

**5324** REAL DECRETO 433/1986, de 10 de febrero, por el que se indulta parcialmente a Juan Carlos Ortiz de Mendivil Pérez.

Visto el expediente de indulto de Juan Carlos Ortiz de Mendivil Pérez, incoado en virtud de exposición elevada al Gobierno, al amparo de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 2.º del Código Penal, por la Audiencia Provincial de Vitoria, que en sentencia de 3 de diciembre de 1983, le condenó como autor de un delito de robo, a la pena de cuatro años dos meses y un día de prisión menor, y teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en los hechos.

Vistos la Ley de 18 de junio de 1870, reguladora de la gracia de indulto, y el Decreto de 22 de abril de 1938;

De acuerdo con el parecer del Ministerio Fiscal y del Tribunal sentenciador, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 7 de febrero de 1986,

Vengo en indultar a Juan Carlos Ortiz de Mendivil Pérez, de la mitad de la pena privativa de libertad impuesta.

Dado en Madrid a 10 de febrero de 1986.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Justicia,  
FERNANDO LEDESMA BARTRET

**5325** REAL DECRETO 434/1986, de 10 de febrero, por el que se indulta parcialmente a José Carrera Alija.

Visto el expediente de indulto de José Carrera Alija, condenado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de diciembre de 1981, por la que se modificaba en casación la dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo de 8 de noviembre de 1980, como autor de un delito de usurpación de funciones, a la pena de cuatro años dos meses y un día de prisión menor, y teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en los hechos.

Vistos la Ley de 18 de junio de 1870, reguladora de la gracia de indulto, y el Decreto de 22 de abril de 1938;

De acuerdo con el parecer del Ministerio Fiscal y del Tribunal sentenciador, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 7 de febrero de 1986,

Vengo en indultar a José Carrera Alija, conmutando la expresada pena privativa de libertad por la de ocho meses de prisión menor.

Dado en Madrid a 10 de febrero de 1986.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Justicia,  
FERNANDO LEDESMA BARTRET

**5326** RESOLUCION de 5 de febrero de 1986, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Seo de Urgel don Javier López-Polín Méndez de Vigo contra la negativa del señor Registrador de la Propiedad de la misma localidad a inscribir una escritura de derecho a elevar plantas.

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por don Javier López-Polín Méndez de Vigo, Notario de Seo de Urgel, contra la negativa del señor Registrador de la Propiedad de la misma localidad a inscribir una escritura de derecho a elevar plantas, autorizada por el recurrente el día 18 de mayo de 1983;

Resultando que mediante escritura autorizada el día 18 de mayo de 1983 por don Javier López-Polín Méndez de Vigo, Notario de Seo de Urgel (Lérida), don Ramón Tor Font cedió a don José Bertrán Serra el derecho de elevar plantas sobre un solar edificable sito en la avenida de la Cerdaña, de dicha ciudad; que en los antecedentes de la citada escritura se expresa «que el señor Bertrán Serra va a levantar, sobre dicha superficie edificable, un edificio de tres plantas de las que devendrá propietario de las dos elevadas, reteniendo el señor Tor Font la propiedad del solar y de la futura planta baja»; que con tal antecedente los interesados otorgaron: Primero: «El señor Tor Font constituye y transmite al señor Bertrán el derecho de vuelo para elevar o construir y en su día hacer suyas en pleno dominio dos plantas elevadas que éste levantará ... y a efectos de su constancia registral lo describen así ...». Segundo: «El señor Bertrán Serra acepta el derecho de vuelo antes descrito y, a cambio, se obliga a construir, en plazo máximo de dos años a contar desde la fecha de obtención del permiso de

obra, la planta baja del edificio proyectado ...». Tercero: Condición suspensiva: «La transmisión y adquisición, por tanto, por el señor Bertrán Serra, del derecho de elevar las plantas indicadas queda sujeta y suspendida al hecho de terminar dicho señor los bajos del edificio en las condiciones y plazo antes detallado ...»; que en las estipulaciones cuarta y quinta se prevén las cuotas de los futuros elementos independientes y el sometimiento al régimen de Propiedad Horizontal, asignando a cada elemento un número correlativo;

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

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

Resultando que el señor Registrador informó: Que en los antecedentes del otorgamiento los interesados manifiestan su voluntad de retener el transmitente (señor Tor) la propiedad del suelo y ceder al adquirente (señor Bertrán) la propiedad de dos plantas de las tres que tendrá el futuro edificio —voluntad sólo encuadrable en la figura del derecho de superficie—; que con esos antecedentes, que sirven para juzgar la intención de los contratantes (1.282 del Código Civil), sobre todo si los términos de un contrato no son claros (1.281 del Código Civil), el señor Tor constituye un derecho de vuelo o sobreeedificación sobre una planta baja de un inmueble cuya construcción no existe; que, por ello, no se aprecia la inmediatez característica del derecho real; que, si la edificación no existe, la relación con ese objeto del derecho de sobreeedificación no es directa e inmediata, sino a través de una persona que se obliga a construir, es decir, la vinculación es a través de una relación obligacional; que la transmisión y adquisición por el señor Bertrán del derecho de vuelo se hace penar de una «conditio facti», cual es la previa construcción del bajo, cuando, dada la configuración del derecho de vuelo que ofrece el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario, la preexistencia de la edificación constituye, en todo caso, una «conditio iuris»; que por exigencias de los principios de especialidad y tracto, no puede inscribirse un derecho real si, previamente, no está inscrita la finca o derecho sobre el que recae, sin que del artículo 8.º, 4, de la Ley Hipotecaria pueda deducirse lo contrario, ya que, al permitir que se abra folio al piso meramente proyectado, está reconociendo, implícitamente, que sobre una cosa futura sólo cabe una relación obligacional; que la «conditio facti», tal y como está redactada, deja al arbitrio del transmitente el inicio del cómputo del plazo y, en definitiva, el cumplimiento de la obligación del adquirente —en contra de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil—, puesto que sólo el dueño o titular de un derecho real sobre la finca puede solicitar la licencia de obra; que tampoco se constituye, en el documento calificado, un derecho real atípico, pues faltan las notas de inmediatez y eficacia «erga omnes»; que por eso se dice en la nota que, cualquiera que fuese el derecho constituido y transmitido, carece de trascendencia real;

Resultando que el Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó auto estimando el recurso, por considerar que el derecho definido en el documento puede estimarse comprendido en el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario y que el derecho de vuelo que se constituye con sujeción a una condición suspensiva tiene su apoyo en la realidad física del solar existente, ya que la

contraprestación a que se obliga el constructor frente al propietario del solar es la condición necesaria para que nazca y tenga efectividad el derecho de vuelo que se le concede;

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

Vistos los artículos 1.281, 1.282, 1.284, 1.285 del Código Civil, 2 y 23 de la Ley Hipotecaria y 7 y 16 del Reglamento para su ejecución;

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

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

Considerando efectivamente que en el caso examinado no existe aún la planta baja sobre la que ha de recaer la sobreelevación, pero es indudable también -a la vista de la escritura calificada-, que no se constituye al tiempo del otorgamiento un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja;

Considerando que el carácter condicional del derecho, que hace de éste una simple expectativa hasta el cumplimiento de la condición, no impide, a la vista de nuestro Ordenamiento hipotecario, el que pueda ser inscrito al estar prevista en el artículo 23 de la Ley una nota marginal para el caso de cumplirse el hecho condicionalmente;

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

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 5 de febrero de 1986.-El Director general, Gregorio García Ancos.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

5327

*RESOLUCION de 11 de febrero de 1986, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Calella don Luis Enrique Barberá Soriano contra la negativa del Registrador mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de constitución de la Sociedad «Llars del Maresme, Sociedad Anónima».*

En el recurso gubernativo interpuesto por don Luis Enrique Barberá Soriano, Notario de Calella, contra la negativa del Registrador mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de constitución de la Sociedad «Llars del Maresme, Sociedad Anónima»;

Resultando que mediante escritura autorizada por el Notario de Calella don Luis Enrique Barberá Soriano el día 16 de mayo de 1984, don José Domenech Granatche, doña Purificación Ruiz Sánchez y don Juan García Martínez, procedieron a fundar la Compañía «Llars del Maresme, Sociedad Anónima», estableciendo, entre otros, los siguientes preceptos estatutarios: «Artículo 7.-Administración: La Junta general, mediante acuerdo tomado con los requisitos exigidos para la modificación de Estatutos, decidirá la forma concreta de Administración, optando entre un Administrador único, varios Administradores solidarios hasta un máximo de tres, o un Consejo de Administración compuesto por un mínimo de tres miembros y un máximo de cinco. Los

Administradores no precisarán ser accionistas y ejercerán el cargo por el plazo que determine la propia Junta general que los elija. Toda renovación del Consejo deberá ser parcial ...» «Artículo 9.-Sindicación de acciones: ... En el caso de que cualquier socio enajenase sus acciones o parte de ellas sin atenerse a lo dispuesto en los párrafos anteriores, los demás socios o la Sociedad, en su caso, podrán, dentro de un plazo de dos meses, a contar desde la fecha en que se hubiese puesto en conocimiento del órgano de administración la enajenación de aquéllas, ejercitar el derecho de retracto para adquirirlas, siendo en tal caso su precio el satisfecho por el tercer adquirente, siempre que no exceda del que corresponda a las acciones en el haber líquido social del último Balance practicado; y en el caso de que excediere, el retrayente no vendrá obligado a satisfacer el precio superior máximo satisfecho ... En todo caso serán nulas las transmisiones que no se ajusten a este pacto y la Sociedad no reconocerá el carácter de socio y el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones, cuando no se hubiese cumplido lo anteriormente estipulado.»;

Resultando que presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue calificada con nota del tenor siguiente: «No admitida la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos de carácter insubsanable. 1.º En el artículo 7 de los Estatutos se infringe, por omisión, el artículo 73 de la vigente Ley de Sociedad Anónimas, al no constar la forma en que ha de tener lugar la renovación parcial del Consejo, según tiene declarado la Dirección General de los Registros (Resolución de 24 de noviembre de 1981). 2.º En el artículo 9 se regula un derecho de retracto, infringiéndose el artículo 1.518 del Código Civil, pues el precio del retracto, por la propia naturaleza de este derecho, no puede ser inferior al de la compra más los gastos del contrato. 3.º En el mismo artículo 9 no puede admitirse una "declaración de nulidad" que sólo compete el órgano judicial, aparte de que la transmisión, en cualquier caso, surte efectos "inter partes". Por otro lado, esta afirmación de nulidad es contradictoria con la regulación de un derecho de retracto. No procede tomar anotación preventiva. La presente nota se extiende con la conformidad de mis cotitulares. Barcelona, 6 de julio de 1984.-El Registrador, firma ilegible.»;

Resultando que don Luis Enrique Barberá Soriano, Notario autorizante del documento calificado, interpuso recurso gubernativo contra la nota y alegó: En cuanto a la nota en su conjunto, que lamenta la falta de una línea homogénea y congruente en la calificación del Registro Mercantil de Barcelona, ya que en los Estatutos que ahora se tachan de defectos se han inscrito en ese Registro medio centenar de veces aproximadamente -provocando el desconcierto aludido en la Resolución de 1 de diciembre de 1982-; que el calificativo de insubsanable atribuido a los defectos no es correcto, ya que los Estatutos y la escritura social contienen todos los datos y menciones necesarias para que la Sociedad tenga plena personalidad jurídica y los defectos aluden a un hipotético Consejo de Administración y a uno de los pactos lícitos que no influyen sobre la Sociedad como persona; que la calificación se aparta del criterio de interpretación del artículo 3 del Código Civil no atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma y olvidando la equidad como elemento de ponderación, con desprecio de la interpretación más favorable para que surta efectos; que la calificación se aparta de la doctrina del Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 20 de abril de 1960, recogida por la Resolución de 4 de octubre de 1982, que dejó establecido que «cuando se trata de Sociedad anónima de capital modesto, las normas legales han de ser aplicadas con mayor flexibilidad, sin sujeción a un criterio automático sino con la prudencia que el Derecho requiere»; en cuanto al primer defecto de la nota, que el artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas no exige la constancia expresa de los Estatutos de cómo se tiene que renovar parcialmente el Consejo; que la Resolución de 24 de noviembre de 1981 no es aplicable por contemplar un supuesto distinto; que aun suponiendo que sea siempre necesario determinar la forma de renovación parcial del Consejo en los Estatutos, lo cierto es que en los Estatutos calificados si se prevé la forma de renovación, remitiéndose al acuerdo de la Junta que cuidará de cumplir el mandato de la renovación parcial; en cuanto al defecto segundo, que por el hecho de citar en el artículo 9 de los Estatutos del derecho de retracto no resulta aplicable, sin más, el artículo 1.518 del Código Civil establecido para la venta a carta de gracia o con pacto de retro mal llamado retracto convencional; que lo que regula el artículo 9 de los Estatutos es un derecho de tanteo en sus dos fases de tanteo de preadquisición y posadquisición, perfectamente admisible según los artículos 1.255 del Código Civil y 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, igual que la determinación del precio de tanteo que no es totalmente libre; que si no se hiciera esta determinación en cuanto al precio del tanteo podría quedar burlado mediante la fijación de un precio desorbitado; que impediría el ejercicio de su derecho a los demás socios; que la determinación del precio se hace por referencia a un valor objetivo -haber líquido social del último Balance practicado-, en línea con lo dispuesto en