

# Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS NEGOCIOS DE CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA.—II. LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO DE LOS INMUEBLES PACTADOS COMO CONTRAPRESTACIÓN: 1. PLANTEAMIENTO. 2. TRANSMISIÓN DEL DOMINIO EN LOS CONTRATOS SOBRE COSA FUTURA. 3. LOS NEGOCIOS DE CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA.—**III. EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD:** 1. DISTINTAS VÍAS POR LAS QUE EL DERECHO DEL CEDENTE SOBRE LOS INMUEBLES PUEDE TENER REFLEJO REGISTRAL. 2. INSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CESIÓN: EL ARTÍCULO 13 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 31 DE ENERO DE 2001.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS NEGOCIOS DE CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA

Las formas negociales que podemos denominar de cesión de solar a cambio de obra futura representan un cauce a través del cual se lleva a cabo la construcción inmobiliaria mediante la colaboración de los titulares de los diferentes medios humanos y materiales necesarios para culminar tal proceso, cuando este se realiza con la finalidad de comercializar la obra, en todo o en parte.

Básicamente, mediante estos negocios, el propietario de un terreno apto para construir (solar) cede determinados derechos sobre el mismo a cambio de una contraprestación futura que se determina en referencia a la obra que el cesionario (constructor) se obliga a realizar sobre ese solar.

La complejidad actual del proceso de edificación, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, hace que en la mayoría de las ocasiones no sea posible que todos los elementos sean puestos en la empresa de construir

por la misma persona, física o jurídica (1). En particular, la obtención de la titularidad del solar, para la edificación urbana, ha llevado a la búsqueda y adopción de modalidades contractuales que persiguen la adecuada satisfacción de los intereses en juego: la obtención por el cedente de una parte o participación en la obra futura, y la titularidad suficiente en el cesionario que le permita tanto la obtención de financiación ajena, como la legitimación a efectos de los complejos trámites jurídico-administrativos que conlleva la culminación de la edificación.

El esquema básico al que responden los distintos contratos de cesión no permite concluir que exista un único tipo social ni jurídico del que pueda predicarse una tipicidad, entendida como disciplina jurídica unitaria. Por el contrario, el intercambio básico propio de estos negocios (solar a cambio de edificación futura) se convierte en la finalidad económica común que se puede conseguir a través de la celebración de diferentes contratos (dependiendo de las circunstancias concretas y los intereses que concurran en cada caso), cada uno de los cuales es susceptible de distinta calificación.

Partiendo por tanto de la inexistencia de un tipo contractual único de cesión de solar y dejando a un lado la naturaleza jurídica de cada uno de los distintos cauces contractuales utilizados por los particulares (los que podemos denominar «contratos de cesión de solar a cambio de obra futura») podemos, con todo, constatar la existencia de ciertos elementos comunes que caracterizan y al mismo tiempo individualizan todas las modalidades de contratos de cesión:

En primer lugar, el carácter futuro de la contraprestación. Esta característica no plantea ningún problema en cuanto a la validez del negocio, ya que en nuestro ordenamiento se admite con carácter general la contratación sobre cosa futura (art. 1.271 del Código Civil); pero sí es cierto que suscita problemas relativos a la naturaleza del derecho del cedente hasta que la construcción existe físicamente y el momento en que se produce la transmisión del dominio.

En segundo lugar, el carácter mixto de la contraprestación a la que se obliga el constructor (hacer y dar) aleja estos contratos de los de puro intercambio, aproximándolos, por la existencia de la obligación de hacer, al arrendamiento de obra y al mismo tiempo plantea problemas con relación al régimen del incumplimiento (2).

---

(1) En este sentido, vid. VENTURA-TRAVERSET y GONZÁLEZ, *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, Barcelona, 1963, pág. 7.

(2) Para RICCA los problemas fundamentales que se plantean en estos negocios son el incumplimiento de la obligación de hacer del constructor y el efecto traslativo del contrato (*Contratto e rapporto nella permuta atipica*, Milano, 1974, págs. 26-27).

## II. LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO DE LOS INMUEBLES PACTADOS COMO CONTRAPRESTACION

### 1. PLANTEAMIENTO

Los elementos comunes antes mencionados, que caracterizan las diversas modalidades que puede adoptar la cesión de solar a cambio de obra, implican la existencia de dos obligaciones fundamentales que el cesionario-constructor asume en virtud del contrato de cesión y que de alguna forma están presentes en todas las formas contractuales: la obligación de construir y la de entrega (3).

La obligación de construir la asume todo cesionario independientemente de la forma en la que se articule el contrato de cesión y los problemas que se pueden plantear son similares en todos los casos.

No ocurre lo mismo con la obligación de entrega, que puede ser distinta y sobre todo, plantea problemas diferentes, según la forma en la que se desarrolle la cesión.

Podríamos decir que, en un sentido amplio, la obligación de entrega incluye, en primer lugar, el traspaso de la posesión del solar del cedente al cesionario-constructor, que se debe producir con independencia del cauce contractual utilizado por los particulares, ya que la finalidad del contrato, la construcción, exige que el constructor, para cumplir, ostente la tenencia material del terreno y además esté legitimado, de algún modo, para realizar todos los trámites necesarios para llevar a término la obra (bien a través de la adquisición del dominio del solar o, en caso de conservar el cesionario la propiedad del terreno, a través de un poder concedido por el cedente a tal fin, que, al otorgarse en interés de mandante y mandatario, como medio necesario para el cumplimiento de la finalidad del contrato, tiene carácter irrevocable) (4).

---

(3) En determinados supuestos puede incumbir a cedente o cesionario, según se pacte, la realización de determinadas actividades que son necesarias para llevar a cabo el contrato, pero que, al no constituir su fin principal, podemos calificar de obligaciones accesorias (así las califican ZURITA MARTÍN, «El contrato de aportación de solar», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 51, Madrid, 1995, pág. 43, y ALVAREZ MORENO, «La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido», en *Aranzadi Civil*, núm. 4, mayo 1995, pág. 29) como, por ejemplo, la demolición de construcciones preexistentes o el desalojo de ocupantes del inmuebles cedido.

(4) La regla general es la posibilidad de libre revocación del poder por el poderdante, pero sin embargo, como excepción a esta regla, doctrina y jurisprudencia admiten la posibilidad de poderes irrevocables. El origen del carácter irrevocable del poder puede estar en un pacto o en la propia naturaleza de éste. La existencia de un poder, naturalmente irrevocable, depende de la naturaleza de la relación de que trae causa (DE LA CÁMARA, «La revocación del mandato y del poder», en *AAMN*, 1948, pág. 642) afirma que el poder se otorga para que se utilice como instrumento de la gestión de negocios del poderdante, o bien como medio de ejecución de un convenio del que forma más o menos parte y por tanto sólo acudiendo a la relación causal podremos determinar con fundamento si el poder

Pero fundamentalmente, la obligación de entrega se traduce en la transmisión del dominio de los inmuebles objeto del contrato (solar y contraprestación). En la mayoría de los casos, dependiendo siempre de cómo configuren las partes, en uso de su autonomía privada, el contenido del contrato, se producen dos transmisiones dominicales: la primera, la transmisión del dominio del solar del cedente al cesionario-constructor o promotor, y la segunda, la transmisión de determinados inmuebles del constructor al cedente.

La transmisión del dominio del solar, cuando las partes han pactado que se produzca (5), no plantea especiales problemas, ya que se trata de la transmisión a título oneroso de un bien presente (6).

Las dificultades para explicar cómo y cuándo se produce la adquisición por el cedente del dominio de los inmuebles derivan de la inexistencia física, en el momento de la cesión, de los inmuebles que han de corresponder al

---

es o no revocable. Más concretamente podemos considerar que tendrá este carácter cuando su otorgamiento sea parte integrante o medio específico de cumplimiento de un negocio no denunciado unilateralmente y especialmente en aquellos casos en que el poder se otorgue en interés común de mandante y mandatario, como medio de desarrollar un negocio celebrado entre ambos. RIVERO HERNÁNDEZ (en LACRUZ, Tomo II, vol. 2, edic. 1995, pág. 246) entiende que el poder es irrevocable cuando procede de un contrato distinto del mandato y la irrevocabilidad es un medio de ejecución del contrato en cuestión; pone como ejemplo la cesión de un solar a cambio de los bajos del futuro edificio, si en este caso el propietario del suelo conserva la propiedad de éste y concede al constructor un poder irrevocable para que realice las obras, venda los pisos, etc.; el poder entonces no depende en su vigencia de la voluntad del poderdante, sino de las vicisitudes del contrato que lo causó y del cual es instrumento de ejecución (vid. sobre este punto las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1993, RA 10149, y 19 de noviembre de 1994, RA 8537, sobre un supuesto de cesión de solar a cambio de obra futura).

(5) Las diversas modalidades contractuales a través de las que se desarrollan los negocios de cesión supone también distintas posibilidades en cuanto a la cesión del terreno: transmisión de la propiedad del solar, de una cuota, constitución de un derecho real que permita construir o reserva de la propiedad del solar por el cedente, concediendo un derecho personal que permita edificar (como el caso del arrendamiento de obra).

(6) En la doctrina, LÓPEZ FRÍAS (*La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Barcelona, 1997, págs. 20 y sigs.) se ha planteado si la transmisión del dominio del solar es esencial en los contratos de cesión. Desde luego, son posibles formas contractuales que no impliquen esta transmisión, pero la cuestión se podría plantear en los casos en los que en el contrato no se establece expresamente. No parece que se pueda predicar de manera indudable que el contrato de cesión de solar tiene como efecto necesario el de transmisión de la propiedad del solar, o que ocurre de tal manera salvo que se pacte lo contrario; a la postre, se trata de un problema de interpretación del contrato y se deberá resolver por este cauce, dilucidando cuál ha sido la voluntad de los contratantes reflejada en el contrato y sin olvidar en ningún momento que los efectos reales están siempre determinados por la ley y no por la voluntad de las partes (en este sentido, RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, pág. 103, pone de manifiesto: «Indudable es que toda concesión de un efecto real se produce siempre tras una valoración formal, cuya realización compete exclusivamente a la ley, respecto de la concurrencia de los presupuestos que ella ha establecido previamente a tal fin»).

cedente. El carácter futuro del objeto no impide, como se sabe, la validez del contrato, conforme al artículo 1.271 del Código Civil, pero la cuestión que se plantea es la relativa a la naturaleza del derecho del cedente hasta el momento en que los bienes futuros lleguen a existir y efectivamente se entreguen.

No podemos olvidar que la respuesta depende de la forma como se haya articulado el negocio. Con todo, también hay que advertir que, tal como vamos a ver, la ventaja que en algunos casos representa una adquisición originaria de la propiedad, merced a los principios de la accesión, se encuentra en ocasiones contrarrestada por los riesgos que supone la intervención efectiva del cedente como propietario o promotor, en lo que a responsabilidad frente a terceros se refiere:

Si estamos ante un arrendamiento de obra (7) (es decir, aquellos casos en los que el cedente conserva la propiedad del solar y encarga al constructor que realice la obra, pagando la construcción con una parte de lo edificado y conservando el cedente el resto), supuesto en el cual el cedente no se desprende del dominio del solar, adquiere sin más por accesión, pero, al mismo tiempo asume, como propietario, la responsabilidad frente a los terceros que hayan puesto su trabajo en la obra y frente a los terceros adquirentes en materia de vicios de la construcción, conforme a las normas generales.

Tales riesgos, sin embargo, pueden obviarse si se acude a la constitución de derechos de vuelo o superficie, sin perder, acaso, las ventajas (8).

---

(7) Doctrina y jurisprudencia han calificado en ocasiones el contrato de cesión de solar a cambio de obra futura como arrendamiento de obra (vid., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1981, RA 1658; 10 de noviembre de 1994, RA 8537; 3 de junio de 1970; 10 de octubre de 1970; 16 de noviembre de 1994, RA 8837, y 20 de noviembre de 1991, RA 9232). Ante estas opiniones es necesario precisar, en primer lugar, que, partiendo de la imposibilidad de una tipificación unitaria de las diversas formas que adopta la cesión, lo que se trata de plantear es la calificación de determinados supuestos como arrendamiento de obra. Por otro lado, el carácter principal de la obligación de hacer asumida por el constructor, junto con la insuficiencia de las normas propias de la permuta y la compraventa, nos lleva a la necesidad de aplicar a los contratos de cesión las normas referentes a las obligaciones de hacer y más concretamente a obligaciones de resultado y como modelo de ellas el arrendamiento de obra, lo que no significa que podamos defender esta calificación para cualquier contrato de cesión.

(8) Entre otras, contemplan supuestos de estas características las sentencias del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1983 (RA 2125); 24 de octubre de 1983 (RA 5340. Comentario de CLAVERÍA GOSÁLVEZ en CCJC 1983, págs. 1021-1028); 30 de noviembre de 1984 (RA 5691); 20 de noviembre de 1991 (RA 7973) y 27 de junio de 1992 (RA 5562). También en la sentencia de 31 de marzo de 1980 (RA 1233) se contempla un supuesto de hecho sobre el que se discute si se enajena el solar o el derecho a edificar sobre él; aunque el Tribunal Supremo se inclina por lo primero, la Audiencia considera que se había enajenado el vuelo y ALONSO PÉREZ se muestra de acuerdo con la decisión de la Audiencia (vid. los argumentos en «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre

El criterio para distinguir entre ambos derechos no es la existencia de una previa construcción, pues tanto la doctrina como la DGRN admiten un derecho de vuelo sobre inmueble futuro (9) y un derecho de superficie sobre un inmueble ya construido (10).

La distinción hemos de buscarla, aparte de las diferencias de contenido, en la participación que al cesionario de tales derechos corresponde en la propiedad del solar. Calificando el derecho por razón de sus efectos, podríamos concluir que: si se confiere el derecho a edificar sobre finca ajena y el titular del derecho adquiere la propiedad indefinida de lo edificado, a título originario, con participación en la propiedad del solar, como elemento común del régimen de propiedad horizontal, estamos ante un derecho de vuelo.

Si se trata del derecho a construir sobre finca ajena y disfrutar como propietario temporal, revirtiendo el dominio de lo construido en el dueño del solar al cumplirse el tiempo establecido, se trata de un derecho de superficie. Recordemos que el pacto de reversión puede ser parcial, de modo que el constructor retiene como dominio pleno e indefinido una parte de lo construido.

En ambos casos, la adquisición por parte del cedente del dominio de lo construido se produce según los principios de la accesión.

Por último, el cedente puede haber transmitido el dominio con reserva del derecho de vuelo; la construcción se realiza, con los riesgos inherentes, por el cesionario, incluyendo aquellas plantas o pisos en concreto que corresponden al cedente; ahora bien, el cedente adquiere el dominio en virtud del propio derecho de vuelo, siendo el papel del constructor el de contratista de obra.

Precisamente en la doctrina (11) se considera que esta fórmula es la que mejor permite calibrar los distintos intereses en juego: no se plantean proble-

---

y de subedificación», en *RCDI*, 2001, pág. 1075). En general sobre el tema, ALONSO PÉREZ, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, Madrid, 2000.

(9) Resolución de 5 de febrero de 1986, RA 1006 (vid. RUANO BORRELLA, «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de febrero de 1986», en *RCDI*, 1986-11, págs. 868-877, y en general sobre el derecho de vuelo, vid. entre otros, BALLESTEROS ALONSO, «Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación», en *RCDI*, 1992-11, págs. 2055-2083).

(10) Vid. BENAVIDES DEL REY, «El Derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos», en *RCDI*, 1992-1, en especial págs. 1248-1253, y DE LA IGLESIA MONJE, *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, 2.ª edic, Madrid, 2000, págs. 117-118. Vid. en cuanto al concepto actual de vuelo y superficie y su diferenciación: CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ. Vid. en cuanto al concepto actual de vuelo y superficie y su diferenciación: CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ, *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3.ª edic, Madrid, 2000, pág. 192, y FONT BOIX («El Derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la Propiedad Horizontal», en *RDN*, núm. 57-58, 1967, pág. 11).

(11) Así CARRASCO en el comentario a la RDGRN, de 16 de mayo de 1996, en *CCJC*, 1997, págs. 61-73, y también menciona los beneficios fiscales en «Derecho de la construc-

mas para explicar la adquisición de los inmuebles por el cedente y al mismo tiempo, al adquirir la propiedad del solar, el constructor tiene la autonomía necesaria para llevar a cabo cuantas actuaciones sean precisas para construir.

Parece claro que lo relativo a la entrega y el momento de transmisión del dominio se plantea como cuestión especialmente problemática cuando se trata de la forma más habitual que adoptan los negocios de cesión, aquella en la que el dueño del solar transmite la propiedad del mismo a cambio de determinados inmuebles en la obra que se va a construir sobre el terreno objeto del contrato: pisos, locales... [a esta modalidad, que la doctrina mayoritaria califica de permuta (12), aunque la obligación de hacer asumida por el constructor confiere caracteres propios a este contrato, de manera que tendríamos que calificarlo de permuta «especial», hay que asimilar otros supuestos que básicamente reúnen los mismos caracteres: el caso en que la contraprestación consista en un porcentaje de la obra, cuando se pacta también una compensa-

---

ción...», *ob. cit.*, pág. 166. MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Madrid, 1987, págs. 63 y sigs., y ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 1978.

(12) Algunos autores simplemente entienden que la calificación apropiada para el contrato de cesión de solar, a cambio de obra futura, es la de permuta (aunque realmente se están refiriendo a una modalidad) y otros autores, partiendo de la imposibilidad de un tratamiento unitario de las diversas formas, optan por calificar como permuta la modalidad que consiste en la transmisión de la propiedad del solar a cambio de ciertos inmuebles en la edificación que se construirá sobre el terreno (vid. SERRANO CHAMORRO, *ob. cit.*, págs. 45, 133 y 166, y LÓPEZ FRÍAS, *ob. cit.*, págs. 11-18. En referencia a supuestos concretos: BLASCO GASCO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de julio de 1989», en *CCJC*, 1989, págs. 794-796, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1983», en *CCJC*, 1983, pág. 1026; ROGEL VIDE, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1989», en *CCJC*, 1989, pág. 1039; MARTRA FONTAS, *Venta de solares en la modalidad de permuta*, Barcelona, 1979, pág. 10, y SANMARTÍN MARINAS, *Las permutas inmobiliarias. Aspectos contables y fiscales*, Pamplona, 1997, pág. 34. Entre los autores que consideran que la cesión de solar adopta diversas modalidades y califican una de ellas como permuta: GARCÍA CANTERO considera que no hay duda de que la permuta es uno de los negocios típicos que pueden lograr la finalidad perseguida en estos casos, a pesar de que hay una gran variedad de fórmulas jurídicas que permiten obtener el mismo resultado económico, *ob. cit.*, «Comentarios a los artículos 1538-1541 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, Tomo XIX, Madrid, 1980, pág. 73; en el mismo sentido considera una de las modalidades como permuta, DE LA CÁMARA ALVAREZ, con GARRIDO CERDA y SOTO BISQUERT, «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *RDN*, 1969, pág. 198; MERINO HERNÁNDEZ califica de permuta el supuesto más común y reconoce que pueden existir otras modalidades (*ob. cit.*, pág. 344), y en el mismo sentido, DE LA ROSA DÍAZ, *ob. cit.*, pág. 395; MONET Y ANTÓN, *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, págs. 70 y sigs., y LUCAS FERNÁNDEZ, *Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que en él se construyan*. Separata de *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XXI, curso 1962-1963, págs. 77 y sigs., y «La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir», en *RDN*, 1967, págs. 301 y sigs.).

ción dineraria o cuando se trate de rehabilitación de un edificio ya existente). En este caso es donde se plantean mayores problemas con relación a la obligación de entrega y en especial a la transmisión del dominio de los inmuebles pactados como contraprestación (13).

La cuestión se suscita, en términos similares, en cualquier negocio con finalidad transmisiva y con objeto futuro y está estrechamente relacionada con la posibilidad de admitir un derecho real sobre cosa físicamente inexistente.

## 2. TRANSMISIÓN DEL DOMINIO EN LOS CONTRATOS SOBRE COSA FUTURA

### 2.1. *Distintos sistemas transmisivos*

La cuestión del momento de adquisición de la propiedad cuando el objeto es futuro se plantea de modo distinto en los diferentes ordenamientos jurídicos, dependiendo del sistema transmisivo.

Dentro de nuestro entorno jurídico podemos distinguir entre los sistemas consensualistas de transmisión del dominio y el sistema abstracto alemán. En el Derecho alemán la transmisión de la propiedad se produce mediante un negocio transmisivo celebrado entre el transmitente y el adquirente por el que manifiestan su intención de que se produzca la transmisión (14).

En los ordenamientos francés e italiano rige el sistema consensualista de transmisión del dominio, según el cual la propiedad y demás derechos reales se transmiten por el mero consentimiento, que se deriva del contrato trasla-

---

(13) El motivo es la situación en la que queda el cedente en estos supuestos. CARRASCO PERERA resume los riesgos que generan estos contratos para el cedente del terreno (en el Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996, *CCJC*, 1996, págs. 66 y sigs.): En primer lugar, el riesgo jurídico de que el cesionario realice actos de disposición en favor de un tercero protegido, o sufra un embargo respecto de los pisos o locales que constituyen la contraprestación contractual. En segundo lugar, los riesgos económicos, ya que el cedente se encuentra expuesto a situaciones de insolvencia en que puede derivar el cesionario e incluso a la posibilidad de una pura estafa. Finalmente los riesgos urbanísticos, que derivan del hecho de que el solar y las edificaciones que haya sobre él se encuentran sometidos a la posibilidad de expropiación, si el constructor incumple las obligaciones y plazos que impone el proceso de adquisición gradual de facultades urbanísticas.

(14) Este sistema se basa en la distinción entre el negocio dispositivo específico por el que se produce la adquisición de la propiedad y el contrato anterior (negocio traslativo) que está en su origen y que sólo es fuente de obligaciones, pero no produce ningún efecto transmisivo. El negocio traslativo se lleva a cabo en ejecución de las obligaciones que genera el contrato, pero es abstracto puesto que su validez es independiente de la del negocio obligacional. Según el sistema alemán, la transmisión de los bienes muebles se produce por el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad y la entrega del bien, mientras que si se trata de un bien inmueble la transmisión de la propiedad requiere, además del negocio transmisivo, la inscripción preceptiva en el Registro Inmobiliario.



tivo, sin necesidad de entrega (así deriva del art. 1.376 del Código Civil italiano y del art. 711 del Code Civil francés) (15). Cuando el objeto del contrato es un bien futuro, el problema que se plantea es la imposibilidad de transmitir bienes que no existen al momento de contratar (16).

En Italia esta cuestión está expresamente regulada en el artículo 1.472 del Código Civil (17), relativo a la compraventa de cosa futura (18), en virtud del cual en la venta que tiene por objeto una cosa futura, la adquisición de la propiedad se verifica en cuanto la cosa venga a existencia (19), con lo cual queda

---

(15) Con relación al acercamiento entre los sistemas consensuales y el del título y modo y las escasas diferencias que existen en definitiva entre ellos, vid. RUBIO GARRIDO, *ob. cit.*, págs. 121 y sigs.

(16) Con todo, al margen de los problemas que se plantean para explicar cómo se produce en estos casos la adquisición, también en estos ordenamientos se admite la validez del contrato con objeto futuro: en Italia, el artículo 1.348 del Código Civil permite que la prestación futura sea objeto del contrato (*La prestazione di cose future può essere dedotta in contratto...*), y el artículo 1.472 se refiere específicamente a la compraventa de cosa futura, y en el ordenamiento francés el artículo 1.30 del Code Civil admite que las cosas futuras sean objeto de la obligación (*Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation*). En el ordenamiento alemán no se reconoce expresamente la posibilidad de contratación sobre cosa futura, ni se regula la compraventa de cosa futura, esto no significa, según reconoce la doctrina, que no sea posible, entendiendo que supone una excepción a la regla contenida en el párrafo 310 del BGB (a tenor del cual: es nulo el contrato por el que una parte se obliga a transmitir su patrimonio futuro o una parte de él, o a gravarlo con un usufructo).

(17) También establece este precepto que si las partes no manifiestan su voluntad de concluir un contrato aleatorio, la venta es nula si la cosa no viene a existencia («Nella vendita che ha per oggetto una cosa futura, l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza (...) Qualora le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio, la vendita è nulla, se la cosa non viene ad esistenza»).

(18) Vid. en la doctrina italiana, en relación al régimen de la compraventa de cosa futura y en cuanto al momento de transmisión del dominio: BIANCA, C. M., «La vendita e la permuta», en *Trattato di Diritto Civile italiano*, de VASALLI, vol. VII, t. 1.º, 2.ª edic., Torino, 1993; GRECO Y COTTINO, «Della vendita». *Comentario del código civil* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna, Roma, 1981; COTTINO, «Del riporto. Della permuta». *Comentario del Código Civil* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1970; FERRI, *La vendita en Trattato di Diritto privato*, dirigido por RESCIGNO, P., *Obbligazioni e contratti*. Tomo III, núm. 11, Torino, 1985. págs. 202 y sigs.; FURGIUELE, *Vendita di cosa futura e aspetti della teoria del contratto*, Milano, 1974; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di cosa futura*. Nápoles, 1962, y SALÍS, L., *La compravendita di cosa futura*, Padova, 1935.

(19) En realidad, podríamos pensar, tal como pone de relieve CALONGE al referirse a la compraventa de cosa futura en el ordenamiento italiano (*La compraventa civil de cosa futura. Desde Roma a la doctrina europea actual*. Salamanca, 1963, págs. 186 y sigs.) que esto significa configurar el contrato como meramente obligatorio, rectificándose así la idea de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento. Sin embargo, para PERLINGIERI (*ob. cit.*, pág. 43) está fuera de toda duda que en la compraventa de cosa futura, como en cualquier otra, el contrato se concluye con el simple consentimiento; que el efecto traslativo se difiera a un momento posterior, no incide en la naturaleza consensual del negocio, ya que el principio de transmisión consensual no implica transmisión instan-

solucionado el problema del momento en que se produce la transmisión del dominio (20). Durante el período que media entre la celebración del contrato y la existencia del bien, el adquirente tendrá un simple derecho de crédito (21), lo que le deja al margen de los riesgos derivados de la obra, pero al mismo tiempo también le deja a merced de la actuación del transmitente, que puede enajenar o gravar el inmueble objeto del contrato y puede verse afectado por los créditos de terceros acreedores del transmitente o del constructor (22).

En Francia, cuyo Derecho también establece el sistema consensualista de transmisión del dominio, debemos tener en cuenta dos circunstancias fundamentales: no se regula expresamente la compraventa de cosa futura, pero sí se tipifica la compraventa de inmuebles a construir.

Con relación a la compraventa de cosa futura, la doctrina entiende que la adquisición del bien sólo se produce una vez que éste existe. Y en cuanto a la compraventa de piso en construcción, está regulada expresamente en los artículos 1.601-1 a 1.601-4 del Code (introducidos por la Ley núm. 67-3, de 3 de enero de 1967) (23). La definición de venta de inmueble a construir se contiene en los artículos 1.601-1 del Code Civile y Ley 261-1 del Code de la Construction (24), de esta definición se deducen los dos elementos funda-

---

tánea; el consentimiento es suficiente para producir la transmisión, pero esto no significa que deba ser efecto inmediato del contrato (en apoyo de este planteamiento se puede citar en el mismo sentido doctrina francesa, en concreto COLÍN et CAPITANT, *Traite de droit civil*, París, 1959. Tomo II, pág. 283).

(20) La cuestión que deja pendiente esta fórmula es la determinación del momento en el que se debe entender que la obra existe y se produce la adquisición. BIANCA («La vendita...», *ob. cit.*, págs. 55, 384 y sigs., y 1142 y sigs., Tomo II) entiende que esta circunstancia se produce, en el caso de un inmueble de futura construcción, cuando se han finalizado las obras (*completamento del bene*), solución que responde al interés del adquirente de no verse afectado hasta ese momento por los riesgos; si bien todavía queda por determinar qué se entiende por obra terminada a estos efectos: el momento en que se completan todas las obras de acabado, o desde el momento en que se ha realizado los cerramientos (*opere murarle*) que, ciertamente, es el momento decisivo de la construcción. En relación específicamente a la cesión de solar por obra, COTINO («Permuta», *ob. cit.*, pág. 103) propone utilizar un criterio elástico que tenga en cuenta la voluntad de los contratantes y la función que la parte construida pueda cumplir.

(21) PERLINGIERI lo califica como un «derecho al derecho» (*ob. cit.*, págs. 193 y sigs.).

(22) Sobre los conflictos del adquirente de cosa futura con terceros, vid. PERLINGIERI, *ob. cit.*, págs. 257 y sigs.

(23) En general, sobre la compraventa de inmueble a construir, vid. en la doctrina francesa: DAGOT, *La vente d'immeuble á construire*, París, 1983; MAZEAUD y CHABAS, *Legons de droit civil*, Tomo II, vol. 2, 8.<sup>a</sup> edic, 1994; PH. MALINVAUD y PH. IESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, 3.<sup>a</sup> edic, París, 1986, y MAGNIN, *Vente d'immeuble á construire*. Jurisclasseur civil (arts. 1.601-1 a 1.601-4) 2001 (este último autor ofrece una extensa bibliografía sobre la materia).

(24) Según estos preceptos, «La vente d'immeuble á construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige á édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat...»

mentales de este contrato: se trata de una compraventa de inmueble y de él deriva la obligación de construir en un determinado plazo, lo cual convierte este contrato en una original simbiosis de contrato de compraventa y contrato de obra (25).

El segundo inciso del artículo 1.601-1 del Code Civil se refiere a las dos posibles modalidades de compraventa de inmueble a construir (26): la venta a término (vente a terme) y la venta en estado de futura terminación (vente en état futur d'achèvement)(27). Estamos, por tanto, frente a un contrato, la venta de inmueble a construir, que presenta dos modalidades (28), lo cual explica la existencia de una serie de normas comunes aplicables a ambos supuestos.

La diferencia fundamental entre las dos modalidades es la manera en que se produce la adquisición de la propiedad:

En la venta a término la transmisión de la propiedad de los inmuebles se produce en el momento en que la obra está terminada, constatándose tal circunstancia mediante un acta auténtica (29) y los efectos de la adquisición

---

(25) En este sentido, DAOOT (*ob. cit.*, «La vente...», págs 41 y sigs.).

(26) «...Elle peu être conclue á terme ou en l'état futur d'achèvement».

(27) El artículo 1.601-2 contempla la venta a término: «La vente á terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage á en prendre livraison et á en payer le prix á la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente», y el 1.601-3. la venta en estado de futura terminación: «La vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement á l'acheteur ses droits sur le sol, ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages á venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et á mesure de leur exécution; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix á mesure de l'avancement des travaux. Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'á la réception des travaux».

(28) MALINVAUD y JESTAZ, «Droit de la promotion...», *ob. cit.*, pág. 251.

(29) La transmisión de los inmuebles no se produce en el mismo momento de conclusión del contrato, sino que se aplaza a un momento posterior, y por ello la primera cuestión que plantea esta fórmula contractual es la determinación del momento exacto en el que se debe considerar terminada la obra y con ello transmitida la propiedad. Indudablemente, es necesario fijar una fecha incontestable y para ello la ley determina que este momento tiene lugar con la constatación de la terminación de la obra recogida en un acta auténtica, que podrá ser hecha, ante notario, bien por las partes o por persona cualificada designada a tal efecto por el tribunal competente, en caso de desacuerdo de las partes o si se ha previsto en el contrato. Esta materia está regulada en el Código de la Construcción (CCH). El artículo R-261.1 establece cuándo se considera acabada la construcción: «L'immeuble vendu á terme ou en Vetat futur d'achèvement est réputé achevé au sens de l'article 1.601-2 du Code Civil (...) lorsque sont exécutés les ouvrages et sont installés les éléments d'équipement qui sont indispensables á l'utilisation, conformément á sa destination...» (sobre este punto, vid. MALINVAUD et JESTAZ, págs. 257 y sigs., y MAGNIN, pág. 11), y el artículo R-261.2 establece la forma de constatación: «L'achèvement de l'immeuble vendu á terme est constaté soit par les parties, soit par une personne qualifiée...» (sobre este punto, vid. MALINVAUD et JESTAZ, pág. 280; DAGOT, pág. 765, y MAGNIN, pág. 12).

serán retroactivos, lo que implica la nulidad de cualquier acto dispositivo efectuado por el vendedor en el tiempo intermedio (30).

Además de la determinación del momento de finalización de la obra, la cuestión fundamental que se nos plantea son los efectos que produce esta transmisión, en concreto, qué ocurre con la constitución de derechos reales entre la venta y el momento de terminación de la obra. La transmisión tiene carácter retroactivo, lo que implica la cancelación de todos los derechos constituidos durante el período transcurrido. Esta previsión tiene una finalidad protectora del adquirente, ya que el constructor, al continuar como propietario, podría constituir derechos reales que burlarían el derecho del adquirente o incluso vender a un tercero que, al publicar antes su derecho, sería preferente al adquirente inicial; todo lo cual se evita concediendo eficacia retroactiva a la adquisición (31). Sin embargo, esta fórmula no deja de tener inconvenientes, en especial, es bastante probable que el constructor necesite acudir a un préstamo para financiar la construcción, y en este caso el prestamista suele exigir una garantía hipotecaria; para resolver este problema el mecanismo previsto es el del mandato, a través del cual el adquirente permite que el constructor afecte hipotecariamente el inmueble vendido (32). El mandato por el que el adquirente consiente en concreto la afección hipotecaria del inmueble está regulado en el artículo R. 261-6 C.C.H., que establece como límite de la responsabilidad hipotecaria que corresponde al inmueble, la cantidad pactada en el contrato de compraventa como precio, con lo que el adquirente se asegura de no tener que pagar más para obtener su inmueble libre de cargas.

En el caso de la venta en estado de futura terminación, el vendedor transfiere inmediatamente al comprador sus derechos sobre el suelo y la propiedad sobre las construcciones existentes y las obras futuras las va adquiriendo el comprador a medida que se realizan (de modo que el contrato tiene efectos reales inmediatos).

---

(30) Realmente, es una modalidad residual, según señala MALINVAUD (*ob. cit.*, pág. 279, y los motivos de ello en pág. 284).

(31) MAGNIN, *ob. cit.*, pág. 10.

(32) Para cualquier modalidad de venta de inmueble futuro, el artículo R-261.5 CCH prevé que el contrato de compraventa puede ir unido a un mandato, por el que el adquirente concede al vendedor los poderes necesarios para realizar actos de disposición o gravamen sobre los inmuebles objeto del contrato, ya que puede ser imprescindible para llevar a cabo la construcción (por ejemplo, constitución de servidumbres para los servicios necesarios para el edificio, etc.). El recurso a esta técnica es necesario tanto en la venta a término, para que los actos realizados por el constructor no se anulen en el momento en que el comprador adquiriera, como en la venta en estado de futura terminación, en la que el constructor debe desarrollar la obra, pero no es propietario (vid., MAGNIN, *ob. cit.*, págs. 7-8, y DAGOT, *ob. cit.*, págs. 847-863).

Este contrato supone la transmisión inmediata al adquirente de los derechos sobre el solar que tenga el vendedor (el vendedor debe ostentar un derecho sobre el terreno que le permita construir, pero no necesariamente la propiedad y por tanto lo que transmite es ese derecho). Esta vía engloba diversas posibilidades, desde la transmisión de un derecho real sobre el suelo distinto de la propiedad (superficie, etc.) hasta la transmisión de la propiedad de una parte indivisa del solar o de una cuota en la propiedad horizontal (33); en definitiva, el vendedor transmite sus derechos sobre el solar tal como él los tenga y con la misma configuración jurídica. También se transmite inmediatamente la construcción que ya exista en el momento de contratar, tanto una nueva construcción (por ejemplo, si el edificio ya está a medio construir) como las edificaciones antiguas que estén destinadas a ser demolidas (34).

Por último, la transmisión de los inmuebles futuros se produce conforme éstos van adquiriendo realidad física. Esta adquisición se funda en las reglas de la accesión, pero el artículo 1.601-3 del Code Civil no utiliza este término porque no siempre el adquirente era previamente propietario del suelo, que es el único modo en que puede operar la accesión.

El vendedor conserva, a pesar de la transmisión efectuada, según establece el último inciso del artículo 1.601-3 del Code Civil, los poderes necesarios para realizar la obra: nombrar a los técnicos, contratar con los proveedores, dar el visto bueno a los trabajos (recepción y certificación de obra), etc. Sin embargo, no podrá el vendedor, tal como ya hemos dicho con relación a la venta a término, enajenar ni gravar los inmuebles, la única posibilidad de actuación, en este sentido, se reduce a la existencia de un mandato que le faculte para realizar estos actos y sólo podrá actuar en los límites de este mandato.

A diferencia de estos países, en nuestro ordenamiento jurídico, como es sabido, rige el sistema del título y el modo (art. 609 del Código Civil), en virtud del cual la transmisión de la propiedad y demás derechos reales exige además del contrato válido (título) la entrega del bien (modo o *traditio*).

Teniendo en cuenta los principios que rigen en este sistema de transmisión de los derechos reales, la cuestión del momento de adquisición de la propiedad cuando el objeto es futuro se plantea de manera distinta. Los contratos con objeto futuro tendrán plenos efectos desde el punto de vista obligacional, como ocurre en cualquier otro caso, sin que por ello debamos entender que no existe

---

(33) Vid. la enumeración ejemplificativa de las diversas posibilidades hecha por DAGOT (*ob. cit.*, «La vente...», págs. 217-218).

(34) En principio, en este segundo caso, normalmente será al vendedor al que corresponde la obligación de derribo, y para evitar los problemas que supone el que se trate de un bien propiedad del adquirente, es aconsejable que el contrato de compraventa contenga alguna previsión sobre este punto, por ejemplo autorizando al vendedor a llevar a cabo el derribo (en este sentido se pronuncia DAGOT, *ob. cit.*, pág. 218-219).

contrato por falta de objeto. Posteriormente, una vez que la cosa venga a existencia, será necesaria su entrega, en cualquiera de las formas legalmente válidas, para que se produzcan los efectos reales y con ello la transmisión (35). A diferencia de los sistemas de transmisión consensual, en nuestro ordenamiento que el contrato sólo produzca efectos obligacionales, no constituye una modificación del sistema general ni una peculiaridad de los contratos sobre cosas futuras, se trata del funcionamiento normal del sistema (36).

El problema que en otros ordenamientos, en los que la transmisión de los derechos reales es consensual, se produce en el momento de perfección del contrato, en nuestro ordenamiento se plantea en el momento de la entrega.

## 2.2. *Tradición instrumental de cosa futura*

El esquema sencillo e incluso evidente, según el cual podemos afirmar que para entregar algo es requisito imprescindible que exista, y por tanto en los contratos con objeto futuro la entrega y consiguientemente la transmisión se produce una vez que el bien futuro existe, se complica al admitir nuestro ordenamiento jurídico formas de entrega abstractas o espiritualizadas, que no exigen la entrega material del bien.

No cabe duda acerca de la imposibilidad de entrega material, ya que el objeto no existe físicamente; pero nuestro ordenamiento jurídico admite formas de entrega abstractas o espiritualizadas en las que no es necesaria la entre-

---

(35) El nacimiento de la cosa futura es una circunstancia que no afecta a la perfección del contrato sino a su cumplimiento, permitiendo que se produzca el efecto transmissivo, que hasta ese momento es una mera obligación. Esto significa que si la cosa no llega a nacer, el contrato no es nulo por falta de objeto sino que estamos ante un supuesto de incumplimiento contractual y se podrá instar la resolución («...en su caso, podrá ser resuelto, si aquella circunstancia se produjo por causa no imputable al vendedor o si, siendo imputable al mismo, el comprador opta por desligarse del contrato, exigiendo, además, el resarcimiento del interés contractual negativo...») (RUBIO GARRIDO, *ob. cit.*, pág. 367).

(36) Para RUBIO GARRIDO es claro que en España, «...el contrato de compraventa es un contrato consensual, luego no precisa de la producción del efecto transmissivo para su perfección...», sin que ante esta circunstancia se pueda entender que no estamos ante un verdadero contrato de compraventa (págs. 136-137). Si aplicamos tal conclusión al caso de la compraventa de cosa futura: «Decir que la inexistencia actual del bien vendido equivale a la falta de objeto del contrato no es de recibo (...). Aplicar a la venta de cosa futura la noción de contrato preliminar que produce efectos preparatorios (...) es erróneo, puesto que en ella el vendedor tiene una obligación, desde el momento en que concurren los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, que no se limita a constreñirlo a no perturbar el proceso de nacimiento de la cosa futura, sino que le prescribe la realización de todas las actividades que la buena fe objetiva señale como necesarias para la obtención del mismo» (*ob. cit.*, pág. 139). Por tanto, existe un contrato válido de compraventa en el que concurren todos los requisitos estructurales y el contrato no produce la transmisión del dominio, aunque sí deriva del mismo la obligación de transmitirlo en un futuro, lo cual, en el caso de un bien futuro, se producirá cuando éste venga a existencia.

ga material. Fundamentalmente la discusión doctrinal se ha planteado cuando el contrato se documenta en escritura pública. Como es sabido, una forma de entrega reconocida expresamente en nuestro Código Civil es la denominada tradición instrumental (art. 1.462 del Código Civil) en virtud de la cual se entiende que el otorgamiento de escritura pública equivale a entrega, salvo que de ella se derive lo contrario (art. 1.462.2 del Código Civil) (37). La pregunta que se plantea es si la escritura en la que se formaliza el contrato con objeto futuro tiene eficacia transmisiva.

La doctrina no es unánime en la respuesta:

Para un sector doctrinal resulta indudable que no es posible otorgar valor transmisivo a la escritura si el objeto es futuro. Los argumentos que esgrimen los diversos autores son varios: los derechos reales no pueden, por su propia naturaleza, recaer sobre un objeto que no tenga entidad física actual (38), y por tanto tampoco se puede producir su transmisión, porque además no sería posible realizar la entrega. Para algunos autores, partiendo de la necesidad de que el transmitente sea poseedor del bien para poder entregarlo, la conclusión es clara, la entrega requiere que el objeto que se va a entregar exista, y por tanto no sería posible la entrega de un bien futuro (39), para que la entrega se produzca es necesario que el transmitente sea poseedor o al menos que sea posible la transmisión de la posesión mediata (40).

---

(37) Tal como pone de relieve NAVARRO CASTRO, «...Con el otorgamiento de escritura pública (...) se produce la equivalencia con la entrega (...) aunque las partes guarden silencio al respecto. Es más, deben declarar en la escritura su voluntad contraria a esa equivalencia para que ésta no se produzca...» (*La tradición instrumental*, Barcelona, 1996, pág. 143).

(38) Con carácter general se discute en la doctrina la posibilidad de derechos reales que recaigan sobre un objeto futuro y en especial esta discusión, que en el fondo es la misma que planteamos sobre la transmisión del dominio de bienes futuros, se ha planteado con relación a la posibilidad de constituir servidumbres sobre edificios futuros (como vemos, el problema, desde sus diversos puntos de vista, se relaciona con el ámbito de la construcción): vid. BONET CORREA, «La servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», en *RDN*, 1962, págs. 248-282; MACHADO CARPENTER, «Servidumbre en beneficio de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», en *Estudios de Derecho Privado*, dirigidos por DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Tomo I, Madrid, 1962, págs. 402-429; BATISTA MONTERO-RÍOS, «Las servidumbres a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir», en *RDPr*, 1962, págs. 189-200, y PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su edificio da costruire*, Napoli, 1966.

(39) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO considera que no puede transmitirse la propiedad por tradición instrumental de una cosa que no existe, no es posible aplicar el 1.462.2 a la compraventa de cosa futura, ya que, en opinión de la autora, quien no posee porque la cosa no existe, no puede transmitir la propiedad porque no puede transmitir la posesión (*Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Madrid, 2000, págs. 385-391).

(40) Bajo la polémica en relación a la posibilidad de entrega de un bien futuro, subyace un problema más amplio que ha sido objeto de tratamiento doctrinal: se trata de

En cualquier caso, defienden otros, es imposible la entrega de algo que no existe como es un bien futuro, ni siquiera mediante la tradición instrumental, ya que la mención del carácter futuro del objeto en la propia escritura supone reconocer la imposibilidad de que se produzca la transmisión, operando así la previsión del artículo 1.462.2 del Código Civil, en virtud de la cual el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega «...si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario» (41).

la posibilidad de que se lleve a cabo la entrega por un no poseedor. Como punto de partida, la doctrina coincide en señalar, al menos como regla general, la necesidad de que el transmitente sea poseedor para que pueda producirse la tradición (vid. la exposición sobre este tema en NAVARRO CASTRO, págs. 63-64, 100-105, 162 y sigs., y 196). Pero también es cierto que se admiten excepciones a este principio; así, por ejemplo, DíEZ-PICAZO diferencia entre los supuestos que podíamos llamar de «verdadera tradición» o traspaso material de la posesión, entendido como creación de un signo externo de entrega del dominio, y «acuerdos traslativos», que serían aquellos casos en los que la transmisión se produce sin traspaso de la posesión: el artículo 1.463 del Código Civil, la escritura pública, *constitutum possessorium* y *traditio brevi manu* (DíEZ-PICAZO, «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», en ADC, 1966, págs. 562-563). La posición de DíEZ-PICAZO es acogida por ROGEL VIDE (*La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, pág. 306) que pone de relieve que en estos casos donde la entrega de la cosa no es relevante con vistas a la transmisión de la propiedad, se produce un acercamiento entre los sistemas español y franco-italiano. Pero sin embargo, la postura de DíEZ-PICAZO es criticada por ALBALADEJO (*Derecho Civil*, Tomo III, vol. 1, Barcelona, 1994). Incluso en los casos en los que pueden plantearse dudas o se puede admitir la posibilidad de que la *traditio* la realice un transmitente no poseedor, se piensa en supuestos en que el transmitente se ha visto privado de la posesión o el bien está en poder de un tercero, es decir, supuestos en que el transmitente se encuentra en una situación de falta de posesión pero es posible la posesión física del bien, lo cual no ocurre en el caso de los bienes futuros. LACRUZ («Inscripción y tradición», en RCDI, 1957, pág. 13) considera que el artículo 1.462 tiene igualmente aplicación cuando el *tradens* no es poseedor (ni siquiera mediato), lo cual supone una vuelta, quizá inconsciente, a nuestro Derecho medieval, de manera que la fuerza transmisiva que antes estaba en el desplazamiento de la posesión (más o menos ficticio) se ha colocado en el documento (con el nombre de *traditio* pero más próximo a la *mancipatio*), postura que ROCA SASTRE considera una solución *de lege ferenda*, pero no propia de la legalidad vigente (*Derecho Hipotecario*, 1979, Tomo I, págs. 246 y sigs.).

(41) En esta posición, vid. NAVARRO CASTRO (*oh. cit.*, págs. 290-294) para el cual hemos de entender que en el caso de un contrato sobre cosa futura, de la propia naturaleza del bien se deduce de la escritura que ésta no equivale a la entrega (art. 1.462 *in fine* del Código Civil), ya que no hay nada que entregar [exactamente el autor dice que «...no se puede hablar en los casos de venta de piso futuro (y la misma consideración se puede hacer respecto de cualquier otra enajenación de cosa futura) de la existencia de una equivalencia entre escritura y entrega, porque (...) equivaldría a una entrega ¿de que?; no es que no sea posible la entrega porque el vendedor (o transmitente) no sea poseedor, sino, sobre todo, porque la cosa ni siquiera existe]. En sentido similar también ROVIRA JAÉN («La compraventa de cosa futura», en *Estudios de Derecho Privado*, bajo la dirección de A. Martínez-Radio, vol. 2, Madrid, 1965, págs. 135-136); MONET Y ANTÓN, para el cual en los negocios que tienen por objeto una cosa actualmente inexistente se producen los efectos obligacionales, pero no los efectos reales, que requieren la existencia de la cosa; cuando se trata de cosas futuras no cabe la tradición, ni aún la instrumental, para la



Una segunda posición estaría representada por aquellos que sostienen, igualmente, la imposibilidad de que existan derechos reales sobre un objeto futuro, ni tales derechos se pueden transmitir con carácter actual, ya que la entrega es imposible, pero sin embargo defienden que una vez que el objeto futuro exista no será necesario ningún nuevo acto de entrega y será suficiente para la transmisión de la propiedad la escritura inicial.

Para este sector doctrinal, la escritura puede tener una eficacia transmisiva diferida, lo cual estaría permitido, a su juicio, por el propio artículo 1.462.2 *in fine* del Código Civil («...si de la misma escritura no resultare o se deduciere claramente lo contrario») de donde no se deduce que quepan sólo dos posibilidades, que la tradición se produzca en el momento de formalizar la escritura o que ya no se produzca, sino que es posible que las partes pacten un aplazamiento del momento transmisivo para un momento posterior (42), que sería el de venida a existencia del objeto, representado por la finalización de la obra.

Los autores que se pronuncian a favor de la primera opción mencionada argumentan en contra de la posibilidad de eficacia diferida de la escritura que no es posible que las partes sometan la transmisión a un término y que además tal circunstancia daría lugar a una situación de inseguridad jurídica, ya que la venida a existencia del objeto se deberá fijar en el momento de terminación de la obra y este momento podría resultar discutible (¿sería necesaria la cédula de habitabilidad?, ¿es suficiente con el certificado de final

---

adquisición del dominio (*Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, Valencia, 1967, págs. 10 y 17-19).

(42) En este sentido, MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Madrid, 1978, pág. 356, y del mismo modo se pronuncian LUCAS FERNÁNDEZ (*Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que en el se construyan*. Separata de *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XXI, núm. 2, 1962-63, pág. 80, y «La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir», en *RDN*, 1967, pág. 303) para el cual no hay inconveniente en que se pacte en la escritura de permuta, «...que se entenderá entregada la cosa permutada, y transferida en consecuencia su propiedad, por la mera constancia de la terminación de la obra en el oportuno documento, bastando al efecto la certificación de obras del arquitecto. Nos basamos en la aplicación analógica del artículo 1.462 del Código Civil, aplicable a la permuta...», y ROGEL VIDE (*ob. cit.*, págs. 305-306), según el cual, una vez que el piso esté terminado no es necesario verificar la tradición sino que entrará en juego la tradición instrumental hasta entonces ineficaz, ya que «...entonces la cosa futura sino presente, siendo la posesión del vendedor, por lo que parecen haberse sanado los obstáculos que impedían, en la fase precedente la aplicación del 1.462.2...», y comparte la posición de estos autores, SERRANO CHAMORRO (*Cambio de solar por edificación futura*, Pamplona, 1999, págs. 331-333). Expresamente en contra de la posibilidad de eficacia transmisiva diferida se pronuncian NAVARRO CASTRO y ZURITA MARTÍN, según la cual: «Las partes no gozan de la facultad de establecer un término —la certificación de obra del arquitecto o la conclusión de la obra— a partir del cual se entenderá entregada la cosa, sino que será preciso llevar a cabo cualquier otro acto concluyente para que se considere transmitida la propiedad...» (*ob. cit.*, pág. 47).

de obra?...)- Se trata, desde luego, de un obstáculo que es necesario solucionar, pero no es un problema que podamos encontrar exclusivamente en esta situación, ocurre lo mismo, por ejemplo, en el contrato de obra a la hora de fijar el momento de terminación de la obra sin que por ello se pueda decir que existe una situación de inseguridad jurídica; en este último caso, ante el vacío normativo, la jurisprudencia (43) es la que ofrece un criterio para solucionarlo, entendiendo como obra terminada aquella que está en condiciones de ocuparse de inmediato sin necesidad de trabajo complementario alguno (44). En cualquier caso, es cierto que será necesario determinar el momento a partir del cual se entiende finalizada la obra, a efectos de lo cual no parece que se deban presentar graves dificultades en la práctica, ya que la construcción es una actividad sometida a muy distintos requisitos técnicos y documentales (existencia de planos, visados de colegios profesionales, etc.) y bajo la supervisión continua y legalmente impuesta de expertos en la materia (arquitectos, aparejadores, ingenieros) (45), por lo cual la determinación del momento en que se deba entender finalizada la obra debe depender del dictamen técnico, y en este sentido parecen bastante razonables las opiniones que defienden como dato determinante la existencia de un certificado de final de obra firmado por el profesional técnico a cargo de la obra, el arquitecto. Pero en definitiva, la existencia de un inconveniente de esta naturaleza no puede ser motivo suficiente para negar la posibilidad de eficacia transmisiva diferida de la escritura pública.

Finalmente, hay autores que defienden la posibilidad de adquisición actual de un derecho real sobre el inmueble futuro, cumpliéndose el requisito de la entrega con la escritura pública. Según los defensores de esta posición,

---

(43) Vid. la jurisprudencia citada en relación a la entrega y recepción de la obra, en DEL ARCO y PONS GONZÁLEZ, *Derecho de la construcción. Aspectos administrativos, civiles y penales*, Granada, 2000, págs. 365 y sigs., y GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, Barcelona, 1995, págs. 301 y sigs.

(44) GARCÍA CONESA, *ob. cit.*, págs. 301-302. Con relación al arrendamiento de obra, este autor entiende que la obra está finalizada en el momento «en el que se puede afirmar que se ha dado cumplimiento a todos los requisitos físicos y técnicos exigidos y recogidos en los planos y proyectos, de modo y manera que hagan la obra ya útil y servible para el fin...»

(45) Con relación a las competencias de los diversos profesionales que intervienen en el proceso de edificación existe una amplia bibliografía. A título de ejemplo se puede ver: ESCUDERO ESPINOSA, «Criterios jurisprudenciales para la determinación de las competencias y obligaciones de los profesionales de la edificación», en *RDPr*, mayo, 1995, págs. 425-432; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, *ob. cit.*, en especial págs. 157-300; BLANCO SOLER, «Contratos sobre construcción de edificios», en *RCDI*, 1943, págs. 656 y sigs., y con relación al concepto de promotor, CABANILLAS SÁNCHEZ, «La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente contruidos», en *ADC*, 1982, págs. 878 y sigs., y sobre todo, la determinación del concepto y competencias de cada uno de los profesionales que intervienen en la edificación que hace la LOE (cap. III).

una vez celebrado un contrato transmisivo en escritura pública se debe entender cumplido el requisito de la entrega, incluso si se trata de un objeto futuro, por lo que se transmitirá en ese momento el derecho real sobre tal bien (46). Para estos autores debemos tener en cuenta únicamente dos datos relevantes a efectos de entender que ha operado la equivalencia entre escritura y entrega: la voluntad inequívoca de los contratantes de transmitir y la determinación del objeto, cumplidos estos dos requisitos: «el hecho de que el objeto de la compraventa sea o no materialmente poseíble en el momento de la escritura debe permanecer al margen de la interpretación del artículo 1.462 del Código Civil...» y, en definitiva, «...lo relevante a efectos de entender vigente la presunción del artículo 1.462.II del Código Civil no es que la escritura pública sea o no compatible con la puesta a disposición material de la cosa, sino que a través de aquélla, el titular del bien transmita las facultades dominicales sobre ella, sacándola de su patrimonio. Ello es posible incluso antes de que la cosa llegue a existir o de que la entrega material se lleve a cabo» (47).

Tanto la tesis que defiende la eficacia transmisiva de la escritura pública en los negocios con objeto futuro antes de que éste venga a existencia, como aquélla que niega tal posibilidad, tienen reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no se muestra unánime en todas sus resoluciones, permitiendo en ocasiones que prospere la tercería de dominio interpuesta por el comprador o el «permutante» de los inmuebles en construcción y denegándola en otras ocasiones por estimar que no se ha producido en estos casos, en los que la construcción no ha finalizado, la *traditio* o entrega (48).

---

(46) En esta posición debemos mencionar a CARRASCO PERERA («Comentarios a la STS de 19 de marzo de 1994 y a la RDGRN de 16 de mayo de 1996», *ob. cit.*), y GONZÁLEZ CARRASCO («Comentario a la STS de 14 de noviembre de 1997», en *CCJC*, núm. 46, enero-marzo 1998). Para CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ («Derecho de la construcción», *ob. cit.*, 3.<sup>a</sup> edic, pág. 207) se adquiere la titularidad sobre los inmuebles determinados antes de que se proceda a su construcción y entrega efectiva, y para DE LA CÁMARA, este contrato es susceptible de producir efectos reales si se formaliza en escritura pública; «...la única posibilidad de salvar de alguna manera los intereses del comprador estriba en descartar la idea de que la venta de un piso en construcción es (...) susceptible de tan sólo producir efectos obligacionales (...) se trata de la venta de un objeto en formación, que permite superar *ab initio* el estadio meramente obligacional. Basta incluso que el piso esté definido, aunque la construcción en sentido material, no haya aun empezado...» (*Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985, págs. 308-310).

(47) GONZÁLEZ CARRASCO (*ob. cit.*, pág. 276).

(48) En sentido negativo se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 1997 (RA 8123), y las Resoluciones de la DGRN de 24 y 25 de junio de 1991 (RA 4659 y 4660), relativas a supuestos de compraventa de piso en construcción, y la sentencia de 18 de mayo de 1994 (en este caso se trata de una acción declarativa de dominio y no de una tercería), así como la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996, referentes a supuestos de cesión de solar a cambio de obra. A favor las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996 (RA 6725), 9 de marzo de 1994 y 22 de julio de 1993 (6276), relativas a compraventa de piso en construcción, y la de 15 de

A través del reconocimiento de la eficacia transmisiva actual de la escritura en la que se formaliza el negocio transmissivo sobre un bien futuro, lo que se pretende fundamentalmente es proteger al adquirente frente a los embargos de terceros por créditos posteriores al contrato formalizado en escritura pública y legitimar al adquirente de cosa futura a efectos de ejercitar la tercería de dominio, por lo que en realidad podríamos hablar si no de una verdadera titularidad real, sí consideramos que es imposible que ésta recaiga sobre un bien inexistente, de una especie de titularidad formal o incluso de ficción mediante la cual se adelantan los efectos del derecho del adquirente frente a terceros con el fin de lograr su protección. Lo cierto es que el reconocimiento de la eficacia real del derecho del adquirente de cosa futura desde el otorgamiento de la escritura pública es el único mecanismo que realmente permite obtener la protección de sus derechos frente a terceros. Tal como han señalado algunos autores, la solución de admitir tan sólo la eficacia transmisiva diferida de la escritura no es suficiente ya que, entre otras cosas, no produce efectos retroactivos a efectos de la tercería de dominio (49).

Una vez admitido un modo abstracto de transmisión como es la tradición instrumental, tan extraño puede resultar entregar sin que se produzca ningún traspaso material (50) como admitir la entrega actual con eficacia futura e incluso la eficacia de la transmisión frente a terceros antes de que exista físicamente el objeto. La negativa a reconocer la eficacia de la escritura como tradición en estos casos de objeto futuro en el fondo implica optar por un concepto de la *traditio*, incluso de la instrumental, como entrega material (51).

---

junio de 1992 (5134), de cesión de solar a cambio de obra (CARRASCO hace un resumen de la doctrina contradictoria del TS, relativa a tercerías de dominio de adquirentes de pisos en construcción, en el comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1994, en *CCJC*, 1994, *ob. cit.*

(49) CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ, «Derecho de la construcción», *ob. cit.*, 3.<sup>a</sup> edic, pág. 207.

(50) No parece, sin embargo, admisible considerar que en los casos de *traditio ficta* se condiciona la *traditio* al cumplimiento de la entrega material, porque de esta forma, tal como pone de relieve BERCOVITZ ALVAREZ («Tradición instrumental y posesión», en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 3, Pamplona, 1999, pág. 118) se desvirtuaría totalmente la ficción.

(51) Para BERCOVITZ ALVAREZ la negativa a aceptar la eficacia transmisiva de la escritura inicial en los negocios con objeto futuro parte de un concepto de la *traditio* demasiado apegado al concepto de entrega física o material. A juicio de este autor es importante distinguir los distintos significados de la «entrega»; distinguir la obligación de dar de la obligación de hacer (entrega material) y del cumplimiento definitivo y, por tanto, debemos entender la tradición, hoy en día, como un acto debido (causal) de transmisión de la propiedad, desligado de la idea de cumplimiento global y fundamentalmente desligado de la idea de tradición como algo siempre material (*ob. cit.*, págs. 167 y 177). Esta misma doctrina se extrae de la Resolución de la DGRN, de 16 de mayo de 1996, que entiende que el pacto en virtud del cual las partes en el contrato establecen que será necesaria un acta notarial de entrega, una vez que los inmuebles existan, se refiere al

Reconocida la posibilidad de contratos con objeto futuro (que a la postre supone contratar sobre algo que no existe) y la posibilidad de entrega abstracta, la negativa a admitir la eficacia transmisiva de la escritura contractual en estos casos plantea tantos o más problemas lógicos que los que se tratan de evitar: sólo por poner un ejemplo, no parece demasiado razonable que se hagan dos escrituras con el mismo contenido y entre los mismos contratantes para adquirir un mismo inmueble. Es cierto que los autores que defienden la necesidad de entrega del bien, una vez que éste existe, para que se adquiera el dominio argumentan que tal entrega se podrá hacer por cualquier mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico y no necesariamente mediante escritura (una segunda escritura). Pero en la práctica no ocurrirá así, porque lo normal será que el adquirente quiera inscribir su titularidad en el Registro de la Propiedad y como sabemos al Registro sólo tienen acceso, salvo contadas excepciones, los documentos públicos (art. 3 de la Ley Hipotecaria), y si entendemos que la primera escritura contractual no equivale a entrega necesitaremos una segunda para que la titularidad del adquirente acceda al Registro, ya que a éste sólo acceden los títulos complementados con la tradición.

La diversidad de opiniones expuesta es trasladable a la cesión de obra: junto a opiniones que enlazan con la última de las teorías antes expuestas, en otras ocasiones se acude a explicaciones que pretenden ser, quizá, plenamente respetuosas con los principios clásicos en la materia.

### 3. LOS NEGOCIOS DE CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA

Los problemas de la adquisición del dominio se plantean con la vista puesta en los conflictos con terceros; realmente la importancia de la cuestión se refleja en las consecuencias que derivan de ello. De la respuesta que demos a la pregunta de cuándo se produce la adquisición del dominio de los inmuebles por el cedente del solar depende (52) tanto el momento a partir del cual el cedente podrá ejercitar con éxito la acción reivindicatoria frente a quien posea o pretenda ser dueño del inmueble de que se trate, como la situación del cedente frente a los embargos de que puedan ser objeto los inmuebles por deudas del constructor.

---

cumplimiento de la obligación y no al modo transmissivo, y en sentido parecido la Resolución de la DGRN, de 5 de enero de 1999, reconoce la posibilidad de inscripción de determinados inmuebles a nombre de los adquirentes-cedentes del solar, estimando que el modo transmissivo no está representado por el acta notarial en el que se refleja la entrega de llaves (que al no ser una escritura no tendría acceso al Registro de la Propiedad), sino por la inicial escritura de *permuta*.

(52) Vid. en este sentido, LÓPEZ FRÍAS, *ob. cit.*, pág. 31.

Doctrina y jurisprudencia han buscado diversas vías para explicar la forma de adquisición por el cedente. Las distintas opiniones doctrinales se agrupan en torno a dos opciones:

En primer lugar, considerar que la transmisión sólo se puede producir cuando los inmuebles existan físicamente, de manera que hasta que finalice la obra, el cedente del terreno sólo tiene un derecho de crédito frente al constructor de carácter puramente personal (53). Los argumentos que se esgrimen en defensa de esta posición reproducen los de los negocios con objeto futuro, básicamente la imposibilidad de que recaiga un derecho real sobre un objeto futuro y la imposibilidad de entrega de algo inexistente. De este modo el constructor se convierte en propietario de la totalidad del inmueble construido y conserva la propiedad, incluso de los inmuebles que por virtud del contrato corresponden al cedente, hasta que se produzca la entrega de los mismos al cedente, a efectos de lo cual, según deriva de la tesis expuesta, no será suficiente la escritura en la que se haya documentado el contrato de cesión de solar a cambio de obra, sino que hará falta una nueva escritura.

Las consecuencias que derivan de este planteamiento se reflejan en la solución de los conflictos que se pueden plantear con relación al solar y a los inmuebles (54): Esto significa que el cedente sólo puede transmitir el derecho de crédito que tiende a exigir la entrega de los pisos o locales que le corresponden, pero no la propiedad, tal como refleja la STS de 12 de noviembre de 1992 (RA 9582), que califica el contrato por el que el cedente del solar transmite a un tercero su derecho sobre un local del futuro edificio como una cesión de crédito (55) y lo mismo deriva de la sentencia de 30 de octubre de 1989, que se refiere a una compraventa de piso en construcción y, aunque sobre un supuesto de hecho más complicado, en esencia viene a reflejar un caso similar, una cesión de crédito (56).

---

(53) Así, GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo V, *Urbanismo y Registro*, Madrid, 1999, págs. 462 y sigs.; ZURITA, *ob. cit.*, pág. 42, y en las conclusiones, pág. 69, y NAVARRO CASTRO, *ob. cit.*, págs. 290-294.

(54) Las consecuencias de esta tesis son enumeradas por LÓPEZ FRÍAS (*ob. cit.*, págs. 42-44).

(55) M. V. B. y A. R. A. celebran un contrato en documento privado mediante el cual el primero cede al segundo la propiedad de un solar a cambio de la primera planta del edificio que el segundo se obliga a construir. M. V. B. cede a M. C. M. sus derechos sobre la planta baja del edificio en construcción y posteriormente éste vende el 30 por 100 de esta planta a G. M. T. y el 70 por 100 a la entidad C. M. Por último, la entidad C. M. adquiere el 30 por 100 que le correspondía a G. M. T. Tanto esta sentencia como ORTI VALLEJO, en su comentario a la misma (*CCJC*, 1992, págs. 1043-1052) entienden que en este supuesto se ha producido una sucesión de cesiones de crédito (tanto la sentencia como el comentario son también citadas en el mismo sentido por LÓPEZ FRÍAS, *ob. cit.*, pág. 43).

(56) Comentario a esta sentencia de ROGEL VIDE en *CCJC*, 1989.

Del mismo modo, sí el constructor dispone de los inmuebles que según el contrato corresponden al cedente, el tercero adquiere el dominio si se produce la entrega y el cedente no podrá oponerle su derecho; en este supuesto, el constructor ha dispuesto de lo que era suyo y frente al cedente habrá incurrido en un claro incumplimiento contractual, del que tendrá que responder conforme a las reglas generales de incumplimiento contractual y a los términos del contrato.

En cuanto al solar, el constructor podrá disponer libremente de él, y en caso de enajenación, el cedente no podrá exigir al adquirente del terreno que edifique y le entregue la contraprestación (en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 1992, RA 2162) (57).

El punto más discutible es el relativo a los posibles embargos de terceros sobre los inmuebles por deudas del constructor. Si partimos de reconocer al cedente sólo un derecho de crédito, sin admitir ninguna de las posibilidades que posteriormente veremos (eficacia como *traditio* de la escritura inicial, adquisición de una cuota del solar...) no tiene ningún modo de oponerse al embargo, doctrina que se ve reflejada en diversas sentencias del Tribunal Supremo que desestiman la tercera interpuesta por el cedente del solar o adquirente de piso en construcción por entender que la entrega no puede realizarse hasta que no esté terminada la construcción y entre tanto el contrato produce sus efectos propios *inter partes*, pero no existe transmisión dominical en favor del comprador: en este sentido, las sentencias de 25 de octubre de 1988 (RA 7639), 26 de noviembre de 1991 (RA 8490), 15 de junio de 1992 (RA 5134) (58), 9 de marzo de 1994 (RA

---

(57) Mediante contrato de fecha x el señor P. transmite el solar de su propiedad a los señores A. V. y G. R., pactándose como contraprestación la transmisión a los cedentes de cierto número de viviendas y garajes en el edificio a construir sobre el terreno. Posteriormente el señor G. A. adquiere el terreno, edifica y vende la totalidad de los inmuebles que componen la nueva construcción, incluidos los que en virtud del contrato correspondían al señor P., que demanda a los señores A. V., G. R. y G. A., reclamándoles las viviendas. Tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo condenan a indemnizar a los señores A. V. y G. R. por incumplimiento contractual, pero consideran que no se puede hacer deudor al señor G. A. del precio de un contrato en el que no fue parte, ya que «...no puede admitirse (...) que (...) incumplida por los compradores parcialmente su obligación de pagar el precio del solar transmitido, sucesivos propietarios de éste o de los pisos y garajes que, según el contrato, deberían ser entregados al vendedor como parte del precio, se vean obligados a cumplir tal contraprestación, pues ello violaría los límites personales del contrato sancionados en el artículo 1.257»; el único modo de responsabilizar a este demandado (en el caso concreto, su causahabiente) es que se hubiera producido una asunción de la deuda, lo cual no sucede en este caso. Tampoco supone ningún cambio en esta situación el hecho, alegado por el demandante, de que entre los señores A. V., G. R. y G. A. existiera en el momento de celebración del contrato un pacto para realizar la construcción (sociedad irregular).

(58) Mediante escritura pública de compraventa, de fecha 6 de julio de 1979, el Ayuntamiento de H. vende un solar de su propiedad a «C. E. Q., S. A.», con destino a

2205) (59), 18 de septiembre de 1996 (RA 6725) (60) y 9 de octubre de 1997 (7065) (61).

La segunda opción es admitir la posibilidad de que se produzca la adquisición de un derecho real sobre los inmuebles (o al menos un derecho opo- nible a terceros) antes de que éstos existan físicamente.

---

centro hospitalario y casa de socorro. En la misma escritura «C. E. Q., S. A.» se obliga a vender al Ayuntamiento la casa de socorro que la citada entidad construiría en el solar, por un precio igual al precio de venta del solar (sólo hay dos mil pesetas de diferencia y el Ayuntamiento declara haberlas recibido). El pago del solar queda garantizado por cinco avales. La entidad adquirente inscribe a su nombre el solar y posteriormente, en mayo de 1980, procede a la declaración de obra nueva y la inscripción de ésta en el Registro, en el que se hacen constar dos fincas a nombre de «C. E. Q., S. A.» (el centro hospitalario y la casa de socorro situada en la primera planta del edificio). El embargo que da lugar al litigio se traba sobre ambas fincas por deudas de «C. E. Q., S. A.» y el Ayuntamiento interpone tercería de dominio. En realidad, al margen del *nomen* que las partes han utilizado, estamos en presencia de un contrato de cesión de solar a cambio de obra futura (tal como el Ayuntamiento alega en el recurso, los contratos son lo que son y no lo que las partes digan). Pero en este caso el Tribunal no estima la tercería por entender que no se ha producido la necesaria *traditio* o entrega en favor del adquirente.

(59) En esta sentencia, a la que posteriormente nos referiremos, el adquirente del piso en construcción interpone tercería de dominio frente al embargo trabado sobre el inmueble por la Hacienda Pública por deudas de la promotora vendedora (vid. el comentario de CARRASCO PERERA a esta sentencia en *CCJC*, 1994, págs. 687-701).

(60) D. C. I. G. y otros interponen tercería de dominio contra «F. R., S. A.» alegando ser propietarios de los inmuebles sobre los que la citada entidad ha trabado embargo en virtud de los contratos de compraventa suscritos en documento privado, posteriormente visado por la Consejería de Urbanismo y Obras Públicas, entre los demandantes y el promotor-deudor ejecutado. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que no se ha producido la adquisición de la propiedad por los demandantes, ya que ni los actos pose- sorios realizados antes de la terminación de los pisos ni el pago del precio suponen *traditio* y tampoco influye en la transmisión el visado del organismo público.

(61) En este caso también entiende el Tribunal Supremo que no puede prosperar la tercería de dominio porque no se ha producido la transmisión del dominio a favor del cedente del solar, circunstancia que no podrá producirse hasta que se realice la edifica- ción, ya que es «...requisito necesario para adquirir el dominio mediante la *traditio*, con- curriendo el título, la existencia y posesión a título de dueño de la cosa que el obligado deberá entregar cuando se materialice en la realidad mediante la correspondiente edifica- ción». El supuesto en este caso es bastante sencillo: el señor N. V. y la mercantil «A. del V., S. L.» venden a «I., S. A.» un terreno de su propiedad, se fija el precio y se pacta que la adquirente lo hará efectivo mediante la entrega de mil metros de local comercial a construir sobre el solar, posteriormente los vendedores demandan la resolución del con- trato basándose en el incumplimiento de la adquirente, pero antes de que la demanda se resuelva se traba embargo sobre la finca por deudas de la entidad «I., S. A.», lo cual da origen al pleito que termina con la desestimación de la tercería por el Tribunal Supremo. De todas formas, el problema de la tercería de dominio y la legitimación del adquirente de piso futuro para interponerla es un tema complejo que será objeto de tratamiento posteriormente.



### 3.1. Adquisición según la teoría del título y el modo

La primera posibilidad consiste en buscar una explicación que permita entender cumplido el requisito de la entrega antes de que el bien exista físicamente.

En algunas ocasiones el TS, como también la DGRN, *alegan* que si el contrato de cesión se documenta en escritura pública, opera la equivalencia establecida en el artículo 1.462.2 del Código Civil, se cumple el requisito de la *transmisión* y el cedente es propietario de los pisos que le corresponden, aunque todavía no tengan existencia física (62); para ello han de cumplirse, fundamentalmente, dos presupuestos: la voluntad inequívoca de las partes de transmitir y la determinación del objeto (63), exigencia que se cumple con el otorgamiento de la escritura de división horizontal.

---

(62) En contra de esta posibilidad, defendiendo que los problemas que se pretenden resolver de este modo tienen solución si se acude a otros modos de articular el contrato, en concreto los derechos de sobre y subedificación, ALONSO PÉREZ («Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación», en *RCDI*, núm. 665, pág. 1026).

(63) Vid. en este sentido, CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ CARRASCO («Derecho de la construcción», *ob. cit.*); ALONSO CASADO, «Permuta (solar por piso futuro)», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, julio-agosto 1992, pág. 1758, y BONET CORREA, «La servidumbre a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», en *RDN*, julio-diciembre 1961, págs. 270 y 275. A propósito de este punto debemos plantear dos cuestiones, si la determinación del objeto exige la existencia de título constitutivo de la propiedad horizontal y si es necesario que la obra esté al menos comenzada. En el caso de inmuebles en construcción, el requisito de la determinación del objeto se cumple indudablemente con la existencia de una escritura de división horizontal o título constitutivo de la propiedad horizontal, en el que se contienen las diversas características del edificio y las fincas que comprende (conforme a lo establecido en el art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal) pero no parece que sea requisito imprescindible que conste la inscripción, en principio debe bastar con que el objeto quede suficiente determinado, de cualquier modo. Con todo, en las resoluciones judiciales que se admite la adquisición por el cedente antes de que los inmuebles existan físicamente, existía escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal y se habían concretado los inmuebles que correspondían al cedente del solar y también había comenzado la construcción. Con relación a este último punto, hay que tener en cuenta que algunos autores admiten la posibilidad de reconocer al cedente la propiedad pero sobre la base de entender que el objeto «existe»; partiendo del principio de que no cabe concebir un derecho real que recaiga sobre bienes indeterminados o totalmente futuros, la existencia es un requisito necesario, pero esta circunstancia hemos de entenderla bien como existencia física, entendida como construcción al menos comenzada, o bien como existencia «jurídica», que se traduce en la determinación que tiene lugar con el otorgamiento de la escritura de división horizontal (vid. LÓPEZ FRÍAS, *ob. cit.*, pág. 49, y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, «¿Existen propiedades horizontales atípicas?», en *ADC*, 1978, pág. 21, nota 27; estos autores entienden que la existencia del objeto no tiene que ir necesariamente referida a un sustrato material, y en este mismo sentido para DE LA CÁMARA ALVAREZ desde que existe el título constitutivo de la propiedad horizontal no puede decirse que el piso en proyecto sea una

Esta es la doctrina que se desprende de la Resolución de la DGRN, de 16 de mayo de 1996 (RA 3950): la recurrente y la sociedad promotora «A., S. A.» celebran un contrato que denominan de permuta, documentado en escritura pública, en virtud del cual la primera transmite a la segunda el solar de su propiedad a cambio de cinco fincas en el edificio que la promotora se compromete a construir en el terreno cedido. La entidad promotora se obliga a entregar a la cedente «las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta en el plazo de 18 meses a contar desde hoy» (64), verificándose tal entrega mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de obligación. Presentada la escritura de permuta con el objeto de que se inscriban a favor de la recurrente las cinco fincas que le corresponden, el Registrador suspende la inscripción mientras no se aporte el acta notarial de entrega. La cuestión que se plantea consiste en decidir si en el negocio realizado puede estimarse que a favor de la recurrente ha operado, desde el momento del otorgamiento de la escritura en la que se documenta el contrato y por efecto de ese mismo otorgamiento, el juego traditorio respecto a los pisos o locales que ella adquiriría y la DGRN entiende que sí se produce el efecto transmisivo en virtud de la escritura en la que se documenta el negocio de cesión de solar por obra, sin que sea un obstáculo para ello el carácter futuro del objeto (65).

---

cosa totalmente futura, se trata de «...un objeto que está físicamente en formación y sobre el cual pueden recaer derechos dominicales...» («Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *RDN*, 1969, pág. 179, en colaboración con GARRIDO CERDA y SOTO BISQUERT). En la misma línea, podemos considerar precursor de estas teorías a SAVATIER, que para salvar la falta física de objeto para la constitución del régimen de propiedad horizontal, entiende que el objeto es el volumen, el espacio tridimensional en sí mismo, determinado por planos verticales y horizontales que delimitan metros cúbicos susceptibles de venta como cuerpos ciertos, a los cuales se les aplicara el efecto traslativo del contrato («La propiedad del espacio», en *RDU*, núm. 1, Madrid, 1967, citado por ZURILLA CARINANA, *La garantía real y la propiedad horizontal*, Madrid, 1995, pág. 24, vid. el resumen que la autora hace de las distintas teorías que explican la «existencia» del objeto en la constitución del régimen de propiedad horizontal sobre edificio futuro). Según la teoría expuesta, debemos entender que, en defecto de existencia material o jurídica, y sin perjuicio del reflejo registral de su derecho, el cedente no será considerado propietario de los pisos, ni siquiera aunque éstos estén suficientemente descritos y determinados en el contrato y se hubiera documentado en escritura pública.

(64) Tal como consta en el primer fundamento de la Resolución.

(65) La negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir la titularidad del cedente del solar supone negar el efecto transmisivo de la escritura en la que se documenta el negocio de cesión de solar a cambio de obra, pero en este caso concreto esta postura puede entenderse mejor si tenemos en cuenta dos circunstancias (en este sentido se pronuncia CARRASCO, «Comentario a la Resolución de la DGRN, de 16 de mayo de 1996», en *CCJC*, núm. 43, 1997, pág. 70); la mención de la necesidad de un acta notarial y el complicado iter contractual que siguieron los contratantes: primero se presenta la escritura y se inscribe el solar a nombre del constructor, luego éste inscribe la obra nueva y división

Los argumentos contrarios a esta tesis son los que ya hemos venido mencionando al referirnos a los negocios sobre cosa futura y en especial la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual la equivalencia de escritura y entrega exige la posesión efectiva en concepto de dueño por parte del tradens (66) (sentencias de 1 de enero de 1992, 3 de septiembre de 1993, 31 de mayo de 1996: 3866). Frente a este argumento, la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende, en la Resolución de 16 de mayo de 1996, 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...*». El requisito fundamental para que se produzca la tradición es la voluntad de transmitir, y la Resolución entiende que en este caso es clara la intención de las partes de transmitir (de ningún otro modo se podría entender la expresión utilizada en el contrato, según la cual la entidad promotora se obligaba a entregar a la recurrente «las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta») (67). El problema específico

---

horizontal y se inscriben todos los pisos futuros a su nombre y, posteriormente, el cedente presenta la misma escritura original para inscribir los pisos a su nombre, cuando lo lógico es que la primera inscripción se hubiera hecho a su nombre. Sin embargo, aunque se haya utilizado una fórmula complicada, la DGRN al plantearse la posibilidad de si inscritos a favor del constructor todos los pisos puede practicarse una segunda inscripción de cinco de ellos a favor del cedente, entiende que la inscripción parcial de un negocio en modo alguno puede impedir al inscripción en un momento posterior de los efectos jurídico-reales entonces omitidos, siempre que la situación registral no haya variado. Lo cierto es que en este punto la cuestión no parece tan sencilla como la presenta la DGRN, no cabe duda de la veracidad de las afirmaciones que acabamos de citar, pero ello no responde a la pregunta que pone de manifiesto CHICO Y ORTIZ: si como parece afirmar la Resolución, los pisos han sido ya adquiridos por la cedente antes de estar terminados, ¿cómo es posible que se inscriban a nombre de la sociedad promotora, si ya son de otro? ¿Por qué no se rechazó tal inscripción? («Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996», en *RCDI*, núm. 638, enero-febrero 1997, pág. 184).

(66) Este es uno de los argumentos críticos a esta Resolución utilizado por HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, que entiende que en virtud de la escritura no se ha producido la transmisión de los inmuebles, ya que el supuesto tradente no tenía la posesión a título de dueño, bien inmediata, bien mediata, bien a través de otro («Permuta de parcela por pisos y locales a construir. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 21, pág. 235). Recordemos que ya se puso de manifiesto anteriormente que el problema que subyace es la posibilidad de que se produzca la entrega de un bien futuro es si cabe la transmisión por un no poseedor.

(67) GARCÍA GARCÍA también considera decisivo, para determinar el momento de adquisición del dominio, atender a la voluntad de las partes, pero sin embargo entiende que en este caso la voluntad de las partes no es transmitir la propiedad de los pisos o locales, ya que pactan expresamente la necesidad de un acta de entrega, cuya finalidad, a juicio del autor, no es la del mero traspaso posesorio sino que está relacionada con la tradición instrumental («Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Re-

que presenta el supuesto a que se refiere la Resolución es la necesidad de un acta notarial, una vez terminada la obra, en el plazo de 18 meses, que según la Resolución debe entenderse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor, de manera que una cosa es la transmisión, que opera en virtud de la escritura pública, y otra cosa es el cumplimiento total de la obligación de traspaso de la posesión, que se cumple con el acta notarial.

La Dirección General ha vuelto a reiterar una doctrina similar en la Resolución de 5 de enero de 1999 (RA 41), en la que se reconoce que la escritura de «permuta» ha producido el efecto traditorio (aunque los pisos se inscriben a nombre del cesionario).

Del mismo modo que la Dirección General de los Registros y del Notariado, también el Tribunal Supremo asume esta doctrina en algunas Resoluciones, reconociendo la oponibilidad del derecho del cedente sobre los inmuebles desde el momento en que se otorga la escritura pública, tanto a efectos de tercería de dominio (sentencia de 14 de noviembre de 1997, RA 8123) (68) que le permite levantar los embargos trabados sobre los inmuebles por terceros debido a deudas del constructor, como incluso a efectos de ejercitar la acción reivindicatoria (sentencia de 18 de mayo de 1994, RA 4094) (69).

---

gistros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996», en *RCDI*, núm. 640, mayo-junio 1997, págs. 1136-1137).

(68) El Tribunal Supremo entiende en esta sentencia que la escritura pública en la que se documenta el contrato de compraventa implica la entrega del inmueble (futuro) a la parte compradora y con ello la adquisición por ésta del derecho de propiedad, ya que en la fecha de formalización de la escritura existe el inmueble en fase de construcción y se encuentra definido en la escritura de constitución del Régimen de Propiedad Horizontal (lo cual supone su «existencia jurídica», ya que el artículo 8 de la Ley Hipotecaria permite la inscripción). La falta de inscripción de la propiedad horizontal no supone ningún obstáculo, ya que no se trata de una inscripción constitutiva y no se puede por ello entender, tal como pretende la entidad recurrente, que el objeto queda indeterminado (vid. el comentario a esta sentencia de GONZÁLEZ CARRASCO, en *CCJC*, núm. 46, 1998, págs. 269-277).

(69) En su comentario a esta sentencia, NAVARRO CASTRO expone la doctrina contraria a la equivalencia entre escritura y entrega en los casos en los que el objeto es futuro, por ello entiende que, en este caso, la escritura en la que se documenta el contrato de cesión de solar a cambio de obra no es suficiente para, una vez construidos los pisos, entender transmitida la propiedad sobre los mismos, sino que será necesario un posterior acto de entrega, por lo que en principio deberían ser válidos los embargos realizados (se opone así a las tesis que defienden, no ya la validez de la escritura como entrega desde el mismo momento de su otorgamiento, sino a la eficacia traditoria de la escritura diferida al momento de existencia del inmueble). Sin embargo, sí admite que una vez inscritos los pisos en el Registro a nombre del cedente del solar, lo que está permitido por la legislación hipotecaria, el titular registral se ve protegido frente a terceros adquirentes, como ocurre en este caso, aunque en el momento de realizar la inscripción aún no sea propietario por no existir la cosa (*CCJC*, núm. 1994, págs. 1043-1050).

En otras ocasiones, aún cuando todavía no había finalizado la construcción, el Tribunal Supremo ha apreciado la concurrencia de *traditio* material, con base en ciertos actos realizados durante la obra, como el encargo y abono de mejoras, que, a los efectos pretendidos, se califican como actos posesorios (70); o deduce una «puesta a disposición», a los mismos efectos, de la cláusula contractual por la que se permite al cedente transmitir el inmueble a terceros (71). En tales supuestos, se ha argumentado que la enumeración de las formas de *traditio* contenida en los artículos 1.462 a 1.464 del Código Civil, no es una lista cerrada que rige un *numerus apertus*.

### 3.2. Propiedad de una cuota del solar y adquisición por accesión

Diversos autores defienden el carácter real del derecho del cedente sobre los inmuebles desde el momento de celebración del contrato, y la explicación que intentan buscar es que el elemento material sobre el que se proyecta tal derecho, ya que los inmuebles no existen físicamente, es el solar y posteriormente, una vez que los inmuebles concretos vengan a existencia, el derecho sobre el solar se concreta sobre ellos (72). Se entiende que en virtud del

---

(70) En la sentencia de 2 de febrero de 1994 (RA 861), el Tribunal Supremo estima la tercería interpuesta por la compradora de un piso en construcción; aunque el contrato de compraventa se hizo en documento privado, posteriormente visado por la Consejería de Obras Públicas, el Tribunal entiende que «...si bien es cierto que en el momento de la compraventa (...) no consta que la vivienda estuviese totalmente construida, no es menos cierto que si se acredita documentalmente que el adquirente del piso, mejoró con materiales por él adquiridos, las instalaciones del piso, lo que demuestra que el mismo se hallaba a su disposición, aunque todavía no lo habitase, ni se hubiese otorgado cédula de calificación definitiva (...) que no empece el que el adquirente del piso lo tuviese a su disposición y por tanto ejerciese la posesión sobre el mismo» (sentencia comentada por HERRADA ROMERO en CCJC, 1994, págs. 463-476). En la sentencia de 10 de mayo de 1994 (RA 3896), en un supuesto de hecho igual, en el que el vendedor y el embargante eran los mismos que en el caso anterior, reitera esta tesis y estima la tercería del comprador. Sin embargo, tampoco es unánime el Tribunal Supremo en todas las Resoluciones, en la sentencia de 9 de marzo de 1994 (RA 2205), en un supuesto que vuelve a ser similar y con el mismo origen (mismo vendedor y mismo embargante) acoge justo la tesis contraria: «...la entrega no puede realizarse hasta que se halle terminada la construcción y, entre tanto, el contrato de compraventa produce sus efectos propios ínter partes pero no existe transmisión dominical en favor del comprador (...) La circunstancia de que el señor P., para mejorar la vivienda comprada, abonase algunas cantidades a suministradores de materiales para la realización de mejoras (...) tampoco significa que hubiera entrado en poder y posesión de la cosa vendida...» (sentencia comentada por CARRASCO PERERA en CCJC, 1994, págs. 687-701).

(71) Así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 1989 (RA 6945).

(72) Para GARCÍA-BERNARDO LANDETA, el contrato confiere al cedente una titularidad preventiva sobre los pisos o locales que repercute sobre el solar, otorgándole sobre el

contrato, el cedente deviene titular de una parte del solar, como elemento común del futuro régimen de la propiedad horizontal en el que el cedente participa como titular de un elemento privativo (los pisos o locales que le correspondan) y conforme avance la construcción irá adquiriendo por accesión los inmuebles que le corresponden.

También la Dirección General de los Registros y del Notariado, fundamentalmente en la Resolución de 16 de mayo de 1996 (73), antes citada, ha explicado el derecho del cedente como cotitularidad en el solar, elemento común del futuro régimen de propiedad horizontal en el que, como elementos privativos, le corresponden los pisos o locales reservados; de modo que, conforme avance la construcción, adquiere el dominio de tales inmuebles por accesión (74).

Esta opción plantea numerosos interrogantes, en primer lugar si la titularidad sobre una cuota del solar tiene su origen en la naturaleza de elemento común del solar en el régimen de propiedad horizontal (75), no puede existir la titularidad sobre el solar hasta que no existe el régimen de propiedad horizontal (a través del otorgamiento del correspondiente título constitutivo) especialmente teniendo en cuenta que la determinación de la cuota de participación en la propiedad del solar dependerá de los elementos privativos que

---

mismo la titularidad de una cuota equivalente a la participación en elementos comunes de los inmuebles que le corresponden del edificio, titularidad que en su día producirá automáticamente la comunidad («La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción», en *RCDI*, 1974, págs. 739 y 743. Del mismo autor, vid. «Pisos futuros y viviendas acogidas», en *RCDI*, 1970).

(73) En la misma línea, pero partiendo de la existencia del régimen de propiedad horizontal, en las Resoluciones de 5 de noviembre de 1982 (RA 6941), 18 de abril de 1988 (RA 3358), 24 y 25 de junio de 1991 (RA 4659 y 4660), la DGR reconoce que la inscripción de los pisos en construcción supone la adquisición de una cuota del solar por el titular de cada piso. Sin embargo, también podemos encontrar resoluciones judiciales que se muestran contrarias a esta tesis: así, la sentencia de 2 de octubre de 1999 (RA 7849), el Tribunal Supremo entiende que «*P. N., S. A. no fue más que cedente del solar, el que construye sobre el es la cesionaria K., S. A. Si la contraprestación pactada fue obra, no por ello la primera se constituye en constructor y cotitular de lo edificado a medida en que se edifique...*».

(74) «...el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto de presente implica la participación, por la cuota que se asigne al piso en la comunidad recayente sobre el solar (...); 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 (...) a medida que avanzan las obras...».

(75) La titularidad de una cuota del solar o bien se explica porque es un elemento común o bien de otro modo sólo podríamos pensar en esta posibilidad como reserva de una cuota del solar por el cedente, pero en ese caso las partes deberían haber configurado el contrato de este modo pactando expresamente la reserva de dominio de una parte del solar por el cedente.

correspondan al cedente. Pero además no se entiende cómo es posible adquirir la titularidad sobre un elemento común sin adquirir previamente el dominio del elemento privativo, ya que la propiedad horizontal se caracteriza por la unión entre elementos comunes y privativos, de forma que no puede existir la propiedad separada de unos y otros (76).

En principio, con esta explicación se puede llegar al mismo resultado que admitiendo la eficacia transmisiva de la escritura en que se documenta el contrato de cesión, con la ventaja de que no sería necesaria ninguna interpretación discutida sobre la eficacia transmisiva de la escritura en los negocios sobre cosa futura. Incluso se podrían obviar las dificultades relativas a la clase de comunidad que se produce sobre el solar, entendiendo que el cedente adquiere los derechos sobre el solar en las mismas circunstancias jurídicas que se producen por virtud del contrato, de manera que si existe una situación de prehorizontalidad, el cedente lo que adquiere es una participación en esa situación (y por tanto una cuota del solar como elemento común del régimen de propiedad horizontal). En Francia también se ha planteado este problema: con relación a la compraventa de inmuebles en estado de futura terminación, la doctrina ha entendido que el comprador adquiere los derechos sobre el suelo que tuviera el vendedor, en las mismas circunstancias jurídicas, de modo que puede adquirir una participación en el solar como elemento común del régimen de propiedad horizontal (77). Sin embargo, con relación a los negocios de cesión de solar a cambio de obra, el problema resulta más complicado; existen dos fórmulas fundamentales de llevarlos a cabo: la denominada «*dation en paiement*» que correspondería al modelo básico que hemos expuesto, aquél en el que el dueño del terreno transmite la propiedad del mismo a cambio de determinados inmuebles en el edificio a construir, y la «*cession de millièmes*», en la que el cedente conserva una cuota del terreno

---

(76) CARRASCO entiende que la tesis sostenida por la DGRN es incompatible con admitir, tal como hace esta misma Resolución previamente, la eficacia traditoria de la escritura en la que se documenta el contrato. Este autor interpreta la doctrina de la Resolución a la que aludimos, entendiendo que lo que adquiere el cedente desde la celebración del contrato no es una cuota en la propiedad del solar sino una titularidad dominical sobre el piso o local futuro, como propiedad separada cuya titularidad se adquiere por anticipado, de manera que además el cedente adquiere una cuota sobre el solar. Pero esto sólo puede ocurrir cuando nace el régimen de propiedad horizontal. Sin olvidar que es difícil explicar el funcionamiento de la situación de comunidad sobre el solar, ¿cómo se convierte la copropiedad del solar en propiedad del piso?, ¿qué significa acceder la propiedad de lo edificado a una cuota de condominio en el solar?, ¿la división horizontal supondrá una disolución societaria y tendrá que tributar por ello?... (Comentario a la Resolución de la DGRN, de 16 de mayo de 1996, *ob. cit.*, pág. 71). Se muestran también en contra de esta tesis, LUCAS FERNÁNDEZ, «La contratación sobre edificio futuro...», *ob. cit.*, págs. 283 y 303; ZURITA MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 48, y LÓPEZ FRÍAS, *ob. cit.*, pág. 52.

(77) Vid. en este sentido, DAGOT, «La vente...», *ob. cit.*, pág. 218.

y adquiere los inmuebles por accesión (78), con lo que viene a coincidir con el modelo que estamos describiendo en este punto. En este último supuesto, MALINVAUD y JESTAZ (79) entienden que la cesión crea entre las partes una situación de indivisión, que se proyecta sobre el solar y sobre el edificio, por lo que las partes asumen la obligación de proceder a la partición del inmueble, especificando la propiedad exclusiva de cada uno (*partage*), y para evitar este resultado, en la práctica, según los citados autores, es impensable que en el contrato de cesión, cuando se adopta esta modalidad, no se establezcan las precisiones necesarias a estos efectos, llevando a cabo lo que podríamos llamar una regulación de la copropiedad (80).

Con todo, el problema fundamental se refiere a las dificultades que esta modalidad puede suponer para el cesionario-constructor: si el cedente es cotitular del solar, el constructor puede tener dificultades para obtener financiación a través del mecanismo más común de constitución de una hipoteca y esto puede hacer económicamente inviable el contrato. La única solución es que el cedente consienta en la hipoteca, en cuyo caso su situación se ve seriamente comprometida, ya que le afectaría la ejecución por incumplimiento del constructor.

En definitiva, no se nos puede ocultar que tras su aparente sencillez, la teoría que estamos describiendo presenta graves inconvenientes.

A pesar de todo, un sector doctrinal, y a veces el propio TS, entiende que la transmisión del dominio sólo puede tener lugar con la existencia física de los inmuebles, entendida como la finalización de la obra; hasta tal momento el derecho del cedente es de naturaleza meramente personal. El constructor es, en consecuencia, el propietario de la totalidad del inmueble, hasta el momento en que, al terminar la obra, se produzca la tradición, material o instrumental; entendiéndose, en este último caso, que es preciso una nueva escritura, sin que sirva a los efectos pretendidos la escritura inicial.

---

(78) Vid. DAGOT, «La vente d'immeuble á construire», *ob. cit.*, págs. 890-891, y *La cession de terrain moyennant remise de locaux á construire*, París, 1976, págs. 24 y 35 y sigs.

(79) *Ob. cit.*, «Droit de la promotion immobilière», págs. 564-565.

(80) Así lo denomina DAGOT («La cession de terrain...», *ob. cit.*, pág. 57). Para este autor, éste sería el único inconveniente de esta fórmula, ya que exige, que el constructor tenga todos los datos de la construcción, será necesario una especie de anticipo de la propiedad horizontal (descripción pormenorizada de los inmuebles, participación en elementos comunes, etc.), pero, a su juicio, un constructor serio no tendrá graves inconvenientes para ello (vid. págs. 37-39). Por el contrario, las ventajas de la fórmula son muchas, empezando porque la adquisición de los inmuebles es originaria, se produce por accesión (sobre estas ventajas, vid. págs. 40-42).



### III. EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La protección del derecho del cedente (o en general del adquirente de inmueble futuro) sobre los inmuebles se logra, sin duda, reconociendo la naturaleza real de tal derecho, incluso antes de que el bien exista físicamente. Con todo, es decisivo el papel que juega el Registro de la Propiedad.

Hay que tener en cuenta que el reconocimiento del derecho real del cedente sobre los inmuebles lo pone a salvo de embargos, pero no protege su derecho frente a terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral (por ejemplo, terceros que adquieren del constructor, aunque sea a *non domino* e inscriben su adquisición), esto sólo se consigue cuando el derecho del cedente sobre los inmuebles accede al Registro.

En realidad, una vez que se logra esta constancia, da igual admitir o no el efecto traditorio de la escritura de cesión de solar (o de compraventa de piso futuro) porque de este modo será el juego de los principios registrales lo que proteja la situación del cedente y su derecho sobre los inmuebles frente a terceros (81).

#### 1. DISTINTAS VÍAS POR LAS QUE EL DERECHO DEL CEDENTE SOBRE LOS INMUEBLES PUEDE TENER REFLEJO REGISTRAL

Dejando a un lado la posibilidad de que los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad, de lo que trataremos más adelante, lo cierto es que la constancia del derecho del cedente sobre los inmuebles en el Registro se puede lograr de diferentes formas, ya sea en la inscripción del solar o a través de la mención de su derecho en el folio abierto a cada inmueble, una vez que estos consten inscritos conforme a la normas de inscripción de la propiedad horizontal.

Hay varias formas a través de las que el cedente puede conseguir la constancia de su derecho en la inscripción del solar:

---

(81) MUÑOZ DE DIOS («El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas», en *RDP*, 1981, pág. 1071) propone como solución a la situación de desprotección de los adquirentes de pisos futuros (como sabemos, supuesto similar al de la cesión de solar a cambio de obra), el que exista en el Registro de la Propiedad alguna indicación, que puede ser simplemente una nota marginal, que enerve el efecto protector de los terceros en cuanto a los pisos que corresponden al comprador (en nuestro caso al cedente); consistiría esta solución en crear un título que impida las múltiples ventas de un mismo piso en documento privado.

Es posible conseguir la oponibilidad del derecho del cedente frente a terceros pactando en el contrato una condición resolutoria e inscribiéndola en el Registro, al amparo del artículo 11 de la Ley Hipotecaria (82).

También se puede hacer constar, en la inscripción de propiedad del solar a nombre del constructor, la obligación que éste asume de entregar determinados pisos o locales al cedente como contraprestación a la transmisión del solar (como permite el art. 10 de la Ley Hipotecaria) (83), pero esta mención carece de eficacia frente a terceros. Partiendo de esta premisa, la duda que debemos plantearnos es si dicha mención es suficiente para destruir la buena fe de los terceros, que de esa forma no estarían protegidos por la fe pública registral.

---

(82) Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta posibilidad puede no ser económicamente viable. En esta situación, el constructor tendrá graves dificultades para obtener financiación, ya que normalmente obtiene el dinero para realizar la obra con un préstamo, cuya devolución garantiza constituyendo una hipoteca sobre el solar. Si la cláusula resolutoria por incumplimiento consta en el Registro, el acreedor hipotecario se verá afectado si se produce la resolución del contrato y por ello es difícil que, si está inscrita la condición resolutoria, el constructor pueda obtener financiación. De este modo se frustra una de las finalidades de estos contratos, la de financiación. El único modo de evitar este inconveniente es la posposición de la condición a la hipoteca, para lo cual será necesario el acuerdo entre constructor y cedente, normalmente manifestado en el propio contrato de cesión de solar.

La doctrina admite la posposición de la cláusula resolutoria a hipoteca futura (vid. LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, segunda edición, Barcelona, 1984, reimpresión 1991, pág. 127, y ROVIRA JAÉN, *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles. Su razón histórica*, Madrid, 1996, págs. 197-198), y también la Dirección General de los Registros (vid., por ejemplo, la Resolución de 25 de octubre de 1979). La técnica de la posposición está regulada en la Ley Hipotecaria para las hipotecas, pero se puede entender aplicable por analogía a la cláusula de resolución expresa, ya que en ambos casos se trata, según MOLL DE ALBA (*La resolución por impago de la compra-venta inmobiliaria. La figura del pacto comisorio*, Barcelona, 1999, pág. 144), de una garantía de la obligación de pago del precio con efectos reales. Para obtener la posposición son necesarios los requisitos establecidos en el artículo 241 RH: consentimiento expreso del beneficiado con la cláusula resolutoria expresa (el cedente) determinación de la responsabilidad máxima por capital, intereses u otros conceptos de la hipoteca futura, así como su duración máxima y la inscripción de la hipoteca que haya de anteponerse dentro del plazo convenido para ello.

En esta última hipótesis, el cedente disminuye la garantía que supone la condición resolutoria, ya que no podrá oponer la resolución al acreedor hipotecario, pero seguirá siendo efectiva frente a otros deudores.

(83) A tenor de este precepto: «En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago». TORRENTE GARCÍA DE LA FUENTE considera aplicable este artículo al supuesto de cesión de solar a cambio de obra («Comentario al artículo 10 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, EDESA, Tomo VII, vol. 3, Madrid, 1999, pág. 637), y también acoge la posibilidad de que la obligación del cesionario se mencione en la inscripción del solar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 1994.

El supuesto de hecho que se plantea es el siguiente, ¿en caso de enajenación por el constructor del inmueble pactado como contraprestación, se ve afectado el tercero por las consecuencias del incumplimiento o conserva la propiedad del inmueble? El tercer adquirente que inscribe su derecho es protegido por el principio de fe pública registral y por tanto mantenido en su adquisición, siempre que cumpla los requisitos que para ello establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: que haya adquirido a título oneroso y que sea de buena fe. De este modo, si entendemos que el adquirente, figurando la mención de la contraprestación en la inscripción del solar, no es de buena fe, no estará protegido su derecho sobre los inmuebles (pero no porque el derecho del cedente tenga eficacia frente a terceros, sino porque este tercero no cumple los requisitos para ser protegido). Debemos tener en cuenta, en primer lugar, que la buena fe se presume y además, con carácter general la simple mención del aplazamiento del pago (conforme al art. 10 de la Ley Hipotecaria) no destruye la buena fe del tercero (art. 37.1 y 37.4.b de la LH) (84). Pero en nuestro caso habría que diferenciar, porque no consta simplemente el aplazamiento del pago, sino el contenido de la obligación que asume el cesionario-titular del solar y por tanto acaso habría que entender que si constan los pisos concretos y determinados, no parece que el tercero que adquiere actúe de buena fe, ya que cuando contrata sabe que el transmitente debe a otro el objeto. Si la transmisión que estamos juzgando se produce sin que conste ninguna mención en el Registro, entonces el tercer adquirente se considera de mala fe si se demuestra que conocía el derecho del cedente del solar sobre el inmueble; por tanto, si esta circunstancia consta en el Registro, no parece razonable que no se considere que el adquirente la conoce y por tanto actúa de mala fe (de lo contrario, siempre que conste la mención en el Registro, el tercero será siempre de buena fe, no se nos permi-

---

(84) El artículo 37 de la Ley Hipotecaria se refiere a los efectos de las acciones resolutorias revocatorias y rescisorias, estableciendo cuándo su ejercicio (frente al incumplimiento) afecta los derechos de terceros, y por lo que se refiere al supuesto que nos ocupa, este precepto exceptúa de la regla de protección de los terceros, «*Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten en el Registro*» (art. 37.1). Podríamos plantearnos si la mención de la obligación de entrega del cesionario en la inscripción del solar (art. 10) es una «causa de resolución que consta en el Registro» (art. 37.4.b), pero BADOSA (comentario de GARCÍA GARCÍA al art. 37 de la Ley Hipotecaria, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alaban, pág. 706) entiende, diferenciando entre inmuebles inscritos y no inscritos, que la mera constancia registral del aplazamiento del pago (art. 10) no significa que el Registro publique una eventual causa de incumplimiento de la prestación (art. 11) y por tanto no excluye la buena fe del tercer adquirente, y en este mismo sentido GARCÍA GARCÍA (*ob. cit.*, pág. 704) entiende que no implica, por sí solo, mala fe ni fraude el mero conocimiento de haberse aplazado el pago del precio (acorde con el art. 374Z), que al regular la eficacia de las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, establece que «*El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude*»).

te probar que conoce porque la prueba es la mención registral y no se considera que ésta destruya la buena fe).

Ahora bien, si lo que figura en el Registro es una simple referencia de la obligación del cesionario del solar de entregar parte de la obra (un porcentaje, varios pisos o locales, etc.) entonces no parece que sólo por esta mención se deba considerar al adquirente de mala fe, porque es perfectamente posible que desconozca que el constructor ha transmitido precisamente aquello que debía al cedente (además en este caso, antes de determinar exactamente qué se debe, es difícil considerar que la transmisión de un inmueble concreto perjudica el derecho del cedente, porque tal derecho todavía no se ha concretado o por lo menos no consta la concreción en el Registro, tendría que haberse producido la enajenación de toda la obra, entonces sí que claramente el cedente no podría ver satisfecho su derecho) (85).

Aunque consideremos el derecho del cedente sobre los pisos y locales que le corresponden como un verdadero derecho real, para inscribir su titularidad sobre los inmuebles es necesario que éstos consten en el Registro. Con carácter general el inmueble futuro o en construcción accede al Registro a través del sistema previsto en nuestro ordenamiento jurídico para la inscripción del régimen de propiedad horizontal.

Conforme al artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria podrán inscribirse como una sola finca los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos comenzada. En la inscripción se describirán, con las circunstancias previstas en la ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente. En la inscripción del solar o del edificio en su conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados, de forma que una vez inscrito el edificio en régimen de propiedad horizontal podrá asignarse un folio separado a cada uno de los pisos o locales. La inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales (86).

---

(85) La solución que propone MUÑOZ DE DIOS se alcanza simplemente admitiendo la destrucción de la buena fe por esta vía. Para ROCA SASTRE, por buena fe ha de entenderse el desconocimiento por parte del tercer adquirente de la inexactitud del Registro (*Derecho Hipotecario*, Tomo I, 7.<sup>a</sup> edic, Barcelona, 1979, pág. 648).

(86) Para RAMOS FOLQUES estas inscripciones tienen un valor diferido al momento de terminación de la obra o de existencia del objeto del derecho, pero al mismo tiempo son inscripciones definitivas, porque de lo contrario habría que otorgar una nueva escritura después de terminada la obra y hacer una nueva inscripción. Por ello, estas inscripciones deben desplegar todos sus efectos, pero desde que se hace constar en el Registro la terminación de la obra («La regulación jurídico-registral de la edificación», en *RCDI*, 1954, pág. 866). Frente a la crítica de quienes consideran que el derecho al piso proyectado se refiere a algo que no tiene entidad real y por ello esta constancia registral supone admitir el acceso al Registro de una relación obligatoria, BATLLE VÁZQUEZ considera que

Mediante esta regulación, la Ley Hipotecaria está permitiendo la inscripción de edificios y pisos en construcción, pero *defacto* también la inscripción de edificios y pisos futuros, ya que, según la doctrina comúnmente aceptada desde que fuera formulada por DE LA CÁMARA, la expresión «construcción comenzada» utilizada en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria puede referirse al comienzo de la edificación en sentido material o en sentido técnico, y técnicamente cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio queda definido mediante la confección del proyecto por el profesional competente y la aprobación por las autoridades; es decir, «construcción comenzada» equivale a existencia de proyecto (87). El inmueble futuro se convierte así en un bien con existencia jurídica que puede ser objeto de tráfico jurídico (88).

La aplicación de este régimen al caso del contrato de cesión de solar a cambio de obra supone que, una vez inscrita la propiedad del solar a nombre del constructor, éste estará legitimado para proceder por sí mismo, sin necesidad de concurrencia del cedente, salvo pacto en contrario, a inscribir la declaración de obra nueva y división en horizontal. Una vez inscrita la división horizontal, podrá abrirse un folio aparte a cada uno de los inmuebles del edificio (el art. 8.5 de la Ley Hipotecaria permite la inscripción como una sola finca de los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen) y el cedente podrá, si el contrato se ha documentado en escritura pública, inscribir su derecho sobre los inmuebles concretos que le corresponden (89).

---

«el piso proyectado es ordinariamente un piso que se ha de construir y grava la parte material existente en términos muy semejantes, si no idénticos, al derecho de superficie o al derecho de sobreelevación, cuya inscripción está reconocida y admitida» («Las casas divididas por pisos y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1961, pág. 421).

(87) DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985, pág. 292.

(88) «Lo único que no se podrá, en estos supuestos, será vivir en los pisos, pero, una vez inscritos, los compradores podrán enajenarlos o hipotecarlos como objetos de tráfico jurídico» (ZURILLA CARINANA, *ob. cit.*, pág. 27). VÁZQUEZ BOTE entiende que la referencia al edificio meramente proyectado se refiere al polígono de aire que en su día recogerá el edificio, que es una realidad susceptible de apropiación y de indudable valor económico («Prehorizontalidad y horizontalidad ante la dinámica del Derecho. Exigencia de una nueva normativa jurídica», en *RCDI*, 1986, págs. 253 y sigs.

(89) La posibilidad de que los distintos pisos y locales del edificio, una vez que constan en el Registro como fincas, sean término de referencia para inscribir los derechos de los titulares, es reconocida por la Dirección General de los Registros, entre otras, en la Resolución de 17 de julio de 1998 (RA 5973). CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ señalan que aún cuando no se haya otorgado ni inscrito la escritura de división horizontal por no estar la construcción comenzada, desde que exista acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y el destino de los pisos o locales, podrán hacerse constar en el folio abierto al solar aquéllos, o la anotación preventiva de demanda que verse sobre la adquisición de los mismos. Dichos asientos constarán como términos de referencia de los

De este modo, la constancia de su derecho en el Registro otorga al cedente la protección derivada de los principios registrales y especialmente la oponibilidad de su derecho frente a terceros. Tanto la posibilidad de inscripción del derecho del cedente, como los beneficios que ello comporta en cuanto a la protección de sus derechos, es algo reconocido incluso por los autores que en principio niegan la posibilidad de transmisión del dominio de bienes futuros (90), pero lo cierto es que resulta una posición contradictoria: si partimos de entender el derecho del cedente del solar como un simple derecho de crédito y al mismo tiempo es necesario admitir que este derecho puede tener acceso al Registro de la Propiedad, porque la legislación hipotecaria lo permite, sólo podemos conciliar estos planteamientos bien entendiendo que la inscripción sustituye en este caso a la tradición (91) o bien que se permite el acceso al Registro a un título no completado con la tradición, cuando la doctrina mayoritaria entiende, por el contrario, que al Registro sólo tiene acceso la entera traslación del dominio, es decir, los títulos completados con la tradición (92).

2. INSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CESIÓN: EL ARTÍCULO 13  
DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO,  
DE 31 DE ENERO DE 2001

Tanto la posibilidad de que el derecho del cedente tenga reflejo registral a través de la inscripción de dominio del solar a favor del cesionario (conforme a los arts. 10 y 11 de la Ley Hipotecaria) como por la vía de la inscripción de la propiedad horizontal, demuestran la relevancia que el juego de los principios

---

derechos que sobre la futura finca tiene el adquirente o comunero; según se desprende de las Resoluciones de la DGRN de 18 de abril de 1988 (RA 3358), 24 de junio de 1991 (RA 4659), y 17 de julio de 1998 (RA 5973) («Derecho de la construcción», *ob. cit.*, 3.<sup>a</sup> edic, pág. 501).

(90) NAVARRO CASTRO resulta muy claro en este punto: «...la mera escritura pública de aportación de solar a cambio de pisos por construir no es suficiente para, una vez contruidos los pisos, entender transmitida la propiedad de los mismos, sino que será necesario un posterior acto de entrega. Ahora bien, si se inscribe el derecho sobre los pisos en el Registro de la Propiedad, el inscribiente se verá protegido por esa inscripción frente a posteriores adquirentes, aunque en el momento de realizar la inscripción aún no sea propietario por no existir la cosa...» (*ob. cit.*, «Comentario...», pág. 1050).

(91) Sobre la relación entre tradición e inscripción, vid. LACRUZ BERDEJO, «Inscripción y tradición», en *RCDI*, 1957, págs. 1-16; NAVARRO CASTRO (*ob. cit.*, «La tradición...», págs. 199-211); HERMIDA LINARES, «La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como forma de adquisición de los derechos reales sobre inmuebles», en *RCDI*, 1966, págs. 1401-1507.

(92) Siguen esta postura ROCA SASTRE; CASTÁN, *Derecho Civil español, Común y Foral*, Tomo II, vol. 1, 1987, pág. 335; ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VIII, vol. 1, pág. 14; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, pág. 679.

regístrales tiene en nuestro objeto de estudio. Pero en ambos casos se trata de vías indirectas a través de las cuales se consigue que el contrato de cesión de solar y el derecho del cedente sobre los inmuebles que constituyen la contraprestación contractual accedan al Registro de la Propiedad. Es necesario plantearnos si es posible la inscripción del contrato de cesión de solar.

La reforma del Reglamento Hipotecario producida en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (BOE de 29 de septiembre de 1998) dio nueva redacción al artículo 13 del Reglamento, en el que se regula el denominado *contrato de permuta de suelo por obra futura*, instaurando un cauce específico de acceso al Registro de ciertos contratos de cesión (93).

Sin embargo, la vida de este precepto ha sido corta, ya que la sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001 (BOE de 2 de abril de 2001) ha declarado la nulidad de sus tres primeros párrafos (dejando vigente el resto) en los que se contenía la mayor novedad de la regulación: la posibilidad de que accedieran al Registro ciertos contratos de cesión de solar, que cumplieran los requisitos que se especificaban, configurándose entonces el derecho del cedente como un derecho de carácter real (94).

La vigencia de este precepto suscitó un vivo interés centrado principalmente en dos aspectos: la interpretación de su contenido (95) y la necesidad o procedencia de llevar a cabo esta regulación.

---

(93) En concreto, el texto era el siguiente:

*«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».*

(94) No es el único precepto anulado; a esta sentencia se suman las de 24 de febrero de 2000 (BOE de 24 de abril de 2000), 22 de mayo de 2000 (BOE de 7 de agosto de 2000) y 12 de diciembre de 2000 (BOE de 27 de marzo de 2001), que también se refieren al Decreto de 4 de septiembre de 1998 y anulan distintos preceptos de este Reglamento.

(95) Entre la doctrina que se ha ocupado de esta reforma del Reglamento Hipotecario: ARNÁIZ EGUREN, «Reforma de los Reglamentos Hipotecarios y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998; Rico MORALES, «Sobre la reforma del Reglamento Hipotecario», en *Lunes* 4,30, núm. 248, diciembre de 1998, y MARTÍNEZ SANCHIZ, *Comentario de la reforma hipotecaria (Real Decreto de 4 de septiembre de 1998)*, Madrid, 2000.

En cuanto al contenido, el artículo 13 distinguía dos situaciones, aquélla en la que se reconoce al cedente un derecho de carácter real (párrafos 1, 2 y 3) y los supuestos en los que sólo se le reconoce un derecho de carácter personal.

El precepto a que nos venimos refiriendo posibilitaba el acceso al Registro de la Propiedad de determinados contratos de cesión de solar a cambio de obra, configurándose el derecho del cedente en estos casos como un derecho oponible *erga omnes*, y este régimen es precisamente el que el Tribunal Supremo ha anulado.

Debemos tener en cuenta que se trataba de un régimen establecido sólo para ciertos supuestos: aquellos en los que las partes pretenden ceder la propiedad del solar a cambio de la transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir y además en el propio contrato se cumplía con los requisitos de determinación que señalaba el precepto; se exige la descripción de tales pisos o locales conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes. Cumplidos tales requisitos e inscrito el contrato, se reconocía y protegía el derecho del cedente sobre los pisos o locales que constan como contraprestación, desde el momento en que accede al Registro, lo que se traduce en la oponibilidad de su derecho *erga omnes*.

En la inscripción se hacía constar la que podríamos denominar «especial comunidad» constituida entre cedente y cesionario, de acuerdo con la terminología del Reglamento Hipotecario. La determinación de la naturaleza y funcionamiento de dicha comunidad es el primer escollo que encontramos al analizar el precepto.

Probablemente las dificultades de comprensión derivan del reflejo de dos concepciones, hasta cierto punto contradictorias o excluyentes entre sí: de un lado, el artículo 13 establecía que, una vez inscrito el régimen de propiedad horizontal, los elementos independientes se inscribían automáticamente a nombre del cedente, sin necesidad de ningún acto de entrega. De este modo, el Reglamento Hipotecario estaba asumiendo la teoría según la cual la escritura en la que se documenta el contrato de cesión tiene eficacia transmisiva.

Pero, al mismo tiempo, la referencia a la comunidad, en un momento anterior a la constitución de la propiedad horizontal, parece tener sentido entendida como copropiedad sobre el único elemento material existente en el momento de contratar, el solar. Esta última apreciación se ve reforzada si tenemos en cuenta la necesidad de fijar en el contrato un plazo para construir que no podía exceder de diez años, que es el mismo plazo contemplado en el artículo 400.2 del Código Civil con relación al pacto de indivisión de la cosa común; con ello el legislador parecía estar pensando en la situación de copropiedad ordinaria. Subyace en esta posible interpretación, aquella explicación que basa la adquisición del cedente en las ideas de cotitularidad sobre el solar



y los principios de la accesión, reflejada, hasta cierto punto, en la RDGRN de 16 de mayo de 1996, de la que trae causa la redacción del artículo 13.

En cualquier caso, la protección registral del derecho del cedente no afectaba a las relaciones entre las partes, ni al régimen del cumplimiento forzoso ni a los remedios generales que asisten a las partes en caso de incumplimiento. Además, tampoco parece que la constancia registral de la obligación de construir, convirtiera a dicha obligación en una suerte de gravamen real, cuyo cumplimiento fuera exigible, en caso de ulterior transmisión del solar, a persona distinta del obligado contractualmente.

Por lo que se refiere al segundo de los aspectos mencionados, admitiendo la necesidad de regular la transmisión del dominio de los inmuebles que corresponden al cedente (96), que es la materia que regulaba el precepto anulado, la discusión se centra en la norma utilizada. Debemos plantear si un Reglamento es la norma adecuada para regular esta materia.

### 2.1. *La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001*

Como sabemos, el Reglamento es una norma de rango jerárquicamente inferior a la ley, lo cual se traduce en la imposibilidad de que un Reglamento derogue una ley e incluso, para la doctrina administrativa más clásica, el Reglamento no podrá regular ninguna materia en la que no exista previa habilitación legal (97). Los argumentos esgrimidos ante la sala tercera del Tribunal Supremo por los que demandaban la nulidad de este precepto (el recurso contencioso-administrativo del que trae causa la sentencia fue iniciado por la *Asociación Foro Notarial* y la *Libre Asociación de Notarios «Joaquín Costa»*) se basan precisamente en la improcedencia de esta norma reglamentaria para regular la materia a la que se refería.

Recogiendo básicamente las alegaciones de las asociaciones demandantes, el Supremo se basa en dos argumentos para declarar la nulidad de los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario: la materia regulada excede las posibilidades de una norma de rango reglamentario y

---

(96) Con carácter general, habida cuenta las diferentes formas contractuales a través de las que se desarrollan los contratos de cesión, no parece adecuado ni útil llevar a cabo una tipificación de estos negocios, entendida como una regulación unitaria y pormenorizada. Sin embargo, al igual que existen elementos comunes entre las diversas modalidades, también surgen problemas comunes para los que son insuficientes las normas existentes y que demandan una solución específica; esto es lo que ocurre con la transmisión del dominio de los inmuebles.

(97) Entre las obras generales que se refieren a este tema, podemos citar: GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1997; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1988; COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1998; DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987.

además el contenido del precepto es contrario al sistema de adquisición de los derechos reales establecido en el Código Civil.

El Tribunal Supremo acoge la principal alegación de los demandantes, que entienden que el artículo 13 del Reglamento Hipotecario contradice el sistema de adquisición de la propiedad establecido en el Código Civil. En el Fundamento duodécimo de la sentencia, el Tribunal considera que el precepto cuestionado es contrario al artículo 609 del Código Civil, que establece la necesidad de concurrencia de título y modo para la adquisición de los derechos reales, entendiendo que los tres primeros párrafos del citado precepto 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 estos tres primeros párrafos, no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir.

De este modo, el Tribunal está optando, aunque sin explicarlo, por la teoría que exige la existencia del objeto para entender que se ha producido la entrega. Tal como expresamente recoge la sentencia: *«M 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 (...) no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto (lo mismo que en la propiedad horizontal y no pasa nada) y la naturaleza que al contrato confiere la norma impugnada es real y no obligacional...»*.

Resulta ser éste un argumento cuanto menos discutible, ya que, tal como hemos visto, la interpretación de cómo debe entenderse el sistema del título y el modo aplicado a los negocios con objeto futuro es un tema susceptible de diversas interpretaciones, sin que se pueda afirmar, tal como parece hacer el Tribunal Supremo, que sean «ilegales» las teorías, mayoritarias en la doctrina, que defienden la posibilidad de que el cedente (o en general el adquirente de un bien futuro) pueda hacer efectivo su derecho sobre los inmuebles antes de que éstos existan físicamente. Siendo ésta una de las teorías posibles en cuanto a la transmisión del dominio en los contratos con objeto futuro, no puede ser el motivo de la nulidad de un precepto.

A pesar de que el argumento utilizado por el Tribunal Supremo es cuestionable, es cierto que, con todo, no parece razonable llevar a cabo esta regulación en un Reglamento. Debemos tener en cuenta que un Reglamento necesita habilitación legal; el Reglamento Hipotecario se encuentra habilitado por la Ley Hipotecaria, esto le legitima para desarrollar las materias contenidas en esta norma superior pero no para abordar la regulación de nuevas materias, como parece ser éste el caso ya que la Ley Hipotecaria ni regula ni siquiera menciona el contrato de cesión de solar a cambio de obra.

La regulación *ex novo* de una forma contractual en un Reglamento podría entenderse como una extralimitación de esta norma (98), y ésta es precisamente la finalidad del precepto cuestionado, tal como se reflejaba en la Ex-

(98) Con relación a este punto debemos tener en cuenta varias premisas: partiendo del reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria del Gobierno [a tenor del art. 97 CE: «El Gobierno (...) Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes»] existe acuerdo unánime en la doctrina en admitir tanto la subordinación jerárquica del Reglamento a la ley, derivada del reconocimiento constitucional del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) como en la inexistencia en nuestro ordenamiento de un ámbito material específicamente reservado a su regulación por Reglamento, como sí ocurre, por ejemplo, en Francia, donde el Reglamento puede incluso modificar y desplazar una ley previa si se trata de una materia de su competencia (con relación a la inexistencia de materia constitucionalmente reservada al Reglamento, vid. por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, págs. 230-232, y DE OTTO, *ob. cit.*, pág. 216).

El problema lo encontramos en las relaciones entre la ley y el Reglamento y en definitiva qué materias pueden ser objeto de regulación reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de un tema no resuelto en la doctrina administrativa y constitucional. La divergencia se centra en las materias que pueden ser reguladas por Reglamento: para algunos, la subordinación del Reglamento a la ley significa simplemente que determinadas materias sólo es posible que sean reguladas por ley, mientras que el resto de materias pueden ser reguladas por ley y cuando no lo están podrán ser reguladas por Reglamento. Para otros, el Reglamento sólo puede regular aquellas materias en las que previamente exista una ley, a la que desarrollan y complementan (con relación a la reserva de ley, vid. GARRORENA MORALES, VOZ «reserva de ley», en Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, 1995, Tomo IV, págs. 5860-5867). Nos encontramos frente a dos posiciones contrarias: para un sector doctrinal cuyo máximo exponente es GARCÍA DE ENTERRÍA, el Reglamento es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley y su sumisión a ésta es absoluta, ya que incluso no se puede producir más que en los ámbitos que la ley le deja, es decir, en todo aquello en lo que no está expresamente permitido por la existencia de una ley no es posible un Reglamento (págs. 167-173, 201-203 y 229 y sigs.). Por el contrario, otro sector doctrinal (por ejemplo, vid. DE OTTO, págs. 233-235; COSCULLUELA MONTANER, págs. 118-122, o SANTAMARÍA PASTOR, págs. 745-750, 768 y 789-794) considera que el Reglamento puede regular cualquier materia que no esté expresamente reservada por la constitución a la ley, defendiendo así estos autores la validez del Reglamento independiente, que puede regular cualquier materia con dos límites, las materias de reserva de ley y aquellas otras no incluidas en dicha reserva que hayan sido previamente reguladas por ley (COSCULLUELA, pág. 119).

En el caso que nos ocupa la posible extralimitación del Reglamento Hipotecario debemos considerarla a la luz de las teorías expuestas. Desde luego todo depende de si se admite o no la posibilidad de regular por vía de Reglamento las materias para las que no existe reserva de ley (podríamos pensar en incluir la materia del Registro de la Propiedad en la reserva de ley en materia de propiedad, pero no están muy claros los límites y el contenido de esta reserva), pero aún así debemos tener en cuenta que la polémica en torno a la admisión de los Reglamentos independientes está planteada, aunque no expresamente, en consideración al ámbito administrativo y, por tanto, los planteamientos y argumentos que se hacen sobre ello no parecen directamente trasladables al ámbito civil; pensemos que la agilidad del tráfico jurídico privado y la admisión del principio de autonomía de la voluntad trae como resultado la existencia de múltiples relaciones jurídicas que no se encuentran recogidas en ninguna norma, el ejemplo más claro serían los contratos atípicos, pero esto no significa que en todo el ámbito no regulado expresamente por ley sea posible o recomendable la regulación reglamentaria, esta opción es más adecuada, si la

posición de Motivos del Decreto por el que se modifica el Reglamento Hipotecario, la inclusión de este contrato responde a uno de los objetivos de la reforma: «la regulación de figuras contractuales e instituciones carentes de regulación reglamentaria, o que están necesitadas de nueva regulación (...)». Se disciplina así el contrato de permuta de suelo por obra futura, que pese a su importancia económica y frecuente utilización, no había sido regulada hasta ahora por el Reglamento Hipotecario».

En esta misma línea, frente a lo que el propio Tribunal considera «machacona alegación de las Administraciones» para explicar el ejercicio de la potestad reglamentaria en materia inmobiliario-registral, argumentando que tiene un carácter meramente técnico y respeta los principios básicos de nuestro sistema jurídico, en el Fundamento de derecho octavo el Supremo considera que: *«Aun cuando la reforma del Reglamento Hipotecario pretenda dar respuesta a las necesidades del tráfico inmobiliario actual y a otras realidades extrarregistrales, lo cierto es que no puede efectuarse en contra o al margen de la Ley Hipotecaria, el Código Civil o cualquier otra disposición con rango de ley, pues el cometido de desarrollo y colaboración propio del Reglamento no puede alcanzarse a costa de aquellos principios, a pesar de que la ley pueda contener elementos alógicos insalvables mediante la interpretación, lo que, en tal caso, justificaría su sustitución por vía parlamentaria y no reglamentaria»*.

Planteada la cuestión en estos términos, con relación al artículo cuestionado, el Tribunal entiende que *«...en los tres primeros párrafos del precepto cuestionado se crean una serie de derechos y obligaciones que exceden del modesto cometido de un Reglamento e invaden la regulación sustantiva de*

---

admitimos con carácter general, en un ámbito como el administrativo regido por el estricto principio de legalidad y no en un ámbito como el civil en el que la falta de regulación específica es algo habitual si no la regla general. En este último sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA (pág. 241) señala que en materia civil la doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo considera que el Reglamento, salvo que se haya dictado por delegación expresa de una ley, no tiene eficacia normativa en las relaciones jurídicas civiles (puesto que la sentencia que no lo aplica no es objeto de casación). En la doctrina civil, DE PABLO CONTRERAS (en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ALVAREZ y PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil. Derecho Privado. Derecho de la persona*, Tomo I, 1998, págs. 97-100) critica esta doctrina del Tribunal Supremo, entendiendo que es fruto de una mera inercia histórica, como también lo es el negar todo campo de acción al Reglamento en materia civil, ya que no existe en la Constitución Española una reserva de ley en materia civil (sólo se podría encontrar una respuesta positiva afirmando la vigencia en nuestro ordenamiento de la cláusula «libertad y propiedad», con origen en el constitucionalismo inglés, en virtud de la cual existe una genérica reserva de ley en todo lo que afecte a la esfera jurídica personal de los ciudadanos); no existe, a juicio de este autor, una reserva de ley en materia civil, lo único que existe es una tendencia, fruto de la tradición codificada del Derecho Civil, lo que supone una congelación de rango que obliga en muchas ocasiones a la regulación por ley.

*los derechos civiles reservada a una ley formal» y, en definitiva, «...se excede de las posibilidades de una norma de rango reglamentario, cuyo limitado alcance no le permite ordenar el sistema de adquirir el dominio ni la configuración de los contratos».*

El Reglamento Hipotecario es una norma perfectamente legitimada para regular lo referente a inscripción y efectos registrales y para desarrollar cualquier materia contenida en la Ley Hipotecaria, pero no parece posible que la regulación de un contrato atípico en este cuerpo legal produzca efectos civiles más allá de los efectos registrales.

Probablemente la decisión del Tribunal Supremo de anular parcialmente este precepto (aunque en el fondo se anula la verdadera regulación, ya que el resto, por sí solo es prácticamente inútil) se puede entender y compartir desde el punto de vista de la extralimitación de una norma de rango reglamentario. Pero son más discutibles, tal como venimos exponiendo, las aseveraciones del Supremo relativas a la modificación que este precepto suponía del sistema de adquisición de los derechos reales establecido en nuestro Código Civil. Resulta discutible y de hecho, tal como hemos visto, hay diversas posiciones en la doctrina, el reconocimiento de un derecho real al adquirente de un bien futuro, pero se trata de un problema de interpretación de cómo funciona la teoría del título y el modo, que admite diversas opciones.

Si admitimos la doctrina manifestada por el Supremo, debemos concluir que cualquier regulación, por ley, de la adquisición del dominio en los contratos con objeto futuro (siguiendo, por ejemplo, el modelo francés de la compraventa), siempre que reconozca al adquirente un derecho real anterior a la existencia física del objeto, supone una modificación de la teoría del título y el modo y no parece que esto sea así ni que los defensores de las diversas explicaciones que hemos analizado estén proponiendo una modificación de nuestro sistema de adquisición del título y el modo. En cualquier caso, tal como dice el Abogado del Estado en sus alegaciones ante el Tribunal Supremo, el debate que se plantea es de Derecho privado, de naturaleza del régimen del contrato y de las relaciones que pueden surgir del mismo; por tanto, no se puede solucionar de un modo tan simple como lo hace la sala tercera del Tribunal Supremo.

En definitiva, con la declaración de nulidad del artículo 13 del Reglamento Hipotecario desaparece la única vía que existía para que estos contratos tengan acceso directo al Registro de la Propiedad. Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones: la nulidad de este precepto demuestra que un Reglamento no es la norma adecuada para disciplinar esta materia, pero sigue siendo necesaria la regulación del problema, en los mismos términos o no que los utilizados en la norma anulada.

Al mismo tiempo, el intento de regulación representado por el artículo 13 demuestra la importancia que con relación a la transmisión del dominio de los

inmuebles futuros tiene el papel del Registro de la Propiedad; hasta tal punto que podríamos decir que existiendo inscripción (por la vía que sea) se soluciona el problema de los conflictos del cedente con terceros, ya que su derecho será oponible y por el contrario, no existiendo inscripción, estamos en el ámbito de las teorías doctrinales, son defendibles diversas explicaciones y posibilidades (existencia de una cotitularidad sobre el solar, eficacia transmisiva de la escritura en la que se documenta el contrato...) y la solución de cada caso concreto dependerá del Tribunal a cuya consideración se someta el conflicto planteado.

#### NOTAS

- La contraprestación se determina tomando como referencia la obra que se debe realizar sobre el solar objeto del contrato, con lo que se refleja la propia esencia del contrato, ya que, realmente, estamos en presencia de fórmulas a través de las que se persigue el desarrollo de la construcción (lo que podríamos denominar «contratos de construcción»).
- (Categoría contractual).
- Estos negocios responden, en el fondo, a la necesidad de que el derecho de respuesta a las nuevas necesidades sociales y además de una forma económicamente satisfactoria para los particulares...
- Sobre la sentencia que anula el artículo 13 del RH: Más que decisiones puntuales sobre los preceptos sometidos al juicio del Tribunal, parece que se puede aventurar que se trata de una línea seguida por el Alto Tribunal: no se trata de anular determinados preceptos aislados, sino que no parece que la reforma en conjunto haya sido muy acertada, al menos en cuanto a la técnica legislativa utilizada (AVILA NAVARRO lo ha calificado de contrarreforma).

Hasta la aparición de este precepto, los negocios que podemos denominar de cesión de solar a cambio de obra futura carecían de una regulación positiva. Dejando a un lado la conveniencia de tipificar (entendiendo por tal una regulación general y sistemática) y el inconveniente que para ello representa la existencia de diversas modalidades a través de las que se desarrollan estos negocios, lo cierto es que el artículo 13 se refiere a una determinada modalidad contractual y trata de solucionar un problema concreto.

M.<sup>a</sup> CARMEN PLANA ARNALDOS  
Profesora de Derecho Civil  
de la Universidad de Murcia