

Beneficios del negocio de cesión de solar a cambio de obra. Protección del cedente

Benefits of the assignment business of solar in exchange for future floors or loals. Protection of assignor

por

ESTER MOCHOLÍ FERRÁNDIZ

Abogada/Directora Grado Derecho Universidad Nebrija

RESUMEN: Tras la grave crisis del mercado inmobiliario, la CEOE señalaba en su informe de octubre de 2016 que ya se ha incrementado el número de transacciones de inmuebles pero advierte de la necesidad de creación de obra nueva.

La cesión de solar a cambio de obra cuenta con grandes beneficios tanto para cedente como para cesionario, sin embargo, dado el posible desequilibrio existente entre ambos, debe protegerse especialmente la posición del cedente que se desprende inicialmente de su propiedad para adquirir en un futuro pisos o locales.

ABSTRACT: *Benefits of the Assignment Business of solar in exchange for future floors or loals. Protection of the assignor.*

After the severe crisis in the real estate market, the CEOE stated in its October 2016 report that the number of real estate transactions has already increased but warns of the need to create new construction.

The assignment of land in exchange for future floors has great benefits for both assignor and assignee, however, given the possible imbalance between both, the position of the transferor that is initially detached from its property to acquire in the future Floors or premises.

PALABRAS CLAVE: Cesión de solar. Permuta. Obra futura. Garantías inmobiliarias. Protección cedente.

KEY WORDS: *Cession of land. Swap. Future floors. Real estate guarantees. Transferor protection.*

SUMARIO: I. BENEFICIOS DEL NEGOCIO DE CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA.—II. TRANSMISIÓN DE DERECHOS CON LA ESCRITURA DE CESIÓN.—III. CESIÓN DE CUOTA INDIVISA DE SOLAR.—IV. CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE VUELO O DE SUPERFICIE.—V. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA.—VI. CONDICIÓN SUSPENSIVA.—VII. RESERVA DE DOMINIO.—VIII. SEGURO DE CAUCIÓN Y AVAL BANCARIO.—IX. CLÁUSULA PENAL.—X. LA SERVIDUMBRE SOBRE EL EDIFICIO A CONSTRUIR.—XI. CONCLUSIONES.

I. BENEFICIOS DEL NEGOCIO DE CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA

La necesidad que emana del mercado inmobiliario actual, de incrementar el número de viviendas de obra nueva, tal y como pone de manifiesto el informe del paso octubre de la CEOE; lleva a plantearnos las ventajas de acudir a la figura del negocio de cesión de solar a cambio de obra.

Mediante la cesión de solar a cambio de obra, una de las partes cede todo o parte de un solar a favor del cesionario, quien se compromete a edificar sobre el mismo solar, o incluso sobre otro/s, y a cederle al cedente parte de lo edificado.

Este negocio permite que el cedente, titular de un solar o terreno, que no es experto en la construcción, pueda obtener una obra nueva, y a cambio, el cesionario, puede construir sin la necesidad de una financiación inicial para la compra del terreno, ya que liquidará la deuda contraída con el cedente mediante la entrega de pisos o locales.

Mediante esta fórmula, se simplifican los costosos procesos que al cedente puede plantearle la construcción por sí mismo o mediante un arrendamiento de obra, y puede cumplir el objetivo de aumentar el número de vivienda nueva que sigue siendo hoy una necesidad acuciante tras cinco años de crisis.

Por otro lado, el difícil acceso al crédito que se les plantea a las constructoras también se solventa por este negocio. El inmueble se lo cede el propietario en todo o parte, y mas tarde le entregara parte de la obra que edificará, siendo suficiente con que tenga medios para llevar a cabo la edificación misma.

Visto en esencia el negocio de cesión de solar a cambio de obra, resulta de especial relevancia atender al desequilibrio que se produce entre la posición del cedente, que se ve desprendido de la titularidad del solar desde el inicio, y el cesionario que está obligado a entregar una obra futura.

De ahí que sea de especial relevancia encontrar medios de protección al cedente. En el derecho alemán, con este propósito de dar protección al cedente y asegurar la entrega de la vivienda u obra futura, observamos como el ordenamiento establece distintos modos de asegurar las obligaciones, así, junto a la posibilidad clásica, derivada del propio Código Civil alemán, de admitir la inscripción de una anotación preventiva (*Vormerkung*) a favor del adquirente, se aplica también la normativa de los promotores (Decreto sobre Agentes y promotores inmobiliarios), es decir las normas de la *Makler und Bauträger Verordnung*, y la Ley sobre condiciones generales de los contratos (*AGB-Gesetz*), siempre que el cedente no sea profesional inmobiliario.

La garantía de mayor auge y relevancia es «la anotación preventiva», para FERRANDO NICOLAU¹ las anotaciones preventivas, constituyen el medio más seguro de garantizar las pretensiones del adquirente, es decir el cumplimiento de las obligaciones del cesionario. Como es sabido, en el ordenamiento alemán, para adquirir la propiedad se precisa, por un lado un acuerdo real de entrega (*Einigung* o —*Auflassung*, en el caso de fincas—), y por otro la inscripción registral. Como tales acuerdo e inscripción no son normalmente inmediatos a la realización del contrato de transmisión, el acreedor de la entrega está expuesto al peligro de que el vendedor o, en general, quien está obligado a transmitirle la propiedad no llegue, por cualquier motivo, a realizar dicha transmisión, o lo haga solo limitadamente, de ahí la necesidad de dar publicidad a este compromiso.

La publicidad registral es una garantía o medio de protección tradicionalmente utilizado para las transmisiones de derechos reales. En el caso del contrato de permuta de solar por obra, según el derecho alemán, se requiere acuerdo real de entrega, y la inscripción registral; hasta que ello se produzca solo contamos con un contrato meramente obligatorio entre partes y sin eficacia frente a terceros.

Por tanto cabría que llegaran al Registro actos traslativos sobre el solar que podrían dejar sin efecto el negocio de permuta. Y ello es un riesgo evidente cuando además, el periodo de tiempo que transcurre desde la celebración del contrato hasta la entrega de los pisos puede ser considerable.

Por ello, y extrapolando lo que para el contrato de promoción prevé el MaBV², es posible acudir a las anotaciones preventivas. Con ella se trata de asegurar la prestación futura de entrega, por ello es requisito indispensable que dicha pretensión futura que accede al Registro mediante la anotación preventiva

esté perfectamente configurada, y lo que es más, sea definitiva. Pues en otro caso carecerá de eficacia la anotación preventiva.

Así si el derecho del adquirente se encuentra pendiente del otorgamiento de las preceptivas licencias, la anotación no otorga ninguna ventaja, si estas licencias no se conceden. Con la anotación preventiva, no queda claro que consecuencias legales devienen, ni la naturaleza jurídica de aquella; existe una gran disparidad de opinión en la doctrina alemana, y no hay una regulación al respecto. En opinión de FERRANDO NICOLAU³, con la anotación se le otorga un cierto carácter real a una pretensión que hasta entonces era meramente obligatoria pero, sin embargo, no impide los actos posteriores del todavía titular del bien (acreedor de su transmisión), es decir, no los priva absoluta y automáticamente de eficacia, ni produce tampoco el cierre del Registro a los actos posteriores de disposición que la contradigan. Dichos actos solo serán ineficaces en la medida en que frustren de facto la pretensión del beneficiario de la anotación, ya que este cuenta con un medio de defensa para dirigirse contra el tercero que ha inscrito su derecho con posterioridad, y exigirle la modificación del Registro, mediante su aceptación de la inscripción o de la cancelación que sean necesarias para la realización de la pretensión asegurada por la anotación preventiva.

Junto con la anotación preventiva señalada, la MaBV se aplicará al contrato de permuta de solar por obra en función del tipo o modelo de permuta que se adopte. En la MaBV se establece que para que se pueda exigir el primer desembolso al adquirente en relación al valor patrimonial transmitido: el contrato debe ser eficaz, las pretensiones firmes, y definitivas (permisos y licencias concedidos). Se inscribirá a favor del adquirente la anotación preventiva. Y el promotor debe haber liberado el bien de cualquier derecho de garantía que recayera sobre el mismo.

La cantidad restante adeudada al promotor en el contrato de promoción se efectuará conforme avanza la construcción; y de acuerdo con un plan de plazos que la misma norma prevé, según la fase en que se encuentre la obra, es decir los desembolsos se efectuarán tras la terminación de cada fase que ejecute el promotor.

Si tratamos de aplicar estos beneficios a la cesión de solar a cambio de obra, debemos distinguir en función de la modalidad de que se trate, tal y como ya fueron analizadas; así, en pura teoría encajarían en el modelo de permuta clásica; pero dado que en ella no hay pagos en dinero, como contraprestación es muy difícil su adaptación.

En el modelo de cuota, tampoco parece directamente aplicable ya que no se da una transmisión del solar al promotor sino de una cuota del mismo.

Por tanto en estos supuestos el cedente tendrá que buscar la protección por los medios tradicionales, como la anotación preventiva, la fianza o una hipoteca en garantía de su obligación.

Sin embargo en el modelo de permuta mixto o de prórroga, puesto que como se ha visto, en él se dan dos compraventas cruzadas, dos transmisiones de dos valores patrimoniales diferenciados, cabría aplicar la normativa de la MaBV si bien solo resulta lógico aplicarla a la transmisión de las viviendas del promotor al antiguo dueño del solar.

Además no podemos olvidar, que nos encontramos ante una modalidad contractual bastante frecuente en la vida jurídica alemana, mucho más que en nuestra vida jurídica, de ahí que este contrato se encuentra estandarizado, en muchas ocasiones, y lleva a que no sea negociado individualmente entre el promotor y adquirente, sino a que se imponga al cedente (no empresario normalmente). De ahí que su contenido también deba quedar sometido a la Ley de Condiciones Generales de los Contratos (*Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz*). La AGBG podrá también ser aplicable cuando estemos ante contratos de adhesión, pues así se requiere expresamente.

En la práctica es usual que se celebren estos contratos propuestos y redactados con anterioridad unilateralmente por el promotor, y que el propietario del solar simplemente firme este contrato de adhesión.

Con este requisito dejamos fuera a todos aquellos contratos redactados propiamente de manera conjunta y de mutuo acuerdo entre el promotor y el dueño del solar. También quedan fuera los supuestos en que el dueño del solar sea profesional y no consumidor, por quedar excluida la aplicación de esta norma.

Por último en relación a las medidas de garantía de esta figura en el Derecho germano, se plantea la doctrina la posible aplicación del derecho de adquisición preferente derivado del artículo 504 BGB, en el caso de que un tercero pretendiera adquirir el solar permutado.

Pero como señala FERRANDO NICOLAU, solo cabría el ejercicio del derecho de retracto en el supuesto del llamado modelo de prórroga (*Stundungsmodell*), puesto que aquí la contraprestación que recibirá el dueño del suelo es simplemente una cantidad de dinero, por lo que resulta perfectamente posible la sustitución del adquirente de dicho terreno, sin que sea muy compatible con las otras dos modalidades.

Todo ello sin olvidar que desde el inicio de la configuración de esta figura en atención a la modalidad que se escoja, la debilidad de la posición del cedente es bien distinta; recordemos que esta especialidad se desarrolla en torno a tres modelos distintos, todos ellos de creación notarial, cuya principal diferencia radica en la consideración del promotor como copropietario o como propietario único del solar donde se construirán las viviendas, (según el cedente se desprenda de todo o una cuota del solar), además de una modalidad mixta que implica realmente dos compraventas cruzadas. Es una distinción muy similar a la que utiliza el legislador catalán.

Sin embargo por lo que respecta a nuestro ordenamiento, y a falta de regulación especial, pasamos a tratar las que son hoy por hoy las únicas formulas con las que puede dotarse al cedente de una mayor seguridad.

II. TRANSMISIÓN DE DERECHOS CON LA ESCRITURA DE CESIÓN

No vamos a volver a tratar las diferentes posturas doctrinales sobre la eficacia traditoria de la escritura de cesión de solar a cambio de obra futura, que hemos tenido ocasión de valorar en otras publicaciones, pero si debe recordarse que si se otorga esta escritura y previa constitución de la división horizontal con los requisitos que prevé el artículo 5 de la LPH, la obra futura, convertida ya en pisos o locales perfectamente descritos, podrá acceder al Registro, y conferir al cedente todos los derechos como propietario que además tiene su derecho inscrito sobre los pisos o locales.

Así pues se evitarían innumerables peligros, que al estar ya protegido registralmente no se darán, ahora bien lo que no se garantiza con ello es que el cesionario cumpla su obligación de construir los pisos o locales, y terminarlos de conformidad a lo pactado, por esta razón se pueden conjugar ahora otros medios de garantía que tratamos a continuación.

III. CESIÓN DE CUOTA INDIVISA DE SOLAR

Dentro de las modalidades de constitución, como hemos manifestado en varias ocasiones, entendemos especialmente conveniente la posibilidad de que el propietario del solar ceda únicamente una cuota del solar, de este modo su posición será la misma que si la transmisión fuera actual. Al transmitir esta cuota indivisa, se constituye una comunidad especial, tradicionalmente denominada «comunidad valenciana», pues fue una modalidad especialmente creada en dicha zona geográfica, alrededor de los años setenta. Al transmitir el cedente una cuota, se determina en el mismo contrato de cesión las normas por las que debe regirse esta comunidad de conformidad con el artículo 392.2 del Código Civil. Entre ellas se dispondrá la determinación del edificio a construir así como los diferentes departamentos, pisos, locales, anejos, etc., del mismo.

En el folio registral abierto al solar se hará constar esta comunidad, así como los pisos o locales. El modo en que se irá adquiriendo la propiedad de los mismos, conforme se vayan proyectando y construyendo será progresivo. Esta comunidad y su acceso al Registro ya fue admitida en Resoluciones de la DGRN como la de 18 de abril de 1988, o la de 17 de julio de 1998.

Por otro lado también esta posibilidad se analizó en el derecho alemán, y en la LCF, que regula la transmisibilidad de una finca o de la edificabilidad. El sistema de adquisición que se propone en este caso es la accesión, de modo que la transmisión de la propiedad se irá haciendo progresivamente a los propietarios sobre la finca cedida, sin que sea necesario un acto de concreción de cuotas o pisos.

Con este método, al transmitir una parte del solar, y constituir sobre el inmueble una comunidad, el cedente tiene ventajas tales como la posibilidad de ejercitar una tercera de dominio registral *ex* artículo 38.3 LH o una tercera de dominio sobre lo que en cada momento y de manera progresiva sea de su propiedad, es decir siempre sobre su cuota del inmueble y a medida en que los pisos y locales se terminen, también sobre estos.

IV. CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE VUELO O DE SUPERFICIE

Otro medio de constitución, consiste en configurar el derecho del cedente sobre los futuros pisos, estableciendo un derecho real limitado sobre el inmueble o solar, como el derecho de vuelo o el de sobreedificación, o subedificación, o un derecho de superficie.

En caso de constituir un derecho de vuelo sobre el solar, el cedente se reserva a su favor la titularidad del mismo solar, cediendo el derecho al vuelo, o los pisos que se construirán sobre el mismo. Cabría también constituirlo sobre un edificio ya construido.

Cuando se transmite a un tercero el derecho de sobreelevación o de subelevación, es cuando al adquirir entidad propia se habla ya de derecho de vuelo, su naturaleza a partir de ese momento pasa a ser la de derecho real que es perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad, como señaló la STS de 23 de junio de 1998⁴.

En este sentido recordemos la Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 1986⁵, en ella la Dirección General acordó confirmar el auto de la Audiencia Territorial de Barcelona, con los siguientes razonamientos *«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 sobrevaloración, es decir, un derecho de construir plantas en fincas edificadas ajenas, figura nítidamente diferenciada del derecho de superficie, no solo por la distinta base física sobre la que se constituye, sino por la perpetuidad de la propiedad que origina el derecho de sobreelevar frente a la temporalidad de la propiedad superficiaria.

Considerando efectivamente que en el caso examinado no existe aun 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 este 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 (...).».

En opinión de MERINO HERNÁNDEZ⁶ cuando se pacta el cambio de solar no por número de apartamentos o elementos independientes en el nuevo edificio a construir sino por un derecho de vuelo o sobreelevación, estaremos ante una permuta de solar por derecho de vuelo; y esta figura presenta grandes ventajas para el cedente de solar, como menor carga fiscal, (la valoración la hacen las partes), mayor reconocimiento de su derecho, al tratarse de un derecho real, con toda la protección que ello implica, y reducción de problemas en torno al incumplimiento, relacionados con menor cabida o menor calidad.

En la actualidad el derecho de vuelo regulado en el artículo 16 RH, permite gran margen de autonomía de voluntad a las partes, quienes podrán definir la determinación de las plantas a construir, las características de la construcción y el plazo para el ejercicio de este derecho. En relación al plazo, la STS de 24 de febrero anuló el plazo de 10 años fijado en el RH tras el Decreto de 1998, y se insistió en su nulidad en la STS de 31 de enero de 2001, al entender que se producía una extralimitación del Decreto, por cuanto esta limitación debe necesariamente venir establecida por Ley⁷.

Del mismo modo cabe también la cesión del subsuelo, el cedente retiene la propiedad del solar hasta que se otorga la escritura de obra nueva y división horizontal, en la que deberá también intervenir el titular de este derecho de vuelo, y la propiedad inicial, sobre el todo, el solar, pasará a convertirse en una cuota de copropiedad sobre el nuevo elemento. Serán copropietarios del régimen de propiedad horizontal.

Y de manera análoga observamos la posibilidad de que el cedente transmita un derecho de superficie sobre el solar, acordando que la parte cesionaria cede pisos o locales al cedente.

ROCA SASTRE⁸ da cabida a este supuesto, pudiendo el dueño de una finca edificada enajenar la edificación al superficiario, reservándose la propiedad del terreno; o a la inversa, enajenar el terreno reservándose la propiedad de lo edificado; o incluso enajenar a un tercero el terreno y a otro la edificación.

Lo que se transmite en este supuesto es el derecho real de superficie en suelo ajeno, pero se inserta otra cláusula de contraprestación por la que el superficiario revertirá uno o varios pisos al dueño del suelo, que previamente ha de construir.

De hecho como defiende ALONSO PÉREZ⁹, ante la posición tan ventajosa que coloca el contrato de cesión de solar a cambio de obra, a quien pretende construir en finca ajena, no queda perfectamente resuelta ni con la condición resolutoria, de la que más tarde volveremos a hablar, ni con ninguna otra garantía, fuera de la misma configuración de la relación jurídica como derecho

de superficie o como derecho de sobre o de subedificación. De tal modo que el propietario del solar no edificado no pierde su derecho de propiedad sobre la finca, lo que le protege frente a posibles problemas que puedan generarse en la relación, y así mismo el constructor adquiere «o bien un derecho de propiedad o bien un derecho real sobre cosa ajena —dependiendo de si se transmite *ab initio* una cuota del suelo o no— pudiendo construir una hipoteca tanto en uno como en otro caso».

Este supuesto tiene como limitación la naturaleza temporal del derecho de superficie, de manera que salvo que se pacte por periodos realmente prolongados, al cesionario no le interesa esta posibilidad.

V. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA

Recordemos también la conveniencia de utilizar esta institución, para garantizar la posición del cedente. Mediante la condición resolutoria expresa, las partes pueden acordar que el contrato de permuta o cesión de suelo a cambio de obra, quede resuelto en el caso de que transcurrido un plazo señalado, no se entreguen los pisos o locales ya terminados al cedente.

Si la condición resolutoria no se cumple el contrato quedará resuelto automáticamente, lo que permitirá que el cedente vuelva a ser titular registral de la finca o solar previamente transmitida; siempre que como señalaba PASCUAL MAIQUES, se cumplan los requisitos exigidos para obtener la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código Civil, requisitos que debe recordarse son los siguientes: 1º. Aportarse el título del vendedor (art. 59 RH), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; 2º. Acreditarse la notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Ya que si se formulara oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, es decir, la existencia de un incumplimiento, grave que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta; 3. Acompañar el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6 RH).

No olvidemos que el funcionamiento de la resolución derivada de la condición resolutoria difiere de la resolución derivada del artículo 1124 del Código

Civil. Fundamentalmente como señala SERRANO GÓMEZ¹⁰ no requiere que se produzca un incumplimiento grave, sino que bastará con que tenga lugar el hecho condicionante. De ahí que con esta garantía se consiga que determinadas circunstancias que carecerían en sí mismas de suficiente entidad para producir la resolución, puedan llevar a esta al haberse pactado así.

Por ello es frecuente observar que estas cláusulas se pactan incluso para cubrir los casos de incumplimiento no imputable al deudor, es decir fuerza mayor o caso fortuito.

El único inconveniente de esta cláusula, es que si la condición resolutoria accede al Registro, las entidades bancarias se muestren negativas a la concesión de préstamo hipotecario al cesionario, salvo que se pacte, una posposición de la condición resolutoria a favor de la hipoteca que habrá de constituirse. Así el cedente asume que no le será posible oponer al acreedor hipotecario la resolución, pero sí seguirá siendo efectiva frente al resto de sujetos.

VI. CONDICIÓN SUSPENSIVA

Del mismo modo que las partes pueden pactar una condición resolutoria, pueden también introducir en el contrato una condición suspensiva, de tal manera que el contrato no se perfecciona hasta que se cumplan determinadas obligaciones, ejemplo obtención de licencia para la obra, obtención de un préstamo hipotecario para que el constructor pueda financiar la obra, etc. De este modo la eficacia del contrato queda en suspenso hasta que se cumpla la condición incluida en el mismo contrato.

El cedente mantendrá la propiedad del solar hasta que se produzca la entrega de los pisos o locales.

Por otro lado, es común para darle realmente efectividad a la condición suspensiva, estipular un plazo dentro del cual deberá producirse el hecho previsto como condición, pues en caso contrario, como señala SERRANO CHAMORRO¹¹ carece de eficacia.

Cabe que la condición suspensiva, tenga como acontecimiento condicionado el otorgamiento de la licencia de obras para llevar a cabo la construcción, o incluso que se vincule a la obtención de un préstamo hipotecario por parte del adquirente del solar, de manera que si no se obtiene el contrato no producirá efectos.

El funcionamiento de la condición suspensiva en este contrato, como con carácter general, llevará a que la obligación esté vigente, aunque con eficacia limitada en tanto que no se cumpla. Y una vez tiene lugar su cumplimiento, el contrato tiene plenos efectos, con retroacción al momento de la celebración del mismo.

VII. RESERVA DE DOMINIO

Cabe también que el cedente se reserve la propiedad del suelo hasta que se cumplan las obligaciones del cesionario, momento en que se producirá la transmisión de la propiedad. Con este pacto, el cedente se asegura que va a recibir la contraprestación pactada sin perder la vinculación con su terreno.

En nuestro ordenamiento queda permitido este pacto en el negocio de cesión de suelo a cambio de obra futura ya que no hay obstáculo legal para incluirlo en la compraventa de inmuebles ni en consecuencia en la permuta, y además la legislación hipotecaria lo permite expresamente en el artículo 11 LH. Este pacto de reserva de dominio, no podrá tener eficacia frente a terceros salvo que se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad.

Desde la celebración del contrato, hasta la entrega del dominio, tras el cumplimiento del cesionario, y puesto que el cesionario necesita utilizar el suelo para cumplir sus obligaciones, se entrega por el cedente la mera posesión del solar.

El contrato se perfecciona en el momento de la celebración del mismo, a diferencia de la condición suspensiva, pero queda en suspenso la obligación de transmisión de la propiedad del suelo hasta que por parte del cesionario se cumpla su obligación.

En este caso, el principal inconveniente es la dificultad que se le plantea al cesionario para la obtención de crédito, ya que no podrá hipotecar el suelo.

Por el contrario señala SERRANO GÓMEZ¹² que el pacto de reserva de dominio puede concebirse de dos formas. La primera implica una transferencia al cesionario de la posesión del solar, pero el cedente se reserva la propiedad del mismo hasta que se construyan los pisos conforme a lo acordado. El cedente pues mantiene la propiedad y el cesionario adquiere una posesión que podría entenderse como posesión en concepto de dueño, pues no debe restituir las cosas, si la edificación llega a realizarse. Actuaría como una especie de condición suspensiva de la transmisión del dominio.

Pero también cabe configurarla, como simple garantía real a favor del cedente del solar, a modo semejante de la prenda de bienes muebles, o hipoteca en inmuebles. Así el dominio es realmente transmitido al comprador, en contra del significado literal de la expresión reserva de dominio, pero se trata de un dominio limitado por un derecho real de garantía que se establece a favor del cedente¹³. Esta modalidad es menos onerosa para el cesionario, y la va aproximando al juego de la transmisión inmediata de la propiedad sometida a la condición resolutoria de no cumplimiento por el cesionario.

Esta última opción es realmente una tercera modalidad, la concepción de la reserva de dominio como una condición resolutoria en caso de incumplimiento o falta de entrega.

El TS ha permitido configurar de diferentes maneras la cláusula de reserva de dominio. Atemperando las consecuencias, para buscar un equilibrio entre par-

tes. La STS de 16 de julio de 1993, en caso de compraventa de un inmueble a plazos, admitió que el comprador estuviera legitimado para ejercitar la tercería de dominio solicitando que se levante sobre el bien comprado, y pendiente aun de pago de parte del precio, el embargo decretado a instancia de acreedores del vendedor. Así se matizó la configuración clásica de la reserva de dominio, protegiendo al cedente pero salvaguardando los intereses legítimos del cesionario.

Lo que no se ha permitido, es vulnerar la prohibición de dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato, el pacto comisorio, o un abuso de derecho.

No obstante no puede olvidarse que la reserva de dominio entraña la protección global y propia de un derecho de crédito, y por tanto lo que genera es una garantía. Si bien la práctica constante en el uso de la misma dentro del ámbito inmobiliario en general, y sin circunscribirla a la cesión de suelo a cambio de obra, donde no es excepción, demuestra que esta cláusula desarrolla una función recuperadora de los bienes vendidos. Esta función en los momentos de crecimiento económico, donde el incremento del valor de un inmueble es progresivo, permite satisfacer en mayor medida al acreedor, que con la entrega del precio aplazado. De ahí que desde una construcción clásica, con el ejercicio de la reserva de dominio, en los casos de conflicto entre las partes, el vendedor o cedente solo pretende una cosa, la recuperación del bien transmitido.

VIII. SEGURO DE CAUCIÓN Y AVAL BANCARIO

Cuando las posibilidades anteriores no se entienden adecuadas o las partes prefieren que sea un tercero el que asegure el cumplimiento de las obligaciones del cesionario, puede acudirse a un seguro de caución, en garantía de la entrega de los pisos o locales, este contrato previsto en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro, puede ser muy práctico, para garantizar que se resarza al cedente de los daños que se le ocasione en caso de no llevar a cabo la construcción y posterior entrega al cesionario.

La STS de 26 de febrero de 2000¹⁴, se pronuncia sobre su supuesto de cesión de un solar a cambio de un local de 240 metros cuadrados que debía previamente construir el cesionario; si bien se hacen ambas transmisiones separadas en contratos privados, dando valor equivalente a las prestaciones. El cumplimiento de la obligación del cesionario se garantizó mediante un seguro de garantía y afianzamiento, que el TS calificó de auténtico seguro de caución *ex* artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro, por el que la entidad aseguradora se obligaba, en el caso, entre otros, de que el cesionario no entregara el local comercial a los asegurados, a la entrega de la cantidad de 18.275.000 euros. Cláusula que se entendió aplicable a tenor de los hechos, dada la evidente falta de entrega del local.

También puede acudirse a una entidad financiera, para que otorgue un aval a primer requerimiento, de tal manera que en caso de incumplimiento por parte del cesionario, se podrá requerir a la entidad financiera avalista, el pago de la cantidad estipulada como fianza, a favor del cedente.

En este caso, la garantía funciona de manera independiente al contrato, de forma que bastará se notifique al banco la falta de cumplimiento del cesionario, para que se deba abonar la suma garantizada. Es una manera muy eficaz de proteger la situación tal debilitada del cedente.

Es de destacar la STS de 19 de mayo de 1990¹⁵, al señalar que «...*La diferencia entre el contrato de fianza y el contrato de seguro de caución, ya se considere este como una figura autónoma al modo que lo hace el artículo 68 de la Ley de Contrato de seguro, ya se considere como una modalidad de seguro de crédito, presenta ciertas dificultades nacidas de la idéntica función de garantía que cumplen ambos contratos, no obstante lo cual la mayoría de la doctrina, tanto civilista como mercantilista, se pronuncian por su neta separación; así mientras la fianza es un contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal, en caso de incumplimiento de este, en el seguro de caución el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que aquel incumplimiento le hubiera producido, de donde se desprende que para que el fiador resulte obligado a satisfacer la obligación por él contraída es bastante el incumplimiento del afianzado cuya posición asume, mientras que la obligación de resarcimiento asumida por el asegurador requiere, además de ese incumplimiento, que como consecuencia del mismo, se hayan causado daños y perjuicios al asegurado, y estas notas características de ambos contratos, aparte de otras como el carácter accesorio de la fianza frente al de principal obligación del asegurador, se ponen de manifiesto en las deficiencias que de uno y otro contrato se dan en nuestros textos legales, así el artículo 1822 párrafo 1º del Código Civil dice que “por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo este”, mientras que el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro define esta clase de seguro diciendo «por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato».*

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 7 de abril de 1992¹⁶ «*el motivo es desestimable porque en él se pretende la aplicación de una normativa (la de fianza) a un supuesto distinto, cual es el contrato de seguro de caución, que la tiene propia, y en ella lo que se concede al asegurador es una acción de reembolso frente al tomador, no una subrogación en los derechos del asegurado contra este último (art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980).*

El aval a primer requerimiento permite que el cesionario obtenga de la entidad financiera el compromiso de emitir a favor de la otra parte una garantía pagadera a la primera solicitud del transmitente del solar, sin que sea posible oponer excepciones derivadas de la base ni tampoco de las que puedan surgir de la relación constituida entre el garante y el ordenante de la garantía¹⁷.

Destacan en el aval a primer requerimiento como notas características, la facilidad de la reclamación para el transmitente del solar. En segundo lugar la propia independencia o autonomía de la obligación de pago que se asume por el garante. En tercer lugar, la posibilidad de que la garantía exista con independencia del contrato base. Y en general que esta modalidad de aseguramiento personal, de naturaleza atípica, asegura también al beneficiario frente a los riesgos no solo típicos, sino también atípicos como riesgos de impago, fuerza mayor, etc.

IX. CLÁUSULA PENAL

Otro modo de proteger la situación de cedente es precisamente mediante una cláusula penal, como garantía para el cedente en caso de incumplimiento del cesionario. La inclusión en el contrato de cláusulas penales, que contemplen cantidades fijas a abonar por el cesionario al cedente en caso de retraso en el cumplimiento de las obligaciones del contrato, es bastante común en la práctica.

Así se ha llegado a admitir por la jurisprudencia que estas cláusulas son compatibles con el incumplimiento total, ya que la mora inicial podría desembocar en este incumplimiento total, así debe señalarse la STS de 3 de octubre de 1985, y la de 19 de diciembre de 1986¹⁸ «a pesar de su otorgamiento, el retraso ha sido afirmado, subrayado y no desvirtuado, viniendo a ser tal retraso, precisamente, el evento configurado como el resorte, caso de producirse, que dispara la puesta en marcha de la indemnización convenida, si bien con la facultad de moderación que ha sido utilizada por el Tribunal de instancia por la previsión legal del artículo 1154 del Código Civil (...) ha de entenderse como entregada la cosa vendida cuando el traspaso de posesión real o instrumental por la ficción legal creada en la norma, tenga lugar de todos los elementos constitutivos de la cosa vendida, en la forma, condiciones, y aditamentos convenidos por las partes, porque de faltar alguno de ellos, es evidente que la entrega solo sería, en el mejor de los casos, solamente parcial».

Recuérdese, que la posible moderación de la cláusula penal, al arbitrio del Tribunal, es no solo posible sino obligada salvo cuando las partes hubieran establecido expresamente su aplicación íntegra para el caso de incumplimiento o retraso de las obligaciones.

De igual modo, no podemos confundir esta cláusula con una obligación facultativa, y en este sentido se pronuncia la STS de 13 de marzo de 1990¹⁹

«no resulta viable como “facultas solutionis” la consignación de la cantidad de 14.000.000 de pesetas que operaba como cláusula penal para el supuesto de que la antedicha operación (la entrega del local) hubiere resultado imposible por cualquier causa, por ello no es de observancia el párrafo del precepto supuestamente infringido, toda vez que la hipotética reserva del derecho de pago de la pena para eximirse de cumplir la obligación dependía de manera inexcusable de que el débito no pudiese cumplirse».

Por este cauce ya encontrábamos la STS de 20 de junio de 1981²⁰ al decir *«La existencia de la cláusula penal en el contrato suscrito por las partes, por su carácter de accesorio, no faculta al deudor a liberarse del cumplimiento de la obligación haciendo efectiva aquella sin que se den las circunstancias normales para que dicha cláusula accesorio entre el juego (...)».*

No podía liberarse de esa obligación con el pago de la cantidad fijada como pena, ya que carecía de facultad para eximirse de la prestación objeto de aquella, conforme establece el artículo 1153 del Código Civil, pues en el contrario no se le reservó expresamente este derecho, y por ello el demandado recurrido carecía de facultad de elegir entre cumplir la obligación o satisfacer la pena, de todo lo cual deriva la infracción por la Sala sentenciadora de los preceptos legales, que como vulnerados se alegan en este motivo, el cual por ello ha de ser recogido, ya que al decidir en la forma que lo hace la sentencia recurrida, ha infringido la ley de contrato y ha dejado al simple arbitrio del deudor la validez y cumplimiento de lo en él estipulado.

En todo caso, y como ya se vio la cláusula penal puede tener diversas funciones, y no podemos restringirla a la liquidatoria, que evidentemente es la más común, llamada también pena convencional. Recuérdese que cabe atribuir a la cláusula penal el carácter de cumulativa, permitiendo al cedente la reclamación de la misma pena junto al cumplimiento forzoso o la indemnización de perjuicios. Cabe pactarla con carácter sustitutivo, en cuyo caso la pena estipulada sustituirá a la indemnización de los daños y perjuicios. Y por último pese a que no puede tener este carácter sin previo pacto, es posible que las partes acuerden atribuirle un carácter facultativo, permitiendo al cesionario eximirse de la obligación principal pagando la pena.

X. LA SERVIDUMBRE SOBRE EL EDIFICIO A CONSTRUIR

Por último, no podíamos dejar de referirnos a un supuesto, que si bien no se recoge en el Código Civil, ni en la Ley de Propiedad Horizontal, pues no encontramos referencia directa a la posibilidad de que puedan establecerse servidumbres a favor de un edificio futuro, puede ser de utilidad a los fines pretendidos. Como señala BONET CORREA²¹ puede deducirse del artículo 9 de la LPH, que dentro de las obligaciones de cada propietario está la de consentir las servidumbres, al

decir: «Son obligaciones de cada propietario: c) (...) y permitir en él las servidumbre imprescindibles requeridas para la realización de obras, actuaciones o la creación de servicios comunes, llevadas a cabo o acordadas conforme a lo establecido en la presente Ley...». Por otro lado el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, tantas veces señalado, destaca que *se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: (...) 4º Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida, o por menos comenzada (...) En la Inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados.*

En consecuencia, la LH prevé dos situaciones diferentes, inscribir el solar destinado a una edificación propiedad horizontal (futura), o inscribir el edificio en régimen de propiedad por pisos, cuya construcción esté concluida o al menos comenzada.

Por tanto parece en sí mismo posible constituir servidumbre en el edificio a construir por el cesionario a favor del cedente.

Ello nos enfrenta a la duda sobre si cabe también establecer la servidumbre sobre cosa propia. Nuestro Código Civil permite que el propietario pueda establecer en sus fincas signos aparentes de servidumbres, es decir los supuestos que considera la ley de Propiedad horizontal a través de los cuales el propietario o copropietarios establecen en el edificio futuro o ya construido una serie de servicios de dependencia o interconexión, si bien, han de resultar a la postre cumplidas las condiciones formales, exigencias y deberes de cada una de las partes individualizadas, así han usado de esta facultad del artículo 541 del Código Civil, y se trata de verdaderos supuestos de servidumbres.

Por tanto, debemos admitir que sí cabe también establecer esta servidumbre a favor del cedente siempre que fuere el único titular, o todos los titulares en su caso, quienes la constituyan.

XI. CONCLUSIONES

En conclusión, son múltiples las opciones estudiadas brevemente para atemperar el posible desequilibrio existente entre cedente y cesionario, cuando en su caso lo haya.

Ello con independencia, de que como ya se señaló, si la cesión se configura con cesión de cuota, la situación de las partes guarda un mayor equilibrio entre ellos, al crear desde el inicio una comunidad entre cedente y cesionario, sin desprenderse aquel de la propiedad de todo el solar, y haciendo suyos los pisos atribuidos conforme se va ejecutando la obra. Por ello, y con independencia que las partes puedan pactar otras formas de garantía, la mejor protección del cedente a nuestro parecer se obtiene, configurando desde el inicio la cesión como una cesión de cuota, adjudicando al cesionario una parte alícuota de solar, y determinando en la misma Escritura Pública la parte de obra que cada

comunero debe recibir, de manera que confirme se lleve a cabo la edificación, los pisos y locales pasen a integrar el patrimonio de cedente y cesionario en la medida pactada. De este modo el cedente no se desprende de la totalidad de la propiedad del solar y su riesgo es menor. Se pone en circulación un inmueble y se permite llevar a cabo la obra sobre el mismo, obteniendo los beneficios deseados con los menores inconvenientes.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M.^a T.: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1971.
- BONET CORREA, J., *La servidumbre a favor de edificio futuro, y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir*, *RDN*, Madrid, 1961.
- DE LA IGLESIA MONJE, I., *Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y las modificaciones introducidas por el RH de 1998. Análisis de la STS de 24 de febrero de 2000*, *RCDI*, núm. 659, mayo-junio de 2000.
- FERRANDO NICOLAU, E., *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Mario E. Clemente Meoro (coord.). Tirant lo Blanch. Valencia 2002. Epígrafe 10. Permuta de suelo por construcción futura en el derecho alemán.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978.
- ROCA SASTRE, R. M., *Ensayo sobre el derecho de superficie*, *RCDI*, 1961, núm. extraordinario 392.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a E., *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- SERRANO GÓMEZ, E.: *El contrato de cambio de solar por edificación futura*, Edisofer Libros Jurídicos, Madrid, 2004.

JURISPRUDENCIA

- STS de 20 de junio de 1981 (*RJ* 1981, 2533)
- STS de 19 de diciembre de 1986 (*RJ* 1986, 7683)
- STS de 13 de marzo de 1990 (*RJ* 1990, 1691)
- STS de 19 de mayo de 1990 (*RJ* 1990, 3741)
- STS de 7 de abril de 1992 (*RJ* 1992, 3031)
- STS de 23 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 4744)
- STS de 26 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 1020)
- STS de 1 de abril de 2000 (*RJ* 2000, 2969)

NOTAS

¹ Vid. FERRANDO NICOLAU, Esperanza, *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Mario E. Clemente Meoro (Coord.). Tirant lo Blanch. Valencia 2002. Epígrafe 10. Permuta de suelo por construcción futura en el derecho alemán.

² Makler und Bauträger Verordnung.

³ Vid. FERRANDO NICOLAU, Esperanza: *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Mario E. Clemente Meoro (Coordinador). Tirant lo Blanch. Valencia 2002. Epígrafe 10. Permuta de suelo por construcción futura en el derecho alemán.

⁴ STS de 23 de junio de 1998 (RJ 1998, 4744).

⁵ Resolución DGRN de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986, 1006).

⁶ MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978, 362.

⁷ Vid. DE LA IGLESIA MONJE, Isabel, Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y las modificaciones introducidas por el RH de 1998. Análisis de la STS de 24 de febrero de 2000, *RCDI*, núm. 659, mayo-junio de 2000, 2029.

⁸ Vid. ROCA SASTRE, Ramón María, Ensayo sobre el derecho de superficie, *RCDI*, 1961, núm. extraordinario 392, 29.

⁹ Vid. ALONSO PÉREZ, María Teresa: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, 359.

¹⁰ SERRANO GÓMEZ, Eduardo: *El contrato de cambio de solar por edificación futura*, Madrid, 2004, 109.

¹¹ SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia, *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Navarra, 2001, 263.

¹² SERRANO GÓMEZ, Eduardo, El contrato de cambio..., *op. cit.*, 112.

¹³ Tesis ya defendida por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, en la obra *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturales jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1971.

¹⁴ STS de 26 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1020).

¹⁵ STS de 19 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3741).

¹⁶ STS de 7 de abril de 1992 (RJ 1992, 3031).

¹⁷ STS de 1 de abril de 2000 (RJ 2000, 2969).

¹⁸ STS de 19 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7683).

¹⁹ STS de 13 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1691).

²⁰ STS de 20 de junio de 1981 (RJ 1981, 2533).

²¹ BONET CORREA, José, La servidumbre a favor de edificio futuro, y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir, *RDN*, Madrid, 1961.

(Trabajo recibido el 19-11-2016 y aceptado
para su publicación el 13-1-2016)