

3. URBANISMO

Coordinado por el DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

EL DERECHO DEL CEDENTE DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA: VISIÓN ACTUALIZADA DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 16 DE MAYO DE 1996. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE MAYO DE 1996, EN VIRTUD DE RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO CONTRA LA NEGATIVA A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE SEGREGACIÓN Y PERMUTA.)

I. CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN (1)

Vistos los artículos 392, 609, 1.095, 1.289, 1.462, 1.538 del Código Civil; 1, 2, 8, 9, 20, 38, 40, 220 de la Ley Hipotecaria; 21.1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, 16.2.º del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 5 de diciembre de 1982 y 18 de abril de 1988.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso concurren los siguientes elementos definidores:

a) El recurrente celebró contrato de permuta en escritura pública autorizada el 27 de noviembre de 1991, en la que, entre otras estipulaciones, se pactó lo siguiente: 1. La recurrente «permuta determinada parcela con la entidad promotora «A», ... por las cinco fincas que a continuación se mencionarán, que estarán integradas en el edificio que sobre la parcela permutada construirá dicha entidad, cuyas fincas responden a las siguientes descripciones: ...4. Sobre la finca adquirida por permuta la entidad promotora «A», ajustándose a (determinado proyecto) se propone construir el edificio en que estarán integradas las cuatro fincas antes descritas; 5. La entidad promotora «A», se obliga a entregar a la recurrente las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta en el plazo de dieciocho meses a contar desde hoy. La indicada entrega se verificará mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de obligación...; 6. El permutante, promotora «A», se obliga a realizar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio en que se encuentran integradas las fincas que en esta escritura adquiere la recurrente...; 7. Las fincas se permutan libres de cargas y arrendamientos...

b) El mismo día y ante el mismo Notario (número inmediato posterior), la entidad promotora «A» otorga escritura de declaración de obra nueva en construcción y división en régimen de propiedad horizontal del edificio construido sobre la parcela adquirida, el cual aparece integrado, entre otros elementos privativos, por cinco fincas cuyas descripciones coinciden íntegramente (número del piso o local en el edificio, cuota, linderos, etc.) con las que esa entidad permutó con la recurrente.

c) Estas dos escrituras se presentan en el Registro de la Propiedad el día 29 de noviembre de 1991, practicándose una primera inscripción de dominio de la parcela segregada a favor de la promotora «A», el día 2 de diciembre de

(1) Sólo se transcriben los Fundamentos de Derecho de la Resolución, ya que los hechos aparecen suficientemente consignados en el primero de ellos.

1991, y con la misma fecha una segunda inscripción de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio construido, así como la primera inscripción separada de cada uno de los pisos y locales resultantes, todas ellas a favor de la entidad promotora «A».

d) Presentada nuevamente la escritura de permuta antes referida, el día 23 de marzo de 1993, con el objeto de que se inscriba a favor de la recurrente las cinco fincas adquiridas por permuta, el Registrador suspende la inscripción mientras no se aporte el acta notarial de entrega a que se aludía en la cláusula 5.ª de dicha escritura.

2. Si se tiene en cuenta que aunque el contrato de permuta aparezca configurado en nuestro Código Civil como un contrato que precisa de la tradición para que se opere el traspaso dominical (arts. 1.538, 609 y 1.095 del Código Civil), le es igualmente aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1462.2 del Código Civil (cfr. art. 1.541 del Código Civil), la cuestión debatida consistirá en decidir si en el concreto negocio realizado puede estimarse que en favor de la recurrente se ha operado ya, desde el momento del otorgamiento de la escritura de permuta y por efecto de ese mismo otorgamiento, el juego traditorio respecto de los cinco pisos o locales que ella adquiría, o si, por el contrario, la tradición y el consiguiente traspaso dominical quedan claramente diferidos a un momento posterior: el del acta notarial de entrega.

Prescindiendo por ahora de las especiales características de los bienes que una de las partes —el constructor— da en permuta, de los términos del negocio celebrado no resulta concluyente la exclusión respecto de ellos, del efecto traditorio inherente a la escritura pública. Ciertamente, la cláusula 5.ª en cuanto alude a una obligación de entrega que se cumplirá mediante el otorgamiento de acta notarial de entrega y cumplimiento de la obligación, parece confirmar esa exclusión; ahora bien, si se tiene en cuenta que la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que a pesar de la transmisión del dominio puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega; y que en la escritura calificada se reitera (en las cláusulas 5.ª y 6.ª) la expresión: «las cinco fincas que en esta escritura adquiere la recurrente», difícilmente podría negarse en el caso debatido el efecto traditorio inherente al otorgamiento de la escritura pública respecto de esas cinco fincas que adquiere la recurrente, si las mismas estuviesen totalmente construidas en el momento del otorgamiento de aquella, ese deber de entrega que se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse por medio de acta notarial, mas deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse una obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor, que como exclusión inequívoca (tal como exige el párrafo 2.º del art. 1.462 del Código Civil) del efecto traditorio inherente a la escritura pública; ello vendría avalado además por el criterio de reciprocidad que ha de inspirar la interpretación de los contratos onerosos (cfr. art. 1.289 del Código Civil), por cuanto es indudable el efecto traditorio sobre el solar permutado por la recurrente.

3. Corresponde analizar ahora si por las especiales características del derecho adquirido por una de las partes permutantes puede alterarse las anteriores conclusiones sobre la efectividad del juego traditorio respecto de tales derechos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el piso o local

de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto que de presente implica la participación, por la cuota que se asigne al piso, en la comunidad recayente sobre el solar, comunidad que no es la ordinaria del Código Civil, sino una comunidad con su propia normativa rectora (cfr. art. 392.II del Código Civil) encaminada a regular el desenvolvimiento de la construcción prevista (quién ha de realizarla, a costa de quién, etc.); con la terminación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio resultante del régimen de propiedad horizontal y a la conversión de aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente; la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local en edificio anterior, a medida que avanzan las obras y el deber de entrega que en la escritura de permuta se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse por medio de acta notarial deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar por quien tiene la obligación de construir sobre el solar. El derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir tiene, pues, el carácter de un verdadero y actual derecho real, y nada obsta a su adquisición, y desde el mismo momento de su celebración, en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio si éste se otorga en escritura pública (cfr. arts. 609 y 1.462 del Código Civil).

4. Por otra parte, reconocido el carácter de verdadero y actual derecho real del piso o local en edificio a construir ha de examinarse ahora las posibilidades de su reflejo registral inmediato. En este sentido, ha de señalarse que, si el párrafo 5.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria impide la apertura de folio registral independiente en tanto no se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre todo el edificio (lo que, a su vez, queda supeditado al comienzo de la construcción —cfr. art. 8.4.º de la Ley Hipotecaria—), nada obsta a su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca aunque todavía figure registralmente como solar; antes al contrario, avalan tal inscripción: el carácter real del derecho cuestionado (arts. 1, 2 y 9.3.º de la Ley Hipotecaria); la posibilidad de consignar en el folio abierto al solar los pisos meramente proyectados (art. 8.4, párrafo 2.º *in fine* de la Ley Hipotecaria); la admisión de la inscripción, aun antes de iniciarse la construcción, de los concretos acuerdos jurídico-reales entre los copropietarios del solar sobre el régimen de aquélla y del edificio resultante (cfr. arts. 392.II del Código Civil, 2 de la Ley Hipotecaria, 21.1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, 8.4.º de la Ley Hipotecaria y 16.2º del Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1982 y 18 de abril de 1988. Además, y de conformidad con lo anteriormente apuntado, una vez iniciada la construcción e inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre el todo, esa inscripción del piso o local a construir en el folio abierto al solar determinará que la primera inscripción del elemento privativo cuya descripción coincida íntegramente con el piso o local ha de practicarse directamente a favor del adquirente respectivo.

7. La aplicación de la anterior doctrina al supuesto debatido no puede aparecer obstaculizada por el hecho de que la contraprestación por la adquisición de esos cinco pisos sea la cesión del propio solar sobre el que ha de realizarse la edificación en el que aquéllos se integran; aun cuando en tal hipótesis pudiera resultar más adecuado, la celebración de un negocio atípico, *do ut des*, por el que el dueño de la parcela que retiene sobre ella el derecho sobre cinco pisos o locales a cuya construcción se compromete la otra parte

contratante, y da a ésta derechos (comunidad) sobre la parcela que le permitieran hacerse dueño exclusivo de los restantes pisos del edificio que se compromete a construir, nada obsta a la validez del negocio, tal como ha sido configurado, esto es, como un negocio de permuta (si bien con ciertas particularidades que lo singularizan), por el que una de las partes cede íntegramente el suelo a la otra y ésta, a cambio, asume la obligación de realizar determinadas edificaciones y transfiere inmediatamente a aquélla el derecho a cinco pisos o locales del edificio convenido; las respectivas prestaciones son posibles, lícitas y perfectamente determinadas, sin que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-piso obstaculice la inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes intercambiados tiene el negocio, al estar otorgado en escritura pública.

8. Queda, por último, la cuestión de si inscritos a favor del constructor todos los pisos y locales del edificio construido, puede practicarse una segunda inscripción de los cinco pisos y locales objeto de la permuta, a favor del cedente, en virtud de ese mismo título. Puede pensarse que los principios registrales de legitimación, tracto y salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. arts. 1, 20, 38, 40 y 220 de la Ley Hipotecaria), impiden esta segunda inscripción, toda vez que a favor del permutante promotor se inscribió en pleno dominio la totalidad del solar (sin que en el folio respectivo constara como carga, gravamen o coparticipación en esa titularidad dominical, los derechos que adquiría o retenía la recurrente) lo cual, a su vez, determinó que por él sólo se declarara e inscribiera el régimen de propiedad horizontal, y a su favor se extendieran los primeros asientos de cada uno de los pisos resultantes. Ahora bien, tales obstáculos son sólo aparentes, pues la inscripción parcial de un negocio en modo alguno puede impedir la inscripción en un momento posterior de los efectos jurídico-reales entonces omitidos, siempre que la situación registral no haya variado respecto de la existente al practicarse el primer asiento. En definitiva, lo que se pretende es inscribir esos cinco pisos a favor de otra persona, en virtud de una transmisión otorgada por el propio constructor y titular registral actual, con la única particularidad de que dicho negocio traslativo es anterior a la inscripción a favor del transmitente de los bienes transmitidos.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el recurso en los términos de los anteriores considerandos, revocando el auto y la nota.

II. COMENTARIOS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Resolución expuesta versa sobre el contrato de cesión de suelo por obra, también denominado comúnmente contrato de aportación, de cesión de suelo por vuelo o de solar a cambio de obra futura, que puede definirse, en términos generales, como aquél en cuya virtud uno de los contratantes transmite o se obliga a transmitir la propiedad de un solar al otro, que a su vez asume la obligación de entregar al primero uno o varios pisos o locales del edificio que va a construir en dicho solar.

Se trata de un contrato muy frecuente dentro de los procesos de desarrollo urbanístico cuya escasa regulación general ha generado importantes problemas a la hora de su desenvolvimiento práctico; entre ellos destaca el que

constituye el objeto directo del recurso sometido aquí al criterio de la Dirección General: el carácter real o personal del derecho que adquiere el cedente del solar sobre los pisos o locales que le van a ser entregados en contraprestación. La elección entre una u otra fórmula puede resultar determinante de la celebración o no del contrato (2).

La cesión de suelo por vuelo es una operación jurídica compleja que no contempla directamente nuestro derecho positivo más allá de las normas puramente registrales recientemente introducidas en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario y de algunas disposiciones particulares, como la Ley catalana 23/2001, de Cesión de Finca o de Edificabilidad a Cambio de Construcción futura.

De ahí que, en general, suela considerarse como un contrato atípico cuya construcción doctrinal y jurisprudencial ha dado lugar a múltiples elucubraciones en orden a su naturaleza jurídica.

En realidad, no se trata de un contrato único, sino que ese concepto amplio contiene una heterogénea serie de figuras conducentes a un similar resultado práctico, pudiendo por lo tanto revestir una pluralidad de formas contractuales distintas, entre las que cabe citar su acercamiento a la permuta, al derecho de vuelo, al de superficie, configurarse como venta con opción de compra de pisos a construir, como contrato de obra o incluso revestirlo bajo fórmulas societarias o comunitarias, entre otras posibilidades. Así lo entiende unánimemente la doctrina (3) y se refleja constantemente en la Jurisprudencia (4).

En todo caso, cualquiera que fuere la configuración que se le dé, la utilidad práctica de este negocio jurídico es evidente: a quien cede el suelo le permite ejercitar su derecho a edificar (lo que puede incluso constituir un deber derivado del planeamiento urbanístico), para lo cual en la generalidad de los casos no tendrá capacidad técnica ni económica, y obtener finalmente un determinado número de pisos o locales en el edificio a construir. Y al mismo tiempo facilita al cesionario-constructor la adquisición de terrenos sin necesidad de realizar desembolso inicial alguno y así obtener los medios de financiación necesarios para efectuar la construcción.

No obstante, la conveniencia general de que el contenido de todo negocio jurídico se redacte en términos que refleje la verdadera voluntad negocial y la finalidad perseguida por las partes se acentúa en un caso como el presente, dada la variedad de las formas que el contrato de aportación puede revestir y los peligros que puede entrañar su celebración, especialmente para el ceden-

(2) Sirva de ilustración un ejemplo extremo pero con el que nos hemos encontrado alguna vez en la práctica: el titular del suelo se negaba a despojarse de su dominio si no tenía la certeza de que iba a recibir su vivienda dentro del mismo entorno, en el que había vivido inveteradamente su familia, sin que fuera suficiente la constitución de hipoteca o de condición resolutoria, en tanto que el único posible adquirente de la finca necesitaba su dominio a fin de obtener las mayorías exigidas para promover la iniciativa del sistema de compensación.

(3) MARÍA EUGENIA SERRANO, *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, 1997. ALBERT RUDA FERNÁNDEZ, *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo Blanc, 2002. MARÍA DEL CARMEN PLANA ARNALDOS, *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, 2002.

(4) Por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1983, 31 de octubre de 1986, 11 de mayo de 1990, 30 de septiembre de 1993, 19 de noviembre de 1994 y 13 de diciembre de 1999.

te del suelo. A nadie se le escapa que, al desprenderse inicialmente de la propiedad del solar, queda expuesto a la posibilidad de ver frustradas sus expectativas a causa de la eventual pérdida por el cesionario-constructor motivada por un embargo promovido por los acreedores de éste o por la ejecución de la hipoteca constituida por el mismo para la financiación de la obra, o incluso por el abuso de derecho que dicho cesionario pudiera cometer enajenando el suelo a terceros o imponiendo sobre él cargas o gravámenes que puedan perjudicar su derecho sobre los pisos que haya de recibir.

Estos inconvenientes se harán patentes en los supuestos en que su derecho sobre los pisos o locales futuros se haya construido con carácter meramente obligacional: en tal caso, únicamente tendrá un derecho de crédito dirigido a obtener el cumplimiento por el constructor de los compromisos asumidos en virtud del contrato, que se traducen en la obligación de realizar la edificación y la de entregar los elementos inmobiliarios prometidos. Como contraprestación meramente obligacional, su constancia registral se limitará a su reseña en el cuerpo del asiento, pero sin que pueda oponerse a terceros, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Hipotecaria en sus artículos 10 y 11.

Ciertamente, el último de los preceptos citados establece excepcionalmente su oponibilidad en la medida en que se haya garantizado el crédito con hipoteca o con condición resolutorias. Pero con ello se produce una merma sustancial de la finalidad práctica del contrato, ya que la adopción de estas cautelas repelerá con facilidad a quienes sean llamados a aportar la financiación precisa para la edificación, frustrando de este modo las previsiones del constructor y, en definitiva, el fin y razón de ser del contrato.

Con el fin de superar estos serios inconvenientes, la Resolución comentada hace alarde de un espíritu emprendedor al permitir expresamente que se dote carácter real a los derechos del cedente sobre los pisos futuros y su inscripción registral, siendo esta construcción seguida por otras Resoluciones posteriores, como la de 5 de enero de 1999.

No obstante, la solución adoptada por el Centro Directivo ha sido recibida de forma desigual por la doctrina, ya que, junto a los aplausos que le han brindado numerosos autores, no faltan voces opuestas, como la de CHICO (5), cuya crítica feroz se resume en las siguientes reflexiones: «Es evidente que la teoría del título y el modo exige el consentimiento y la entrega de la cosa que, en nuestro derecho, se facilita por el otorgamiento de escritura pública; sólo tiene como excepción que de la misma escritura “no resultare o se dedujere lo contrario”. La pregunta es inevitable: si la cosa futura no puede ser entregada por no existir, es difícil que la escritura pública supla la entrega». Para concluir, expresa su pesar diciendo que, «creo que los ciento treinta y cinco o más años que avalan la creación y aplicación de la legislación hipotecaria merecen otro trato más respetuoso».

Por su parte, GARCÍA GARCÍA (6), tras elogiar las conclusiones a las que llega la Resolución desde la óptica jurídico-real, hace una interesante y serena matización: «creo que las declaraciones de la misma (Resolución), que en un plano conceptual o de libro son inobjectables, no se acomodan al caso concreto, en que, quiérase o no, la situación real y el negocio jurídico pactado no

(5) JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, en su comentario a la propia Resolución en *RCDI*, núm. 638, pág. 177.

(6) JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, comentando la misma Resolución en *RCDI*, núm. 640, pág. 1137.

revelan claramente una voluntad traditoria de la propiedad del piso futuro, sino más bien todo lo contrario. En definitiva, creemos que, evidentemente, el piso futuro puede ser configurado como finca registral ya en presente. Pero la titularidad dominical de ese piso futuro (inscribible a nombre del dueño del terreno o de los asignatarios de los pisos futuros) dependerá de los pactos negociales de cada caso concreto, no cabiendo que la Dirección General de los Registros y del Notariado supla la voluntad dudosa y discutible de las partes con declaraciones doctrinales uniformes sobre la naturaleza conceptual del piso futuro». Compartimos íntegramente estos asertos para su aplicación con carácter general.

En todo caso, con posterioridad a 1996 se sucedieron varios acontecimientos que inducen a cuestionar la vigencia actual del criterio innovador de que hizo gala la Dirección General en la reiterada Resolución, y que vamos a repasar a continuación.

