos, para financiar su construcción se acude en la práctica al préstamo con garantía hipotecaria. Y muchas entidades no conceden dinero a préstamo si no es con garantía de *primera* hipoteca.

(8 bis) En contra BONET CORREA, en «La Servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», Rev. Derecho Notarial, IX, Núms. XXXIII-XXXIV, Julio-Diciembre 1961, pág. 270, en donde afirma que en la «venta futura» de un inmueble «se ha producido la tradición ficta por la inscripción de la escritura o de la simple inscripción que puede llevarse a cabo de tal transacción».

vendedor posea real y efectivamente la finca que vende (9). Ciertamente que estos argumentos no valdrían para derechos reales como el de hipoteca y servidumbre negativa en que se admita que pueden adquirirse sin necesidad de tradición, pero una y otra presuponen en el sujeto pasivo (de la hipoteca y de la servidumbre) un derecho real sobre el presunto bien futuro que se pretende hipotecar o gravar, derecho real que, sí, exigiría tradición (9 bis). Por lo que respecta a la donación, expresamente lo prohíbe el art. 635 del Código civil. En cuanto a la sucesión testada o intestada, exigirían que el derecho real sobre el bien futuro existiera en el patrimonio del causante, para cuya adquisición por éste habría de acudir a otros medios que ya vemos no existen. Y en fin por lo que respecta a la ley, que determine dicha adquisición, ésta no existe.

Ahora bien, un piso meramente proyectado es un bien futuro, y la Ley Hipotecaria, después de la reforma ordenada por Ley de 21 de julio de 1960, en el n.º 4.º de su art. 8.º, después de permitir la inscripción de los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluída o, por lo menos, comenzada, en el segundo párrafo de este número, inciso último, dispone que «En la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los *pisos meramente proyectados*».

¿Cabe hablar de derechos reales sobre pisos meramente proyectados? ¿Cabe hablar de régimen de propiedad horizontal con pisos meramente proyectados?

Insistimos en nuestra posición primeramente expuesta y anticipamos, por tanto, una conclusión negativa.

Como dice BATLLE (10) «Un piso meramente proyectado no tiene entidad real... sin perjuicio de que el derecho a construirlo limite la propiedad de la parte del edificio existente», «en términos muy semejantes, si no idénticos, al derecho de superficie o al derecho de sobreelevación».

La inscripción en el Registro de la Propiedad de los pisos meramente proyectados y de las reglas contenidas en el título y en los Estatutos, facilitarán en su día el nacimiento y la puesta en marcha de la propiedad horizontal, y hasta puede juzgarse muy conveniente la previa inscripción cuando aun no ha surgido la propiedad horizontal, dadas las complejidades, las delicadas relaciones jurídicas que trae consigo esta institución y las dificultades de un acuerdo de los dueños de los diversos pisos

(9) Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 25 noviembre de 1917, 25 octubre de 1934 y 9 de enero de 1941.

(9 bis) Sobre el supuesto concreto de hipoteca, véase el texto y además argumentos de ROCA SASTRE, citado en nota 14.

(10) «Las casas divididas por pisos y el Registro de la Propiedad». Separata de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núms. 394-395, Madrid, 1961, págs. 6 y 11.

desde el primer momento de la adquisición de su derecho. Pero ello no obstante, la inscripción previa del proyecto no tiene virtualidad suficiente para transformar lo que hoy es una cosa puramente imaginaria, un bien futuro, en un bien realmente existente; aparte de que la inscripción, en este caso, bien claramente proclamaría que se trata de un piso meramente proyectado, y sobre un bien que *hoy* no existe, no cabe *hoy* un derecho real.

No cabe, pues, hablar de derecho real sobre el piso meramente proyectado, ni, por supuesto, de régimen de propiedad horizontal sobre pisos meramente proyectados. De admitir tal posibilidad llegaríamos a consecuencias absurdas, a configurar una serie de relaciones jurídicas sobre fincas imaginarias, con vida puramente conceptual.

IGLESIAS CUBRIA (10 bis) para los supuestos en que no sea necesario desplazamiento posesorio, como en la hipoteca, «siempre que la especial configuración del negocio y los intereses de las partes no sufran detrimento...» admite que «la preexistencia *in rerum natura* puede total o parcialmente ser dispensada...».

Sin embargo, ninguno de los ejemplos que cita (11) nos parecen suficientemente convincentes. Es cierto que la Ley de protección y renovación de la flota de 12 de marzo de 1956, admite en su art. 11 la «...hipoteca sobre el buque para cuya financiación se solicite el préstamo...», pero obsérvese que dicho artículo se refiere a los préstamos que se otorguen a las Empresas españolas «de acuerdo con lo establecido en la Ley de 2 de junio de 1939», y conforme al art. 25 del Reglamento para la aplicación de dicha Ley, aprobado por Decreto de 15 de marzo de 1940 «Para que el mismo buque que se trate de construir se acepte en garantía hipotecaria se requerirá que haya sido ya invertido en su construcción la 3.^a parte de la cantidad total presupuestada...», con lo cual excluye se trate de un bien futuro, ya que existe una base real sobre la que recae la hipoteca desde el primer momento. El legislador parece resolver así el problema que ha preocupado a la doctrina científica acerca de cuándo, en qué momento, el conjunto de materiales empleados para la construcción, asumirá la característica de nave, acudiendo para ello más que a un criterio técnico de arquitectura naval, a un criterio puramente económico (12). Algo parecido podríamos decir respecto de las hipotecas

(10 bis) «Los derechos patrimoniales eventuales (Estudio de las situaciones jurídicas de pendencia)», Oviedo, 1961, I, pág. 251.

(11) Op. cit., págs. 250 y sgto.

(12) La Ley de hipoteca naval de 21 de agosto de 1893, en su art. 16, exige, para que pueda constituirse la hipoteca sobre la nave en construcción que esté invertida en ella la tercera parte de la cantidad en que se haya presupuesto el valor total del casco. Sobre criterios doc-

de las aeronaves en construcción que la Ley de hipoteca mobiliaria de 16 de diciembre de 1954 admite en el párrafo 3.º de su art. 38 siempre que «se hubiere invertido un tercio de la cantidad total presupuestada», cuidando dicho párrafo de añadir que «La inscripción provisional en el Registro mercantil deberá convertirse en definitiva una vez terminada la construcción». Y en fin, respecto a la finca en construcción a que se refiere el art. 3.º del Decreto de 21 de agosto de 1956 sobre concesión de préstamos por Bancos privados para construcción de viviendas de renta limitada, y que también cita IGLESIAS CUBRIA (13), obsérvese que se trata de algo más que un mero proyecto: existe una base real que es el propio solar, y por otro lado el citado Decreto se cuida muy bien de aciarar que «...la efectividad del préstamo tenga lugar contra presentación de las correspondientes certificaciones de obra ejecutada que justifique haber sido invertida en dicha obra la aportación inicial a cargo del promotor y el importe del anticipo concedido por el Instituto nacional de la Vivienda...» (14).

