

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

SUMARIO: PLANTEAMIENTO.—PRIMERA PARTE. EL CONTRATO DE CESIÓN DE SOLAR POR EDIFICACIÓN FUTURA CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 13 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO: I. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL CONTEMPLADA EN LOS PÁRRAFOS 4 Y 5; PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA Y VÍAS DE SOLUCIÓN PROPUESTAS POR LA DOCTRINA. II. LA MODALIDAD QUE SE CONTEMPLABA EN LOS PÁRRAFOS 1 A 3: 1. *Caracterización del supuesto de hecho:* A) ¿Derecho real limitado? B) ¿Cesión parcial de suelo? C) Transmisión ab initio de los pisos futuros: a) Contraria al artículo 609 del Código Civil; b) Contraria a los artículos 350 y 358 del Código Civil: b.1. No podía tratarse de una comunidad; b.2. Era una disociación del dominio contraria a los artículos 350 y 358 del Código Civil. 2. *De haber sido viable, ¿hubiera superado los problemas de la concepción tradicional?* A) La intervención del cesionario-constructor en la entrega de los pisos al cedente del solar. B) El plazo de construcción de diez años.—SEGUNDA PARTE. LAS ALTERNATIVAS EXISTENTES EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS REALES AL CONTRATO DE CAMBIO DE SOLAR POR EDIFICACIÓN FUTURA. PLANTEAMIENTO: I. EL DERECHO DE SUPERFICIE. PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA. II. LA ALTERNATIVA VIABLE: LOS DERECHOS DE SOBRE Y DE SUBEDIFICACIÓN: 1. *Breve referencia a la estructura de los derechos de sobre y de subedificación.* 2. *¿Se superan, de este modo, los problemas suscitados por el contrato de cesión de solar por edificación futura?* A) La obligación de construir: a) Si se trata de un *ius in re aliena*; b) Si, *ab initio*, se transmite una cuota del suelo. B) La posibilidad de obtener financiación para la obra y su relación con el plazo para realizarla. C) ¿Cómo se opera la transmisión de la propiedad de los pisos al concedente del derecho?: a) Si se trata de un derecho real en cosa ajena; b) Si, *ab initio*, se transmite una cuota del suelo. 3. *Otras ventajas de la articulación de la relación a través de los derechos de sobre y de subedificación.* 4. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1980, como un posible caso de la utilización del derecho de sobreedificación*

para cumplir las funciones del contrato de cambio de solar por edificación futura.— CONCLUSION.

PLANTEAMIENTO

El desarrollo del mercado inmobiliario hace que haya operadores económicos —normalmente, empresas constructoras— dispuestos a edificar en solares que no les pertenecen y cuyos dueños no tienen ni la intención, ni la infraestructura necesaria para proceder a su explotación económica a través de la construcción. El propietario del solar que se niega o es reactivo a venderlo, puede estar dispuesto a que un extraño lo edifique y adquiera la propiedad de parte de esa construcción, a cambio de que se le entregue, como contraprestación, una parte del edificio a construir (1).

Esta necesidad económica de que un tercero edifique en un solar propiedad de otra persona, de tal manera que tanto el propietario de la finca como el constructor adquieran la propiedad de partes diferentes del inmueble resultante tras la edificación, no ha sido atendida de manera específica por nuestro Ordenamiento jurídico privado. Únicamente el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, introducido por la reforma operada en dicho cuerpo normativo por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, menciona expresamente la *cesión de suelo por obra futura*. No obstante, hay que tener en cuenta el carácter reglamentario de esta norma y, por tanto, su alcance limitado, que se reduce a regular el acceso de este tipo de relaciones al Registro de la Propiedad. Asimismo, es preciso tener en cuenta que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de enero de 2001, ha anulado los párrafos primero a tercero de este precepto.

La ausencia de una regulación que canalizara jurídicamente esta necesidad económica ha hecho que, en la práctica, se hayan buscado diferentes vías para atenderla. El denominado contrato de cambio de solar por edificación futura es la figura que, en mayor medida, se ha venido usando a tal fin.

El auge experimentado en la práctica por esta modalidad contractual podría llevarnos a suponer que, a través de ella, se ha conseguido cubrir la necesidad económica mencionada, mediante un perfecto equilibrio entre los intereses en juego, y que se trata de una relación jurídica estructurada de tal manera que, tanto una como otra parte, ven satisfechos sus respectivos intereses, al tiempo que los problemas que, en el seno de la misma, pudieran plantearse, encuentran, en dicha articulación jurídica, una solución justa. Nada

(1) Esta finalidad económica, que acabo de describir, presenta múltiples variantes, en el sentido de que acaso el dueño del solar pretenda obtener una participación en los beneficios que se obtengan por la venta del inmueble; pero no nos vamos a detener en estas variantes para centrarnos en el supuesto-tipo que es el expuesto en el texto.

más lejos de la realidad; basta echar un vistazo a la bibliografía y a la jurisprudencia más recientes sobre la materia para percatarnos de que la situación dista bastante de ese equilibrio ideal que parece reflejar el auge de este contrato en el tráfico jurídico-económico.

La razón de que esta modalidad contractual se utilice tan profusamente, se debe, más bien, a que la posición que se procura a las partes dentro de la relación, refleja exactamente el desequilibrio existente en el mercado. Me explico: los problemas que pueden surgir en la relación suelen perjudicar los intereses de quien originariamente es propietario único del solar, mientras que es muy difícil que la empresa constructora vea afectados los suyos. Desde luego, estoy convencida de que el motivo del desarrollo de la figura es la beneficiosa situación que brinda a quien ocupa la posición dominante en el mercado: la empresa constructora, la cual impone la articulación jurídica de la relación que le resulta más ventajosa.

El único precepto que en nuestro Ordenamiento **jurídico-privado** se refiere a este contrato es el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, incorporado por la reforma operada en dicho cuerpo normativo a través del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (2). Este artículo se basa, desde luego, en el contrato de cambio de solar por edificación futura que en la práctica se viene

(2) El Real Decreto 1867/1998 da la siguiente redacción al artículo 13 del Reglamento Hipotecario —tras la sentencia de 31 de enero de 2001, los párrafos primero a tercero son anulados—:

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

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

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

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

utilizando. Se han tenido en cuenta, además, los problemas que dicho contrato genera, y se había pretendido solucionarlos, proponiendo una articulación jurídica de la relación que se suma a la tradicional en los párrafos primero a tercero del precepto, anulados por la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 2001. No obstante, es preciso tener muy presente el carácter reglamentario de la norma.

Este precepto regula el acceso al Registro de la Propiedad de las modificaciones jurídico-reales que opera una cesión de solar por edificación futura. En su párrafo cuarto, al aludir a que la contraprestación a la cesión se puede configurar *de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional*, se pone de manifiesto que se consideraban dos formas diferentes de articular el contrato de cambio de solar por edificación futura: una, de naturaleza obligacional, y otra, de distinta índole.

La primera, contemplada en los párrafos 4 y 5 del precepto, respondería a la concepción tradicional de este contrato, conforme a la cual el constructor obtiene desde el principio la propiedad del solar, con ello una fuente de crédito, y sin tener que pagar, inmediatamente, ninguna contraprestación a cambio. El propietario del solar pierde su titularidad a cambio de que, una vez construido el edificio, le entreguen una parte del mismo. Por supuesto, esta relación se articula a través de vínculos obligacionales de carácter personal, de manera que, el propietario único del solar —titular de un derecho de crédito mientras no se opere la tradición de la parte de edificio pactada como precio por la cesión— ve limitadas —por no decir, frustradas— las posibilidades de recibir la contraprestación pactada en aquellos casos en los que, en el *interín*, el constructor se ve privado —como consecuencia de un embargo o de una *venta*—, de la propiedad del solar, pasando éste a manos de un tercer sujeto.

La otra concepción de la cesión de solar por obra futura es la que se contemplaba en los párrafos 1 a 3 del precepto. Parecía articular la relación como si de la misma se derivara una titularidad *jurídico-real* para el cedente del solar; tal impresión viene motivada por la calificación que, en el párrafo cuarto, se hacía de la concepción tradicional como meramente obligacional.

Más que evidenciar la problemática que puede suscitar una y otra forma de estructurar este tipo de relaciones, ya que, al menos la relacionada con la concepción tradicional es sobradamente conocida gracias a los numerosos trabajos sobre la materia. Lo que pretendo en este estudio es analizar las alternativas que, a estas estructuraciones contempladas en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario del contrato de cambio de solar por edificación futura, ofrece el Ordenamiento jurídico. Más concretamente, me voy a centrar en estudiar la posibilidad de que este tipo de relaciones económicas se articulen jurídicamente a través de instituciones propias del ámbito de los derechos reales.

Dos son los derechos reales contemplados en nuestro Ordenamiento jurídico que permiten construir en finca ajena para obtener la propiedad de lo construido al tiempo que el concedente del derecho conserva la propiedad —total o parcial— de la finca en cuestión: el derecho de superficie y los derechos de sobre y de subedificación. La posibilidad de cubrir jurídicamente esta necesidad económica a través de estos derechos ha sido apuntada por algún autor. Decididamente la ha propuesto, a través del derecho de superficie, GARCÍA ARANGO (3). Más recientemente, SERRANO CHAMORRO (4) ha admitido la posibilidad de que los derechos de sobre y de subedificación —derecho de vuelo— se configuren como modalidad del cambio de solar por edificación futura; considera esta autora que ambas instituciones —contrato de cambio de solar por edificación y derechos de sobre y de subedificación— pueden cumplir las mismas funciones.

Pero, no son sólo estas propuestas doctrinales, que, en algunos casos, no pasan de ser sino tímidas insinuaciones, las que nos llevan a profundizar en la posibilidad de articular jurídicamente esta necesidad económica a través de derechos reales. El estudio de esta posibilidad no pasaría de ser un mero ejercicio teórico si se redujera a proponer, sin más propósito, un encauzamiento jurídico para este tipo de relaciones diferente a los contemplados en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario. Ningún interés habría si esta nueva vía que aquí me propongo estudiar planteara los mismos problemas, e incluso otros, acaso más graves, que los que suscita la configuración más habitual de estas relaciones.

Lo que nos lleva decididamente a realizar y estudiar una propuesta de este tipo no es el mero interés teórico que puede tener, sino, fundamentalmente, el haber advertido que, cuando se estudia la configuración meramente obligacional de la relación a través del contrato de cambio de solar por edificación futura, algunas de las soluciones que suelen darse a los problemas de la parte más débil de la relación —el cedente del suelo—, pasan por reconocerle un poder directo sobre la parte de edificio que conforma la contraprestación, es

(3) GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, CÉSAR, en «El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Tomo I, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, págs. 495 a 515.

Parece apuntar también esta posibilidad PRATS ALBENTOSA, L., en LÓPEZ Y LÓPEZ, ANGEL M., y MONTÉS PENADÉS, VICENTE L. (coords.), *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, al contemplar, en la pág. 600, la posibilidad de que la contraprestación a la concesión de un derecho de superficie consista en la adjudicación de viviendas o locales resultantes del proceso edificatorio propio de la relación superficiaria, afirmando que este mecanismo es semejante a la denominada permuta de solar por obra.

(4) SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 137.

decir, una situación similar a la que tendría si fuera titular de una titularidad **jurídico-real** sobre esa parte del edificio.

Que la solución a los problemas que pueden suscitarse en este tipo de relaciones pasa por reconocer titularidades jurídico-reales a los sujetos implicados en ella, lo deja muy patente la modalidad de cesión de solar que se contemplaba en los párrafos 1 a 3 del Reglamento Hipotecario. Esta pretendía ser un avance sobre la concepción tradicional reflejada en los párrafos 4 y 5 del precepto, cuyo principal problema es el de la transmisión de la propiedad de los pisos al cedente del suelo: se concebía —en los párrafos 1 a 3 del **Reglamento**— que, desde el primer momento, este contrato otorgaba al cedente del suelo la propiedad de la porción de obra futura —que es el precio por la **cesión**—, es decir, adquiría la propiedad desde que se celebraba el contrato de cesión, no siendo necesario esperar —para entender transmitida la **propiedad**— a la construcción del edificio y a la entrega de la parte de edificio pactada como precio por la cesión.

Todo ello nos pone sobre la pista de que, probablemente, la articulación de la relación a través de un derecho real permita superar los inconvenientes y problemas que plantea el contrato de cambio de solar por edificación futura. Ahora bien, no me voy a limitar a estudiar la posibilidad de que estas relaciones se puedan articular a través de ciertos derechos reales, sino que voy a analizar si, de este modo, se consigue un adecuado equilibrio de los intereses en juego, solucionando los problemas que el contrato de cambio de solar por edificación futura, tal y como se concibe en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, genera en la práctica.

Por supuesto, antes de calibrar si, efectivamente, los derechos reales mencionados pueden erigirse en alternativa válida, habrán de ser expuestas, siquiera someramente, las modalidades de cesión de solar por obra futura contempladas por el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, así como la problemática que suscita cada una de ellas y las vías de solución que, a los desequilibrios jurídicos que generan, se han propuesto por la doctrina.

PRIMERA PARTE. EL CONTRATO DE CESION DE SOLAR POR EDIFICACION FUTURA CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 13 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Quede claro, antes de empezar, que no pretendo realizar en este trabajo un estudio del contrato de cambio de solar por edificación futura, sino que me limito a exponer, someramente y sin ánimo de profundizar, los problemas que este contrato suscita y que ha evidenciado la doctrina que lo ha estudiado a fondo. Esto nos servirá para ver si la alternativa que aquí se le propone supera dichos inconvenientes y en qué medida.

I. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL CONTEMPLADA EN LOS PÁRRAFOS 4 Y 5:
PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA Y VÍAS DE SOLUCIÓN PROPUESTAS POR LA DOCTRINA

El contrato de cambio de solar por edificación futura, en su vertiente más habitual contemplada en los párrafos 4 y 5 del Reglamento Hipotecario, articula la relación mediante vínculos-obligaciones de carácter personal entre el propietario-cedente del suelo y el constructor-cesionario del solar. Conforme al mismo, el cedente transmite la propiedad del suelo que pasa a ser del constructor-cesionario; como contraprestación, éste se compromete a entregar a aquél, cuando la construcción concluya, una parte del edificio resultante. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la contraprestación que consiste en la entrega de una parte del edificio futuro, si bien puede acceder al Registro de la Propiedad, en función de lo establecido por el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, no será **—en principio—** oponible frente a tercero, como dispone el artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

De tal manera que el cedente del suelo sólo es titular de un derecho de crédito que le permite exigir al cesionario la construcción del edificio y la entrega de la parte de edificio pactada como contraprestación; pero al ser un derecho de crédito, aunque conste en el Registro, no es oponible frente a terceros, de modo que, si el cesionario pierde por cualquier circunstancia la propiedad del solar, el cedente ve cómo se frustran sus expectativas, porque ese nuevo adquirente no tiene ni obligación de construir, ni obligación de entregar los pisos al originariamente propietario del suelo.

Pese a que, en un primer momento, parece que la posición dominante en la relación debiera corresponder al propietario del suelo, esta estructuración de la relación hace que dicha posición de poder sea ocupada por el constructor, adquirente de la propiedad del solar, quedando, así, el cedente del suelo expuesto al riesgo de no cobrar la contraprestación si el constructor no edifica o pierde la propiedad del solar como consecuencia de un embargo. La desprotegida posición en la que queda el cedente del solar frente a estas eventualidades es el principal problema que suscita el contrato de cambio de solar por edificación futura.

Estos problemas han llevado a la doctrina a plantearse cómo proteger al cedente frente a la no construcción del edificio, es decir, cómo vincular la obligación de construir a la obligación de entrega de los pisos por parte del cesionario-constructor. Además, ha llevado a los autores a plantearse cuáles son los derechos que el cedente del solar tiene sobre la finca y, en concreto, sobre los pisos futuros que deben entregársele, y cómo y en qué momento la propiedad de la parte de edificio que constituye la contraprestación se transmite al cedente del suelo.

Para fortalecer la posición del cedente del solar, eliminando en la medida de lo posible los riesgos que para él puede presentar esta relación, se han

propuesto y utilizado varios mecanismos. El más habitual aparece contemplado en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y consiste en dar a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, de modo que, en el caso de que transcurriera un plazo de tiempo sin que se hubiera entregado la contraprestación, el contrato se resolvería y el cedente volvería a ser propietario del solar. En ese caso, el aplazamiento del pago sí va a tener efectos frente a terceros.

Sin duda, se protegen así los intereses del cedente del solar. Otras posibilidades de fortalecer la posición de este sujeto consisten en: garantizar la entrega de los pisos que constituyen la contraprestación con una hipoteca —opción contemplada también por el art. 11 de la Ley Hipotecaria—, o establecer un pacto de reserva de dominio en favor del cedente hasta que se le haya entregado la contraprestación.

Todas estas soluciones que, desde luego, refuerzan la posición del cedente del solar, presentan, sin embargo, otro inconveniente: dificultan que el cesionario-constructor obtenga financiación para llevar a cabo la edificación. Y ello, porque, por ejemplo, en el caso de una condición resolutoria explícita, si se llegara a resolver el contrato por incumplimiento del cesionario-constructor, se extinguiría la hipoteca constituida sobre la finca, de modo que la entidad financiadora vería desaparecer la cobertura hipotecaria que le garantizaba la devolución del capital adelantado. Todo ello, sin duda, frustra las expectativas de la empresa constructora que precisa de tal financiación, perdiendo así el interés en la celebración del contrato.

Para solventar este problema se propone una posposición de la condición resolutoria en favor de la hipoteca de la que será titular la entidad que financia la construcción. En tal caso, el cedente del suelo queda desprotegido únicamente frente a la ejecución de esa hipoteca, pero se le protege frente a otras eventualidades como embargos derivados de otras deudas del constructor. En el caso de que el cedente se reserve el dominio, para que el constructor pueda obtener financiación, se propone que sean los dos sujetos los que concierten la hipoteca con la entidad que va a financiar la construcción.

Si bien estas soluciones fortalecen indudablemente la posición del cedente del solar en la relación jurídica, no logran atender satisfactoriamente las necesidades del tráfico, ya que no puede protegerse a una de las partes a costa del interés de la otra parte en la relación, es decir, a costa de la relación misma. No cabe ofrecer una protección tal al propietario del solar —cedente— que haga que la empresa constructora pierda el interés en la relación. Lo que, probablemente, ocurrirá si se pacta una condición resolutoria explícita o se establece un pacto de reserva de dominio.

Por ello se han ofrecido soluciones que tienden a proteger al cedente, prescindiendo de soluciones tales como la de la condición resolutoria o el pacto de reserva de dominio. Estas teorías tienden a ofrecer una solución que

establezca un mínimo equilibrio entre los intereses en juego, es decir, que la protección ofrecida al cedente del suelo no sitúe al cesionario-constructor y a quien financia la construcción en una situación excesivamente arriesgada o expuesta.

Algunas de estas propuestas doctrinales ofrecen articulaciones jurídicas diferentes de la relación: como es la de formar una comunidad sobre el solar integrada por el cedente y el cesionario- constructor (5). Es decir, proponen que, en lugar de proceder a una cesión total del solar en favor del constructor, se le ceda parcialmente el suelo, de manera que se forme entre los dos sujetos una comunidad que recaiga sobre el solar. En este caso, nos encontraríamos ante un supuesto diferente, que, desde luego, puede servir para cubrir las necesidades a que se viene haciendo referencia, pero que plantea una problemática particular (6).

Otras propuestas doctrinales se centran en la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura para buscar la forma de hacer oponible a terceros el derecho del cedente del suelo sobre la parte de edificio futuro que constituye la contraprestación por la cesión. Se aplican estas posturas a estudiar la manera de conseguir que el cedente no vea afectados sus intereses, es decir, no corra el riesgo de quedarse sin contraprestación en el caso de que el solar cedido al constructor pase a manos de un tercero. Para ello se analiza: el momento en el que el cedente del solar adquiere la propiedad de los pisos que constituyen la contraprestación, la naturaleza del derecho que ese sujeto tiene sobre la finca antes de que concluya la construcción, la necesidad de que se opere la *traditio* o entrega material de la parte de edificio que constituye el precio por la cesión para la adquisición de la propiedad, y la constancia registral de dicha adquisición para que sea oponible su titularidad frente a terceros. No obstante, hay que advertir que la mayoría de estas propuestas se realizan antes de la reforma

(5) En relación al régimen jurídico aplicable a este supuesto de hecho, podría tenerse en cuenta lo que sostengo a propósito de la constitución de un derecho de sobre o de subedificación con transmisión inicial de una cuota del suelo en favor del titular del derecho. Vid. en este sentido, mi obra *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, concretamente, págs. 270 y sigs.

(6) Vid. sobre esta posibilidad, SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 76 y sigs. Por su parte, ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 101, entiende que esta modalidad contractual *acumula una buena parte de los inconvenientes antes vistos y, exige, además, la disolución de la comunidad en orden a la adjudicación de los pisos y locales que resulten de la edificación constituida en propiedad horizontal, a menos que se entienda aplicable el régimen de la comunidad valenciana que antes se ha examinado.*

del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, lo que debe ser convenientemente valorado.

En nuestro Ordenamiento jurídico la transmisión de la propiedad se opera a través de la teoría del título y el modo, de tal manera que, en principio, para que el cedente del solar adquiera la propiedad de la parte del edificio que constituye el precio por la cesión, será necesario que el cesionario construya y le entregue los pisos una vez realizados.

Hay autores que evitan la intervención del cesionario en la entrega de dichos pisos, considerando que la escritura pública que documenta el contrato de cambio de solar por edificación futura opera la *traditio*, una vez que se ha concluido la construcción de los pisos. De este modo, no hay ningún problema en entender que, desde el momento en que se certifica la obra por el arquitecto, la propiedad de los pisos que constituyen el precio por la cesión pueden inscribirse en favor del cedente del suelo (7).

Por su parte, LÓPEZ FRÍAS, antes de la reforma del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, considera que la transmisión de la propiedad de los pisos o locales en favor del cedente del suelo no puede operarse antes de que se opere la *traditio*. Entiende que el cedente del solar es titular de un derecho de crédito, en virtud del cual puede exigir al cesionario la construcción del edificio y la entrega de la parte de edificio que se había pactado como precio por la cesión. Por tanto, en su opinión, para que el cedente adquiera la propiedad de la parte de edificio convenida como precio, es necesario que los pisos estén contruidos y el cesionario-constructor entregue los pisos al cedente del suelo. No obstante, contempla una serie de casos en los que la escritura pública puede operar la *traditio* antes de que se acabe la construcción del edificio y, por tanto, puede determinar que el cedente adquiera la propiedad de los pisos antes de que los mismos estén contruidos. Diferencia, a estos efectos, entre dos supuestos, según haya comenzado o no la construcción del edificio. Si se ha comenzado la construcción, entiende que la escritura pública puede operar la *traditio* en los casos en que la parte de edificio que constituye la contraprestación esté perfectamente determinada en la escritura pública y sea perfectamente identificable en el edificio cuya construcción está en marcha. Si no ha comenzado la construcción, la escritura pública haría, al cedente del suelo, propietario de los pisos futuros sólo si se hubiera inscrito la división horizontal del edificio. En estos dos supuestos citados, la escritura pública puede dar lugar a la transmisión de los pisos, puesto que operaría la *traditio*, incluso antes de que el edificio y los pisos —que son el precio por la cesión— estuvieran contruidos (8). En estos

(7) LUCAS FERNÁNDEZ, FRANCISCO, «La construcción sobre edificio futuro», en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1967, pág. 306.

(8) Vid. LÓPEZ FRÍAS, ANA, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1997, págs. 48 a 61.

casos, la propiedad de los pisos puede inscribirse en el Registro a favor del cedente del suelo antes de que concluya la construcción y sin necesidad de que medie entrega de los mismos por el cesionario-constructor (9).

Para fortalecer la débil posición del cedente del solar, otros autores entienden que el contrato de cambio de solar por edificación futura le ofrece un poder directo sobre la finca, como si detentara una titularidad **jurídico-real** sobre la misma. En este sentido, entiende ARNÁIZ EGUREN que se pronuncia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996, que mencionaba que el contrato de cambio de solar por edificación futura provocaba el nacimiento de cierta comunidad sobre la finca (10). En este mismo sentido, GARCÍA-BERNARDO LANDETA habla de que el cedente del suelo adquiere una titularidad preventiva de naturaleza real sobre pisos o locales a construir sobre aquél (11).

Otros autores, como MONET, DE LA CÁMARA, O MERINO, entienden que el contrato otorga al cedente del suelo un *ius ad rem*. Unos exigen, para reconocer al cedente, la titularidad de un *ius ad rem*, que la finca esté construida —mientras tanto, el cedente sólo tendría un derecho de crédito—; otros, que el edificio esté definido y se haya otorgado el título constitutivo de la Propiedad Horizontal (12). De esta forma se evita que el cesionario-constructor tenga que proceder a la entrega de la parte de edificio pactada como precio para que el cedente obtenga la propiedad de la misma.

Por su parte, SERRANO CHAMORRO, consciente de que fuerza la teoría del título y el modo, lleva más allá la tesis de estos autores, para entender, en

(9) Vid. LÓPEZ FRÍAS, ANA, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1997, págs. 66 y sigs.

(10) Vid. en este sentido, ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 101-102.

(11) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Piso futuro y viviendas acogidas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1970, págs. 743-744.

(12) MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 8 de junio de 1963, Valencia, 1967, pág. 17 (citado por SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 356). DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.; GARRIDO CERDÁ, y SOTO BISQUERT, «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1969, págs. 185 y sigs. y 198-199. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *El contrato de permuta*, edit. Tecnos, Madrid, 1978, págs. 355-357.

Rechaza expresamente esta teoría del *ius ad rem*, LÓPEZ FRÍAS, ANA, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1997, pág. 60, para la cual: *aunque se llame ius ad rem al derecho que tiene el cedente del solar, antes de que opere la tradición, no cambiará en nada ni la situación ni los medios de defensa que dicho sujeto tiene a su alcance como titular de un derecho personal.*

base —entre otros argumentos— al artículo 1.462 del Código Civil, que el mismo contrato de cesión otorga la propiedad del piso al cedente del solar. Es decir, para esta autora, las partes, por su propia voluntad, pueden disponer que la transmisión de la propiedad de la parte de edificio pactada como contraprestación se opere en ese mismo momento; de manera que, para esta autora, el contrato de cesión otorga un verdadero *ius in re* al cedente (13).

Creo que ha quedado expuesto, siquiera someramente, el panorama de los principales problemas que suscita la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura y las soluciones doctrinales que se han propuesto a los mismos. Desde luego, no voy a entrar a valorar todas las aportaciones doctrinales, puesto que ya dije al principio que no era el propósito de este trabajo el estudio de este contrato. La exposición somera de este panorama doctrinal se ordena a servir de base para entender hasta qué punto y en qué medida una configuración de la relación a través de ciertos derechos reales puede solventar todos estos problemas.

II. LA MODALIDAD QUE SE CONTEMPLABA EN LOS PÁRRAFOS 1 A 3

El Real Decreto 1867/1998 da nueva redacción al artículo 13 del Reglamento Hipotecario regulando el acceso al Registro de la Propiedad de la cesión de solar por edificación futura. Se contempla, no sólo la configuración que venía siendo habitual de dicho contrato, sino que, además, en los párrafos primero a tercero se hace referencia a una forma novedosa de articular este tipo de relaciones; y es precisamente esta parte del precepto —que vamos a estudiar en este epígrafe— la que ha sido anulada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (14).

(13) Hay que tener en cuenta que, pese a que SERRANO CHAMORRO ha admitido la posibilidad de que el contrato de cesión, por sí mismo y antes de que se construya el edificio, puede operar la transmisión de la propiedad de los pisos futuros, no es menos cierto que dicha autora es consciente de que se está forzando la teoría del título y el modo —SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 363: *Sin embargo, me atrevo a señalar algunos matices no exentos de polémica y quizá un tanto atrevidos al aventurar soluciones favorables a la parte más débil en estos contratos*—.

En contra de esta posibilidad se manifiesta expresamente LÓPEZ FRÍAS, ANA, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1997, pág. 59, quien considera que un pacto sobre el momento en que se produce la transmisión de la propiedad de los pisos no puede ser oponible a terceros mientras no se haya operado la *traditio*.

(14) Esta sentencia ha sido publicada cuando este trabajo estaba ya en la imprenta. Las razones que doy para entender que los párrafos 1 a 3 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario no resolvían los problemas que suscitan este tipo de relaciones son diferentes

Pese a que, en un primer momento pudiera entenderse que la relación que se había plasmado en los anulados párrafos primero a tercero del artículo 13 del Reglamento Hipotecario consistía en una configuración no obligacional de la relación por la calificación que, en el párrafo cuarto, se hace de la concepción tradicional como meramente obligacional, entiendo que dichos párrafos contemplaban también una relación meramente obligacional, al igual que la de los párrafos 4 y 5, pero con una diferencia sustancial: se entendía que, en determinadas circunstancias, del contrato de cesión podía derivarse una titularidad **jurídico-real** para el cedente del solar. Sin duda, se trataba de un planteamiento novedoso desde el punto de vista normativo, y, en mi opinión, deudor de las opiniones doctrinales que, para solucionar los problemas derivados de la concepción tradicional de la relación, venían sosteniendo que el cedente del solar detentaba un poder directo sobre los pisos que deben construirse y que constituyen la contraprestación por la cesión; de este modo, se conseguía evitar la intervención del cesionario del solar —constructor del edificio— para entregar a aquél el precio.

A través de esta concepción de la cesión de solar por edificación futura que se reflejó en los primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, entiendo que se pretendieron superar los problemas que venía planteando la estructuración tradicional de la relación. No obstante, hay que tener bien presente que nos encontramos ante un precepto reglamentario, y evidenciar que, al contemplar esta articulación jurídica de la cesión de solar por edificación futura, se fue mucho más allá de lo que está permitido a una norma de tal índole. En este sentido, es preciso considerar que no es que el precepto partiera de una relación jurídica constituida en base a normas de carácter sustantivo para regular su acceso al Registro, sino que se proponía una nueva articulación jurídica de la relación con unos determinados efectos jurídicos. Ningún problema hubiera habido si esa modalidad de cesión que contemplaba el precepto hubiera sido conforme a normas de rango superior y viable jurídicamente. Al contrario, en tal caso, hubiera sido loable y merecería calificarse de audaz el que, a través de la regulación de un aspecto fundamental en este tipo de relaciones de cara a ofrecer un justo equilibrio de los intereses en juego como es el de su inscripción registral —**aunque**, en definitiva, no deje de ser una cuestión instrumental—, se hubiera conseguido proponer una solución que superara los problemas planteados por la concepción tradicional.

Sin embargo, la articulación de la cesión de solar por edificación futura que contempló este precepto en sus tres primeros párrafos contravenía normas

a los motivos en que se basa el Tribunal Supremo para anular el precepto. Por ello, me ha parecido que sería interesante conservar la crítica que a *la parte anulada* de dicho precepto se hace en estas páginas.

de rango superior, lo que ha provocado su anulación por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de enero de 2001.

1. *Caracterización del supuesto de hecho*

Veamos, antes de nada, en qué consistía esa relación jurídica de cesión de solar por edificación futura que se contemplaba en los anulados tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario y que era distinta de la concepción tradicional de dicho contrato. El párrafo cuarto de este precepto, al mencionar una cesión meramente obligacional, da pie —como he dicho— a pensar que en los primeros párrafos se estaba contemplando una relación de naturaleza jurídico-real.

A) ¿Derecho real en cosa ajena?

Podría pensarse, en este orden de cosas, que el precepto estaba aludiendo a la articulación de la relación de cesión de solar por obra futura a través de un derecho real limitado en cosa ajena. Incluso podría entreverse una referencia a los derechos reales de sobre o de subedificación contemplados en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, en la medida en que el Real Decreto 1867/1998 establece para ambas relaciones un plazo de edificación de diez años. Coincidencia que ya no subsiste en la actualidad en cuanto para los derechos de sobre y de subedificación se ha anulado —por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2000— la obligación de que dicho plazo de diez años constara en la inscripción registral del derecho.

Sin embargo, no estaba contemplando este precepto una relación jurídico-real como la que se deriva de la constitución de un derecho real limitado que vincula a las partes y les reconoce derechos y obligaciones directamente sobre la cosa objeto del contrato. Y ello porque se aludía a una situación de comunidad: sin duda no se hubiera hecho referencia a tal situación de comunidad si se hubiera pensando en la concurrencia sobre la finca de un propietario y de un titular de un derecho real limitado sobre la misma. Se hablaba de comunidad porque se estaba entendiendo que el cedente del suelo obtenía desde el primer momento un derecho de propiedad sobre la parte de obra futura que, conforme al pacto, le correspondía como precio por la cesión.

B) ¿Cesión parcial de suelo?

Podría pensarse, también, que se contempló una solución propuesta por la doctrina para articular la relación de cesión de solar por edificación futura, cual es la de ceder a la constructora la parte de solar que, finalmente, se atribuirá, como elemento **común**, a la parte de edificio de la que se apropia, mientras que el propietario del solar se reserva la cuota de solar que corresponderá, como elemento común, a la parte de edificio que debe entregársele como precio por la cesión.

En favor de esta consideración se podría alegar la mención a esa comunidad especial que se establecía —según el párrafo **anulado**— entre cedente y cesionario. Sin embargo, en ningún momento se aludía a la transición actual de una cuota de suelo, sino de los pisos; es más, parece que el suelo había que incluirlo entre esos elementos comunes que corresponderán —**en el futuro**— al cedente del suelo. No parece, por tanto, que se aludiera a la cesión parcial de suelo, sino que, más bien, se hacía referencia a una comunidad en la que el cesionario —que debe construir el edificio— era propietario de todo el solar (15).

C) Transmisión *ab initio* de los pisos futuros

Por lo tanto, si no se trataba de ninguna de las dos posibilidades anteriormente citadas, ¿cuál es la relación de cesión de solar por edificación futura que contemplaban los anulados párrafos primero a tercero de este precepto?

Conforme a los términos literales del precepto, la relación se calificaba de comunidad especial. El precepto describía la situación en que se supone que quedaba la finca tras la cesión en los siguientes términos:

«...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...»

(15) En este mismo sentido, SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 87; ARNAIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 104; GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «Derecho Inmobiliario Registral», Tomo V, *Urbanismo y Registro*, edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 464.

Se habla de una transmisión *actual* de los pisos o locales del edificio, de una cuota que le *corresponderá* en los elementos comunes, y de una *comunidad especial* entre cedente y cesionario.

O sea, como decía más arriba, la transmisión de la propiedad de los pisos o locales parecía operarse desde el primer momento (16). La posibilidad de que esto pudiera acontecer la apuntaba —como ha quedado expuesto anteriormente— SERRANO CHAMORRO (17). No obstante, GARCÍA GARCÍA entiende que, de este precepto, no cabe deducir que se otorgue al cedente la propiedad de los pisos futuros, sino que *más bien parece presuponer un ius ad rem* (18).

Al concebir el precepto que esa transmisión de la parte de edificio futuro se producía *ab initio*, es decir, en el mismo momento de la cesión, se permitía aludir a una situación de comunidad entre cedente y cesionario. Para invalidar la articulación de la relación que proponía este precepto en sus párrafos primero a tercero, es suficiente con detenerse en la transmisión de los pisos futuros que, sin duda, contravenía normas de rango superior que, a continuación, paso a analizar.

a) Contraria al artículo 609 del Código Civil

La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, se ha basado en este argumento para anular los tres primeros párrafos del precepto. Entiende la sentencia, en su fundamento duodécimo, que estos párrafos:

«...desnaturalizan el sistema de adquirir la propiedad en nuestro sistema jurídico, que requiere la concurrencia del título y el modo, de manera que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, que, en el supuesto contemplado por esos tres primeros párrafos, no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir.

Ni el significado de la *traditio ficta*, recogido en los artículos 1.462 y 1.463 del Código Civil, ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato, salvan a estos preceptos impugna-

(16) Así lo entiende ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 103 y sigs., para el cual: *El artículo 13 sitúa la eficacia de la transmisión de la obra futura en el momento de la celebración del convenio de cesión, no en la fecha de su entrega.*

(17) SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 363.

(18) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «Derecho Inmobiliario Registral», Tomo V, *Urbanismo y Registro*, edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 464.

dos de la tacha de ilegalidad, pues esas formas espiritualistas presuponían siempre la realidad de la cosa, que en el caso regulado por ellos no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto, y la naturaleza que al contrato confiere la norma impugnada es real y no obligacional, como lo demuestra el párrafo cuarto del propio artículo 13, al contraponer la previsión de los tres primeros a la que en él se contempla, de contenido puramente obligacional...

La pretendida finalidad de proteger al cedente no es razón justificativa para alterar por vía reglamentaria nuestro sistema legal del título y el nodo para la adquisición de la propiedad...»

b) Contraria a los artículos 350 y 358 del Código Civil

Pero, además, la forma en que los párrafos primero a tercero del artículo 13 del Reglamento Hipotecario articulaban la cesión de solar por edificación futura contravenía los artículos 350 y 358 del Código Civil.

Este precepto, al entender que se operaba *ab initio* la transmisión de la propiedad de los pisos futuros al cedente del suelo, consideraba que, desde el primer momento, se constituía una situación de comunidad sobre la finca entre cedente y cesionario del solar. Una comunidad *especial* tal y como la califica este precepto. Sin embargo, aun desde la perspectiva errónea que entiende viable la transmisión de la propiedad de los pisos futuros sin que concurra el modo —la entrega de la posesión no es posible porque la edificación no existe todavía—, no cabría entender concurrente una comunidad, sino, que más bien habría que haber entendido presente una disociación del dominio, contraria —por otra parte y como se va a tener ocasión de exponer— a los artículos —imperativos— 350 y 358 del Código Civil, que no podían ser modificados por una norma de carácter reglamentario como el artículo 13 del Reglamento Hipotecario.

b.1. No podía tratarse de una comunidad

¿Sobre qué se constituía esa supuesta comunidad? Podría pensarse que sobre el suelo, que, de momento, es lo único que hubiera tenido existencia actual; pero si así fuera nos encontraríamos ante una cesión de cuota de suelo por edificación futura y, como he dicho más arriba, no creo que fuera la intención del precepto contemplar este supuesto. Por otro lado, el suelo hubiera sido uno de esos elementos futuros que *corresponderán* al cedente; es decir, que se transmitirían, en momento posterior, al cedente del solar, con lo cual no hay que entender que se establecía dicha comunidad sobre el suelo,

puesto que éste se consideraba atribuido íntegramente al cesionario-constructor (19).

Abundando en esta consideración, hay que decir que si el cesionario del suelo hubiera constituido una hipoteca sin contar con el consentimiento del cesionario, a lo único que no se hubiera extendido es a los elementos independientes que debían ser atribuidos al cedente; de donde cabe deducir que, en principio, parecía entenderse que el suelo podía ser hipotecado por el constructor unilateralmente, lo que es una evidencia de que efectivamente se entendía que le pertenecía íntegramente. (20).

También resulta difícil admitir que la comunidad se constituye sobre el edificio futuro, porque, aun fingiendo viable tal posibilidad, los pisos y locales futuros serían atribuidos privativamente a una u otra parte de la relación en un régimen de Propiedad Horizontal; es decir, que irían destinados a ser propiedades independientes las unas de las otras, aunque relacionadas a través de su participación en los elementos comunes. Es decir, la única comunidad que podría haber existido entre las partes, una vez construido el edificio, sería la recayente sobre los elementos comunes, entre los que no cabría incluir los pisos o locales que *ab initio* y, conforme entendía este artículo, podían ser atribuidos al cedente del suelo. El único de los elementos existentes en ese momento y que, en el futuro, sería común, era el suelo, y ya hemos visto como el precepto contemplaba los supuestos en los que estaba atribuido íntegramente al cesionario-constructor.

Lo cierto es que el precepto acertaba al calificar la comunidad de especial, porque, aun desde la perspectiva que admite la transmisión de la propiedad de los pisos futuros, resultaba difícil imaginarla. Se podría pensar que se trataba de una comunidad recayente sobre el conjunto de la finca, en la que un cotitular tendría atribuidos unos determinados pisos futuros y, el otro el suelo y el resto del edificio futuro. Esta comunidad más que especial, era extraña

(19) En este mismo sentido, SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 87. También ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 104: *el criterio de que se parte en este estudio consiste en desechar la solución simple de que la comunidad surge inmediatamente sobre el terreno objeto de la cesión*. GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «Derecho Inmobiliario Registral», Tomo V, *Urbanismo y Registro*, edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 464: *Dicha comunidad no es en pro indiviso sobre el solar, pues éste se cede en su totalidad al cesionario, pero sí es una comunidad especial...*

(20) Otra cosa es que esos elementos independientes **debieran** ir anudados a la cuota correspondiente del suelo si **fuieran a** estar constituidos en Propiedad Horizontal. A esta cuota, desde luego, tampoco se iba a extender la hipoteca que **pudiera haber** constituido el cesionario.

y hubiera resultado muy difícil articularla. Este precepto parecía entender que, al recaer dos titularidades jurídico-reales sobre una misma finca (la una sobre determinados pisos futuros, y la otra sobre el solar y otra parte del edificio) podía hablarse de una situación de comunidad. Sin embargo, la concurrencia de dos titularidades jurídico-reales sobre la finca no debe llevarnos necesariamente a hablar de situación de comunidad en sentido estricto: no se da tal situación de comunidad entre el titular de un derecho real limitado sobre una finca y su propietario; tampoco cuando hay un *ius ad rem* puede hablarse de situación de comunidad entre el propietario y el titular de ese *ius ad rem*. Este precepto hablaba de comunidad porque entendía que las dos titularidades jurídico-reales, que podían recaer sobre la finca tras el contrato de cesión, eran sendos derechos de propiedad. Lo que, como hemos visto, no es conforme a Derecho.

Debe quedar claro que esta *comunidad especial* a la que aludía el artículo 13 del Reglamento Hipotecario no encaja en el concepto típico de comunidad que recoge nuestro Ordenamiento jurídico privado (21).

De las escasas opiniones vertidas a propósito de esta cuestión, cabe resaltar que hay acuerdo en evidenciar la diferente cualidad de la titularidad de una y otra parte de la relación. Así, GARCÍA GARCÍA y SERRANO CHAMORRO, al referirse a esta comunidad, dicen: *Estas dos titularidades son las que forman*

(21) Esta comunidad especial del artículo 13 del Reglamento Hipotecario no respondía a la comunidad contemplada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, conforme a la cual, la única titularidad del derecho de propiedad que recae sobre una cosa está atribuida a varias personas. En este supuesto, aunque había una sola finca, no cabía hablar de una única titularidad sobre un solo objeto: uno de los sujetos hubiera sido titular del derecho de propiedad sobre el suelo y, el otro, de un derecho de propiedad sobre una parte del edificio futuro. No había un solo objeto, sino dos: por un lado, el suelo y parte del edificio futuro, y, por otro, parte del edificio futuro. Es decir, los sujetos que hubieran tenido alguna titularidad sobre la finca la hubieran tenido sobre objetos diferentes, no existiendo entre ellos ninguna parte de la finca en comunidad. El supuesto del artículo 13 del Reglamento Hipotecario **estaría contemplando** dos titularidades y no una sola atribuida a varias personas.

En el artículo 398.4 del Código Civil se contempla un supuesto de comunidad que ha merecido muy escasa atención por parte de la doctrina y que, acaso, habría podido servir para incardinar esta comunidad especial del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, si la misma, como afirman estos autores, fuera viable jurídicamente. Sin embargo, pese a que se reconoce en el artículo 398.4 del Código Civil que puede haber una comunidad en la que parte de la cosa esté atribuida privativamente a uno de los comuneros, el supuesto de hecho contempla el que alguna de las partes de la finca sea común. En la comunidad especial del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, si fuera posible tal y como parecen admitir estos autores, no parece que hubiera ninguna de las partes de la finca en comunidad porque se aludía a que los elementos comunes correspondían en el futuro al cedente del solar (es decir, que en ese momento en el que existe la *comunidad especial* no hay partes de la finca en común). Y el suelo, que habría podido ser el elemento común, estaba atribuido privativamente en su totalidad al cesionario-constructor, según el tenor literal del precepto anulado.

la comunidad especial a que se refiere el artículo 13 RH, y tan especial, pues son titularidades de distinta naturaleza: una actual, sobre el solar; y la otra sobre objeto futuro. Pero ambas tienen un carácter real, bien sea a través de la propiedad o del *ius ad rem* (22).

Por su parte, ARNÁIZ EGUREN también hace referencia a la diferente naturaleza de una y otra titularidad, diciendo que *habrá que apreciar sobre el solar una titularidad interina, la del cesionario, que se somete a determinadas limitaciones, y, además, una titularidad de pendencia atribuida al cedente que origina desde luego una situación de cotitularidad cuyo ejercicio se condiciona a la edificación o, al menos, a la constitución del régimen de propiedad horizontal* (23).

Además de resaltar esa circunstancia, este autor iba más allá que los otros aventurando que esta comunidad **podía** calificarse como una situación de Propiedad Horizontal. Este autor entiende que esta comunidad *participa de las notas definidoras del régimen al que tiende, es decir, el carácter funcional e indivisible de la propiedad horizontal* (24). No obstante, creo que, pese a ser cierto que lo normal hubiera sido que esa situación de cesión de solar —de ser posible— condujera a una situación de Propiedad Horizontal, esto no debería haber llevado a entender que la situación previa a la consolidación definitiva de la finca reunía los elementos típicos para haber entendido concurrente tal Propiedad Horizontal. Es cierto que, en otros lugares, he sostenido la aplicación del régimen de la Ley de Propiedad Horizontal a situaciones que encajarían a duras penas en la estructura típica de la misma descrita en el artículo 396 del Código Civil (25), sin embargo creo que en este caso —de ser posible, insisto— hubiera faltado uno de los elementos fundamentales para poderla entender concurrente: ninguno de los componentes de la finca, susceptibles de ser objeto de titularidades jurídico-reales, pertenecería

(22) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «Derecho Inmobiliario Registral», Tomo V, *Urbanismo y Registro*, edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 464; SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 87.

(23) ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 105.

(24) ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 105.

(25) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 270 y sigs., referidas a la estructura jurídica de la relación en el período previo a la construcción cuando los derechos de sobre y de subedificación forman desde el principio una comunidad sobre el suelo.

en común a quienes detentarían derechos de propiedad privativos sobre diferentes partes de la finca. No hubiera existido ningún elemento en común entre los titulares de derechos de propiedad sobre diferentes partes de la finca.

Desde la perspectiva de estos autores que entendían viable la posibilidad de articulación de la cesión de suelo por edificación contemplada en la parte anulada del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, lo único que cabría concluir es que dicho precepto no se estaba refiriendo a una situación de comunidad en sentido estricto; sino que había utilizado este término impropriamente para significar la especial situación en la que quedaba la finca objeto de un contrato de cesión de solar por edificación futura en el momento anterior a la construcción, es decir, antes de la atribución definitiva de los pisos o locales independientes que constituían la contraprestación por la cesión del suelo. Se pretendía —por el precepto anulado— reconocer al cedente la propiedad de los pisos futuros desde el primer momento; eso sí, separada —hasta que se realizara la construcción y se le transmitiera su correspondiente cuota en los elementos comunes— de la propiedad del suelo que correspondía por entero al cesionario-constructor. Y para designar la situación en la que quedaba la finca, se aludía a una situación de *comunidad especial*. La utilización del término *especial* evidencia que no se trataba de una comunidad *estricto sensu*.

Es más, en mi opinión, ni aun desde la perspectiva errónea que admitía, a la vista del precepto, la posibilidad de transmisión de los pisos antes de que existieran, no cabría tal situación de comunidad, sino que, como mucho, se estaría aludiendo a una situación especial, caracterizada porque en su momento recaerían dos derechos de propiedad sobre diferentes partes de la finca, sin que existiera ningún elemento en común, y, por lo tanto, sin que existiera comunidad.

Un argumento clave para apoyar que no se estaba contemplando una verdadera situación de comunidad y que ese término sólo se usaba para designar la especial situación en la que quedaba la finca, es que el cesionario del suelo es el único que otorgaba la escritura de constitución del régimen de Propiedad Horizontal; si se hubiera tratado de una comunidad, necesariamente debería haberse previsto la concurrencia de los dos, y ello aunque los pisos o locales que en dicha escritura se hubieran atribuido al cedente del solar hubieran coincidido exactamente con los pactados en el contrato de cambio de solar por edificación futura.

b.2. Era una disociación del dominio contraria a los artículos 350 y 358 del Código Civil

Lo único que hace este precepto, en mi opinión, era reconocer que la cesión de solar por edificación futura como relación meramente obligacional

podía tener, desde el primer momento, efectos traslativos del dominio de la parte de edificio futuro que constituía el precio de la cesión. Este contrato, conforme prevenía este precepto en sus párrafos anulados, tendría virtualidad para transmitir la propiedad del solar al constructor y para transmitir la propiedad de los pisos futuros al cedente del solar.

Se pretendía, así, superar los inconvenientes de la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura para quien cede el solar, reconociendo a este sujeto la propiedad de los pisos desde el primer momento; es decir, habría tradición desde el primer momento, y ello aunque los pisos no existieran.

Debe quedar claro que, en este precepto, se estaba reconociendo al cedente del solar un derecho de propiedad sobre los pisos futuros desde el momento en que se constituía la relación; de lo contrario no hubiera hablado de comunidad. Con lo que, en principio, había que admitir que el poder que, sobre los pisos futuros, parecía reconocer este precepto al cedente del solar es el que otorga la titularidad de un derecho de propiedad sobre los mismos. Pero también hay que tener bien presente que la titularidad separada e independiente sobre los diferentes pisos o locales no era objeto de inscripción a favor del cedente hasta que no se inscribía la constitución del régimen de Propiedad Horizontal: la situación denominada de *comunidad especial* se mantenía hasta el momento en el que se constituía el régimen de Propiedad Horizontal.

Teniendo en cuenta que el supuesto de hecho al que se referían los párrafos 1 a 3 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario no podía tratarse, pese a que así se la denominara, de una comunidad, cabe preguntarnos cuál era la situación que se estaba contemplando en dicho precepto.

Hay que tener muy presente que, entre los elementos comunes que hubieran correspondido —en el futuro— al *tradens* del solar, había que entender que el precepto incluía el suelo, de manera que, resulta evidente que no se estaba contemplando la cesión parcial de suelo por obra futura a la que hacía referencia más arriba; y también es evidente que toda la propiedad del suelo correspondía al *accipiens*-constructor. Esta transmisión futura de la cuota de suelo correspondiente a la parte de edificio que conformaba la contraprestación contemplada por este precepto revelaba un aspecto interesante de la cuestión: se estaba contemplando una transmisión de la propiedad de los pisos independiente de la transmisión de la propiedad del suelo. Es decir, si, desde el primer momento, se reconocía la transmisión de los pisos y no la del suelo —en manos del *accipiens*-constructor— se estaba contemplando la enajenación de aquéllos separadamente de la propiedad del suelo.

Podría pensarse que no es que se contemplara una transmisión de la propiedad de los pisos aún no construidos, sino que la misma se entendía diferida al momento de su construcción. Sin embargo, las referencias a la transmisión *actual* de los pisos o locales, o a la *comunidad especial* entre cedente y cesio-

nario, nos confirman que se estaba aludiendo a una transmisión de la propiedad de los pisos previa a su construcción, es decir, previa a su existencia.

Al margen de que esto, conforme ha dicho la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, no es viable porque contraviene el sistema de adquisición del dominio que el Código Civil establece en el artículo 609, lo que más me sorprende —por la perspectiva jurídico-real que he adoptado para estudiar la construcción en finca ajena con el fin de obtener la propiedad de todo o parte de lo **construido**— es la posibilidad de enajenación de los pisos separadamente de la propiedad del suelo. Es decir, mientras no se consolidaba definitivamente la estructura jurídica de la finca ya construida —normalmente a través de un régimen de Propiedad Horizontal—, concurrían en la finca: un derecho de propiedad sobre los pisos futuros que constituyen el precio por la cesión y, además, un derecho de propiedad sobre el suelo y el resto del edificio futuro; derechos de propiedad absolutamente independientes el uno del otro, puesto que, en ese preciso momento, no había ninguna de las partes de la finca en comunidad. Nos encontrábamos claramente ante una situación de disociación de la propiedad inmobiliaria: sobre una misma finca que conservaba su unidad se hacían concurrir dos derechos de propiedad absolutamente independientes el uno del otro. ¿Era esta situación viable conforme a normas sustantivas de rango legal?

La disociación de la propiedad del suelo y de, todo o parte, de lo que se encuentra encima o debajo del mismo, implica una derogación de lo dispuesto, *con carácter imperativo*, en los artículos 350 y 358 del Código Civil, y sólo cabe encauzarse en nuestro Ordenamiento, además de por los mecanismos contemplados en el artículo 350, mediante la constitución de un derecho de superficie. Y no creo, sinceramente, que este precepto haya querido contemplar tal situación. No cabe, conforme a nuestro Derecho, una enajenación de los pisos futuros separadamente de la propiedad del suelo sin constituir un derecho de superficie. Sin embargo, no creo que se pretendiera contemplar, en los párrafos 1 a 3 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, una articulación de la cesión de solar por edificación futura a través de un derecho de superficie (26).

(26) En principio, el titular de un derecho real de superficie o se convierte en titular de un derecho de propiedad superficiaria hasta que no existe la construcción, es decir, hasta que no se ha ejercitado el derecho. De manera que no cabría hablar hasta el momento de la construcción, ni de propiedad sobre el edificio futuro, ni, por supuesto, de la existencia de una comunidad. Y el artículo 13 del Reglamento Hipotecario está hablando de una comunidad especial que existe antes de la construcción. Por otra parte, tampoco tras la construcción cabría hablar de comunidad especial, ya que el derecho de superficie genera una disociación de la propiedad inmobiliaria disgregada y absoluta, no existiendo comunidad entre el propietario y el superficiario. De todo esto cabe deducir que, en modo alguno, se ha pretendido, ni se ha contemplado, la estructuración de la cesión de solar por obra futura a través de una relación superficiaria entre el cedente-propietario de los pisos y el cesionario-constructor del edificio.

No obstante, lo que es indudable es que la situación que contemplaba este precepto era de disociación, siquiera transitoria, de la propiedad inmobiliaria; sin embargo, no es la situación de disociación que se produce tras la constitución y ejercicio de un derecho de superficie.

Podría argumentarse en contra de la opinión de que se estaba contemplando una disociación absoluta y disgregada de la propiedad inmobiliaria, que no se trataba de una enajenación con intención de que se mantuvieran definitivamente separados la propiedad del suelo y la de los pisos, si no sólo de adelantar la transmisión de uno de los dos componentes de la enajenación completa. En mi opinión, esto no cambia las cosas.

Entiendo que este artículo estaba contemplando la posibilidad de que la cesión de solar por obra futura en el momento anterior a la construcción se estructurara como una disociación de la propiedad inmobiliaria, sin percatarse de que las posibilidades de que en nuestro Ordenamiento jurídico se produzcan disociaciones de ese tipo, son muy limitadas.

En mi opinión y conforme a lo dicho, la articulación jurídica de la cesión de solar por edificación futura que se contemplaba en los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario contradecía normas de rango superior y, por lo tanto, no era viable jurídicamente. Esas normas eran, precisamente, los artículos 350 y 358 del Código Civil y todo lo que de dichos preceptos y de su carácter imperativo se deriva (27). Resumidamente y sin extendernos ahora en este punto, conviene decir que estos preceptos determinan que la propiedad del suelo lo sea de todo lo que se encuentra encima y debajo del mismo. Por supuesto, hay excepciones al principio de concentración de las titularidades sobre diferentes partes de la finca en manos del propietario del suelo que se deriva de estos preceptos; sin embargo, debido al carácter imperativo de estas normas, la posibilidad de derogar lo previsto en ellas debe estar contemplada, para ser válida, en una norma de rango legal. Es decir, la propiedad de lo que se encuentra por encima o por debajo del suelo no puede pertenecer a un sujeto diferente al propietario del suelo, salvo que nos encontremos ante un supuesto

Por otra parte, hay que tener en cuenta que si se articulaba a través de un derecho de superficie, transcurrido el plazo de duración legalmente establecido para el derecho de superficie, el propietario del suelo —constructor— recobraría la propiedad plena de esos pisos. Por lo tanto, se estaría sometiendo al cedente del solar al riesgo de que el cesionario —constructor— le transmita, en su debido momento, la cuota correspondiente de suelo, ya que si no se produce dicha transmisión, transcurrido el plazo legal, el cedente del solar —propietario de los pisos ya construidos— los pierde.

Desde luego, no creo que se haya querido contemplar, ni que se haya contemplado de hecho, una articulación de la relación de cesión de solar por edificación futura a través del derecho real de superficie.

(27) Sobre esta cuestión, vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 31 y sigs.

autorizado por una norma de rango legal. Al margen de las posibilidades de derogación contempladas expresamente por el propio artículo 350 —la existencia de una servidumbre, lo que pueda derivarse de las Leyes de Aguas o Minas, o lo que pueda derivarse de la normativa urbanística— (28), el derecho de superficie es la única derogación de lo dispuesto en dicho precepto contemplada en una norma de rango legal.

De manera que, si se tiene en cuenta que el supuesto de hecho que se contemplaba en los párrafos 1 a 3 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, implicaba la atribución a titulares diferentes del suelo y de parte de lo que se encuentra encima o debajo del mismo, y que dicha derogación de lo dispuesto en el artículo 350 no estaba autorizada ni contemplada en ninguna norma de rango legal —puesto que se trataba de una norma reglamentaria y no era desarrollo ni de un supuesto de derecho de superficie, ni tampoco se incardinaba en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 350—, hay que concluir que: la articulación jurídica de la cesión de solar por edificación futura que contemplaban los párrafos 1 a 3 del Reglamento Hipotecario contravenía normas de rango legal. En consecuencia, no era viable jurídicamente.

2. *De haber sido viable, ¿se hubieran superado los problemas de la concepción tradicional?*

Demos un paso más. Vamos a dejar al margen los problemas que, a mi modo de ver, planteaba la articulación jurídica conforme a normas de rango legal, de la cesión de solar por edificación futura que contemplaba, para regular su inscripción registral, el artículo 13 del Reglamento Hipotecario en sus tres primeros párrafos. Supongamos que el supuesto de hecho que estaba contemplando era viable jurídicamente, ¿hubieran quedado solucionados los problemas que plantea la concepción tradicional de esta modalidad contractual?

Para responder a esta pregunta nos vamos a centrar en dos puntos que me parecen claves en este sentido: en primer lugar, si, a través de esta solución, se hubiera evitado la intervención del cesionario del suelo —constructor del edificio— en la recepción del precio —una parte de edificio— por el cedente del suelo; en segundo lugar, me centraré en la circunstancia de que la posibilidad de inscribir esa comunidad especial a la que se refiere el precepto pasaba necesariamente por haber pactado un plazo de construcción que no podía exceder de diez años.

(28) La expresión «Reglamentos de policía» debe interpretarse como referida a la normativa urbanística, según LÓPEZ FERNÁNDEZ, LUIS MIGUEL, «El subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pág. 1640 y nota núm. 16 al pie de esa misma página.

A) La intervención del cesionario-constructor en la entrega de los pisos al cedente del solar

El principal problema que, para el cedente del solar plantea la articulación tradicional de la cesión de solar por obra futura es que la entrega del precio se aplaza a un momento posterior y que esta obligación es meramente personal; por tanto, al ser titular de un derecho de crédito se ve sometido al riesgo de que la propiedad de la finca pase a manos de un tercero y no pueda serle entregado el precio pactado porque ese tercero no está obligado a entregar el precio, conforme establece el artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

Para solventar este problema, el artículo 13 del Reglamento Hipotecario contemplaba un supuesto en el que se reconoce al tradens del solar un poder directo sobre la parte de edificio que se ha pactado como contraprestación, de tal manera que, al margen de que la finca fuera transmitida a un tercero, él tendría la propiedad de esos pisos desde el momento en que se hubiera pactado la cesión.

Sin embargo, si bien se reconocía ese poder directo sobre los pisos o locales desde el primer momento, no ocurría así con respecto a la cuota de suelo que debe ir unida a la propiedad de esos pisos o locales independientes para que el derecho de propiedad sobre los pisos fuera perpetuo y definitivo (29).

La obligación de entrega de la cuota de suelo tendría carácter personal, por tanto, no era oponible a tercero, salvo que se hubiera establecido como condición resolutoria su incumplimiento en un determinado plazo de tiempo, o se hubiere garantizado su cumplimiento con un derecho real.

Como digo, la relación que parecía contemplar este precepto implicaba una transmisión de los pisos *ab initio*, pero no del suelo, ya que había que incluirlo entre los elementos comunes que *corresponderían* —en el futuro— al cedente del solar. Pero, ¿cómo se producía la transmisión de esa cuota del suelo al cedente del solar? El precepto se pronunciaba en los siguientes términos:

«Salvo que en el título de la 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.»

(29) La propiedad de los pisos separada del suelo no puede ser sino una disociación de la propiedad inmobiliaria articulable mediante un derecho de superficie, de modo que la duración de la propiedad superficiaria no podría ir más allá del tiempo fijado en el artículo 289 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

En realidad, se estaba suscitando, con respecto a la transmisión de la cuota de suelo, el mismo problema que se plantea en la concepción tradicional con respecto a la entrega de la propiedad de los pisos.

De modo que la concepción que se contemplaba en el artículo 13.1 a 3 del Reglamento Hipotecario no eliminaba absolutamente la intervención del cesionario del solar y constructor del edificio en la entrega del precio al cedente, ya que el cesionario debía entregar necesariamente la cuota de suelo correspondiente. Precisamente, esa entrega se formalizaría a través de la escritura de constitución de la finca en régimen de Propiedad Horizontal, que podía ser otorgada unilateralmente por el constructor-cesionario. Y ello pese a que se hablara de no ser necesario formalizar acta notarial de entrega, ¿para qué? si la constitución del régimen de Propiedad Horizontal cumplía esa función, y además, no sólo con respecto al suelo y otros posibles elementos comunes, sino también, con respecto a los pisos y locales independientes.

Por lo tanto, esa supuesta articulación de la cesión de solar por edificación futura no dejaba de producir problemas en el sentido de que el cesionario seguía teniendo que intervenir para entregar el precio al cedente del solar.

No obstante, conviene tener en cuenta que, una vez construido el edificio y constituido en régimen de Propiedad Horizontal, el constructor o, en su caso, los copropietarios del edificio, se podrían ver obligados a transmitir al cedente del suelo y propietario de una parte del edificio, la correspondiente cuota en el suelo y en el resto de los elementos comunes. Así ocurre, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 1990 (RAJ 6128), en la que se obliga a la copropiedad a asignar las correspondientes cuotas de participación en los elementos comunes a los propietarios de unos áticos a los que no se había vinculado dicha cuota, ni en el título constitutivo, ni en el derecho de **sobreedificación** cuyo ejercicio determina su existencia.

De seguir la doctrina acuñada en esta sentencia, la circunstancia de que el cesionario debiera intervenir en la transmisión de la cuota de suelo correspondiente a la parte de edificio pactada como contraprestación, no hubiera planteado mayores problemas, puesto que quien hubiere cedido el suelo al constructor, si era ya propietario de la parte de edificio pactada como contraprestación, hubiera tenido derecho a que se le entregara la cuota de suelo y del resto de elementos comunes que correspondían a dicha porción de edificio.

B) El plazo de construcción de diez años

Por otro lado, el artículo 13.1 a 3 del Reglamento Hipotecario parecía condicionar la posibilidad de articular la cesión de la forma que contemplaba a la circunstancia de que se hubiese fijado un plazo de construcción inferior

a diez años. De modo que en el caso de que no se fijara dicho plazo o el pactado fuera superior, el precepto parecía considerar que la única forma de articular la cesión era conforme al esquema tradicional, es decir, según lo dispuesto en los párrafos 4 y 5 del Reglamento Hipotecario; en este segundo caso, el Registro de la Propiedad no puede reflejar que el cedente del suelo es propietario de la parte de edificio futuro pactada como contraprestación, habiendo de aplicarse, para la inscripción, el régimen previsto en los párrafos cuarto o quinto. Es decir, que habiéndose pactado una transmisión inicial de los pisos futuros, si se establecía un plazo de construcción superior a diez años o no se fijaba ningún plazo, no era posible aplicar para la inscripción registral lo dispuesto en los párrafos uno a tres del precepto. Concretamente, no podía inscribirse al cedente del solar como partícipe de una comunidad especial; es decir, no se le podía inscribir como titular de un derecho de propiedad sobre unos pisos futuros ya determinados.

Sin embargo, entiendo que la existencia de esa llamada *comunidad especial*, es decir, la posibilidad de que al cedente le pueda ser reconocido un derecho de propiedad sobre los pisos futuros desde el primer momento, no puede establecerse en una norma de carácter reglamentario, ni tampoco una tal norma puede determinar que esos efectos jurídicos de la cesión de solar dependan de que se pacte un plazo máximo de construcción de diez años.

Dejando a un lado esta cuestión, hay que atender a que, en realidad, el artículo 13.1 del Reglamento Hipotecario parecía hacer depender la posibilidad de articular la cesión de solar a través de esa *comunidad especial*, de la circunstancia de que se hubiera fijado un plazo de construcción que no fuera superior a diez años.

La reflexión surge inmediatamente: ¿acaso no era la configuración como condición resolutoria explícita del incumplimiento del plazo de pago del precio —entrega de los pisos— una de las formas de solucionar los problemas que la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura generaba para el cedente del suelo? Entonces, ¿qué es lo que aportaba la articulación contemplada en este precepto frente a la relación tradicional? En mi opinión, no mucho. Es preciso tener en cuenta que el plazo establecido como condición resolutoria explícita que puede aparecer en el Registro en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria protege al cedente frente a la no entrega de los pisos que constituyen la contraprestación por la cesión, y, consecuentemente, frente a la no construcción de los mismos.

En la articulación jurídica de la relación que se contemplaba en los párrafos 1 a 3 del Reglamento Hipotecario, no era preciso proteger al cedente frente a la no entrega del precio, puesto que este sujeto hubiera tenido —de ser *viable*— el derecho de propiedad sobre la parte de construcción que constituía el precio, incluso antes de que se construyera el edificio. Por lo tanto, con la solución contemplada en este precepto se le protegía frente a la no

entrega del precio, pero otro flanco que quedaba abierto: ¿y si el constructor no realizaba la construcción? Ante esta situación se hacía necesario proteger al cedente del solar frente a la no construcción. ¿Cómo hacerlo? Pues de la misma manera que se le ampara cuando no se le reconoce ese poder directo sobre los pisos una vez construidos: fijando un plazo de construcción —el Reglamento optó por un plazo máximo de diez años—, cuyo incumplimiento, entiendo, se pretendía que operara como causa de resolución de la relación jurídica concertada.

De tal manera que, con la atribución al cedente de una titularidad jurídico-real sobre los pisos, una vez que ya se han construido, no se evitaba del todo el problema, ya que era necesario protegerle frente a la no construcción; para ello se recurrió al mismo expediente que sirve para ampararle cuando no se le reconoce esa relación directa sobre los pisos. El problema se volvía a plantear en términos similares, pero ya no en relación a la obligación de entrega de los pisos, sino en relación a la obligación de construir, la cual, por supuesto, era meramente personal. De tal manera que si el cesionario-constructor vendía el solar o se le embargaba, podía ocurrir, que el nuevo adquirente construyera, en cuyo caso, no había ningún problema porque el cedente del suelo sería propietario de la parte de edificio que se había pactado como precio por la cesión. Pero hay que tener en cuenta que la obligación de construir es meramente personal; el contrato de cesión, pese a provocar la transmisión de la propiedad de los pisos que constituían el precio desde el primer momento, es decir, antes de que se construyeran, no dejaba de ser una relación personal, de tal manera que el cedente del suelo sólo tenía un derecho de crédito a que se construyera en los términos pactados. Esto suponía que, en caso de que el cesionario-constructor se viera privado de la propiedad del suelo, el nuevo adquirente no estaba obligado ni a construir, ni a hacerlo en los términos en que se había pactado en el contrato de cesión. El derecho-obligación de construir sólo hubiera vinculado a las partes del contrato de cesión, no siendo oponible a terceros aunque apareciera en el Registro. De manera que el cedente del suelo no estaba protegido frente a la no construcción en el caso de que el cesionario del suelo hubiera perdido la propiedad del mismo.

Para poder oponer esta obligación de construir a un nuevo adquirente del solar sería necesario, según el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, establecer un plazo de construcción cuyo incumplimiento operara como condición resolutoria explícita para que se inscribiera en el Registro de la Propiedad —o bien garantizar su cumplimiento a través de un derecho *real*—; sólo en ese caso el cedente del solar resultaría protegido frente a la no construcción. Por ello, el artículo 13.1 del Reglamento Hipotecario establecía como presupuesto necesario para la posibilidad que contemplaba de articulación de la cesión de solar el plazo de diez años como máximo para poder realizar la construcción.

Pero también sabemos que, en tal caso, el cesionario-constructor iba a tener dificultades para encontrar financiación. La cesión de solar por obra futura que se contemplaba en el artículo 13.1 a 3 del Reglamento Hipotecario planteaba, por tanto, el mismo inconveniente que presenta la solución de incluir en el contrato como condición resolutoria el incumplimiento del plazo de entrega de los pisos: debido a la existencia de dicha condición, el constructor que necesita financiación no la va a encontrar fácilmente si sólo puede garantizar la devolución de la cantidad de dinero adelantada con una hipoteca sobre dicho solar, ya que la entidad financiadora se arriesga a que la obligación de devolución del préstamo quede sin cobertura hipotecaria. De modo que el problema que se ha hecho saltar por la ventana, ha entrado por la puerta, ya que no se puede proteger al cedente del solar a costa del interés del constructor en la relación; es decir, a costa de la relación misma.

SEGUNDA PARTE. LAS ALTERNATIVAS EXISTENTES EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS REALES AL CONTRATO DE CAMBIO DE SOLAR POR EDIFICACION FUTURA

PLANTEAMIENTO

Tras haber puesto de relieve los problemas que suscitan tanto la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura, como la modalidad del mismo contemplada en los anulados párrafos 1 a 3 del Reglamento Hipotecario, de lo que se trata ahora es de analizar si la necesidad económica que se atiende a través de dicho contrato puede encauzarse jurídicamente a través de alguna institución que se enmarque en el campo de los derechos reales.

La necesidad económica que se intenta articular jurídicamente es la siguiente: facilitar que una persona construya sobre un solar que no le pertenece y obtenga la propiedad de parte de lo construido, al mismo tiempo que el propietario del solar, como precio por permitir edificar, recibe en propiedad la otra parte del edificio realizado.

Por su parte, el derecho de superficie permite obtener la propiedad de lo construido en finca ajena. Puede pactarse, como precio por la concesión del derecho de superficie, la adquisición de una parte del edificio construido por el superficiario; esta modalidad de contraprestación la contempla expresamente el artículo 288.3 del TRLS de 1992 (30). De manera que, de entrada,

(30) En este sentido, vid. PRATS ALBENTOSA, L., en LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M., y MONTÉS PENADÉS, VICENTE L. (coords.), *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 600.

parece que este derecho real puede servir para cubrir la misma necesidad económica que atiende el contrato de cambio de solar por edificación futura.

El derecho real de sobre o de subedificación, por otro lado, permite a su titular construir en finca ajena y obtener la propiedad de lo construido, separadamente de la propiedad que el concedente del derecho conserva sobre la misma finca. Estos derechos pueden permitir al titular obtener la propiedad de todo lo construido, pero, atendiendo al objetivo de este trabajo, me voy a centrar en el estudio de los supuestos en que lo construido debe repartirse entre el titular del derecho —constructor— y el concedente del derecho (31). Por lo dicho, parece que, en principio, el derecho de sobre o de subedificación puede servir para cubrir la misma necesidad atendida por el contrato de cambio de solar por edificación futura.

Sin embargo, pretendo ir más allá y comprobar si estas posibilidades de articular la relación a través de instituciones jurídico-reales superan los problemas que plantea cualquiera de las modalidades contractuales de la cesión de suelo por pisos futuros; se trata de estudiar, en definitiva, si se articula jurídicamente la relación de manera satisfactoria para los intereses de las partes implicadas.

Hasta ahora, casi todas las propuestas hechas para solventar los problemas que suscita la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura —la modalidad que se contemplaba en los párrafos 1 a 3 del Reglamento Hipotecario se ordenaba a su superación— se enmarcan en el ámbito del Derecho de obligaciones, y, las soluciones no resultan enteramente satisfactorias, ni desde el punto de vista práctico, ni desde el punto de vista teórico, como se ha tenido ocasión de comprobar.

Sólo en muy escasas ocasiones, como he dicho en la introducción, se apunta al campo de los derechos reales como posible articulación jurídica de este tipo de relaciones (32). Se trata ahora de profundizar en esta línea y

(31) GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, JUAN, «Derechos de sobreedificación y subedificación», en *Conferencias sobre Derecho Foral*, Seminario de Derecho foral, curso 1975-1976, Facultad de Derecho de San Sebastián, editado por la Diputación Foral de Guipúzcoa, Zarauz, 1978, pág. 167, contempla esta posibilidad de contraprestación cuando se constituye un derecho de sobre o de subedificación.

(32) GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, CÉSAR, en «El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo», *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Tomo I, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, págs. 495 a 515. SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Pamplona, 2.^a edic., 1999, pág. 137, considera que el derecho de vuelo es una posibilidad de canalizar el contrato de cambio de solar por edificación futura cuando dice: *Al admitirse el derecho de vuelo sobre el edificio en cualquiera de sus fases, creo que es evidente su conexión y posibilidad de configurarse como modalidad de cambio de solar por edificación futura.*

calibrar en qué medida ciertos derechos reales, concretamente el derecho de superficie y los derechos de sobre o de subedificación, sirven para atender la necesidad de construir en finca ajena de manera que la propiedad del edificio se reparta entre el propietario y el constructor, y en qué medida estos derechos superan los problemas que suscita el contrato de cambio de solar por edificación futura.

En el planteamiento de este estudio se ha evidenciado ya cómo la doctrina, para solventar los problemas que plantea el contrato de cambio de solar por edificación futura, tiende a reconocer al cedente del suelo una relación directa sobre la cosa objeto del contrato, es decir, que pueda hacer efectivo su derecho de crédito directamente sobre la cosa, es decir, sobre la parte de edificio construido que, conforme al pacto, le corresponde. Por otra parte, el artículo 13.1 a 3 del Reglamento Hipotecario pretendió resolver el problema contemplando la posibilidad de que el contrato transmitiera *ab initio* la propiedad de los pisos futuros al cedente.

Lo que en este trabajo se propone precisamente es eso: una relación directa del propietario del solar sobre la parte de edificio construido que debe atribuírsele haciéndole titular de una relación **jurídico-real** sobre la finca. En efecto, la mejor manera de que el propietario del solar tenga acceso directo a la parte del edificio que le corresponde conforme al pacto, es otorgarle un derecho derivado de una situación jurídico-real que le permita hacer efectivo su derecho directamente sobre la cosa, con independencia de la suerte que corra el patrimonio del constructor.

Precisamente, esa es la solución que, a los problemas suscitados por la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por obra futura, parecía dar la modalidad que se contemplaba en el artículo 13.1 a 3 del Reglamento Hipotecario, según la cual, el cedente del solar podía adquirir la propiedad de los pisos antes de que se construyeran, es decir, en el momento en que se celebraba el contrato de cesión. No obstante, han quedado ya expuestos los problemas que suscita dicho supuesto.

Como ha podido observarse por lo dicho hasta aquí, todas las soluciones propuestas a los problemas suscitados por el contrato de cambio de solar por edificación futura, tanto doctrinal como legislativamente, se enmarcan en el ámbito del Derecho de obligaciones y pasan por entender que la titularidad jurídico-real que hay que atribuir al cedente del suelo —**para fortalecer su posición**— es un derecho de propiedad sobre la parte de edificio que le corresponde como contraprestación.

Sin embargo, en este trabajo la solución que se propone no se centra en analizar posibles soluciones dentro del ámbito de las relaciones obligacionales —**que** pasan necesariamente por analizar el problema de la transmisión de la propiedad de la obra futura al cedente del suelo—, sino que se supera ese marco para ofrecer la posibilidad de una articulación de la relación a través

de la concesión de un derecho real sobre la finca, lo que va a permitir que el cedente del suelo siga siendo propietario de todo o parte del suelo mientras se construye, sin que esto impida, al constructor que quiere explotar el solar, conseguir sus objetivos.

I. EL DERECHO DE SUPERFICIE. PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA

El derecho de superficie, como he dicho, permite obtener la propiedad de lo construido en finca ajena. Como precio por la concesión del derecho de superficie puede estipularse la adquisición de una parte del edificio construido por el superficiario (33). De manera que, de entrada, el derecho de superficie parece servir para cubrir la misma necesidad económica que el contrato de cambio de solar por edificación futura.

Esta figura ofrece una buena protección al originariamente **único** propietario de la finca y concedente del derecho, en la medida en que conserva su derecho de propiedad; su titularidad, por tanto, no se va a ver afectada por la suerte que corra el derecho real que el constructor tiene sobre la misma finca. Al mismo tiempo, el hecho de que el concedente del derecho reserve su derecho de propiedad sobre la finca no impide, al titular del derecho de superficie, obtener financiación para la realización de la obra, ya que puede hipotecar su derecho de superficie.

Además, este derecho real no presenta limitaciones desde el punto de vista objetivo, ya que puede constituirse sobre cualquier tipo de finca, con independencia de su configuración física, es decir, al margen de que se encuentre edificada o no.

A la vista de estas apreciaciones, el derecho de superficie se muestra, en principio, como figura jurídica apta para servir de alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura, y así lo ha entendido GARCÍA ARANGO (34).

Sin embargo, el derecho de superficie presenta un condicionante que hace esta figura poco atractiva desde el punto de vista práctico: el titular del de-

(33) En este sentido, vid. PRATS ALBENTOSA, L., en LÓPEZ Y LÓPEZ, ANGEL M., y MONTES PENADÉS, VICENTE L. (coords.), *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 600.

(34) GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, CÉSAR, en «El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable **registralmente** al cambio de suelo por vuelo», *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Tomo I, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, págs. 495 a 515. PRATS ALBENTOSA, L., en LÓPEZ Y LÓPEZ, ANGEL M., y MONTES PENADÉS, VICENTE L. (coords.), *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

recho obtiene un derecho de propiedad *temporal* sobre lo construido en finca ajena. La duración de la propiedad superficiaria no puede ser superior a setenta y cinco años, si el derecho lo conceden las entidades públicas, ni a noventa y nueve años, si la relación se concierta entre particulares. Sin duda, esta circunstancia sí es determinante de la escasa aplicación práctica del derecho de superficie. Pero aún se va más lejos en el agravamiento de la situación del titular del derecho de superficie, ya que, al caducar el derecho, este individuo va a perder lo construido en favor del propietario del suelo.

Esta caracterización del derecho de superficie que, desde luego, no es compartida unánimemente por la doctrina (35), hace que presente muy escaso interés, desde el punto de vista práctico. Sólo es interesante si el constructor pretendiera obtener una propiedad temporal sobre lo edificado; interés que, obviamente, no es muy frecuente en el mercado inmobiliario.

De todas formas, la limitación temporal del derecho de superficie no es suficiente argumento para inhabilitar a este derecho real como alternativa al contrato de cesión de solar por edificación futura. En efecto, si lo que se pretende es que, una parte concreta de la finca construida pertenezca en propiedad perpetua al concedente del derecho, y el resto del edificio se atribuya al titular del derecho de superficie, la cuestión de la temporalidad de la relación superficiaria no tiene que interferir, en principio, en la consecución de este objetivo. Lo normal es que el período de construcción no agote todo el plazo de duración máxima de la relación superficiaria, sino que lo normal es que se construya en un plazo de tiempo más o menos breve y que, tras la construcción, el titular del derecho de superficie transmita la propiedad de parte del edificio al concedente del derecho, y éste, a su vez, transmita a aquél la cuota de suelo que corresponde a la propiedad de la parte de edificio que

(35) Es preciso tener en cuenta que muchos autores admiten la existencia de un derecho de superficie perpetuo, sería el derecho de superficie urbano propio del ámbito civil y que se diferenciaría del regulado por la legislación urbanística. Vid. en este sentido: GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *El derecho de superficie*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1966, pág. 274; FUENTES LOJO, JUAN V., «Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación (Comentario a una importante decisión judicial)», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1967, págs. 590-591; NÚÑEZ-RUIZ, MIGUEL ANGEL, «Dictamen sobre el derecho de superficie, la división horizontal del dominio y otras figuras afines», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 29, 1972, pág. 113; CAMPOS PORRATA, ALBERTO, «El renacido derecho de superficie», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XVII, Madrid, 1972, en la pág. 248; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS/ LUNA SERRANO, AGUSTÍN, en *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos reales*, volumen segundo, *Derechos reales limitados Situaciones de cotitularidad*, 2.^a edición, Editorial J. M. Bosch editor, Barcelona, 1991, pág. 278; DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, «Duración del derecho de superficie urbano», en *Actualidad Civil*, 1996-2, págs. 445 y sigs.; CASTÁN TOBENAS, JOSÉ/GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, en *Derecho civil español, común y foral*. Tomo II, *Derecho de cosas*, volumen segundo, *Los derechos reales restringidos*, 15.^a, editorial Reus, Madrid, 1994, pág. 471.

el superficiario se reserva (36). Es decir, es como si se pactara una reversión parcial de lo edificado al dueño del suelo y, al mismo tiempo, una adquisición, por parte del superficiario de una cuota de suelo. Y, precisamente, en la posibilidad de pactar esa reversión parcial de lo edificado al dueño del suelo es en lo que se apoya GARCÍA ARANGO para proponer el derecho de superficie como alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura.

Sin embargo, si bien esta posibilidad es viable, plantea, a mi modo de ver, muchos problemas, en la medida en que, una vez construido el edificio por el superficiario, será necesario que éste transmita la propiedad de una parte del mismo —la que se hubiera pactado como **precio**— al propietario del suelo, con todos los problemas que ello conlleva; además, el propietario del suelo deberá transmitir la propiedad de una cuota del suelo al superficiario.

Nos enfrentamos con el problema de la naturaleza jurídica del precio, es decir, si la obligación de pagar el precio —**entregar parte del edificio**— es una obligación *propter rem* o meramente obligacional; en definitiva, si el precio pactado por la concesión del derecho de superficie puede afectar a terceros o no. Si es *propter rem* no hay ningún problema porque el propietario del suelo podrá exigir la entrega del precio —la parte de edificio pactada como **contraprestación**— a cualquier titular del derecho de superficie, aunque éste se haya transmitido. Por otra parte, el constructor, titular del derecho de superficie, podrá exigir la entrega de la cuota de suelo de cualquier propietario del suelo —ya sea el que le concedió el derecho o un tercer adquirente.

Si se trata de una obligación meramente personal, los sucesivos adquirentes del derecho de superficie no tienen obligación de entregar la parte de edificio pactada como contraprestación, salvo que se haya asegurado su cumplimiento mediante una condición resolutoria o a través de algún tipo de garantía real. Todo ello en función de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria. Pero es que, además, el problema se plantea en los mismos términos en relación a la obligación a cargo del concedente del derecho de superficie de entregar una cuota del suelo a quien ha construido en virtud del derecho de superficie.

Para GUILARTE, ROCA SASTRE y DE LOS MOZOS la obligación de pagar el precio —se suelen referir a la obligación de pagar el canon o renta periódica—, no tiene carácter real (37). En efecto, el precio aplazado —en el caso

(36) Para que la propiedad sea perpetua es necesario tener una cuota de la propiedad del suelo. Vid. en este sentido, ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 224 y sigs.

(37) ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961, págs. 47 y 48: *el canon periódico sólo atribuye al dominus soli un derecho personal o de crédito, sin que implique una carga real propia*

del derecho de superficie el pago de precio normalmente es aplazado porque la construcción debe realizarse— no puede perjudicar a terceros tal y como se deriva de lo establecido en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, salvo que se garantice con una hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita.

Esto implica, que, si bien —en principio— el derecho de superficie puede servir para cumplir las mismas funciones que el contrato de cambio de solar por edificación futura, la articulación de la relación a través de este derecho real no presenta ninguna ventaja con respecto a la articulación contractual, ya que, en ambos casos, la garantía de la recepción del precio pactado por la cesión —entrega de la parte de edificio acordada como contraprestación— pasa por pactar una condición resolutoria para el caso de que, en determinado plazo, no se haya pagado el precio o una garantía de carácter real.

En mi opinión, ni la obligación de entregar parte de la obra realizada como precio por la concesión del derecho de superficie, ni la obligación de entregar una cuota del suelo son obligaciones derivadas de la relación jurídico-real superficiaria, puesto que no son propias de este derecho real, el cual faculta para construir en finca ajena en los términos señalados por los artículos 287 y siguientes del TRLS de 1992, y para adquirir la propiedad de lo construido; que el precio por la concesión del derecho consista en la entrega de parte del edificio construido y que, posteriormente, el concedente del derecho se obligue a enajenar una cuota del suelo queda fuera del ámbito jurídico-real de la relación. Habría que entender que, tanto una como otra obligación, tienen un carácter meramente obligacional: sólo vincularían y afectarían personalmente a los sujetos implicados directamente en la relación, con todo lo que ello implica.

De tal manera que si, por un embargo, el derecho de superficie del constructor pasa a manos de un tercero, el propietario del suelo corre el riesgo de quedarse sin cobrar la contraprestación —adquirir la propiedad de los pisos—. Aunque, en este caso, la situación en que quedara el propietario del suelo —concedente del derecho de superficie— no sería tan grave como la que concurre cuando, articulada la relación como contrato de cambio de solar por pisos futuros, el constructor pierde la propiedad del solar por un embargo.

de la pensión de los censos, ni menos una obligación ob rem. GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *El derecho de superficie*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1966, pág. 268: *la obligación de pagar el canon, aunque inscribible, no parece que tenga tal carácter real.* DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, editado por el Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974, pág. 333, también se pronuncia en el mismo sentido.

En contra parece pronunciarse, DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, pág. 368.

En el caso de que se trate de un derecho de superficie, el propietario del suelo nunca va a dejar de serlo, y además, aunque no reciba la obra construida cuando se convino, sí va a adquirir su propiedad cuando se extinga la relación superficiaria con el paso del tiempo.

Pero también el titular del derecho de superficie-constructor puede ver frustradas sus expectativas si la propiedad del suelo pasa a manos de un tercero —por ejemplo, por un embargo contra los bienes del concedente del derecho de superficie—. Si se tiene en cuenta que la obligación de entrega de una cuota del suelo al superficiario es meramente obligacional, ese nuevo adquirente no tendrá por qué cumplir esa obligación. De tal manera, que concurriendo estas circunstancias, el superficiario-constructor se ve expuesto al riesgo de perder lo invertido en la construcción, en beneficio del propietario del suelo, cuando transcurran los plazos legales de duración del derecho de superficie.

Desde luego, para los que entienden que la propiedad superficiaria puede llegar a tener una duración perpetua, es indudable que el derecho de superficie podría plantearse más seriamente como alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura. En este caso el superficiario-constructor no se ve sometido al riesgo de que no le transmitan la cuota de suelo —puesto que no deben transmitírsela para que su propiedad sea perpetua—, y por tanto, no se ve sometido al riesgo de que toda su inversión pase, tras la extinción del derecho, al propietario del suelo. Sin embargo, aún subsistiría otro problema, cual es el de la entrega por el superficiario de parte del edificio construido al concedente del derecho y propietario del suelo, entrega que plantearía los mismos problemas que la entrega de la propiedad de los pisos futuros suscita en el contrato de cambio de solar por edificación futura. Y ello porque, esta obligación, a mi modo de ver, habría que considerarla como meramente personal.

II. LA ALTERNATIVA VIABLE: LOS DERECHOS DE SOBRE Y DE SUBEDIFICACIÓN

En este apígrafe se va a analizar si los derechos de sobre y de subedificación sirven para cubrir la misma necesidad que el contrato de cambio de solar por edificación futura de manera satisfactoria.

1. *Breve referencia a la estructura de los derechos de sobre y de subedificación*

Los derechos de sobre y de subedificación permiten construir en finca ajena y obtener la propiedad de lo construido; la contraprestación por la

concesión del derecho puede consistir en una parte del edificio realizado por su titular, de modo que, en principio, parece que pueden servir estos derechos para atender la misma necesidad económica que se cubre a través del contrato de cambio de solar por edificación futura.

Es preciso tener en cuenta que sus efectos son, fundamentalmente, dos. En primer lugar, la constitución de una comunidad en el suelo de la que van a formar parte el propietario de la finca que concede el derecho de sobre o de subedificación y el titular del mismo (38). Por otro lado, el titular del derecho va a adquirir la propiedad perpetua de todo o parte de lo construido, al mismo tiempo que el concedente del derecho conserva su derecho de propiedad sobre otras partes de la finca, lo que va a originar una disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria, que, en la mayor parte de los casos, se va a traducir

(38) Los autores que han estudiado los derechos de sobre o de subedificación convienen en que uno de sus efectos es la formación de una comunidad en el suelo: GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *El derecho de superficie*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1966, pág. 183, para el cual: *el titular de un derecho de levante puede edificar sobre una construcción ya existente porque tan pronto surge su derecho se convierte en copropietario del suelo sobre el que se asienta aquélla*; FONT Boix, VICENTE, «El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *Revista de Derecho Notarial*, 1967, vol. 57-58, en la pág. 50 considera que la transmisión del vuelo a un tercero *debe ir unida siempre a la cesión presente o futura de una cuota parte de los elementos comunes del edificio en cuestión*, entre los cuales y en la pág. 51 destaca el solar; SOTO BISQUERT, ANTONIO, «El derecho de vuelo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, pág. 930: *puesto que se adquiere ya el espacio aéreo y, como luego veremos, una cuota parte en los elementos comunes, entre ellos, en el solar*. En la pág. 943 insiste en ello: *obliga a entender que el titular de este derecho adquiere con el mismo y desde el mismo momento la correspondiente cuota en los elementos comunes, y entre ellos el solar*, GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, JUAN, «Derechos de sobreedificación y subedificación», en *Conferencias sobre Derecho Foral*, Seminario de Derecho Foral, curso 1975-1976, Facultad de Derecho de San Sebastián, editado por la Diputación Foral de Guipúzcoa, Zarauz, 1978, pág. 153: *mediante su ejercicio, la facultad de adquirir en propiedad las nuevas plantas, con su cuota correspondiente en los elementos comunes del total edificio (suelo y vuelo)*; DOMENGUE AMER, BARTOLOMÉ, *El derecho de sobreedificación y subedificación*, editado por el Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983, pág. 129; BALLESTEROS ALONSO, MANUEL, «Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, págs. 2057, dice que el titular: *hace suyas las edificaciones resultantes. Y no sólo las edificaciones resultantes, sino, con ellas, una cuota de los elementos comunes que existirán entre esas nuevas construcciones y las preexistentes. Sin olvidar que entre esos elementos comunes está el solar de tal manera que la misma constitución del derecho de vuelo supone la preparación de la transmisión de una cuota del solar; y el ejercicio del derecho de vuelo supone la efectiva transmisión de tal cuota*; NAVARRO VIÑUALES, JOSÉ MARÍA, «El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana. Las disposiciones transitorias en la Ley de Censos catalana», en la colección *Cuadernos Notariales*, núm. 16, editado por la Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, págs. 18 y 19: *Lo cierto es que el ejercicio del derecho de vuelo ha de conllevar que el titular de la nueva planta o plantas también sea titular en la participación correspondiente del suelo*.

en la constitución de un régimen de Propiedad Horizontal (39). Hay que tener en cuenta que la posibilidad de adquisición por parte del titular del derecho de sobre o de subedificación de un derecho de propiedad perpetuo sobre parte o todo lo construido pasa necesariamente por la formación de una comunidad en el suelo de la que él sea parte, de tal modo que los dos efectos referidos son interdependientes (40).

Los derechos de sobre y de subedificación pueden configurarse de dos maneras diferentes: puede pactarse la transmisión al titular de una cuota del

(39) Vid. FONT BOIX, VICENTE, «El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *Revista de Derecho Notarial*, 1967, vol. 57-58, pág. 57: *Como hemos visto, pues, las relaciones entre el derecho de vuelo y la P.H. son íntimas; no se concibe el primero sino para terminar en la segunda*. Por su parte SOTO BISQUERT, ANTONIO, «El derecho de vuelo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, pág. 937, dice que: *La «regla de oro», pues, del derecho real de vuelo es que su creación desemboca en una situación de propiedad horizontal*; DOMENGUE AMER, BARTOLOMÉ, *El derecho de sobreedificación y subedificación*, editado por el Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983, pág. 128; RUANO BOTELLA, JUAN PABLO, «Comentario de la RDGRN de 5 de febrero de 1986 (RAJ 1006)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, mayo-junio de 1986, pág. 871. También la doctrina más reciente se pronuncia en este sentido: BALLESTEROS ALONSO, MANUEL, «Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, pág. 2057: *ese condominio al que el derecho de vuelo se encamina no es un condominio cualquiera, sino un régimen de propiedad horizontal*, ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, y ROCA SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario. Dinámica registral*, Tomo V, octava edición, edit. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 511: *verificada la construcción de las nuevas plantas surge una situación equiparable en este particular al régimen de propiedad horizontal*, FERNÁNDEZ DOMINGO, JESÚS I., «Controversias del derecho de sobreedificación», en *Revista de Derecho Patrimonial*, editorial Aranzadi, 1998, núm. 1, pág. 105; NAVARRO VÍNUALES, JOSÉ MARÍA, «El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana. Las disposiciones transitorias en la Ley de Censos catalana», en la colección *Cuadernos Notariales*, núm. 16, editado por la Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, lo admite también en las págs. 18 y 19; también cuando, al hilo de la disponibilidad del derecho por su titular, dice en la pág. 32 que, *ejercitado el vuelo (...) aparece la nueva planta o plantas, que son elementos privativos de la propiedad horizontal*.

(40) La posibilidad de que la propiedad adquirida por el titular de los derechos de sobre y de subedificación sea perpetua, está directamente ligada con la adquisición por él de una cuota de la propiedad del suelo. El derecho de superficie, en mi opinión, no puede tener una duración superior a la establecida por el artículo 289 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, porque la disociación de la propiedad que genera implica una derogación del principio de accesión inmobiliaria contenido en el artículo 358 del Código Civil. Al tratarse de la derogación de una norma imperativa, dicha derogación no puede ir más allá de donde permite la norma que lo autoriza: la Ley del Suelo. Por contra, los derechos de sobre y de subedificación, al formar una comunidad en el suelo de la que forman parte todos los titulares de derechos privativos sobre las diferentes partes del inmueble, no deroga lo establecido en los artículos 350 y 358 del Código Civil, no viéndose entonces limitado temporalmente. Sin embargo, no voy a profundizar en esta idea porque no es el lugar, vid. sobre esta cuestión, ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 208 y sigs.

suelo desde el **primer** momento, o, por el contrario, retrasar la transmisión de la cuota del suelo correspondiente al momento en que se ejercita el derecho. En el segundo caso, el titular del derecho lo es de un derecho real limitado en cosa ajena que le permitirá obtener la propiedad de lo edificado junto a una cuota del suelo en el momento en que ejercite el derecho; en el segundo caso, nos encontramos ante una especial relación de comunidad entre el concedente del derecho y quien es titular de dicha facultad de sobre o de subedificar, teniendo cada uno de ellos la propiedad de una cuota del suelo (41).

A la hora de analizar si este derecho sirve para que un sujeto construya en finca ajena de modo que la propiedad del edificio se reparta entre el titular del derecho y el originariamente único propietario del suelo, es preciso tener en cuenta dos de los elementos estructurales del mismo que pueden condicionar la posibilidad de usar el derecho de sobre o de subedificación para articular tal relación.

El primer elemento estructural al que me refiero es la posible existencia de un plazo para realizar la edificación, que, como se verá más adelante, puede perturbar las posibilidades del titular del derecho a la hora de obtener financiación para hacer la obra. No obstante, de esta cuestión me ocupo más adelante.

El segundo elemento relevante, en este orden de cosas, es el objetivo, ya que hay que tener en cuenta sobre qué tipo de fincas puede constituirse este derecho. Mayoritariamente, se considera que estos derechos se constituyen sobre o bajo fincas ya edificadas (42). No he de negar que, probablemente,

(41) A esta segunda situación podría intentarse la aplicación del régimen de la Propiedad Horizontal, pero ante los recelos que probablemente suscitará tal solución, puede entenderse concurrente el supuesto de hecho del artículo 398.4 del Código Civil. La regulación aplicable a la relación en uno y otro caso es sustancialmente coincidente; la única diferencia significativa es que, de entender aplicable el artículo 398.4 del Código Civil, podría enajenarse separadamente la cuota del suelo de la facultad de sobre o de subedificar; no obstante, la posibilidad de enajenar separadamente la propiedad del suelo y el derecho de sobre o de subedificar sólo supondría la posibilidad de concertar un derecho de superficie. Vid. sobre este particular, ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 270 y sigs.

(42) Entre los autores que niegan la posibilidad de que el derecho de sobre o de subedificación se pueda constituir sobre fincas no edificadas: DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de España, Madrid, 1959, pág. 36: *el derecho a que se refiere el número 2.º del artículo 16, sólo se ha concebido sobre edificaciones ya construidas o en construcción*; FONT Boix, VICENTE, «El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *Revista de Derecho Notarial*, 1967, vol. 57-58, pág. 55; SOTO BISQUERT, ANTONIO, «El derecho de vuelo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, pág. 933: *No cabe el derecho real de vuelo sobre finca no edificada*; DOMENGUE AMER, BARTOLOMÉ, *El derecho de sobreedificación y subedificación*, editado por el Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983, págs. 170-171.

al regularlos —en el art. 16.2 del Reglamento Hipotecario— se contempló únicamente dicha hipótesis (43). Si esto fuera así, las posibilidades de que esta figura fuera la alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura se limitarían a aquellos casos en los que el constructor pretende, sobre o bajo una edificación ya realizada, construir más plantas, y entregar, al concedente del derecho, parte de lo sobre o subedificado como precio por la concesión del derecho.

Sin embargo, he argumentado y defendido, en otro lugar, que los derechos de sobre y de subedificación se pueden constituir sobre fincas no edificadas, es decir, directamente sobre el suelo. Partiendo, por tanto, de la posibilidad de constituir un derecho de sobre o de subedificación sobre una finca no construida (44), considero perfectamente lícito plantear que este derecho real pueda servir como alternativa al contrato de cambio de solar por edificación. A continuación, paso a analizar las cuestiones que nos permitirán concluir en un sentido o en otro.

2. *¿Se superan, de este modo, los problemas suscitados por el contrato de cesión de solar por edificación futura?*

Ahora bien, aunque, de entrada, parece que los derechos de sobre y de subedificación son una alternativa al contrato de cesión de suelo por edificación futura, no nos podemos detener ahí. Es preciso ver si esa alternativa es viable, es decir, si presenta alguna ventaja sobre la articulación contractual de la relación, o si, por el contrario, presenta más inconvenientes que ésta. Para ello se hace preciso analizar los problemas que dicha modalidad contractual suscita para ver si los derechos de sobre o de subedificación también los plantean o los superan.

(43) Desde luego, los derechos de sobre y de subedificación, tal y como están configurados en las leyes 435 y siguientes del Fuero Nuevo de Navarra, sólo pueden constituirse sobre o bajo fincas edificadas.

(44) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 344 y sigs.

En favor de la posibilidad de que los derechos de sobre y de subedificación sí pueden constituirse sobre solares sin edificar, se han manifestado también: BALLESTEROS ALONSO, MANUEL, «Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, pág. 2073. También puede citarse como defensor de esta postura a SANAHUJA TOMÁS, JOSÉ, «En torno al vuelo de las fincas urbanas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972, pág. 833.

Por su parte, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de abril de 1988 (RAJ 3358) y la de 17 de julio de 1998 (BOE de 11 de agosto) contemplan supuestos que, en mi opinión y aunque no se califican expresamente así, pueden considerarse de constitución de derechos de sobreedificación directamente sobre solares no edificados.

A) La obligación de construir

Es obvio que, en las relaciones económicas de que vengo ocupándome, ambas partes tienen interés en que se construya. Esto ha llevado a los autores a analizar las conexiones existentes entre el contrato de cambio de solar por edificación futura y el arrendamiento de obra (45). Es importante garantizar de alguna manera que la construcción se va a realizar, ya que, difícilmente, el cedente del suelo va a cobrar el precio —parte de la edificación— si nadie está obligado a construir. Obviamente, ningún problema se planteará si el constructor, que es parte del contrato, realiza dicha edificación. Pero, ¿qué ocurre si este mismo constructor pierde la propiedad del solar, por ejemplo, como consecuencia de un embargo? ¿Puede, en tal caso, obligarse al adjudicatario del solar a realizar la edificación proyectada o a finalizar la que, acaso, estuviera ya comenzada?

Para responder esta cuestión, hay que atender a que el contrato de cambio de solar por edificación futura es una relación puramente obligacional de carácter personal. En su configuración tradicional, esta relación jurídica tiene acceso al Registro de la Propiedad en la medida en que implica un cambio en la titularidad del derecho de propiedad sobre el solar; otro tipo de indicaciones sin trascendencia jurídico-real no deben tener acceso al Registro de la Propiedad en base a lo dispuesto en el artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario. De tal manera que habrá que convenir en que las informaciones relativas a la contraprestación, al no tener naturaleza jurídico-real —puesto que únicamente está obligado a entregarla el adquirente del solar—, sólo van a tener acceso al Registro en los términos que indica —en consonancia con los arts. 10 y 11 de la Ley Hipotecaria— (46), el artículo 13.4 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual se expresará *de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción. No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria.*

(45) Sobre esta cuestión puede consultarse: ZURITA MARTÍN, ISABEL, «El contrato de aportación de solar», en *Cuadernos del Consejo del Poder Judicial*, núm. 51, Madrid, 1995, editados por el Consejo General del Poder Judicial, pág. 11 y sigs.; SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, págs. 61 y sigs., en la pág. 360 admite que en esta relación hay *impregnaciones del contrato de arrendamiento de obra*.

(46) El artículo 10 de la Ley Hipotecaria señala que en el Registro debe constar el precio, y el artículo 11 de esa misma Ley, establece que si es aplazado, como ocurre en el caso de los contratos de cambio de solar por edificación futura, no va surtir efecto dicho aplazamiento contra tercero, salvo que se garantice con hipoteca, o se dé, a la falta de pago, el carácter de condición resolutoria explícita.

Desde luego, lo que parece obvio es que, en una relación de carácter personal, la obligación de construir por parte del adquirente del solar accede al Registro de la Propiedad, aunque no es oponible a terceros, salvo que se garantice con hipoteca o se establezca que su incumplimiento determinará la resolución del contrato.

Lo que debe quedar claro es que, mediando una garantía hipotecaria o una condición resolutoria explícita, el cedente del solar no corre ningún riesgo en el caso de que no se cumpla la obligación de construir, estando —por tanto— sus intereses suficientemente protegidos. El problema se plantea cuando no se establecen tales garantías (47) y el cesionario del solar pierde la propiedad de la finca por cualquier circunstancia. En tal caso, si la relación se configura como meramente obligacional, la única solución que queda al cedente del suelo es interponer las acciones correspondientes en base al incumplimiento contractual en que ha incurrido el cesionario, no pudiendo esta acción afectar al inmueble en cuestión, puesto que ya no estará en el patrimonio del deudor.

Todos los problemas que en relación a la obligación de construir, suscita el contrato de cambio de solar por edificación futura, pueden superarse si la relación se configura a través de la concesión al constructor, no de la propiedad del solar, sino de un derecho de sobre o de subedificación. Vamos a analizar la cuestión diferenciando según se trate de un derecho real en cosa ajena o un derecho en el que se ha transmitido una cuota de suelo desde el primer momento.

a) Si se trata de un *ius in re aliena*

En tal caso, la obligación de construir forma parte del contenido del derecho real y sí va a acceder al Registro de la Propiedad, de tal manera que esa obligación de construir va a ser asumida por los sucesivos titulares del derecho de sobre o de subedificación. Es decir, que si el constructor titular del derecho de sobre o de subedificación pierde —por ejemplo, como consecuencia de un embargo— la titularidad del derecho de sobre o de subedificación, quien resulte adjudicatario del mismo va a asumir la obligación de construir en los mismos términos en que habían pactado el concedente del derecho y el ejecutado.

La obligación de construir en los derechos de sobre y de subedificación —al igual que ocurre en el derecho de superficie— forma parte del contenido del derecho real y es una obligación y un derecho de su titular. Podría con-

(47) Es preciso tener en cuenta que si el constructor precisa de financiación, lo habitual es que no se pacte una condición resolutoria explícita en esos términos, ni una garantía hipotecaria.

siderarse, dicha obligación, como una obligación *propter rem* (48), ya que no se trata —como en el caso del contrato de cambio de solar por edificación futura— de una obligación o derecho que ligue a las partes a través de un vínculo de carácter meramente personal, sino que nos encontramos ante una relación jurídico-real que se proyecta sobre la cosa misma, pudiendo, por tanto, hacerse valer directamente sobre la finca, y, consecuentemente, con eficacia frente a terceros. El titular del derecho tiene derecho y obligación de construir —eso sí, en los términos pactados con quien concedió el derecho— frente a cualquier propietario de la finca que adquiera la posición jurídica del concedente del derecho. Asimismo, este último puede exigir la realización de la construcción no sólo del individuo a quien concedió el derecho, sino también a cualquier otro sujeto que, con posterioridad, adquiera la titularidad del derecho de sobre o de subedificación (49).

Creo que la configuración de la relación a través de la concesión al constructor de un derecho de sobre o de subedificación ofrece suficientes garantías a quien es propietario de un solar vacío de que la construcción se va a realizar, es decir, de que va a poder adquirir la propiedad de la parte de edificio construido que conforme al pacto le corresponde; todo ello, sin duda, le predispone en favor de la operación inmobiliaria.

Ahora bien, al conservar el propietario del solar su titularidad sobre la finca, en el caso de que éste transmita la propiedad de la finca a un tercer sujeto, podría plantearse que, frente al tercer adquirente, el constructor —titular del derecho de sobre o de subedificación— queda en una posición complicada. Sin embargo, parece claro que su posición jurídica no va a variar en cuanto su derecho se puede ejercitar directamente sobre la cosa. Pese al cambio de propietario de la finca, el titular del derecho de sobre o de subedificación tiene derecho y obligación de realizar la construcción proyectada, y además, tiene derecho y obligación de realizarla en los términos pactados con quien a él le concedió el derecho. Por supuesto, nada impide pactar con el nuevo adquirente cualquier modificación al respecto, que, desde luego, podría tener acceso al Registro de la Propiedad al tratarse de una alteración de la relación jurídico-real; dicha modificación, por otra parte, no afectaría a los derechos reales —por ejemplo, la hipoteca que el constructor haya con-

(48) Vid. sobre este tipo de obligaciones: HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO, «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, págs. 850 y sigs.; DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, «La obligación real. Aproximación a su concepto», en *Libro Homenaje a Roca Sastre*, vol. 2, Madrid, 1976, págs. 331 y sigs.

(49) Aún puede irse más lejos en la protección del propietario de la finca que permite que un extraño edifique en ella a cambio de la propiedad de parte de la misma, ya que no es que pueda exigir la construcción frente a cualquier titular del derecho, sino que puede construir a costa de quien sea titular del derecho, si éste no lo hace. Aunque también es cierto que esta posibilidad plantearía muchos problemas.

certado con una entidad bancaria— que con anterioridad a dicha modificación se hayan establecido sobre la finca.

Por lo tanto, la configuración de la relación como derecho real permite garantizar al propietario del solar que quien adquiere ese derecho va a construir, de modo que quien ofrece el solar tendrá más segura la obtención la propiedad de la parte de edificio que conforme al pacto haya de atribuírsele.

Desde la perspectiva del constructor titular del derecho de sobre o de subedificación, el hecho de que el propietario del solar siga siéndolo no tiene por qué afectarle, ni tan siquiera cuando se produce una enajenación del solar, ya que puede ejercitar su derecho de construcción directamente sobre la cosa, al margen de que cambie su titular.

b) Si, *ab initio*, se transmite una cuota del suelo

No obstante, lo dicho hasta aquí es predicable de los derechos de sobre o de subedificación que se configuran como derechos reales en cosa ajena, es decir, en relación a los que no implican una transmisión de una cuota del suelo desde el primer momento; pero debemos plantearnos si cabe afirmar lo mismo cuando nos encontramos ante un derecho de propiedad *ab initio*, es decir, cuando se transmite, junto al derecho de sobre o de subedificación, la cuota correspondiente de suelo. ¿El derecho y la obligación de construir que asume el adquirente de una cuota del solar tiene también, *per se*, trascendencia jurídico-real?

Creo que la respuesta no puede ser sino afirmativa. El hecho de que esa facultad de construir vaya vinculada, desde el primer momento, a una cuota de la propiedad del suelo, no cambia las cosas.

En efecto, la facultad-obligación de construir que, en estos casos, se atribuye al cesionario de una cuota de suelo, va a acceder al Registro de la Propiedad, en la medida en que configura el contenido del derecho de propiedad que recae sobre esa finca: la facultad —que, en este caso, también es obligación— de construir es uno de los contenidos del derecho de propiedad, y, en este supuesto, está atribuida en exclusiva a uno de los comuneros de la finca. Sin duda, esta información configura el contenido del derecho de propiedad sobre la finca y debe acceder al Registro de la Propiedad, siendo, por tanto, eficaz frente a terceros.

En mi opinión, tanto en el caso de derecho real limitado en cosa ajena como en el caso de derecho de propiedad *ab initio*, lo importante es configurar la construcción, no sólo como un derecho o facultad del titular del derecho de sobre o de subedificación, sino también como una obligación con carácter jurídico-real, es decir, eficaz frente a cualquier sujeto. Es decir, debe remarcarse la doble vertiente de derecho y de deber que presenta la realización de la construcción. Por otro lado, nada nuevo estoy diciendo con ello, es obvio

que al igual que en el derecho de superficie (50), en los derechos de sobre y de subedificación el titular tiene la obligación de realizar la construcción. Lo que ocurre es que, si estos derechos se analizan como instrumentos jurídicos que permiten construir en finca ajena y obtener la propiedad perpetua de todo lo construido, se remarca que otorgan un *derecho de construcción* al titular de los mismos; si quien concede el derecho no tiene interés en quedarse con ninguna parte de lo que, en virtud de ese derecho, se debe construir, es normal que quede en un segundo plano o se ponga menos énfasis en la configuración de la construcción del edificio como *obligación*. Sin embargo, en la medida en que se analizan estos derechos como mecanismos que sirven para que el propietario de un solar adquiera parte del edificio que un tercero construye en él, habrá que resaltar convenientemente la otra vertiente: el propietario del solar que lo hace disponible para la edificación tiene derecho a que se construya en los términos pactados; es decir, la construcción es, además de un derecho, una *obligación* del titular del derecho de sobre o de subedificación (51).

Desde luego, ni que decir tiene que ese derecho-obligación de construir tiene trascendencia jurídico-real —con todo lo que ello implica— tanto si se configura la relación como derecho real en cosa ajena, como cuando se transmite, desde el primer momento, una cuota del suelo.

B) La posibilidad de obtener financiación y su relación con el plazo para realizar la construcción

En el contrato de cambio de solar por edificación futura, la fijación de un plazo dentro del cual el constructor debe realizar la construcción, resolviéndose la relación en caso de incumplimiento, es la mejor protección que se puede ofrecer al cedente del solar. Sin embargo, esta conformación plantea graves problemas para la viabilidad de la relación cuando el constructor necesita financiación para realizar la obra. En tal caso, las entidades bancarias no se arries-

(50) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo II, *Derecho de cosas*, volumen segundo, *Los derechos reales restringidos*, 15.^a edic. revisada y puesta al día por GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, edit. Reus, Madrid, 1994, págs. 474 a 476: se pone de relieve como la realización de la construcción es tanto un deber y un derecho del superficiario, como un derecho del concedente del derecho de superficie. En este mismo sentido, vid. ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil*, III, *Derecho de bienes*, volumen segundo, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1994, pág. 226.

(51) En este sentido, vid. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, JUAN, «Derechos de sobreedificación y subedificación», en *Conferencias sobre Derecho Foral*, Seminario de Derecho foral, curso 1975-1976, Facultad de Derecho de San Sebastián, editado por la Diputación Foral de Guipúzcoa, Zarauz, 1978, pág. 167.

gan a conceder préstamos si su devolución se garantiza con una hipoteca sobre la misma finca —**propiedad del constructor**—, en la medida en que el incumplimiento del plazo implica la resolución del derecho del hipotecante, y, consecuentemente, la extinción de la hipoteca; quedando —en caso de cumplirse la condición resolutoria— sin cobertura hipotecaria la obligación de devolución del préstamo, asumida por el constructor frente a la entidad bancaria.

Para suplir este inconveniente, lo que se suele hacer es posponer la condición resolutoria a la hipoteca que, en su caso, haya concertado el constructor-propietario del solar, lo que implica dejar al cedente tan desprotegido frente a esa ejecución hipotecaria como si el incumplimiento de dicho plazo no se estableciera como condición resolutoria explícita. **Únicamente** se le protege frente a posteriores embargos o hipotecas sobre el solar, pero no frente a la ejecución de la hipoteca que se antepone y que se constituye para financiar la construcción.

Cabe plantearse si la configuración de la relación como derecho de sobre o de subedificación plantea algún problema en este sentido, o si, por el contrario, permite superar los que, en este orden de cosas, suscita el contrato de cambio de solar por edificación futura.

A este respecto, hay que tomar en consideración dos ideas. En primer lugar, el plazo de construcción en el derecho de superficie. Y, en segundo lugar, la reforma operada en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, que exigía, para los derechos de sobre y de subedificación, la fijación de un plazo de construcción que no podía exceder de diez años; precepto —el art. 16.2.c)— que ha sido anulado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2000.

El plazo de construcción, en relación al derecho de superficie, lo traigo a colación porque creo que el tratamiento que se ha hecho del mismo ha informado el tratamiento de este mismo tema en relación a los derechos de sobre y de subedificación. En principio, se suele pensar que el derecho de superficie se extingue si no se edifica en el plazo pactado, que, según establece el artículo 16.1.c) del Reglamento Hipotecario, no puede exceder de cinco años. Sin embargo, argumenté en otro lugar que el artículo 289 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 —vigente en la actualidad— no podía entenderse en este sentido, y que la extinción del derecho por incumplimiento del plazo de edificación sólo se producía si las partes habían pactado expresamente esa consecuencia o si la normativa urbanística establecía como sanción a dicho incumplimiento la pérdida del derecho a edificar (52). Lo dis-

(52) Vid. sobre este particular, ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 141 y sigs.

puesto en el artículo 16.1.c) del Reglamento Hipotecario no puede contradecir lo dispuesto en una norma de rango superior, de modo que ese precepto no puede impedir la constitución de un derecho de superficie en el que no se fije dicho plazo para edificar o el fijado sea más amplio (53).

En cuanto a los derechos de sobre y de subedificación, pese a que no existe ninguna norma que disponga nada al respecto, los autores, por paralelismo con el derecho de superficie, contemplan una obligación de edificar en determinado plazo de tiempo que, incumplido, extinguiría el derecho. En general, los autores no contemplan la posibilidad de que exista un plazo ilimitado para el ejercicio del derecho, afirmándose la posibilidad de prescripción por no uso del derecho (54), o la necesidad de que las partes fijen un plazo de ejercicio (55).

El Tribunal Supremo no parece contemplar en sus pronunciamientos la existencia de ninguna limitación temporal para la duración de estos derechos (56), ni tampoco la Dirección General de Registros y del Notaria-

(53) En este mismo sentido, vid. CÁMARA AGUILA, M.^a DEL PILAR, «Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, pág. 2007.

(54) DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de España, Madrid, 1959, págs. 38-39. DOMENGUE AMER, BARTOLOMÉ, *El derecho de sobreedificación y subedificación*, editado por el Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983, también parece pronunciarse en favor de la posibilidad de extinción por no uso de estos derechos en las págs. 210 y 211. ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario, Dinámica registral*, Tomo V, octava edición, edit. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 513.

(55) Para BALLESTEROS ALONSO, MANUEL, «Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, págs. 2070: *el derecho de vuelo no ha de ser una excepción en nuestro ordenamiento y que por consiguiente debe constituirse sujeto a plazo: un plazo dentro del que debe ejercitarse terminándose la construcción*. Es decir, que, en su opinión, compartida por otros autores —GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO, «Plazo de edificación en el derecho de superficie, ¿qué ocurre con las obras nuevas declaradas, una vez transcurrido dicho plazo durante la vigencia del derecho de superficie inscrito? Diferencias con el derecho de vuelo», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, noviembre, año 1995, núm. 9, pág. 2186—, las partes deben fijar un plazo de ejercicio del derecho. También entiende necesaria la fijación de esos plazos, CÁMPOS PORRATA, ALBERTO, «El renacido derecho de superficie», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XVII, Madrid, 1972, pág. 261. FERNÁNDEZ DOMINGO, JESÚS I., «Controversias del derecho de sobreedificación», en *Revista de Derecho Patrimonial*, editorial Aranzadi, 1998, núm. 1, pág. 103, parece ver como solución al carácter indefinido del derecho el que las partes establezcan un plazo de duración.

(56) Así, por ejemplo, en la STS de 23 de febrero de 1993 (RAJ 1223) se trata de un derecho de sobreedificación que grava una parte de un edificio constituido, todo él en régimen de Propiedad Horizontal. Este derecho, constituido en 1961, se inscribe en el Registro en 1964. Se produce una transmisión de una de las viviendas en 1982, los

do (57). El Real Decreto 1867/1998, al modificar el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario estableció, en la letra c), que debía hacerse constar en la inscripción registral de este derecho el plazo para su ejercicio que no podía exceder de diez años; artículo este que ha sido anulado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2000, por entender, como no podía ser de otra manera, que una norma reglamentaria no puede limitar el ámbito que, a la autonomía de la voluntad, reconocen normas de rango superior (58).

De tal manera que lo dicho sobre el derecho de superficie es predicable de los derechos de sobre y de subedificación; pero también lo era en presencia del artículo 16.2.c) del Reglamento Hipotecario, que, en modo alguno, debía haber impedido el acceso al Registro de derechos de sobre o de subedificación en los que no se pactara plazo de edificación, o en los que el plazo fijado fuera superior a diez años.

adquirentes pretenden que la terraza de la planta baja sobre la que existía el derecho de sobreedificación era elemento común y que los copropietarios que habían hecho una edificación sobre la misma debían derribarla. Es decir, que, aunque en la sentencia no se dice cuándo se llevó a efecto la construcción en virtud del derecho de sobreedificación, lo cierto es que la sentencia es de 1993, con lo que, es perfectamente posible pensar que el ejercicio del derecho se hizo alrededor de esa fecha. Más aún, en la escritura que documenta la venta de la vivienda en 1982, se hace constar que la terraza norte se destinaba a la planta inferior, es decir, que en esa fecha aún existía la terraza como tal, de manera que aún no se había ejercitado el derecho. Es decir, que en 1982 todavía no se había ejercitado el derecho y, desde luego, en el proceso no se plantea su extinción.

(57) Por otra parte, la RDGRN de 16 de mayo de 1996 (RAJ 3939) contempla un supuesto en el que la titular de un derecho de sobreedificación sobre una planta baja de la que era dueña su madre, no consigue edificar —porque no obtiene licencia del Ayuntamiento— durante un largo período de tiempo. Al ver frustradas sus expectativas, su madre y ella otorgan escritura pública declarando extinguido el derecho; cuando se pretende inscribir esta escritura de extinción en el Registro se deniega la inscripción porque había un embargo sobre el derecho de sobreedificación y un mandamiento judicial para hacer constar otro embargo. La titular del derecho parece argumentar que no tiene sentido entender existente ese derecho en la medida en que ha pasado un largo período de tiempo sin poder ejercitarlo. Sin embargo, ni ésta ni otras razones expuestas por quien pretendía la inscripción de la extinción del derecho son atendidas por la Dirección General que confirma la nota del Registrador denegando la inscripción de la escritura de extinción de ese derecho.

Es decir, que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en este caso no contempla en modo alguno la posibilidad de extinción del derecho como consecuencia del transcurso de un período de tiempo sin ejercitarlo; aunque cierto es que el período transcurrido desde la escritura de constitución del derecho (1989) hasta la de extinción (1992) no es significativo. No obstante, tratándose de una cuestión de extinción del derecho podía haber hecho alguna referencia a esta cuestión.

(58) Conviene decir que la doctrina que se deriva de esta misma sentencia sería predicable del artículo 16.1.c) del Reglamento Hipotecario referido al derecho de superficie, en la medida en que este precepto contradice una norma de rango superior. El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 no establece la obligación de construir en determinado plazo de tiempo, ya que el artículo 289 no puede interpretarse en ese sentido.

Lo que quiero dejar claro es que en los derechos de sobre y de subedificación —al igual que en el derecho de *superficie*— no existe necesariamente un plazo en el que haya de realizarse la construcción; este plazo puede existir o no existir, y corresponde a las partes de la relación decidirlo. Por otra parte, el hecho de que se haya fijado dicho plazo, no significa que su incumplimiento implique necesariamente la extinción de la relación *jurídico-real*. Si así fuera, la configuración de la relación a través de estos derechos plantearía los mismos inconvenientes, en orden a que el constructor obtuviera financiación para la realización de la obra, que el contrato de cambio de solar por edificación futura cuando el incumplimiento del plazo se establece como condición resolutoria explícita.

Sin embargo, como digo, la extinción del derecho de sobre o de subedificación por incumplimiento del plazo sólo se produce —al igual que en el contrato de cambio de solar por edificación futura— si las partes lo pactan expresamente así, o cuando la normativa urbanística decreta como sanción a dicho incumplimiento la pérdida del derecho a edificar (59).

Que esto sea así, en relación a los derechos de sobre y de subedificación, supone una ventaja con respecto al contrato de cambio de solar por edificación futura, ya que, en este segundo caso, la protección al cedente del solar pasa, en la mayor parte de los casos, por establecer el incumplimiento del plazo para el pago del precio como condición resolutoria o por establecer un pacto de reserva de dominio, mientras que, en el primer caso, la protección dispensada al propietario del solar —*concedente* de los derechos de sobre o de subedificación— se encuentra al margen de dicha circunstancia. Por supuesto que pactar la extinción por incumplimiento del plazo de construcción en el caso de que la relación se configure como derecho de sobre o de subedificación ofrece un alto nivel de protección al propietario del solar, pero si no se establece así, este sujeto sigue teniendo un alto nivel de protección de sus intereses. Por ello, la configuración de la relación a través de un derecho de sobre o de subedificación es adecuada cuando el propietario del solar pretende una protección elevada y, al mismo tiempo, el constructor precisa de financiación para realizar la construcción.

Lo dicho es predicable tanto del derecho de sobre o de subedificación que se configura como derecho real en cosa ajena como del que se configura desde el primer momento como un derecho de propiedad por ir acompañado de la cesión de una cuota de suelo: en cualquiera de los dos casos, el titular

(59) Ahora bien, hay que tener bien presente que, en este segundo caso, la pérdida del derecho a edificar afecta a quien tenga la facultad de construir en ese momento, sea el propietario del solar, un superficiario o un titular de un derecho de sobre o de subedificación. Para conocer si la sanción administrativa que corresponde cuando no se edifica en plazo es la pérdida del derecho a edificar hay que atender a lo que se dispone en la normativa urbanística propia de cada Comunidad Autónoma.

del derecho de sobre o de subedificar va a poder hipotecar, bien su derecho real en cosa ajena, bien la cuota de propiedad que tiene en el solar vinculada al derecho de construir sobre el mismo. Además, en cualquiera de los dos casos, el plazo puede fijarse o no, y, si se fija, no tiene por qué determinar necesariamente la extinción de la relación.

C) ¿Cómo se opera la transmisión de la propiedad de los pisos al concedente del derecho?

Uno de los principales problemas que suscita la configuración tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura consiste en que, si no se establece el precio aplazado bajo condición resolutoria explícita —que es lo que suele ocurrir para que las empresas tengan acceso a **financiación**—, dicho precio no consta en el Registro, tal y como se desprende de los artículos 10 y 11 de la Ley Hipotecaria y del artículo 13 Reglamento Hipotecario; en consecuencia, no perjudica a terceros el hecho de que el propietario del solar se haya comprometido a entregar parte de lo construido sobre ese inmueble al cedente del suelo. La obligación del constructor de entregar una parte del edificio realizado a quien le transmitió el solar es de carácter personal, de tal manera que el cedente del solar —titular de un derecho de crédito— queda expuesto a no cobrar la contraprestación pactada si el constructor no le entrega los pisos, o si la finca ha pasado a manos de un tercero. Más arriba se han expuesto someramente las opiniones doctrinales que tendían a solventar este problema, así como la configuración de la relación conforme a los anulados párrafos 1 a 3 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, que no representaban sino un intento del legislador de superar el problema de la transmisión de la obra futura al cedente del suelo que suscita la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura.

Lo que ahora se plantea es si la articulación de la relación como derecho de sobre o de subedificación suscita, o no, este mismo problema. En este sentido cabría aventurar que, aunque la obligación de construir del titular del derecho de sobre o de subedificación sea eficaz frente a tercero y a que, en consecuencia, parece garantizarse al propietario del terreno, al menos, la realización de la construcción, siempre va a tener que mediar la entrega o *traditio* de la parte de edificio pactada al propietario del solar, con lo que podríamos concluir que el problema que, en este orden de cosas, suscita el contrato de cambio de solar por edificación futura, se plantea en los mismos términos cuando la relación se configura como derecho de sobre o de subedificación.

Sin embargo, la adquisición de la porción del edificio pactada por parte del propietario del solar —concedente del derecho— no se produce por la

traditio precedida del título que ha supuesto el acuerdo entre las partes, sino que se produce por *accesión*. El pacto inicial por el que el concedente y el concesionario de este derecho determinan que el edificio a realizar por el segundo va a corresponder a los dos en determinada proporción o medida, está regulando los efectos de la accesión para cuando se construya el edificio sobre el solar. En el momento en que la construcción se realiza, opera la accesión en la proporción señalada en el contrato constitutivo del derecho de sobre y de subedificación a favor de uno y de otro.

No obstante, conviene analizar por separado las dos posibilidades de configuración de los derechos de sobre y de subedificación, según se haya transmitido o no, antes de la construcción, una cuota del suelo.

a) Si se trata de un derecho real en cosa ajena

En el caso de que se trate de un derecho real en cosa ajena, es preciso tener en cuenta que su efecto consiste en que, al ejercitarse, produce *ipso iure* una disociación de la propiedad inmobiliaria que debe estar perfectamente determinada en el título constitutivo, y en su caso, inscrita en el Registro de la Propiedad.

El propietario del solar sigue siéndolo, pero cuando el titular del derecho real de sobre o de subedificación lo ejercita —es decir, construye—, el primero va a perder parte de la propiedad del solar en beneficio del segundo, y va a adquirir la parte de construcción a la que, conforme al pacto, tenía derecho y que corresponde a la cuota de suelo que se ha reservado. De manera que, desde el mismo momento en que se construye, lo construido accede, en la proporción pactada, a la cuota de suelo que el propietario del solar se ha reservado. Por supuesto, esta adquisición de parte del edificio en favor de quien era originariamente único propietario de la finca, se produce sin intervención del constructor-titular del derecho real, ya que se deriva del propio título de constitución del derecho, que viene a ser —como he dicho— una regulación de los efectos de la accesión inmobiliaria para cuando se construya sobre la finca.

En cuanto al titular del derecho de sobre o de subedificación podría plantearse que, en la medida en que el concedente del derecho reserva su derecho de propiedad sobre el suelo, todo el edificio construido se incorpora por accesión a la propiedad del suelo. Si esto fuera así, el titular del derecho de sobre o de subedificación que ha construido el edificio, se encontraría, tras la construcción, en una situación similar a la del cedente del suelo cuando la relación se configura como contrato de cambio de solar por edificación futura: debería esperar a que el propietario de la finca le entregara la parte de edificio que, conforme al pacto, le corresponde. De poco serviría, en tal caso,

la alternativa que aquí se está intentando proponer al mencionado contrato, ya que, para solventar el problema del propietario del solar, agravaríamos, en demasía, la posición del constructor; lo que sería acaso más injusto, si se tiene en cuenta que éste ha tenido que realizar toda la inversión que supone construir el edificio.

Sin embargo, no ocurren así las cosas, de manera que la configuración de la relación como derecho real puede presentar también en este sentido alguna ventaja en relación a la estructuración contractual de la relación.

El ejercicio del derecho de sobre o de subedificación tiene como principal efecto para su titular la adquisición de una determinada cuota de la propiedad del suelo —conforme a lo pactado—, al tiempo que se adquiere la propiedad de todo o parte de lo construido (60).

La adquisición de la parte de edificio que le corresponde no plantea ningún problema: dicha porción de construcción se incorpora por accesión a la cuota del suelo adquirida, sin necesidad, por tanto, de intervención de quien le concedió el derecho y, con él, la facultad y la obligación de construir en un solar que no le pertenecía.

Más problemática puede resultar la transmisión de la cuota de suelo, que va a determinar la adquisición por accesión en favor del titular del derecho de la parte de edificio correspondiente. Cabría plantear, en este sentido, la siguiente cuestión: ¿debe mediar *traditio* o entrega de esa cuota del suelo por parte del propietario de la finca y concedente del derecho al titular del derecho de sobre o de subedificación una vez que éste haya construido? Si así fuera, se plantearía el mismo problema que en el contrato de cambio de solar por edificación futura en relación a la transmisión de los pisos en favor del *tradens* del solar. Sin embargo, creo que las circunstancias que rodean la situación son diferentes cuando nos encontramos ante una relación jurídico-real.

La adquisición de la propiedad de una cuota del solar es un efecto del derecho real de sobre y de subedificación, y se produce automáticamente por su ejercicio. En este sentido, es preciso tener en cuenta que el titular del derecho de sobre o de subedificación adquiere desde el principio la posesión del solar, ya que, de lo contrario, no podría construir. De tal manera que se produce la tradición —hay entrega material—, cuando se procede a construir. La adquisición de una cuota de la propiedad del suelo se produce *ipso iure*,

(60) Tener en cuenta que aquí se está analizando únicamente el supuesto en el que se pretende la misma finalidad que con el contrato de cambio de solar por edificación futura, por eso digo que el titular del derecho adquiere una cuota del suelo y *una parte* del edificio. Pero ningún problema habría en admitir un derecho de sobre o de subedificación que permita al constructor adquirir todo lo construido, por ejemplo, cuando se constituye un derecho de subedificación y el propietario de la finca se reserva, junto a una cuota de la propiedad del suelo, la posibilidad de edificar en el suelo.

y, a medida que se va construyendo, lo edificado se incorpora a una u otra cuota de la propiedad del suelo conforme a lo pactado. En un primer momento, el constructor detenta la posesión de la cosa en cuanto titular de un derecho real, y cuando construye, es decir, cuando ejercita el derecho, se convierte en poseedor a título de dueño de la cuota de suelo correspondiente. La adquisición de la propiedad de una cuota de suelo se produce automáticamente por el ejercicio del derecho; la adquisición de dicha cuota de suelo se deriva del propio título constitutivo del derecho real.

b) Si, *ab initio*, se transmite una cuota del suelo

Puede ocurrir que el derecho de sobre o de subedificación se configure como un derecho de propiedad *ab initio*, porque desde el principio se transmite una cuota del suelo.

En este caso, la adquisición por una y otra parte de la relación de las porciones de edificio que les corresponden conforme a lo pactado, no presenta ningún problema, ya que, cada uno es propietario de una cuota del suelo; de modo que, a medida que se va realizando el edificio, las diferentes porciones del mismo se van incorporando por accesión a una u otra cuota del suelo, según lo convenido. Y esto es así, aunque el constructor —titular de la facultad de sobre o de subedificar a quien se le ha cedido la propiedad de una cuota de terreno—, se vea privado de dicha titularidad. El originariamente único propietario del solar va a adquirir por accesión la propiedad de los pisos que le correspondan conforme a lo pactado, y ello con independencia de que el edificio lo construya el primer titular o un segundo titular a quien se le haya enajenado (voluntaria o forzosamente) la cuota del solar con la facultad de construir.

En este caso, por tanto, la adquisición de la parte de edificio que corresponde a cada una de las partes no plantea ningún problema, ya que se va incorporando por accesión a la cuota de suelo correspondiente, según lo pactado.

3. *Otras ventajas de la articulación de la relación a través de los derechos de sobre y de subedificación*

Pero, al margen de las ventajas que presenta la estructuración de la relación a través de los derechos de sobre o de subedificación —en cualquiera de sus dos modalidades—, es preciso tomar en consideración que se aumentan, de este modo, las posibilidades del tráfico inmobiliario, lo cual, sin duda, puede ser siempre interesante.

Me explico: en el contrato de cambio de solar por edificación futura, únicamente una de las partes, el cesionario-constructor que es el propietario del solar, va a poder obtener crédito en función de dicha finca, o en su caso, enajenar el solar. Es más, tanto la posibilidad de hipotecar la finca para obtener crédito, como la posibilidad de enajenarla, pueden resultar gravemente perjudiciales para los intereses del cedente del solar.

Si, por el contrario, la relación se articula a través de un derecho de sobre o de subedificación en cualquiera de sus dos modalidades, las posibilidades de transmisión de la finca y de obtención de crédito se multiplican: cualquiera de las dos partes de la relación puede enajenar o hipotecar su derecho sobre la finca, ya sea derecho real limitado sobre cosa ajena o derecho de propiedad, y ello —quede claro— sin perjudicar los intereses de la otra parte.

En mi opinión, este es un argumento que merece también ser considerado en favor de la articulación jurídica de este tipo de relaciones a través de los derechos de sobre o de subedificación.

4. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1980, como un posible caso de la utilización de los derechos de sobre edificación para cumplir las funciones del contrato de cambio de solar por edificación futura*

Para acabar este estudio conviene analizar si ha habido alguna aplicación práctica de los derechos de sobre o de subedificación como medio para cumplir las funciones del contrato de cambio de solar por edificación futura. Para ello voy a aludir a la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1980 (RAJ 1233). Se analiza un supuesto en el que se pretende que un sujeto edifique sobre un solar debiendo entregar a su propietario una parte de dicho edificio que, finalmente, se constituiría en régimen de Propiedad Horizontal. Según se desprende del contenido de la sentencia, en el contrato no queda muy claro si se enajena el solar o el derecho de edificar sobre el mismo. El conflicto entre las partes se desata en relación a un sótano construido en el subsuelo, ya que el originariamente único propietario de la finca pretende que la propiedad de dicho sótano le sea atribuida.

En primera instancia se desestima la demanda. La sentencia de apelación revoca dicha sentencia estableciendo que se había enajenado única y exclusivamente el derecho a edificar sobre el vuelo y que, por lo tanto, la propiedad del sótano correspondía al actor —originariamente propietario del solar— previo abono de la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del Código Civil.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, revocando la sentencia de apelación y confirmando la de primera instancia.

La solución del conflicto depende que cómo se interprete el contrato celebrado por las partes: parece que en determinadas cláusulas se mencionaba el suelo y en otras el vuelo. La Audiencia tiene claro que se trata de un derecho de edificar sobre el vuelo; mientras el Tribunal Supremo parece interpretar que lo que se ha enajenado es el suelo; es decir, estaría admitiendo que se trata de un contrato de cambio de solar por edificación futura. Sin embargo, es el razonamiento que lleva al Tribunal Supremo a esta interpretación lo que me lleva a considerar como más acertada la interpretación realizada por la Audiencia. El TS se pronuncia en los siguientes términos:

«...el Juzgador de instancia al interpretar el contrato, en cuanto en el mismo se hace referencia a un edificio en propiedad horizontal, no puede desentenderse de todo aquello regulado, con ese carácter de derecho necesario de la Ley que gobierna dicha propiedad, a cuyos preceptos ha de atemperar, no ya todas y cada una de las cláusulas del contrato afectadas por la misma, sino incluso su propia finalidad, para que éste no resultase ineficaz o contrario a la que era voluntad de las partes, por lo que, resultando inseparable del edificio, no ya físicamente sino jurídicamente, el suelo sobre el que se construye, del que forma un elemento común por naturaleza, en cuya propiedad han de participar todos y cada uno de los que lo son de esa propiedad horizontal del edificio como copropietarios del mismo, forzoso es entender que lo cedido, enajenado, permutado o aportado por el actor, como no menos, lo adquirido por el demandado, lo era el suelo o terreno que siendo de la propiedad del referido actor pasó, en las condiciones que se especifican, a la del demandado para la construcción del edificio, que luego lo había de ser, en razón a aquella propiedad horizontal, en la que se dividía, a la copropiedad de los que constituyesen esa propiedad horizontal y consecuentemente, cuantas cláusulas, ya se hablase de vuelo o suelo, habían de entenderse, como si del suelo se tratase, y en este sentido, como norma hermenéutica aplicable, lo había de ser la del artículo 1.284 del Código Civil, conforme a la cual, si alguna cláusula admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto...»

Sin embargo, el Tribunal se equivoca al considerar que la transmisión del suelo al constructor era la única posibilidad de que el contrato tuviera plena eficacia. También podría haber sido plenamente eficaz la relación si se hubiera interpretado —como la Audiencia— que se transmitió un derecho de sobreedificación en cualquiera de sus dos modalidades. Y esto no hubiera implicado que el suelo no fuera elemento común del posterior régimen de

Propiedad Horizontal: si se hubiera entendido que era un derecho real en cosa ajena, la adquisición de la cuota del suelo por el constructor se hubiera producido con el ejercicio del derecho; también cabía haber interpretado que desde el primer momento se transmitía al constructor la cuota de suelo y no todo el solar.

Todo ello nos lleva a considerar que, al no ser necesario para la plena eficacia de la relación entender que medió una transmisión de todo el solar, es más probable que la interpretación adecuada del contrato fuera la que realizó la sentencia de la Audiencia: se transmitió un derecho de sobreedificar sobre un solar no construido.

En este caso, además, no queda ninguna duda, por el contenido del contrato, de que la finalidad que se perseguía y se consigue es la misma que suele articularse a través de un contrato de cambio de solar por edificación futura.

Ni que decir tiene que la calificación de la relación que realiza el Tribunal determina la solución del conflicto: la propiedad del sótano se atribuye al constructor. Sin embargo, creo que el Tribunal Supremo se equivoca. Es obvio que, para que el contrato pueda cumplir sus fines, hay que entender que al constructor se le transmite la cuota de suelo correspondiente a la porción de edificio que le corresponde, pero no tiene por qué entenderse lo mismo con el subsuelo que, si no se mencionó en el contrato, hay que entender que se lo reservó el propietario del solar. De tal manera que el sótano construido en el subsuelo, o bien debía haberse atribuido al originariamente único propietario del solar —como entiende la Audiencia—, o bien en comunidad a las dos partes de la relación en cuanto que, al no constar su atribución privativa, hay que entenderlo elemento común en el régimen de la Propiedad Horizontal.

CONCLUSION

Tras el estudio realizado creo que cabe concluir que los derechos de sobre o de subedificación representan, conforme al Derecho vigente, una alternativa sólida al contrato de cambio de solar por edificación futura.

Como he puesto de relieve, la mayor parte de las soluciones doctrinales y legislativas que se han propuesto para solventar los problemas suscitados por esta modalidad contractual se mueven dentro del ámbito del Derecho de obligaciones y han pasado por reconocer una titularidad jurídico-real al cedente del suelo, concretamente, pasan por otorgarle un derecho de propiedad sobre la porción de edificio futuro que se había pactado como contraprestación. Así ocurre, por ejemplo, en la modalidad de este contrato que se contemplaba en los anulados párrafos 1 a 3 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario.

Nuestra propuesta pasa por una articulación de la relación en base a titularidades jurídico-reales, más concretamente, de la atribución al constructor

que pretende explotar un solar ajeno de un derecho real que le faculta para construir y le permite adquirir determinada parte del edificio. El propietario del solar, por su parte, sigue siéndolo —**total o parcialmente**— hasta que se establece la necesaria comunidad sobre el suelo y, además, adquiere por accesión la parte de edificio construido que se pactó como contraprestación. La figura que permite esta articulación de la relación es el derecho de sobre o de subedificación, tanto si otorga un derecho real en cosa ajena, como si otorga un derecho de propiedad por haberse transmitido *ab initio* una cuota de la propiedad del suelo.

A través de esta figura se resuelven los problemas que puede suscitar el contrato de cambio de solar por edificación futura: el propietario del solar tiene mayores garantías de que se va a edificar ya que, en caso de que se embargaran los bienes del constructor y entre ellos el derecho de sobre o de subedificación, la obligación de construir —al tratarse de una obligación *propter rem* que forma parte del contenido del **derecho**— es oponible y eficaz frente a terceros.

Por otro lado, la protección que esta articulación de la relación ofrece al originariamente único propietario del solar, no se encuentra en función de que se fije un plazo de entrega del precio o un plazo de edificación, transcurrido el cual deba entenderse resuelta la relación. Hay que tener en cuenta que los derechos de sobre o de subedificación no requieren la fijación de un plazo de edificación, transcurrido el cual, se extinga la relación; si bien, no cabe duda, de que se puede establecer tal condición resolutoria. Al no ser necesario para proteger los intereses del propietario del solar la fijación de dicho plazo, se facilita la obtención de financiación por parte del constructor.

Por último, hemos de hacer referencia al que, acaso, sea el argumento más importante para realizar esta propuesta: el constructor no debe entregar al originariamente único propietario del suelo la parte de edificio que, conforme al pacto, le corresponde, para que éste adquiera la propiedad, sino que dicha adquisición se produce por accesión a la cuota de suelo que se ha reservado. Del mismo modo, el constructor adquiere la propiedad de la parte de edificio que le corresponde por accesión, no siendo necesaria la intervención del originariamente único propietario de la finca y concedente del derecho.

M.^a TERESA ALONSO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza