

Primer Congreso Internacional de Derecho Registral Buenos Aires, 1972

PONENCIA: La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción

PLANTEAMIENTO

1. El viejo problema de la seguridad jurídica, de importancia capital para la normal convivencia ciudadana, sigue plenamente vigente, no obstante los avances de la Ciencia del Derecho, como lo demuestra el propio Temario de este Congreso, al colocar como rúbrica de apertura de las ponencias y trabajos que en el mismo han de desarrollarse el tema de «La seguridad jurídica y la publicidad inmobiliaria».

Seguridad jurídica vinculada necesariamente a la Institución registral, destinada a dar publicidad, precisamente con fines de seguridad, a las relaciones jurídicas sobre inmuebles. Y es que el Registro de la Propiedad Inmueble tiene una misión que cumplir más amplia que la simple protección de intereses meramente privados: decir a cada uno lo que es suyo—y también lo que es de los demás—sobre la base real de las fincas inscritas, publicando su completo historial jurídico, no sólo proporciona a los interesados una base firme de contratación, sino que ayuda a crear la necesaria conciencia pública en orden a la seguridad y estabilidad de las relaciones inmobiliarias registradas, evitando litigios futuros y, posiblemente, graves alteraciones de la paz social.

2. Aparece así el Registro como institución dinámica y de finalidad eminentemente social, adaptada al ritmo de los tiempos, a las condiciones sociales, económicas y jurídicas en continuo cambio. Así cumplirá la misión propia que institucionalmente le corresponde, como a los demás organismos jurídicos, de dar solución y cauce, conforme a Derecho, a las necesidades y problemas sociales que se plantean en cada momento, de acuerdo con el clásico y siempre vigente aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*.

3. Un ejemplo concreto, y muy oportuno, por relacionarse directamente con el país que tan fraternalmente nos acoge, lo tenemos en la evolución legislativa experimentada por la llamada «propiedad horizontal» o «propiedad por pisos o departamento». Precisamente el primer Código civil que cronológicamente prohibió la institución fue el argentino, en su artículo 2.617. Pero bajo el empuje de las urgentes necesidades sociales, el sistema prohibitivo fue abrogado por la Ley número 13.512, promulgada el 13 de octubre de 1948, que inaugura uno de los más amplios y completos sistemas legislativos que sobre la materia existen.

4. La vitalidad del Régimen de Propiedad Horizontal, aplicado hoy en la mayoría de los países, ha venido a solucionar un grave problema social, como pusieron ya de relieve los trabajos del XII Congreso Internacional de la Propiedad Inmobiliaria Urbana, celebrado en 1952 en Valencia (España). Dicho régimen, una vez establecido, funciona, por lo general, perfectamente. Pero es necesario tener en cuenta ciertas situaciones que se plantean, antes de estar establecido y en marcha, para facilitar y asegurar el acceso al mismo.

5. Uno de los más graves problemas que en esta materia se producen, y a cuyo examen nos limitaremos en esta breve intervención, es el relativo a las garantías jurídicas de los adquirentes y futuros propietarios de pisos en construcción. Problema que creemos no sólo afecta a los países más deficitarios en materia de vivienda, sino que adquiere dimensión internacional merced, sobre todo, al auge de las corrientes turísticas.

6. En efecto, es un hecho frecuente que los pisos o departamentos de los edificios futuros sean objeto de tráfico jurídico a la vista de los simples planos, memoria y proyecto de construcción, aun antes de iniciadas las obras y, en ocasiones, aun antes que el promotor tenga plenamente legalizada la situación del solar que les ha de servir de asiento. Y la forma normal en que se producen en la práctica diaria española—y, quizá, en la de muchos otros países de similares características—las relaciones entre el promotor-constructor y la otra parte, o sea, el futuro propietario del piso, es la siguiente: El promotor enajena los pisos, haya comenzado o no la obra, percibiendo una parte del precio por adelantado y comprometiéndose a entregarlos una vez terminada la edificación. El

adquirente, a su vez, se obliga a pagar el resto del precio en el momento de la entrega, subordinándose la transmisión efectiva, con el consiguiente otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro Inmobiliario, a dicho momento, quedando reservado hasta entonces el dominio del vendedor y constando mientras tanto el contrato en un simple documento privado, carente de toda homologación. Suele pactarse también una cláusula penal según la cual, si llegada la fecha fijada para el pago del precio éste no se hubiese satisfecho en su totalidad, el comprador perderá todo o una parte de lo abonado a cuenta hasta entonces y quedará resuelto y sin ningún efecto lo pactado.

7. A primera vista destacan los inconvenientes de un contrato así estipulado, fuente de posibles litigios y, por desgracia, de algunos fraudes, que en ocasiones han saltado a las páginas de sucesos de la prensa. Inconvenientes que podemos concretar fundamentalmente en los aspectos siguientes:

1.º Por lo que respecta a su forma, el cauce contractual es meramente privado, sin intervención en él de funcionario que asesore oportunamente; sin ninguna publicidad; y con las insuficiencias propias, de promoverse litigio, de todo documento privado.

2.º En cuanto al objeto, en el contrato no suelen determinarse con precisión las circunstancias del futuro piso: es más, se admiten modificaciones unilaterales por el constructor, al amparo de las propias necesidades de construcción, no siempre bien justificadas. Una vez terminada la obra, la determinación del régimen, ordenanza, reglamento o estatuto de la futura comunidad de propietarios queda frecuentemente al arbitrio del constructor, por lo que, en ocasiones, múltiples aspectos del mismo, por ejemplo, el relativo a la determinación de los módulos de participación en beneficios y gastos no resultan lo equitativos que sería de desear.

3.º Por lo que atañe a la posición de las partes, el comprador se encuentra bastante desamparado. Aparte cuestiones económicas, como la relativa a las cláusulas de elevación de precio, más o menos de acuerdo con la elevación de costes, en el más importante terreno jurídico, todavía es más aventurada su posición: se halla ligado por una cláusula penal que puede resultar leonina y cuya moderación por los tribunales quizá exija un dificultoso pleito; carece de medios rápidos y eficaces para exigir la entrega del piso en el plazo convenido; se encuentra inerme frente a los posibles acreedores del constructor, verdaderos terceros dotados de garantías de fuerza real sobre el inmueble; incluso, frente a los restantes copropietarios futuros, y de haberse constituido sobre el inmueble hipoteca u otro gravamen, en la que, expresa o tácitamente, se haya subrogado, el comprador puede verse afectado por la indivisibilidad de la garantía,

de no haberse formalmente dividido, y soportar las onerosas consecuencias de la insolvencia de algunos de los copropietarios.

POSIBLES SOLUCIONES

8. Ante estas situaciones, que deterioran gravemente la seguridad jurídica, es preciso reaccionar, modificando y perfeccionando el sistema en busca de una solución ágil y rápida.

Cierto es, procede en justicia destacarlo, que en algunos países el legislador, ante el problema, ha adoptado diversas medidas, de tipo fundamentalmente administrativo, destinadas a paliarlo. Tales medidas, de carácter variado, se dirigen, bien a contener la inmoderada especulación y regular algunos aspectos contractuales (caso, por ejemplo, del Decreto argentino número 31.696, de 15 de diciembre de 1949 y otros posteriores), o a regular la percepción de cantidades anticipadas por los promotores de viviendas, estableciendo un seguro o afianzamiento de devolución (supuesto de la Ley española de 27 de julio de 1968 y disposiciones complementarias), o a determinar incluso las propias circunstancias de propaganda y publicidad comercial de la venta de viviendas en construcción, etc.

9. No obstante, la verdadera solución ha de buscarse en la Institución registral, organismo cuya esencia y propia razón de existir la constituye el dar publicidad a todas las relaciones jurídico-inmobiliarias. Las soluciones administrativas, si bien cumplen una misión de oportunidad, sólo indirectamente inciden en el aspecto fundamental de la publicidad y la seguridad jurídica. Es más, lo único que se logra en ocasiones con tales medidas, como es el caso de las disposiciones españolas citadas, es que en caso de incumplimiento de lo convenido por el promotor-constructor, el adquirente del piso futuro tenga garantizado el recobro de las cantidades anticipadamente satisfechas, pero sin ninguna posibilidad de acceder a una titularidad real sobre el inmueble, con lo cual se frustra totalmente la finalidad perseguida al contratar.

La solución ha de venir por otro camino, que tenga en cuenta no sólo los aspectos administrativos, sino el cauce civil y registral en que el problema ha de injertarse, para evitar que se produzca una grave discordancia de tratamiento.

10. En el puro campo del Derecho Civil son conocidas las dificultades que plantea a la doctrina, hasta hace poco excesivamente encajada en los moldes romanísticos, la construcción dogmática de los negocios jurídicos relativos a inmuebles futuros, en el intento de superar la idea fundamental de que sobre los mismos es imposible estructurar una titu-

laridad real, al carecer de existencia actual. La doctrina moderna se orienta por distintos caminos, según se enfoque el tema:

- a) desde el punto de vista de las modificaciones a la teoría de la accesión, el derecho de vuelo y el de superficie;
- b) los convenios sobre la futura copropiedad:
- c) de las fórmulas societarias; o
- d) de las llamadas relaciones preliminares, negocios anticipados, titularidades provisionales o expectativas jurídicas.

Teorías todavía en formación e insuficientes, por tanto, aunque tengan el mérito de tratar de encajar en el Ordenamiento el nacimiento de la Propiedad Horizontal que se produce en la práctica de forma un tanto atípica, antes de haberse terminado la construcción del edificio que realmente la posibilita.

11. Por lo que respecta a la doctrina urbanística, de aparición muy reciente, y no tan sujeta por los estrechos marcos civilistas, el planteamiento del tema es distinto: partiendo de la interesante teoría de SAVATIER sobre «la desmaterialización jurídica del inmueble», se considera «el volumen edificable» como objeto posible y actual del tráfico jurídico. Y es que se contempla el problema desde el punto de vista finalista, del resultado perseguido, al que tiende todo el planteamiento urbanístico, pues como nos dice el tratadista español NÚÑEZ RUIZ, «la ciudad es espacio, y como tal, figura geométrica»; pero es algo más: «el espacio urbano es, ante todo, un espacio vital, esto es, una fórmula racional de convivencia humana». Y los problemas que plantea son de solución urgente, pues como afirman MEDINA ECHEVERRÍA y PHILIP M. HAUSER (en su Informe sobre «La urbanización en la América Latina», publicado por la UNESCO en 1962), «el ambiente urbano crea una cierta angustia», que, si es excesiva, «puede provocar fenómenos de desorganización social y personal».

LA SOLUCION REGISTRAL

12. Aplicando las ideas anteriormente expuestas al supuesto que nos ocupa, en la misma línea debemos pronunciarnos, en mi modesta opinión, los que por vocación y profesión estamos ligados a la Institución Registral, cuya misión no se agota en la simple homologación de los típicos derechos privados, sino que debe ser instrumento de defensa de la seguridad jurídica general.

Por ello, y aun antes que se solventen las dificultades dogmáticas que existen para explicar y construir, más allá del campo puramente

obligacional, la titularidad de los adquirentes de pisos futuros, parece totalmente necesario y perfectamente factible organizar la publicidad registral de tales titularidades provisionales, necesitadas urgentemente de protección, que sólo pueden lograr precisamente a través del Registro, al estarles vetada otra forma de publicidad como la posesoria. Nos apoyamos para ello en las siguientes consideraciones, que tengo el honor de proponer a los ilustres participantes en este Congreso, cuya superior competencia les dará, sin duda, la forma y desarrollo más adecuados.

13. En primer lugar, hay que afirmar que el Registro no sólo constata titularidades jurídico-reales definitivas. También acoge bajo su protección a situaciones interinas o provisionales, con la única condición de que la situación o titularidad definitiva a que se encaminen sea de naturaleza jurídico-real inmobiliaria.

Tal es el caso, en el Derecho español, por ejemplo, de los derechos de los fideicomisarios, de los favorecidos por disposiciones de residuo, de los derechos sometidos a condición, o mejor, en el supuesto específico de que lo indeterminado no es la persona del titular, sino el objeto del derecho, y en concreta conexión con la edificación, nos encontramos con las disposiciones del Reglamento Hipotecario reformado en 1959 que admiten la inscripción en el Registro del derecho de superficie que faculta a su titular para «construir edificios en suelo ajeno o levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos» (art. 16, 1.º). Las que establecen asimismo la inscripción del «derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero» (art. 16, 2.º), sujetándose las nuevas plantas del edificio creadas en uso de esta facultad al régimen de Propiedad horizontal. Aparte los casos en que, a pesar de la destrucción del edificio, subsiste un régimen registral destinado a tutelar interinamente los derechos constituidos sobre el mismo, en espera de su reconstrucción, como es el supuesto de las servidumbres (art. 546, 3.º del Código civil), de los censos (art. 1.626 del Código civil), o de los derechos de los propietarios horizontales si se pactó en los Estatutos que el régimen de Propiedad Horizontal no se extinga ni se convierta en condominio ordinario por la destrucción del edificio (art. 21 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960).

Y no puede afirmarse que en todos estos supuestos, en que se protegen derechos reales potenciales, no definitivamente consolidados sobre la cosa, se produzca una desnaturalización o desviación de la misión propia del Registro, destinado a la protección de las titularidades reales inmo-

biliarias definitivas, pues el Derecho y el Registro han de tener en cuenta la existencia de situaciones de interinidad, de gestación de futuras titularidades plenas que necesitan, como garantía para llegar a término y alcanzar existencia perfecta, del cauce de la protección registral.

14. Ahora bien, el medio adecuado para que estas titularidades provisionales ingresen en el Registro no es la inscripción propiamente dicha. Este asiento debe reservarse fundamentalmente para las titularidades reales ya consolidadas, y no meramente en formación, o que afectan a la cosa sin entidad suficiente para ser inscritas. Además, resultaría poco práctico, en el supuesto que nos ocupa, admitir sin condicionamientos la inscripción del derecho de los futuros propietarios. Un ejemplo concreto de este aserto se encuentra en la Ley española de 26 de octubre de 1939, precursora de la vigente Ley de Propiedad Horizontal, que admitió la inscripción «como fincas independientes de los diferentes pisos o partes de piso susceptibles de aprovechamiento exclusivo de un edificio ya construido, o cuya construcción esté comenzada o *meramente proyectada*, cuando pertenezcan a *hayan de pertenecer* separadamente en dominio pleno o menos pleno a personas distintas». Asimismo admitió la hipotecabilidad de tales pisos futuros. Tal posibilidad, que con mayor timidez y menor claridad reitera el artículo 8 de la Ley Hipotecaria vigente, no ha tenido aplicación en la práctica y ha sido desfavorablemente criticada por la doctrina. Como demuestra la práctica diaria, ni los pisos meramente proyectados se inscriben (sí los todavía en construcción), ni mucho menos tienen acceso al Registro los negocios dispositivos relativos a ellos, a pesar de que en el campo extrarregistral el número de dichos negocios aumenta cada día. Y es que, sin el cauce reglamentario adecuado, que desarrolle tal posibilidad, la inscripción está vetada por la repugnancia que a la concepción clásica inspira el concebir una titularidad real sin la existencia anterior y actual de la cosa que constituye su objeto, y que el folio registral constata fincas que todavía no existen en la realidad.

15. Ahora bien, y como ya dijimos, esta concepción clásica tiende a superarse en la actualidad, por la necesidad de dar publicidad y protección a aquellos supuestos en que el piso en proyecto o en construcción funciona como base cierta de relaciones jurídicas, en estrecha conexión con un determinado solar edificable, que sí tiene existencia real, y que viene a legitimar las titularidades reales que en razón del mismo se articulan.

Separar tajantemente en estos casos el campo de las relaciones puramente obligacionales hasta que, realizada la construcción y adjudicados los pisos a sus respectivos adquirentes, se entra ya de pleno en el campo de los derechos reales, supone volver las espaldas a una situación que socialmente se impone, pues tales relaciones obligatorias se conciertan

precisamente como primer paso hacia el otro campo, con el propietario de un solar edificable, y teniendo en cuenta la existencia de un proyecto de construcción y división horizontal del mismo, punto de vista fundamental contemplado por las partes.

Y esta zona intermedia, de confines ciertamente grises y no bien definidos, que supone el tránsito de lo meramente obligacional a lo real, ha de estar protegida provisoriamente, mediante un asiento registral que participe de parecidas características.

16. Para ello, en numerosas Ordenanzas, inspiradas sobre todo en el sistema germánico, existen asientos registrales especiales, de carácter transitorio, que atenuando el rigor de la apariencia libraria, vienen destinados a proteger temporalmente al derecho real en formación, y a prevenir a quien consulta el Registro (futuros adquirentes, acreedores, etc.) de la afección de la finca a determinado destino o responsabilidades. Tal es el fin de la llamada «prenotación» o *Vormerkung* en el Derecho alemán y «anotación preventiva» en el español, verdadero complemento de la inscripción en un buen sistema registral.

Claro es que, al estar las anotaciones preventivas regidas por el sistema del *numerus clausus* y los supuestos en que se aplican determinados por conceptos instrumentales o específicos—a diferencia de la inscripción, referida casi exclusivamente al concepto genérico-material de derecho real—, será preciso que el legislador establezca y regule detalladamente la destinada a la protección de estas especiales situaciones, en conexión con las normas ya existentes sobre Propiedad Horizontal.

CONCLUSIONES

17. En base a las anteriores consideraciones, cabe sentar las siguientes *conclusiones provisionales*:

Primera.—En aras de la seguridad jurídica, debe organizarse de un modo completo la publicidad de los edificios en construcción o meramente proyectados, destinados a ser adquiridos por distintas personas en régimen de Propiedad Horizontal.

Segunda.—Como primer paso, en todo supuesto en que el propietario de un inmueble edificable—o el titular de un derecho de superficie o edificación—decida unilateralmente la construcción sobre el mismo, o le venga impuesta por las normas legales de planeamiento urbanístico o edificación forzosa o protegida oficialmente, de un edificio proyectado para su venta por pisos o departamentos independientes, deberá obligatoriamente inscribir en el Registro el proyecto de construcción, debida-

mente aprobado y con las condiciones que reglamentariamente se determinen, así como el régimen de Propiedad Horizontal, que contendrá, de modo completo, los estatutos o reglamento de la futura comunidad, ajustada a las disposiciones imperativas que rigen tal especial propiedad.

Tercera.—Inscrito el edificio proyectado en el folio registral correspondiente al solar, se inscribirán, también obligatoriamente, como fincas independientes, los pisos o departamentos proyectados o en construcción.

Cuarta.—Los posteriores actos o contratos, precursores de una transferencia o gravamen real, también se harán constar en el Registro, mediante una anotación preventiva, ganando rango registral frente a cualesquiera otras transferencias o gravámenes posteriores o no inscritos, prenotación que se convertirá en inscripción definitiva cuando, por terminación de las obras sea posible la entrega de los pisos o locales ya construidos a sus definitivos titulares.

Quinta.—Tales anotaciones tendrán una duración temporal, pero podrán ser prorrogadas por justa causa, de común acuerdo o a instancia de parte legítima.

Sexta.—Cualquier variación del primitivo proyecto de construcción o del Régimen de Propiedad Horizontal, tal como conste en el Registro, no producirá efecto frente a los titulares de derechos anotados sin su consentimiento. Si, por cualquier causa, no fuese posible realizar la construcción, la cancelación de la inscripción del primitivo proyecto se verificará con el consentimiento, voluntario o suplido judicialmente, de los titulares de derechos anotados, salvo en el caso de que no hubiese anotación o estuviere caducada, en cuyo supuesto bastará la declaración del propietario del inmueble.

Séptima.—En todos los supuestos anteriores la inscripción será obligatoria o forzosa, y aparte poder sancionarse su omisión administrativamente, en la forma ante aludida, se faculta al titular de cualquier pretensión derivada de la futura construcción para solicitarla en nombre del interesado y en base a los documentos oportunos.

18. En caso de que, por la propia mecánica registral, por lo oneroso de la titulación o por otras razones, se estimase excesivo la apertura de folio independiente y la constancia en los libros ordinarios de todos los actos referidos, teniendo en cuenta las vicisitudes que puede sufrir la construcción (con la consiguiente modificación del proyecto y régimen de Propiedad Horizontal primitivos) o los propios contratos (supuesto de transmisión, sucesión, embargo, resolución, etc.), pudiera arbitrarse la fórmula de llevar a un libro especial y auxiliar tales actos, hasta que

por la definitiva terminación de las obras y consolidación del régimen de Propiedad Horizontal y de las transmisiones efectuadas, éstas puedan acceder al Registro a través de su inscripción definitiva.

19. Por iguales razones, atendiendo a la provisionalidad de la protección, que posteriormente se confirmará o no, podría prescindirse, de momento, de la exigencia formal, bastando para extender la anotación—del mismo modo que dispone la ley española para los créditos refaccionarios—el simple documento privado suscrito por las partes, con las circunstancias que reglamentariamente se determinen, acaso ajustado a un modelo impreso, aplazando hasta el momento de la inscripción definitiva la aplicación completa del principio de legalidad, en su doble vertiente de exigencia de la forma pública y minuciosa calificación registral.

CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA

Registrador de la Propiedad

ESPAÑA