Ahora bien, si no cabe hablar de derechos reales, ni, por supuesto, de propiedad horizontal, cuando los pisos están meramente proyectados, ¿cuándo surge el régimen de propiedad horizontal?

Entendemos que, para el nacimiento del régimen de propiedad horizontal, precisa, no sólo que los pisos tengan realidad física (15), sino que pertenezcan a distintos propietarios; basta que haya dos propietarios de pisos distintos, pero en todo caso se exige que haya más de uno. Cuando el edificio, ya construido, sigue perteneciendo al propietario único (o a varios propietarios pero en comunidad, pro-indiviso, sin determinación concreta del piso que corresponde a cada uno de ellos en propiedad exclusiva), no puede hablarse de régimen de propiedad horizontal. Cabrá, sí, la posibilidad de derechos reales concretados a pisos determinados, siempre que en el Registro consten inscritos dichos determinados pisos

trinales acerca del momento en que la construcción asume la característica de nave, vid. BRUNETTI, «Derecho marítimo privado italiano», Versión española por GAY DE MONTELLA, Barcelona, 1950, I, págs. 537 y sgte.

(13) Op. cit., págs. 250 y sgte.

(14) Acerca de la hipoteca de bienes futuros, concretamente de pisos meramente proyectados, y en sentido contrario a su admisibilidad, vid. ROCA SASTRE, «Instituciones de Derecho Hipotecario», T. IV, 5.ª ed. Barcelona, 1954, págs. 301 y sgte.

(15) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, en «La Ley de Propiedad horizontal en el Derecho español», Madrid, 1962 págs. 183 y sgtes., admite la posibilidad de nacimiento de la propiedad horizontal, estando el edificio en construcción, siempre que se hayan comenzado a vender sus pisos y locales y se hubiere otorgado el título constitutivo.

de conformidad a lo dispuesto en el art. 8.º de la vigente Ley Hipotecaria (16).

La vigente Ley sobre la Propiedad horizontal de 21 de julio de 1960, no exige expresamente para que surja el régimen de propiedad horizontal, la existencia de varios propietarios de pisos distintos y determinados pero implícitamente lo da por supuesto hasta el punto de que a lo largo de su articulado se refiere constantemente a dichos varios dueños. Así en el art. 3.º expresa que «...corresponde al dueño de cada piso o local:...

b) La copropiedad, con los *demás dueños* de pisos o locales...», y en el párrafo siguiente habla de comunidad y de acuerdo unánime. En el art. 6.º se refiere al «*conjunto de propietarios*». Conforme al art. 7.º el propietario de cada piso debe dar cuenta de ciertas obras a quien represente a la *comunidad*. En el art. 8.º exige para ciertas obras la aprobación de la *junta de propietarios*. En el art. 9.º impone entre otras obligaciones, a *cada propietario* «1.ª Respetar las instalaciones generales o en provecho de *otro propietario* incluidas en su piso.—2.ª Mantener en buen estado de conservación su propio piso e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la *comunidad o a los otros propietarios*... 3.ª Consentir en su piso las reparaciones que exija el servicio del inmueble, y permitir en él las servidumbre imprescindibles requeridas por la creación de *servicios comunes de interés general, acordadas por las cuatro quintas partes de los propietarios*... teniendo derecho a que la *comunidad* le resarza los daños y perjuicios.—... 5.ª Contribuir... a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble» y otros gastos comunes, declarando en el párrafo siguiente que el «crédito a favor de la *comunidad de propietarios*» es preferente a cualquier otro. «6.ª Observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus *relaciones con los demás titulares*...». En el art. 10.º prevé la *disidencia* de un propietario respecto a los acuerdos válidamente adoptados para ciertas innovaciones. En el art. 11 somete la posibilidad de construcción de nuevas plantas y de realización de otras alteraciones al régimen establecido para la modificación del título constitutivo, previsión ésta que sería absurda tratándose de un solo propietario. Y en fin en los artículos 12 y siguientes regula la *Junta de propietarios* y el régimen de administración sobre la base de existencia de varios propietarios.

Pero es más, la disposición transitoria Primera declara que «La presente Ley regirá todas las *comunidades de propietarios*, cualquiera que sea el momento en que fueron creadas...», y en el segundo párrafo de

(16) Y esta exigencia de que consten inscritos es para que el derecho real concretado a piso determinado pueda a su vez inscribirse en dicho Registro de la Propiedad.

dicha disposición que «las comunidades de propietarios deberán adaptar sus estatutos» a lo dispuesto en la Ley, en el plazo que señala.

Ciertamente que el actual art. 396 del Código civil no se expresa de modo tan tajante como lo hacía en su redacción originaria según la cual «Cuando los diferentes pisos de una casa pertenezcan a *distintos propietarios...* (17), pero que sigue contemplando la hipótesis de que efectivamente se trate de diversos propietarios no cabe la menor duda, y así habla de «partes en copropiedad», de «derechos de copropiedad» sobre ciertos elementos del edificio, y en el último párrafo declara que «esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la *voluntad de los interesados*», en plural.

La doctrina científica admite expresa o tácitamente que deben existir varios propietarios para que surja el régimen de propiedad horizontal. BATLLE (18) al estudiar el nacimiento de esta forma de propiedad contempla los supuestos de división entre copropietarios pro-indiviso de un edificio entero, de enajenación de los pisos por el propietario de la casa entera, y en fin, de construcción del edificio por o para los propietarios de los diversos pisos del edificio, todos los cuales suponen la existencia de diversos propietarios. A propósito del último (19), entiende que «la institución de que nos ocupamos sólo despliega sus totales efectos concluida la edificación y adjudicadas sus viviendas».

VENTURA-TRAVERSET (20) considera como fenómeno característico de esta propiedad la «multiplicidad de propietarios».

Y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (21), considera esencial para que nazca la propiedad horizontal, entre otros requisitos el de que los pisos pertenezcan a distintos propietarios.

Creemos, pues, que la posibilidad de que en el Registro de la Propiedad consten inscritos el piso o los pisos meramente proyectados, e incluso las reglas contenidas en el título y en los Estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad conforme al número 4.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, no contradicen nuestra posición acerca

(17) En la redacción dada por Ley de 26 de octubre de 1939 se decía que «Si los diferentes pisos de un edificio o las partes de piso susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, perteneciesen a *distintos propietarios...*».

(18) «La propiedad de casas por pisos», 4.ª ed. Alcoy, 1960, págs. 73 y sgtes.

(19) Op. cit., pág. 80.

(20) «Derecho de propiedad horizontal...», Barcelona, 1961, pág. 38.

(21) Op. cit., págs. 182 y sgtes.

de la imposibilidad de existencia actual de derechos reales sobre bienes futuros.

Pues bien, cuando el dueño de un solar (22), ofreciendo el valor de dicho suelo representado en el derecho de propiedad que sobre él ostenta, pretende adquirir la propiedad de uno o varios de los pisos o locales en el edificio que se construya en dicho suelo por el cesionario del solar, puede acudir a varios medios que el ordenamiento jurídico le ofrece para conseguir su propósito, de los cuales vamos a examinar tan sólo los siguientes:

1. *Contrato de permuta.*—Por este medio, el dueño del solar se obliga a transmitir a otra persona la propiedad del mismo, y, como contraprestación se obliga el adquirente a entregar a aquél la propiedad de uno o varios pisos o locales en el edificio que al efecto ha de construir en el referido solar, en un plazo determinado, y cuyas características se detallarán en la propia escritura.

La posibilidad de este negocio no ofrece en nuestro Derecho las dificultades planteadas en otros ordenamientos como el italiano, en donde, operándose la transmisión del dominio por virtud del mero consentimiento contractual, sin necesidad de tradición, no cabe que tal negocio de transmisión actúe sobre un bien futuro, teniendo que recurrir la doctrina para explicar el régimen de estos negocios a figuras tales como la del negocio bajo condición o al precontrato (23).

En nuestro ordenamiento, a la vista del art. 1.538 del Código civil (24) en relación con el 1.271 (25) y el 1.255 (26) de dicho Cuerpo legal, creemos puede concluirse que es admisible este negocio de permuta.

En virtud de este contrato el dueño del solar transmitirá normalmente la propiedad del solar a la otra parte contratante mediante la tradición instrumental conforme al art. 1.462, aplicable a este caso por imperio de lo dispuesto en el art. 1.541.

El transmitente del solar no adquirirá inmediatamente, obvio es decirlo, la propiedad del piso en el edificio que ha de construir la otra parte; lo que adquiere actualmente es un derecho de crédito dirigido a exi-

(22) Prescindimos de intento por no alargar demasiado este trabajo, del estudio del problema de capacidad y legitimación para el otorgamiento de estos negocios.

(23) Vid. IGLESIAS CUBRIA, op. cit., pág. 217.

(24) «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra».

(25) «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras...».

(26) «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral, ni al orden público».

gir a la contraparte el cumplimiento de la obligación por ella asumida. En virtud de este derecho podrá exigir a la contraparte la realización de las obras conducentes a la «producción» de la cosa futura, es decir, del piso o local del edificio, en los términos pactados en el contrato, y una vez surgido a la realidad física, es decir, una vez que el piso o local se halle completamente construído, podrá exigir la entrega de la posesión de dicho piso.

Ni siquiera adquirirá, antes de que el piso o local se halle construído, un derecho real actual sobre los elementos comunes ya existentes como el solar: BONET CORREA (27) a propósito de la venta del apartamento antes de su construcción, parece dar por supuesto que en estos negocios hay una inmediata transferencia de derechos sobre el solar, «puesto que la adquisición del apartamento no sólo comporta éste exclusivamente, sino también... las partes de copropiedad», sobre los elementos comunes del edificio entre los que se halla el suelo conforme al art. 396 del Código civil.

Ahora bien, sin perjuicio de admitir la posibilidad de que expresamente se pacte una inmediata transferencia de derechos sobre el solar —en nuestro caso sería una reserva de derechos y transmisión de las restantes participaciones sobre el solar— negamos que dicha transferencia se produzca de inmediato en los supuestos normales en que nada se haya pactado sobre el particular: la participación en los elementos comunes del edificio es aneja a la propiedad separada del piso. Dice el art. 396 del Código civil que la propiedad del piso o local «llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute...». En tanto no se produzca la adquisición del piso o local no se adquirirán los derechos, o mejor, el derecho, de copropiedad sobre los elementos comunes.

Aparte de que la opinión que impugnamos, conduciría a un tratamiento jurídico del caso que contemplamos, distinto al que estamos verificando, como tendremos ocasión de comprobar más adelante.

Con la entrega de la posesión del piso o local, surgirá el derecho de propiedad de éste, y con él, según venimos repitiendo, la aneja participación en los elementos comunes del edificio.

Naturalmente que si otra cosa no se ha pactado, la entrega del piso o local habrá de hacerse libre de cargas y sin más limitaciones que las que deriven del régimen de propiedad horizontal que conviene pactar en la misma escritura de permuta, y que surgirá a la vida del Derecho, se-

(27) «La servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», en Revista de Derecho Notarial, Año IX, Núms. XXXIII-XXXIV, julio-diciembre, 1961, pág. 275.

gún antes exponíamos, en el momento mismo en que adquirirá la propiedad del piso o local el permutante que entregó el solar, o antes si hubiese habido transmisión de otro piso o local a persona distinta del que era único propietario del edificio.

El adquirente del solar podrá instar el expediente para la calificación de las viviendas del edificio como de renta limitada, subvencionadas en su caso, y percibir, si se concedieran, las correspondientes subvenciones.

Tendrá, dicho adquirente del solar, plena libertad para hipotecarlo en garantía de préstamos que obtenga con los que podrá financiar la construcción. Para el acreedor del adquirente del solar no supondrá ningún obstáculo la obligación que asumió éste de transmitir un piso o local al otro permutante, ya que el incumplimiento de esta obligación, si no se halla reforzada con alguna garantía real o con la expresión de que la falta de entrega del piso o local en el tiempo convenido operará como condición resolutoria expresa —y esto se hace además constar en el Registro de la Propiedad—, desenvolverá sus efectos en el ámbito puramente obligacional, sin que pueda afectar a sus derechos como tal acreedor hipotecario (28).

La obligación de entregar el piso o local libre de cargas exigirá que el adquirente del solar que tenga que acudir al préstamo con garantía hipotecaria para financiar la edificación, tome sus oportunas previsiones.

No nos cabe duda acerca de la posibilidad de hipotecar el solar o mejor, la finca urbana, consistente en el momento de constitución de la hipoteca en un solar edificable. Rechazamos que un bien futuro sea susceptible de hipoteca, pero admitimos plenamente que la hipoteca de un solar, pueda extenderse a todo cuanto se edifique en dicho solar, al amparo del número 1.º del art. 110 de la Ley Hipotecaria mediante pacto expreso en ese sentido, que aun cuando no lo prevé dicho precepto lo creemos perfectamente admisible.

En estos casos la práctica seguida consiste en constituir la hipoteca sobre el solar que se describe. Se manifiesta el proyecto de edificación con todos los detalles exigibles por la legislación vigente para su inscripción, y se añade que la obra nueva se entenderá declarada mediante la oportuna certificación de obra expedida por el Arquitecto que la dirija. Se pacta la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones o elevaciones a medida que se van produciendo y se conviene asimismo un sistema de entrega de las cantidades prestadas conectadas con las certificaciones de obra y mediante las oportunas actas de entrega.

El adquirente del solar deberá procurar la distribución de la responsa-

(28) Cfr. art. 37 Ley Hipotecaria.

bilidad hipotecaria entre los diversos pisos y pactar la posibilidad de devolución total o parcial del préstamo antes del plazo fijado para el vencimiento del mismo (29). De esta suerte, llegado que sea el momento de entregar el piso o local permutado, podrá previo pago del principal e intereses en su caso a cuya responsabilidad está afecto el piso o local, exigir la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto afecte al mencionado piso.

De este modo podrá cumplir su obligación de entrega del piso libre de cargas.

Dicha entrega del piso deberá constar en escritura pública para su adecuada inscripción en el Registro de la Propiedad.

Pero no vemos inconveniente en que se pacte en la escritura de permuta que se entenderá entregada la cosa permutada, y transferida en consecuencia su propiedad, por la mera constancia de la terminación de la obra en el oportuno documento, bastando al efecto la certificación de obra del Arquitecto. Nos basamos en la aplicación analógica del art. 1.462 del C. c., aplicable, según dijimos a la permuta: en el mismo instrumento público de permuta, que bastaría por sí, en virtud del mentado precepto, para entender entregada la cosa permutada, siempre que el transmitente se hallare previamente en su posesión, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (30) se difiere dicha entrega (instrumental) al momento del nacimiento de la cosa, de la ultimación de la construcción del piso o local, siendo el certificado del Arquitecto, meramente complementario de dicha escritura.

La permuta que estudiamos plantea interesantísimos problemas que lamentamos no poder desarrollar por el reducido tiempo de que disponemos para su exposición.

Quizá uno de los más importantes es el de precisar si la obligación de construir el piso o local asumida por el adquirente del solar, imprime al contrato características especiales que lo acercan al contrato de obra, alejándolo en la misma medida de la permuta.—En definitiva podríamos trasplantar aquí el problema ya planteado por los juristas romanos (31) y

(29) Para evitar que ante un pago anticipado, el acreedor se opusiera alegando el artículo 1.127 del Código civil conforme al cual «Siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro».

(30) Sentencias entre otras de 10-II-1909, 25-XI-1917, 22-III-1930, 25-X-1934, y 9-I-1941, si bien no aplica esta doctrina cuando la finca transmitida se halla inscrita a favor del transmitente, según reconoce en Sentencia de 21-XII-1905, ni cuando el comprador inscribe su escritura de venta (S. de 20-I-1912).

(31) I, III, XXV, D. XIX, II, 2.

resuelto en aquel ordenamiento: habrá venta cuando el contratista suministre los materiales, arrendamiento de obra cuando pone sólo su trabajo o industria. Si el contratista además de su industria o trabajo suministra sólo parte de los materiales podrá servirnos el criterio de POTHIER (32) y entender que cuando los materiales que suministra el contratista son lo accesorio, entonces se trata de un arrendamiento de obra. Las dudas pueden surgir en el caso concreto cuando debe entenderse principal o accesorio el suministro de materiales por el contratista. El mismo POTHIER, en el supuesto de la edificación de una casa, considera elemento básico para determinar la naturaleza jurídica, la aportación o suministro del solar, «puesto que el terreno... es lo principal que hay en una casa...» (33). Siguiendo esta misma línea de pensamiento, de distinguir cuando lo que suministra el contratista además de su trabajo es principal o accesorio, se llega a distinguir aun en los casos en que el contratista suministre trabajo y materiales conjuntamente, cuál de los dos elementos, trabajo o materiales, debe ser considerado como principal para calificar de venta cuando lo importante sean los materiales, y de arrendamiento de obra o contrato de empresa cuando lo importante sea el trabajo, en cuya determinación se concede una especial importancia a la voluntad de las partes.

Con criterio general, y aun reconociendo que en este campo debe concederse al juez un gran margen de apreciación, propone RUBINO (34) se considere arrendamiento de obra, o empresa, si el suministro de la materia es un simple medio para la prestación de la obra, y el trabajo constituye el fin del contrato; y por el contrario hay venta si el trabajo es simplemente un medio para actuar la transformación de la materia.

Conforme a este criterio, en el caso que nos ocupa tendremos que calificar el negocio jurídico concluído, de permuta. Lo que no será obstáculo para que se apliquen al negocio algunas de las normas propias del contrato de obra o empresa, como son las que regulan la responsabilidad del contratista o arquitecto en caso de ruina del edificio, concretamente, artículo 1.591, y ello no sólo por la razón que expone RUBINO (35) de que las normas dictadas para un tipo contractual, relativas a una prestación característica de éste, pueden ser aplicadas también a un contrato perteneciente a diverso tipo cuando en un caso concreto, en este último se halle injertada la prestación característica del primer tipo, sino también porque si esa responsabilidad que se impone en el art. 1.591, se establece,

(32) «Oeuvres...», T. IV, París, 1821, pág. 478.

(33) Op. cit., pág. 479.

(34) «La compravendita», Vol. XXIII del «Trattato di Diritto civile e commerciale» de CICU y MESSINEO, Milán, 1952 págs. 161.

como dice TRAVIESAS (36), siguiendo a GUILLOUARD a quien cita, en favor de cualquier propietario que adquiriera el edificio siempre que la reclamación se efectúe en el tiempo que señala el artículo antes citado, en cuya idea abunda la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1961 que por otro lado reconoce implícitamente se trata de una acción que garantiza el dominio y defiende los derechos inherentes a la propiedad, sería absurdo que se admitiera la posibilidad de aplicación de este artículo cuando el adquirente del solar encargara la realización de la obra a un tercero, y no se pudiera aplicar cuando el adquirente del solar fuere el contratista mismo.

Ciertamente que en el Código civil se señalan reglas especiales que determinan la responsabilidad por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida (arts. 1.484 y sgtes.) aplicables a la permuta conforme al artículo 1.541 tantas veces citado, pero como advierte RUBINO (37) la disciplina de la garantía por vicios en la compraventa, se refiere sólo a las hipótesis normales en que el vendedor no haya asumido una obligación de hacer (en sentido estricto) y precisamente de construir la cosa, mientras que en el caso que nos ocupa, se podrá aplicar el mencionado art. 1.591 en consideración a la obligación de construir el edificio que el permutante había asumido contractualmente.

En cuanto al régimen fiscal de este negocio, la adquisición del solar tributará conforme al art. 11 del Reglamento para la aplicación de la Ley de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisión de bienes de 15 de enero de 1959, al tipo del 6 por ciento de su valor. El otro permutante por la adquisición del piso o local que ha de adquirir tributará al tipo del 6 por ciento. No creemos pueda exigirse el impuesto por el concepto de contrato de ejecución de obras, porque el propio Reglamento resolviendo las dudas que la prestación de la obra pudiera presentar acerca de la calificación del contrato y que antes expusimos, considera en el número 5 del art. 18 aplicable el tipo de la compraventa cuando la obra o edificación contratada se realice en terrenos de la propiedad del contratista y se comprenda el valor del solar en el precio de la contrata. En esta hipótesis de permuta se comprende el valor del suelo o de la participación correspondiente en los elementos comunes, entre ellos el solar, que adquirió el contratista, en la contraprestación satisfecha (el solar) por la contrata. Y habiendo satisfecho o habiendo de satisfacer ya por el concepto de permuta (al tipo del seis por ciento) no debe duplicarse el pago.

Ahora bien, si no por el concepto de la prestación de obra, sí habrá

(35) Op. cit., pág. 164.

(36) «Contrato de arrendamiento» en *Revista de Derecho Privado*, VI, año 1919, pág. 45.

(37) Op. y loc. cit.

de tributar por la declaración de obra nueva, el contratista por el concepto de contrato mixto de ejecución de obras con suministro, al tipo del 2,25 por ciento, conforme al número 7 del art. 18 del citado Reglamento en relación con el art. 59 del mismo.

La adquisición del solar y la declaración de obra nueva tributarán con motivo del otorgamiento de la escritura de permuta, efectuándose la oportuna liquidación al presentar el documento en la Oficina Liquidadora y exigiéndose el impuesto en la forma ordinaria. Respecto al piso o local futuro que ha de adquirir el otro permutante, entendemos será aplicable el número 6 del art. 57 del Reglamento del Impuesto, conforme al cual «Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida de derecho por la concurrencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra manera de limitación, se entenderá realizada el día en que la limitación desaparezca, ateniéndose a esta fecha tanto para determinar el valor de los bienes como para aplicar los tipos de tributación». Cuando la obra se termine, deberá presentarse nuevamente la copia de la escritura de permuta con el documento en su caso que acredite la entrega del piso o local, o bien en lugar de este último documento la simple certificación de obra en su caso.

Si el edificio que se va a construir en el solar que adquiere el contratista se destina a viviendas de renta limitada, la adquisición del solar quedará exenta del impuesto de derechos reales, siempre que se manifieste en la escritura el destino a que se dedicará el solar (construcción de un edificio para viviendas de renta limitada) y se solicite la exención, de conformidad al art. 6 del Reglamento del Impuesto, letra A, número 59, art. 25 del Reglamento de viviendas de renta limitada de 24 de junio de 1955 y demás aplicables (38). La exención será declarada con carácter provisional al presentar la escritura de permuta en la Oficina Liquidadora y quedará condicionada, conforme al párrafo penúltimo del número 59, letra A, art. 6.º del Reglamento del impuesto antes citado, al cumplimiento de los requisitos que en cada caso se exigen por el mismo y las disposiciones a que se remite. Lo mismo cabe decir de la declaración de obra nueva.

Por lo que respecta a la adquisición del piso o local, a la vista de lo que dispone el último párrafo del repetido número 59, letra A, art. 6.º del Reglamento del impuesto, según el cual «Quedarán sin efecto las exenciones provisionalmente concedidas, en cuanto a la parte transmitida, en caso de cesión a título oneroso de los terrenos y edificaciones que en ellos

(38): Vid. BASCÓ Y RIVAS, «Impuestos de derechos reales y sobre transmisiones de bienes», Madrid, 1960, I págs. 150 y sgtes.

podieran haberse construido, total o parcialmente, si la transmisión se realizara antes de la obtención de la cédula de calificación definitiva...» creemos conveniente subrayar la conveniencia de que en el negocio de permuta se destaque que la transmisión y consiguiente adquisición del piso o local por parte del contratante que dió en permuta el solar, tendrá lugar previa entrega real o meramente instrumental de su posesión, una vez que, terminada su construcción y declarada la obra nueva, se obtenga la calificación definitiva de viviendas de renta limitada, debiendo consignarse la entrega en instrumento público.

De otro modo, podría quedar privado de los beneficios fiscales concedidos a dicha adquisición por las normas examinadas (39).

La Resolución del Tribunal Económico administrativo central de 17 de diciembre de 1957, declara que no es aplicable la exención si la obra no está terminada y lo que se transmite es un local meramente proyectado.

Y la de 24 de febrero de 1959 de dicho Tribunal, declara asimismo no exenta la primera transmisión de una vivienda en construcción, que en el momento en que la transmisión se contrata por documento privado no ha obtenido la calificación definitiva, aunque después la obtenga con anterioridad a la fecha en que se ratifica el contrato privado por una escritura pública.

El inconveniente que presentará para el adquirente del piso o local será en todo caso el de que su adquisición se califique de primera transmisión, y por tanto no gozar ya de la exención las futuras transmisiones que dicho adquirente pueda a su vez realizar en lo futuro, ya que el apartado f), número 59, letra A del repetido artículo 6 del Reglamento del impuesto concede la exención a la primera transmisión de dominio, y siempre que tenga lugar dentro de los seis años siguientes a la fecha de su calificación definitiva, quedando por tanto fuera de esta ventaja las ulteriores transmisiones.

2. *Constitución de comunidad.*—Aparece a primera vista como una variante de la permuta en que, el dueño del solar se obliga a transmitir

(39) Claro está que una recta interpretación del art. 6.º, letra A, número 59 del Reglamento del impuesto, apartado a), deberá conducir a la exención de la adquisición del piso o local, sin la distinción que hacemos en el texto, puesto que en el referido apartado se declaran exentos: «Los contratos de... adquisición por título oneroso... de terrenos destinados a la construcción de aquellas viviendas», no se refiere, para declarar la exención solamente a la adquisición, sino al contrato que forma indudablemente una unidad. El negocio que contemplamos, permuta, es precisamente un contrato de adquisición por título oneroso (la contraprestación por la adquisición del solar es la obligación de realizar la construcción del piso o local y entregar su propiedad a la contraparte) de un solar destinado a la construcción de las referidas viviendas.

a otra persona, en vez de la entera y exclusiva propiedad del solar sólo ciertas participaciones proindivisas en el pleno dominio de dicho solar, obligándose la otra parte, como contraprestación, a entregar a aquél la propiedad de uno o varios pisos o locales en el edificio que al efecto ha de construir en el referido solar (40).

Pero estudiamos esta modalidad por separado por cuanto plantea problemas específicos en su configuración, a algunos de los cuales nos vamos a referir.

En virtud de este negocio jurídico (41) complementado por la tradición —en cualquiera de sus especies, y por supuesto también la instrumental—, las participaciones proindiviso en el pleno dominio del solar serán adquiridas por la otra parte, la que se obliga a edificar, y entonces, desde ese momento, quedará constituida una comunidad en la propiedad del solar: es decir, surgirá la figura del condominio en el solar.

Entonces, la edificación será realizada por un comunero, un copropietario —el adquirente de las participaciones proindiviso— sobre suelo común, si bien con pacto expreso de que se distribuya entre ellos la propiedad separada de los diversos pisos o locales edificados, quedando extinguida la comunidad con la división y adjudicación de los diversos pisos, la que deberá efectuarse de conformidad a lo pactado.

Uno de los problemas más interesantes cuyo estudio merece un mayor detenimiento es el de si cabe derogar las normas generales de la accesión en virtud de pacto. En principio por aplicación de dichas normas lo edificado cede al suelo (42). Si el suelo es común, el edificio que en él se construya ha de ser también común. El edificio será común desde el primer momento por incorporación de los materiales al suelo efectuada por el adquirente de las participaciones proindiviso en el pleno dominio del solar (43), sin que se presenten las dudas doctrinales en la interpretación del art. 361 del Código civil que en otros casos ha preocupado a los

(40) Previamente se hace un cálculo del valor del solar y del futuro piso, éste además en relación con el total valor del edificio. La relación que guarde el valor del piso con el total del edificio servirá o podrá servir de módulo para determinar las participaciones proindiviso que el dueño del solar se habrá de reservar.

(41) Naturalmente nos referimos al negocio jurídico puro, sin elementos accidentales que restrinjan sus naturales efectos, y contemplamos el supuesto de dominio pleno sobre el solar, dejando al margen las hipótesis en que sobre dicho solar recayeran gravámenes que limitasen su propiedad.

(42) Cfr. art. 361 Código civil.

(43) Suponemos que sea éste quien edifique. Para el supuesto en que a su vez dicho adquirente de las participaciones contratase la ejecución de la obra con un extraño que se encargase de realizarla, podrán surgir interesantes problemas cuyo estudio dejamos para otra ocasión.

autores acerca de si la propiedad de lo edificado se adquiere, por accesión, antes de pagar la indemnización al que edificó, o sólo después de ésta (44) —como ha proclamado el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de enero de 1928 (45)—. Y no se presentan estas dudas ya que la indemnización por la adquisición de la participación o participaciones proindiviso en el edificio —que se materializará en la propiedad separada de pisos o locales— la ha entregado previamente el originario dueño del solar y ha consistido precisamente en las participaciones proindiviso que el edificante adquirió en el pleno dominio del solar; aparte de que la constitución de esa comunidad ha tenido por causa precisamente la edificación en el solar común como medio para lograr la propiedad separada de pisos o locales.

Pero entonces, si el edificio es común, para lograr la propiedad separada del piso o local, será preciso un acto de división de la cosa común (46) aun cuando esta división sea previamente pactada en el acto mismo constitutivo de la comunidad, a menos que se entienda innecesario acudir a este rodeo y se estime posible derogar convencionalmente las reglas normales de la accesión pactando que el piso edificado que ha de ser entregado al cedente de las participaciones proindiviso en la propiedad del solar, accede, no a la comunidad, sino directamente a dicho cedente, a su participación o participaciones reservadas, mientras que el resto del edificio accede al otro contratante también de un modo directo.

La cuestión ha sido contemplada en Italia por la doctrina y la jurisprudencia a propósito del edificio construido por los condóminos de un solar con pacto previo de distribución y adjudicación de los diferentes pisos (47).

Para la solución del problema SALIS (48) distingue según que la previa distribución de los pisos se haya hecho en proporción a las cuotas de los condóminos o no. En el primer caso admite la posibilidad de que las partes regulen contractualmente el modo de operar la accesión a favor de

(44) Vid. JERÓNIMO GONZÁLEZ, «Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil», Madrid, 1948, II, págs. 257 y sgtes.

(45) Vid. la crítica de esta sentencia y en general los problemas de la edificación en suelo común por un copropietario en SANZ FERNÁNDEZ, «Edificación en suelo ajeno: sus problemas», en ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE VALENCIA.—Curso de conferencias, 1947, págs. 143 y sgtes. y 201 y sgtes.

(46) Sobre cuya admisibilidad no da lugar a dudas el párrafo 2.º del art. 401 del Código civil, adicionado por Ley de 21 de julio de 1960.

(47) Vid. SALIS, «Acquisito di appartamenti...» ya citado en nota 4.

(48) Op. cit., págs. 44 y sgtes.

cada una de ellas que adquirirán originariamente las respectivas partes asignadas. En el segundo, la adquisición a título originario de la respectiva parte atribuida no operará sino a través de la concesión de un derecho de superficie que los condóminos del suelo —a los que se asigne sobre el edificio una parte inferior a su cuota— hacen a favor de aquéllos a los que se asigne una parte superior a dicha cuota.

En nuestra Patria, GULLÓN BALLESTEROS (49) entiende que si bien es cierto que la accesión es un principio fundamental impuesto por la misma ley es esa misma ley la que permite implícitamente la renuncia al admitir la validez del derecho de superficie.

En Francia, el Tribunal de Casación francés, en Sentencia de 20 de marzo de 1939 (50) admite la regulación convencional del derecho de accesión.

Por nuestra parte, no creemos haya serios obstáculos que impidan se pueda configurar el negocio que contemplamos en la forma expuesta de suerte que los pisos o locales accedan a las respectivas participaciones en el solar. Y así estructurado, no cabe duda que todo negocio jurídico de disposición que tenga por objeto la totalidad del solar o del edificio, requerirá el consentimiento de ambas partes.

Y en fin, tanto en esta modalidad como en el supuesto que estudiamos bajo el número 1, bajo la rúbrica «Contrato de permuta» será conveniente que en el contrato queden estipuladas las normas por las que se ha de regir la propiedad horizontal que habrá de surgir con la edificación.

3. *Contrato de empresa.*—La finalidad que persigue el dueño del solar puede también conseguirla a través del contrato de empresa, por dos medios distintos, susceptibles a su vez de varias combinaciones:

a) El dueño del solar conviene con el contratista que a cambio de la ejecución de la obra de la planta baja (o de la planta baja y planta primera, o de la planta baja e inmediatas en elevación, cualquiera que fuese su número, lo que estará en función de la contraprestación que le ha de ofrecer, es decir, del valor del solar) le transmite el *derecho de sobreelevación del edificio*, por encima de la planta o plantas que se reserva el dueño del solar y que se obliga a construir el contratista.

La posibilidad de este contrato la prevé el actual Reglamento Hipotecario en el art. 16, reformado por Decreto de 17 de marzo de 1959. Conforme a este artículo, en su número 2.º: «*El derecho de elevar una*

(49) «La superficie urbana (El derecho de superficie en la Ley del Suelo y Legislación hipotecaria)», Sevilla. 1960, pág. 25.

(50) Véase en MINVILLE, «Dictionnaire des constructions», 13.ª ed. París, 1949, pág. 121.

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 3.º del art. 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».

En virtud de este contrato, una vez perfeccionado con la prestación del consentimiento, el dueño del solar adquirirá un derecho de crédito por el que podrá constreñir al contratista a la realización de la obra en el plazo y en la forma convenida. A tal fin será conveniente detallar todos los extremos relativos a la referida obra, materiales a emplear, piezas o habitaciones, servicios, cimentación, etc., especificando que todos los gastos que origine la referida obra, incluso por la obtención de las correspondientes licencias administrativas previas y honorarios de las personas técnicas que intervengan en la obra, serán a cargo del contratista, con los demás pactos lícitos que en cada caso concreto la prudencia aconseje. Desde luego creemos oportuno consignar en la escritura, no sólo los datos relativos a la obra convenida con el contratista, sino además el proyecto entero de edificación, con descripción de los futuros pisos y elementos comunes, cuotas que hayan de corresponder a cada planta o piso en los elementos y gastos comunes, y normas por las que se ha de regir la propiedad horizontal resultante.

Será conveniente pactar que, de conformidad con el art. 1.599 del Código civil, el derecho de sobreelevación lo adquirirá el contratista una vez que efectúe la entrega de la obra (51). Y en fin puede ser aconsejable declarar que a la entrega equivale la «puesta a disposición» del dueño del solar, de la planta o plantas edificadas en condiciones de ser inmediatamente utilizadas, lo que se acreditará con la oportuna certificación del Arquitecto acreditativa de estar terminada la obra pactada y ajustada al proyecto convenido.

(51) Para evitar las dudas que pueden plantearse acerca del momento en que el dueño del solar adquiere la propiedad de lo edificado, conviene expresar si la propiedad de lo edificado —nos referimos a la edificación relativa a la planta o plantas que han de quedar para el dueño del solar— pasan a dicho dueño del solar a medida que se van incorporando al suelo, los materiales de la obra, o por el contrario no adquirirá su propiedad el dueño del solar hasta la entrega de la obra, simultáneamente a la adquisición por el contratista del derecho de sobre-elevación.

El derecho del contratista, será, al perfeccionarse el contrato, un derecho eventual sobre el bien futuro, que en este caso será la planta o plantas que se obliga a construir. Su derecho es de sobreelevación por encima de la planta baja o primera (o inmediatamente superiores). Naturalmente requiere que la planta baja, o primera (o inmediatamente superiores) existan.

Una vez surgida la planta o plantas sobre las que el contratista puede dar mayor elevación, entonces nacerá su derecho de sobreelevación. Este derecho es ya actual, se trata de un derecho real sobre la planta o plantas ya edificadas, que es transmisible e hipotecable, y que tiene como contenido principal la facultad de edificar en los términos previamente estipulados y a hacer suya (para el titular del derecho de sobreelevación) la propiedad de lo edificado. Naturalmente, a medida que vaya dando elevación entendemos que irá haciendo suya la propiedad de todo lo que edifique por encima de la planta o plantas propiedad del originario dueño del solar.

ROCA SASTRE (52) distingue dos fases en la biología de este derecho: en la *primera fase* hay un derecho de construcción sobre finca ajena, cuyo derecho es de carácter «medial» por estar dirigido a alcanzar la *segunda fase*, que es de plenitud, consistente en el derecho de tener una edificación en propiedad separada horizontalmente, no de tipo superficial, sino en plena coexistencia con otras de la misma naturaleza, integrantes todas de la unidad orgánica de una finca edificada, pues cada una de ellas tiene como anejo inseparable una participación indivisa en los elementos comunes de la propia finca global.

La obra total deberá estar terminada en el plazo que se fije. Conviene pactar en la escritura las consecuencias que se han de producir para el caso de que la obra total del edificio no se termine en el plazo fijado, que podrán incluso consistir en la pérdida del derecho a dar mayor sobreelevación sobre lo que se hubiera construido en el momento de expirar el plazo. Pero para este caso, si se han fijado los porcentajes de participación en los gastos y elementos comunes, deberán experimentar, si no se ha previsto, la oportuna rectificación. Cabe también que no se fije plazo y entonces se conceda sencillamente al contratista la facultad de dar mayor elevación, sin más. Aun en este caso se deberán fijar las reglas que han de regir la propiedad horizontal que surgirá en cuanto se haya elevado, por lo menos, una planta más en condiciones de ser utilizada, según lo expuesto anteriormente acerca del momento en que nace la propiedad horizontal.

(52) «Suplemento al Derecho hipotecario (Quinta edición)...», Barcelona, 1960, pág. 28.

El derecho de mayor elevación, constará en el Registro, como mero proyecto al principio, esto es, antes de edificar la planta o plantas pactadas para el dueño del solar, en la hoja registral de éste, por analogía a lo dispuesto en el art. 8.º de la Ley Hipotecaria. Cuando la planta o plantas convenidas para el dueño del suelo tengan existencia y se inscriban en el Registro de la Propiedad en hoja separada, se hará constar en cada una de estas hojas correspondientes a las diversas plantas, si es que hay varias, o en la única que haya, en su caso, la existencia del derecho de sobreelevación. ROCA SASTRE (53) entiende que deberá hacerse constar en la hoja registral de cada piso mediante nota marginal.

Empezada la construcción de una nueva planta o piso en virtud del derecho de sobreelevación, entendemos podrá ya figurar en hoja separada el nuevo piso que se vaya edificando.

Por lo que respecta al régimen fiscal, entendemos se habrá de girar una liquidación por contrato de obra con suministro al tipo del 2,25 por ciento conforme al art. 18, párrafo 4.º del Reglamento del Impuesto de derechos reales, y art. 25, párrafo 4.º del mismo Reglamento. Pero la declaración de obra nueva estará entonces exenta (si se ha satisfecho el impuesto por el contrato) (54).

La adquisición del derecho de sobreelevación, por tratarse de derecho real sobre bien inmueble, tributará al tipo del 6 por ciento, pero creemos será de aplicación lo dispuesto en el art. 57 del Reglamento del Impuesto, número 6, por lo expuesto anteriormente, remitiéndonos a lo antes dicho a propósito de la liquidación de la adquisición del piso futuro en el negocio de permuta.

Si las edificaciones que se proyectan son de viviendas de renta limitada, quedará o podrá quedar exento del impuesto de derechos reales el negocio que contemplamos, por aplicación de las normas antes expuestas a propósito de la permuta, si se cumplen los requisitos exigidos.

b) El dueño del solar conviene con el contratista que a cambio de la ejecución de la obra de construcción de una o varias plantas sobreelevadas (por ejemplo 7.ª y 8.ª), se obliga a transmitirle la propiedad del solar, reservándose el derecho de sobreelevación por encima de una determinada planta (por ejemplo por encima de la planta 6.ª).

Este negocio cabe configurarlo también como contrato de empresa. La obra se realizará por el contratista para el otro contratante que se ha

(53) «Suplemento...», págs. 27 y sgte.

(54) El art. 83 de la Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957 autorizó al Ministro de Hacienda para que incluyera entre los actos y contratos sujetos al impuesto «las declaraciones de obra nueva de inmuebles y buques, si no se acredita haberse satisfecho el impuesto por el contrato de construcción».

reservado derecho de sobreelevación, y por tanto sobre «algo» que pertenece a éste. El contratista que esté ya construyendo el piso o pisos o plantas que se obligó a edificar (en el ejemplo la 7.^a y 8.^a), se encontrará realizando una obra no sobre un propio bien, como en el caso de permuta contemplado bajo el apartado 1, sino sobre un bien, o en un espacio, que no le pertenece, que por el contrario es propio del dueño de la obra.

Cabe que la propiedad del solar la adquiera el contratista desde el primer momento mediante el contrato seguido de tradición en cualquiera de sus formas, lo que le permitirá acudir al préstamo con garantía hipotecaria. Entonces surgirá una obligación de construir, primero para sí hasta la altura o planta convenidas, y después, dentro de los plazos pactados y dando efectividad al contenido del derecho de sobreelevación del originario dueño del solar, y en cumplimiento de la prestación convenida, deberá construir para éste el piso o planta o plantas pactados.

Pero también es posible que se otorgue el contrato de suerte que el contratista se obligue a construir el edificio en los términos convenidos, y se difiera hasta la terminación y entrega de la obra de los pisos que han de ser para el originario dueño del solar, la adquisición por su parte no ya del solar sino de los restantes pisos.

En uno y otro caso será conveniente detallar en lo posible las características de la obra y del edificio, plazo en el que habrá de realizarse, y normas por las que habrá de regirse la propiedad horizontal resultante.

Acerca del momento de nacimiento del derecho de sobreelevación reservado por el originario dueño del solar, y por lo que respecta a su constatación registral y al régimen fiscal de estas modalidades, nos remitimos «mutatis mutandis» a lo expuesto supra sub a), con la particularidad de que el contratista tributará al 6 por ciento por su adquisición —obvio es decirlo— no de derecho de sobreelevación sino de la propiedad del solar o de los pisos.

En esta modalidad, el dueño originario del solar carecerá de las garantías que supone la variante estudiada sub a) en este apartado 3, ya que en dicha hipótesis sub a) el referido dueño conserva la propiedad exclusiva del solar hasta que surja el régimen de propiedad horizontal, lo que presupone el cumplimiento por el contratista de la prestación a que se obligó; y para éste existe una base real que ofrecer en garantía de un préstamo que pueda obtener: su derecho de sobreelevación.

En cambio, en la hipótesis sub b), si entrega la propiedad del solar al contratista, desde luego, podrá ser conveniente aconsejar que refuerce por algún medio el cumplimiento por parte del contratista de su obligación, con lo que, en la misma medida debilitará la posición de éste ante

presuntos acreedores y por ello difícilmente podrá acudir, en la práctica al crédito con garantía real. Y si se pacta que el contratista no adquirirá derecho real —y no ya sobre el solar sino sobre los pisos que corresponda, ahora en régimen de propiedad horizontal— hasta la terminación y entrega de la obra, tendrá cerrada, de momento, la puerta del crédito con garantía real.

No son estas las únicas modalidades que los negocios que examinamos pueden presentar, pero la escasez de tiempo de que hemos dispuesto para preparar esta ponencia, no nos ha permitido una mayor extensión. A los estudiosos brindamos una mejor elaboración de esta materia y un más profundo estudio de la misma.