2. LA REDACCIÓN POR EL REAL DECRETO 1867/1998 DEL ARTÍCULO 13 DEL RH

Plenamente consciente de la problemática expuesta, hace su aparición en escena el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario. Uno de sus objetivos, según su propia exposición de motivos, era regular «figuras contractuales e instituciones carentes de regulación reglamentaria, o que estén necesitadas de nueva regulación por el carácter obsoleto de los preceptos referentes a las mismas o por las dificultades que se advertían en su aplicación práctica».

Entre estas figuras incluye el Real Decreto lo que denomina «cesión de suelo por obra futura» y destina a su regulación el artículo 13 del Reglamento Hipotecario que, ahondando en la brecha abierta por la Resolución de 16 de mayo de 1996, contempla de manera clara la posibilidad de los contratantes de conferir carácter real al derecho del cedente del suelo sobre los pisos o locales estipulados.

El contenido del nuevo precepto era el siguiente:

«Artículo 13. En las cesiones de suelo por obra futura, en las que se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir, que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes, al practicarse la inscripción se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario, siempre que se fije un plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de diez años.

Salvo que en el título de cesión se pacte otra cosa, el cesionario podrá, por sí solo, otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal, siempre que coincida exactamente la descripción que se haga en ellas de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior. La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente, sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega.

Salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación.

El régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional. En este caso se expresará de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción.

No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria».

Con ello, se recogen por vez primera en un texto positivo las reglas para la inscripción de este contrato, decantándose por la posibilidad de construir con carácter real el derecho del cedente del suelo sobre los pisos que se le asignan, al igual que hiciera la Resolución que contemplamos. Por ello, pueden hacerse extensivas al precepto reglamentario las mismas críticas o halagos que suscitó la citada Resolución, antes aludidos.

Es tan evidente el paralelismo existente entre ese artículo y la Resolución, que incluso ambos utilizan la expresión «comunidad especial» para referirse a la situación existente antes de la conclusión de las obras y de la inscripción de la propiedad horizontal. Para esa misma fase, comentando el nuevo artículo, GARCÍA GARCÍA (7), con su habitual elocuencia, señala: «dicha comunidad no es en proindiviso sobre el solar, pues éste se cede en su totalidad al cesionario, pero sí es una comunidad especial, teniendo en cuenta que se integran en ella no sólo el solar transmitido, sino los futuros pisos con sus respectivas cuotas», y respecto de la titularidad que pueda tener el cedente dice que «más bien parece presuponer un *ius ad rem*; podría discutirse si no hubiera sido más adecuada para la publicidad registral de ese *ius ad rem* una anotación preventiva, pero lo cierto es que el precepto ya vigente ha optado por la fórmula del asiento de inscripción».

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE ENERO DE 2001

Tras la modificación del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto de 1998, se interpusieron diversos recursos contencioso-administrativos que desembocaron en otras tantas sentencias del Tribunal Supremo en las que se anulaba gran parte de los nuevos preceptos reglamentarios (8). La última de ellas es la sentencia de 31 de enero de 2001, que, entre otros artículos de nueva redacción, decretó la nulidad de los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento.

Son dos los reproches que la sentencia hace al contenido de dichos párrafos. El primero, que compartimos plenamente, consiste en que en ellos «se crean una serie de derechos y obligaciones que exceden del modesto cometido de un Reglamento e invaden la regulación sustantiva de los derechos civiles reservada a una ley formal».

(7) JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo V, Urbanismo y Registro de la Propiedad, Civitas, 1999, pág. 464.

(8) Son las sentencias de 24 de febrero, 22 de mayo y 12 de diciembre de 2000 y la de 31 de enero de 2001.

Más discutible nos parece la afirmación de que «los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario desnaturalizan el sistema de adquirir la propiedad en nuestro sistema jurídico, que requiere la concurrencia del título y el modo, de manera que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, que, en el supuesto contemplado por esos tres primeros párrafos, no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir». Abundando en esta idea, añade más adelante que «ni el significado de la *traditio ficta*, recogido en los artículos 1.462 y 1.463 del Código Civil, ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato, salvan a estos preceptos impugnados de la tacha de ilegalidad, pues esas formas espiritualistas presuponen siempre la realidad de la cosa, que en el caso regulado por ellos no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto».

En relación con esta afirmación, no podemos olvidar, en primer lugar, que no es cierto que la adquisición de cosas futuras (con abstracción de la entrega) no venga avalada por una norma con rango de Ley formal. El artículo 8 de la Ley Hipotecaria permite que se abra un folio independiente a cada uno de los pisos de un edificio desde la inscripción de la división horizontal (apartado 5.º) y que ésta se practique desde que la construcción del edificio esté «por lo menos comenzada» (apartado 4.º), por lo que puede que alguno de los apartamentos no tenga existencia material en ese momento. De ahí resulta la posibilidad de inscribir la compra de un piso futuro, lo que contradice frontalmente las afirmaciones que constituyen la base del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo. Podría decirse en contra que en este caso ya existe «jurídicamente» el piso; mas cabe que se presenten en el Registro simultáneamente el contrato y la división horizontal, como ocurre en la Resolución comentada, por lo que ésta no merecería censura alguna en tal sentido, al respetar escrupulosamente la legislación hipotecaria. En cualquier caso, la discusión sobre si puede hablarse o no de propiedad sobre ese piso o apartamento futuro pero ya inscrito resulta inútil, si se repara en que ya es indudablemente objeto de derechos, como lo atestigua la posibilidad de constituir hipoteca sobre el mismo prevista por el artículo 107 de la misma Ley. El problema se centra, por tanto, en la hipótesis de que al presentar la escritura del contrato no figuren reflejadas en el Registro la obra nueva y la división horizontal. Veámoslo primero desde la perspectiva general de la *traditio* en la compraventa para después enfocar el contrato especial que contemplamos.

Que la «espiritualidad» de la tradición o entrega en nuestro Derecho es una realidad, lo corroboran los dos artículos del Código Civil citados por la sentencia. El 1.462 permite que, abstracción hecha de la entrega efectiva, se entienda transmitida la propiedad cuando la venta se haga en escritura pública. En el contrato que contemplamos, sólo la interpretación jurisprudencial de esa norma impide su aplicación también a las cosas futuras, cuya inclusión como objeto del contrato permite expresamente el artículo 1.271. En tal dirección, el Tribunal Supremo (9) ha declarado, respecto de este contrato, que el otorgamiento de la escritura no implica la *traditio ficta* del párrafo 2.º del artículo 1.462 cuando se trata de cosas futuras, dado que el supuesto tradente no puede entregarlas en ese momento. Si la inaplicación del citado artículo se

(9) Sentencia de 9 de octubre de 1997.

debe a que no es posible la entrega, ¿por qué no cabría aplicar la regla del artículo 1.463 cuando permite entender hecha la entrega «por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta»? Aquí la espiritualización de la *traditio* es máxima: ya no se hace abstracción de si se ha hecho o no materialmente aunque se presuma, como en el caso anterior, sino que se sabe que no se ha efectuado materialmente y aun así se entiende transmitido el dominio (10).

En nuestra opinión, la interpretación jurisprudencial de los artículos 1.462 y 1.463 en su aplicación al contrato de cesión a cambio de obra futura está hecha a la medida de una actitud excesivamente reverencial a la teoría del título y el modo, frente a la tesis que sostiene la Dirección General, más flexible, dinámica y adaptada a las necesidades del tráfico jurídico actual, sobre todo teniendo en cuenta que este contrato no estaba presumiblemente en la mente del legislador en el momento de la codificación.

El Tribunal Supremo extrapola en esta sentencia al contrato de cesión de suelo por obra el criterio tradicional mantenido en sede del contrato de compraventa, consistente en que la venta de cosa futura sólo produce efectos obligacionales. Este razonamiento no se discute aquí. Lo que no nos parece razonable es sacar esa teoría de los cauces dentro de los que ha surgido (la compraventa) para aplicarlo a un contrato con caracteres muy especiales. Esta aplicación extensiva resulta, en efecto, forzada, si se considera que en el contrato que nos ocupa, configurado por las partes con carácter jurídico-real, la adquisición de dominio, o cuando menos de un derecho real, sobre los pisos a construir se erige nada menos que en causa del contrato, al tratarse de un negocio complejo cuyos elementos integrantes forman una delicada construcción que se desmorona si le falta alguno de esos elementos esenciales. Por tanto, de estimarse que no puede hablarse de titularidad jurídico-real sobre los pisos, el contrato vendría vacío de causa, con lo que, no cabría hablar de efectos obligacionales, sino que el contrato no produciría efecto alguno, de acuerdo con el artículo 1.275 del Código. Por eso nos parece inadecuada la solución del Registrador cuya calificación originó el recurso contemplado en la Resolución, que practicó a nombre de la promotora la inscripción independiente de TODOS los pisos, incluidos los asignados al cedente del suelo, fragmentando y desvirtuando así el negocio jurídico celebrado.

4. EL CONTEXTO NORMATIVO ACTUAL DEL CONTRATO

Como se ha visto, del artículo 13 del Reglamento Hipotecario únicamente los dos últimos párrafos se salvaron del vendaval originado por las citadas sentencias del Tribunal Supremo. Con ello, sólo queda en pie la escueta referencia a una de las dos posibles configuraciones del contrato de cesión apuntadas: la meramente obligacional. Pero desaparece del Reglamento la otra posibilidad que contemplaba inicialmente el citado artículo.

Ante ello cabe preguntarse acerca de la incidencia de esas sentencias sobre los criterios plasmados por la Dirección General en la Resolución objeto de

(10) Y no creemos que por la frase «no puede trasladarse» deba entenderse la imposibilidad absoluta, sino que bastaría una mera dificultad o incomodidad actual que aconsejen aplazar la entrega material.

estas líneas, es decir, si la anulación de los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario debe interpretarse como exclusión de la construcción con carácter jurídico-real del derecho del cedente del suelo sobre los pisos o si, por el contrario, podría sostenerse en la actualidad una argumentación similar o análoga a la utilizada en dicha Resolución.

Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA (11), la declaración de nulidad supone la eliminación de esas seudonormas que son los Reglamentos ilegales, que enturbian la composición del ordenamiento y que obstaculizan o impiden la aplicación de las normas de valor superior que son las Leyes formales infringidas por aquéllos.

En el caso que contemplamos, tras la sentencia de 31 de enero de 2001 han desaparecido del ordenamiento jurídico los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario. Sólo resta la escueta referencia de los dos últimos a la configuración de «la contraprestación a la cesión» como «meramente obligacional», que queda vacía de novedad al reiterar lo dispuesto con carácter general en los artículos 10 y 11 de la Ley Hipotecaria. Por lo tanto, puede decirse que la regulación del contrato se mantiene hoy inalterada en los mismos términos que al tiempo de dictarse la Resolución, anterior a la reforma de 1998.

Si nos resignáramos a aceptar como incontestable la argumentación del Tribunal Supremo en torno al derecho del cedente, veríamos cómo se derrumbaba la construcción elaborada por la reiterada Resolución de la Dirección General, al descansar justamente sobre el cimiento contrario.

Ello no obstante, no es imposible encontrar las fuerzas necesarias para sortear los envites que tratan de impedir el acceso al Registro del derecho del cedente sobre el piso futuro y conseguir justificar así la oponibilidad *erga omnes* del mismo, todo ello sin vulnerar los límites marcados por la Ley. Creemos, no obstante, que no deberíamos vernos obligados a hacer este esfuerzo por buscar vías oblicuas para llegar adonde nos llevaría el camino más recto, en los términos ya expuestos.

Así, aun rechazando la opinión que hemos sostenido al comentar la sentencia en cuanto a la inscripción de los pisos futuros a favor del cedente del solar, todavía nos queda una vía de escape frente a las acometidas de la misma: atribuir al mismo cedente otra titularidad jurídico-real distinta del dominio pleno pero que, debidamente inscrita, pueda hacerse valer frente a terceras personas, como el acreedor hipotecario, los acreedores del cesionario-constructor, o quien de éste pueda traer directamente un derecho sobre los pisos.

En primer término, para salvar los aludidos obstáculos puede constituirse en el propio contrato una comunidad de bienes para la promoción inmobiliaria, que tradicionalmente se conoce como comunidad valenciana. Se trata de la figura contemplada por la Dirección General en sus Resoluciones de 18 de abril de 1988 y de 17 de julio de 1998, entre otras, y ha sido igualmente admitida por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia de 5 de junio de 1989.

La solución consistiría en la transmisión al promotor-constructor, no de todo el solar, sino sólo de una cuota indivisa sobre el mismo, configurando en el propio contrato las normas por las que haya de regirse la comunidad, al

(11) *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, 2002, pág. 229.

amparo del artículo 392.2.º del Código Civil. Entre tales normas se haría referencia al edificio que se va a construir y a la asignación de los pisos concretos a cada uno de los contratantes. En este sentido, la Resolución de 1988 citada concluye que «nada se opone, aun antes de iniciarse la construcción, a la inscripción de los acuerdos, tan convenientes para asegurar, frente a terceros, el interés de cada uno de los comuneros, en el concreto local o vivienda futura a él asignado (...)». La inscripción se practicará entonces en el folio de la finca común, en cuanto acuerdo modificativo del régimen de la comunidad (cfr. art. 2, núm. 2 de la Ley Hipotecaria), y añade que «desde que se produzca el acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y sobre el destino de cada vivienda o local, procede la inscripción y los pisos proyectados pueden constar como términos de referencia de los derechos que “sobre la finca” tienen los titulares registrales, como para hipótesis análogas prevé la misma Ley», citando en esa dirección los artículos 21.1.º de la Ley de Propiedad Horizontal («pacto en contrario»), 8.4.º de la Ley Hipotecaria y 16.2.º de su Reglamento.

En segundo lugar, también cabría configurar el derecho del cedente sobre los pisos futuros bajo la forma de un derecho real limitado como, por ejemplo, el derecho de superficie (si es que se admite el constituido al margen de la regulada en la legislación sobre el suelo) o incluso el derecho de sobre y subedificación (12). También puede invocarse el sistema del *numerus apertus* limitado existente en nuestro Derecho en materia de derechos reales: si no podemos operar con el dominio de los pisos futuros, nada impide reconocer al cedente del suelo un derecho real de manera que ambas partes compartan facultades de esta naturaleza sobre el solar. De igual modo que en el usufructo su titular tiene facultades originariamente correspondientes al dueño, como son las de usar y hacer suyos los frutos futuros (accesión «discreta»), en este caso el cedente se reservaría otra de las facultades dominicales tradicionales, como es la de hacer suyo todo lo que la cosa reciba por accesión «industrial». De este modo, su titularidad jurídico-real recae inicialmente sobre una cosa presente, como es el suelo y, realizada o iniciada la construcción del edificio, pasaría a sustituirse por el dominio de los pisos convenidos, al igual que ocurre con los citados derechos de superficie y sobreedificación.

Por último, y para el caso de que las anteriores soluciones no resultaran satisfactorias, todavía nos quedaría un último aliento para lograr el resultado perseguido realizando operaciones complejas: si el piso puede abrir folio independiente desde la inscripción de la división horizontal (art. 8.5.º LH), si ésta se puede practicar desde que la construcción esté comenzada (art. 8.4.º LH) y si el comienzo de las obras se produce desde el momento de la aprobación del pertinente proyecto de obras (según han concluido la Dirección General y el I Simposio Internacional de Propiedad Horizontal), cabe esperar a obtener la licencia correspondiente para presentar en el Registro el título o títulos que consignen el contrato, la declaración de obra nueva y la división horizontal, para que puedan inscribirse los pisos a favor de los contratantes en la medida pactada para cada uno. Ninguna de las objeciones vistas atrás podría alegarse ya.

(12) MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ, «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 RH: los derechos de sobre y subedificación», en *RCDI*, 665, págs. 1021 y sigs.

5. CONCLUSIONES

Con independencia de las particularidades del concreto contenido negocial querido por las partes en el supuesto de hecho de la Resolución, creemos que el resultado económico que se pretende con el contrato de cesión de suelo por obra, haciendo oponible a través de la inscripción el derecho del cedente del suelo sobre los pisos futuros puede obtenerse de muy diversas formas, y ello aunque aceptásemos la rígida interpretación del régimen de la entrega en nuestro Derecho que hace el Tribunal Supremo en sede de compraventa y su aplicación sin más a una operación compleja sustancialmente diferente, compuesta por una serie de elementos, esenciales e interdependientes.

En primer lugar, si la presentación del título en el Registro es simultánea o posterior a la declaración de obra nueva y división horizontal, la propia Ley Hipotecaria (art. 8, apartados 4.º y 5.º) nos permite la inscripción de los pisos o locales correspondientes a favor del cedente del suelo. No será muy difícil que se produzca este supuesto fáctico, sobre todo teniendo en cuenta la concepción actualmente imperante en orden al momento en que haya de entenderse «comenzada» la edificación, como ya se ha apuntado.

En segundo término, fuera de esa hipótesis, es decir, en un momento anterior a la constatación de la propiedad horizontal, también el ordenamiento nos ofrece la posibilidad de inscribir la citada titularidad del cedente como una cuota de presente en una comunidad ordinaria sobre el solar con el promotor-constructor, regulando estatutariamente la forma de extinción de la misma mediante la adjudicación concreta de elementos privativos de la propiedad horizontal. También una norma con rango legal lo permite: el artículo 392.2.º del Código Civil.

Como tercer recurso, todavía podríamos acudir al sistema del *numerus apertus* limitado en materia de derechos reales para reconocer al cedente un derecho de esta naturaleza sobre el suelo, consistente en la reserva del derecho o facultad de hacer suya parte de la edificación que sobre él se construya en el futuro.

En consecuencia, parece que ninguna de estas construcciones queda a tiro de las objeciones jurisprudenciales que hemos visto y que todas ellas están libres de cualquier sospecha frente a una posible acusación de fraude de ley, porque no persiguen «un resultado práctico prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él», al estar bajo el amparo de disposiciones con rango de Ley. Ello nos lleva al siguiente interrogante: si las normas legales permiten que se pueda llegar al resultado práctico pretendido a través de distintos medios indirectos, ¿no existe la posibilidad, aunque sea remota, de que la rígida posición seguida por el Tribunal Supremo en cuanto a la proscripción del camino recto sea revisada?

En tanto esa posibilidad se abre camino, nos queda la esperanza de que la tendencia reguladora tímidamente iniciada por el Reglamento Hipotecario sea seguida por el poder legislativo insertando esas mismas reglas en la Ley que aquél desarrolla y zanjando así la discusión de una vez por todas.

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN